

VII. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS

A. COMUNIDADES EUROPEAS

7.1 En respuesta a una pregunta sobre los niveles de elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios, las Comunidades Europeas declaran que:

- a) Como señaló el Órgano de Apelación en *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, cuanto más amplia puede llegar a ser en un caso determinado la categoría de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" es una cuestión que el Grupo Especial debe determinar sobre la base de todos los hechos pertinentes del caso.²⁸⁵ Por ello, no sería adecuado tratar de definir una norma de aplicación general y menos aún, una norma cuantitativa.
- b) Carece de base el argumento de Corea de que el concepto de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" ha de interpretarse de manera estricta. Por el contrario, como han demostrado los reclamantes, si se recuerda como se redactó el GATT y se estudian los anteriores informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación (incluido los dos casos relativos a *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*) se advertirá que, en la práctica, se ha dado al "directamente" una interpretación bastante amplia.
- c) En el documento *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación dejó bien sentado que la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios no es "el criterio decisivo" ²⁸⁶ para determinar si dos productos son directamente competidores o sustituibles entre sí. Según el Órgano de Apelación, la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios no es sino uno de los medios de examinar esos mercados pertinentes. A su vez, considerar la competencia en los mercados pertinentes es sólo uno de los "posibles medios" ²⁸⁷ de determinar los productos que son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí en un caso dado. Los otros medios mencionados por el Órgano de Apelación son las características físicas, los usos finales y la clasificación arancelaria de los productos.
- d) Además, la importancia de un nivel concreto de elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios puede variar con arreglo a las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, si se llevan vendiendo dos productos desde hace mucho tiempo y en condiciones similares en el mismo mercado geográfico, una tasa muy baja de elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios podría ser una indicación de que no son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí".
- e) Por otra parte, en una situación en que uno de los productos de que se trata haya dominado un mercado geográfico desde hace mucho tiempo y el otro producto sea

²⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, página 30.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

un recién llegado a ese mercado (por ejemplo, por que hasta entonces haya estado excluido por obstáculos de importación y/o fiscales), no estaría justificado llegar a la conclusión de que los dos productos no son "directamente competidores o sustituibles entre sí" por el mero hecho de que la elasticidad cruzada inicial de la demanda en función de los precios sea relativamente reducida. Y menos aún en el caso de productos como los aguardientes, en que la penetración en el mercado es lenta y las reacciones a corto plazo ante cambios en los precios tienden a ser relativamente atenuadas.

- f) La posición de Corea en este caso parece ser la de que la segunda frase del párrafo 2 del artículo III se debería aplicar sólo a partir del punto y hora en que los productos importados logran establecerse en un mercado. Los productos extranjeros tendrían que conseguir primero un nivel de penetración en el mercado que les permitiera demostrar mediante estadísticas una elevada tasa de elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios. Ese planteamiento pasa por alto, sin embargo, el hecho evidente de que unos impuestos proteccionistas pueden constituir un factor que retrase o impida que los productos importados alcancen nunca ese nivel de penetración en el mercado. Salta a la vista que ese planteamiento contradice el principio bien arraigado de que el artículo III salvaguarda las posibilidades de competencia. No hay razón para restringir esas posibilidades sólo a las que un producto pueda tener a muy corto plazo. El artículo III protege todas las posibilidades de competencia que un producto dado pueda tener por sus características intrínsecas.
- g) En relación con esta cuestión, las Comunidades Europeas han alegado además que el estudio Dodwell no pretende ofrecer una medición exacta de la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios. Si ese hubiera sido su propósito, tendría que haber realizado un análisis econométrico basado en datos de ventas y precios a lo largo del tiempo. No obstante, en el presente caso había que descartar ese tipo de análisis por el hecho de que los aguardientes de tipo occidental no han podido prácticamente entrar en el mercado coreano hasta hace pocos años, lo que significa que los datos disponibles sobre ventas y precios son demasiados escasos como para que resulte fiable un análisis estadístico.
- h) El estudio Dodwell tiene unas metas más modestas. Su finalidad estriba en poner a prueba la hipótesis, mediante unas encuestas a los consumidores, de que una reducción en los precios de los aguardientes de tipo occidental y/o un incremento en los precios del soju derivado de la supresión de los diferenciales impositivos actuales repercutirían en un aumento del consumo de los aguardientes de tipo occidental a expensas del soju. Los resultados del estudio Dodwell confirman a las claras esa hipótesis.
- i) Además, el estudio indica que el alcance de la posible sustitución podría ser significativo. Por ejemplo, con arreglo a una de las diversas hipótesis sobre equiparación de precios una vez aplicados los impuestos, el porcentaje de encuestados que elegiría el whisky en vez del soju corriente pasaría del 14,2 por ciento al 23,8 por ciento. Si bien, por las razones expuestas anteriormente, convenía distinguir en el estudio entre el soju corriente y el de alta calidad, ello ha repercutido, no obstante, en que el estudio sólo ha medido la desviación de los encuestados del soju corriente a los aguardientes de tipo occidental, y no la

desviación adicional del soju de alta calidad a dichos aguardientes. Además, como los precios del soju de alta calidad no se han elevado a la par que los precios del soju corriente (para reflejar así el hecho de que se incrementarían los impuestos sobre todo el soju destilado), sino que más bien han descendido, en el estudio se sobrestima la desviación del soju corriente al de alta calidad en detrimento de la desviación del soju corriente hacia los aguardientes de tipo occidental. En comparación, partiendo del mismo supuesto, el porcentaje de encuestados que elegirían al soju de alta calidad crecería del 12,6 por ciento al 19,8 por ciento. De ese modo, el estudio Dodwell sugiere que la elasticidad de sustitución entre el soju corriente y el whisky podría ser más alta que la elasticidad de sustitución entre el soju corriente y el de alta calidad, dos productos que han sido descritos por Corea como "sustitutos" cercanos.

- j) Además, no debe perderse de vista que una encuesta sobre el consumo, como el estudio Dodwell, ha de subestimar forzosamente el grado de competencia potencial entre el soju y los aguardientes de tipo occidental.
- k) En primer lugar, el estudio Dodwell sólo puede poner de manifiesto la reacción inmediata de los consumidores ante los cambios de precio. Sin embargo, el consumo de aguardientes se basa en gran medida en los hábitos, que sólo se modifican poco a poco. Ello significa que, a lo largo de cierto período de tiempo, los cambios en los precios derivados de la eliminación de los diferenciales impositivos contribuirán a una desviación más apreciable del soju hacia los aguardientes de tipo occidental que la que revela el estudio Dodwell.
- l) En segundo lugar, es preciso recordar que los aguardientes de tipo occidental acaban de introducirse en el mercado coreano y sólo han conquistado hasta ahora una pequeña cuota de dicho mercado, lo que tiene dos implicaciones. La primera es que los encuestados están, por lo general, menos familiarizados con los aguardientes de tipo occidental que con el soju. Ello contribuye a un porcentaje menor de respuestas en la encuesta que cuando se trata de dos productos que son muy conocidos de los encuestados. La segunda es que los aguardientes de tipo occidental tienen aún unas posibilidades considerables de incrementar su cuota de mercado mediante actividades de comercialización (en el ámbito de la publicidad, la distribución, etc.). Los cambios de precios previstos en el estudio Dodwell aportarían un respaldo apreciable al impacto de esas actividades. Por otra parte, el mantenimiento de una fiscalidad de carácter proteccionista tendría un efecto disuasor. Pero en una encuesta como el estudio Dodwell, no se ha abordado ni se puede abordar la interacción de ambos factores.
- m) Por último, el estudio Dodwell sólo toma en consideración los cambios en los precios que sean fruto directo de la eliminación de los diferenciales impositivos actuales. No tiene en cuenta que la eliminación de los diferenciales impositivos podría provocar también una disminución de los precios de los aguardientes de tipo occidental antes de aplicar los impuestos y, por ende, una mayor sustitución.

7.2 En respuesta a la pregunta de si existe una norma de minimis para valorar la cuestión de "de manera que se proteja la producción nacional", las Comunidades Europeas declaran que:

- a) En el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, los reclamantes expusieron diferentes opiniones respecto de la interpretación del tercer elemento de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Las Comunidades Europeas alegaron que las medidas analizadas otorgaban protección a la producción nacional porque la mayoría de las ventas del producto con menor carga impositiva (*shochu*) se registraba a nivel nacional en el *Japón*. A su vez, los Estados Unidos argumentaron que las medidas constituían una protección a la producción nacional porque su estructura y diseño dejaban translucir que no estaban destinadas a lograr ningún objetivo legítimo de política sino sólo a brindar una ventaja al *shochu* japonés. El enfoque adoptado por el Órgano de Apelación en el documento *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* parece compaginar ambas posturas. Si bien hace hincapié en la finalidad objetiva de las medidas, reflejada en su estructura y diseño²⁸⁸, el Órgano de Apelación tomó nota de que el *shochu* japonés quedaba "aislado" de las importaciones de *shochu*.²⁸⁹ Así, el Órgano de Apelación parece haber estimado que pueden tenerse presentes los efectos protectores reales que hayan sido demostrados como indicación de que una cierta medida está destinada a proteger la producción nacional.²⁹⁰
- b) Por otra parte, no cabe encontrar en *Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas II* ninguna sugerencia de que, para cumplir con el tercer elemento del párrafo 2 del artículo III, las medidas impositivas deban ofrecer un "grado" mínimo de protección al producto de menor carga impositiva. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el razonamiento necesario en el marco de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III es el siguiente:
- Si los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no están sujetos "a un impuesto similar" y se constata que el impuesto favorece a los productos nacionales, se protege a dichos productos y se vulnera lo dispuesto en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.²⁹¹
- c) De ese modo, el tercer elemento de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III trata no del alcance de la "protección" otorgada al producto de menor carga impositiva²⁹², sino única y exclusivamente de la cuestión de si, al aplicar a un producto un impuesto inferior que a otro producto directamente competidor o directamente sustituible, las medidas "favorecen" a la producción nacional frente a

²⁸⁸ *Ibid.*, página 34.

²⁸⁹ *Ibid.*, página 37.

²⁹⁰ Véase también informe del Órgano de Apelación sobre *Canadá - Ciertas medidas relativas a las publicaciones periódicas*, *supra*, páginas. 34 y 35.

²⁹¹ *Ibid.*, página 35.

²⁹² En cambio, con arreglo a la primera frase del párrafo 2 del artículo III, no es necesario demostrar que una diferencia impositiva entre dos tipos de productos "similares" provoca una discriminación entre las importaciones y "la producción nacional". Los productos similares deben estar sujetos siempre a los mismos impuestos.

las importaciones. En otras palabras, el tercer elemento de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III no versa tanto acerca de cuánta protección se concede, sino más bien qué es lo que se protege.

- d) La opinión de que, para determinar que se ha producido una violación del párrafo 2 del artículo III, es preciso que los reclamantes demuestren que las medidas otorgan realmente un cierto "grado" de protección, pues reducen en la práctica las ventas de los productos importados por encima de un nivel de minimis, estaría en contradicción con el principio bien arraigado de que el artículo III gira en torno a la protección de la competencia y no a las corrientes comerciales reales. Más concretamente, según el Órgano de Apelación:

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 nacionales.²⁹³

- e) En pocas palabras, las Comunidades Europeas son de la opinión de que el tercer elemento de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III no introduce otro umbral de minimis, además de los derivados de la aplicación del primer y segundo elemento. Si dos productos son "directamente" competidores o "directamente" sustituibles entre sí, deberá considerarse que cualquier diferencial impositivo por encima del nivel de minimis afecta a la relación de competencia y, por consiguiente, "protege" al producto menos gravado. La única dificultad restante consiste entonces en saber si la "protección" otorgada al producto con menor carga impositiva favorece una "producción nacional".

7.3 En respuesta a una pregunta sobre la gama de precios de las exportaciones a Corea en comparación con otros mercados, las Comunidades Europeas declararon que:

- a) Los precios de los aguardientes de tipo occidental antes de aplicarse los impuestos no son superiores a los precios del soju antes de los impuestos sólo debido al sistema del impuesto de Corea sobre las bebidas alcohólicas. Las diferencias de precios reflejan también diferencias en los costos de producción y transporte así como la repercusión de los aranceles. Sin embargo, los precios de los aguardientes de tipo occidental antes de los impuestos son superiores a lo que deberían ser dentro de un sistema tributario neutro.
- b) Como ya se ha explicado en las comunicaciones de las CE, uno de los efectos del régimen fiscal de Corea es que las marcas de alta calidad y precio más elevado ocupan una cuota desproporcionada en las ventas de aguardientes de tipo occidental. Por ejemplo, como se ve en el anexo 1, en las marcas de alta calidad se concentra hasta un 70 por ciento de todas las ventas de whisky de tipo escocés en

²⁹³ Ibid., página 20.

Corea. En ese mismo anexo se observa que en una serie de mercados de exportación representativos con un sistema tributario neutro, la proporción de marcas de alta calidad es mucho más reducida: 3 por ciento en Australia; 6 por ciento en Nueva Zelanda y 14 por ciento en Venezuela. Mientras que en 1997 el precio unitario medio de todas las exportaciones de whisky de tipo escocés (para botellas de 70 centímetros cúbicos de una graduación alcohólica del 40 por ciento) ascendió a 2,79 libras, el precio unitario medio de las exportaciones de whisky escocés a Corea se elevó a 4,42 libras, lo que confirma nuevamente esta preponderancia de las marcas de alta calidad en el mercado coreano en comparación con otros mercados de exportación.

7.4 En respuesta a una pregunta sobre la comparación de normas jurídicas dentro del marco de la normativa en materia de competencia con las normas previstas en virtud del artículo III, las Comunidades Europeas declaran que:

- a) Los criterios básicos aplicados para definir el mercado de producto de referencia a los efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia son los mismos que se aplican para determinar si los productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí a los efectos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT.²⁹⁴
- b) Existe, sin embargo, una diferencia fundamental. A la hora de aplicar la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT, los Grupos Especiales deben tener en cuenta la competencia "potencial" que surgiría entre los productos implicados si no existiera el diferencial impositivo en disputa y no la competencia "real" que se da en las condiciones fiscales actuales. En contraste, los organismos encargados de vigilar la competencia tienden a considerar los diferenciales impositivos como un obstáculo permanente frente a ésta y no tienen presente cualquier competencia adicional que pudiera producirse al eliminar ese obstáculo.²⁹⁵ Por consiguiente, el alcance de los mercados de "productos pertinentes" definidos a los efectos de la

²⁹⁴ Las normas aplicables de las CE en materia de competencia definen el concepto de "mercado de producto de referencia" a los efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia de la siguiente manera:

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (publicada en el D.O. de 9 de enero de 1997, C 372/5, denominada de aquí en adelante "la Comunicación"), párrafo 7.

²⁹⁵ Ibid., párrafo 42. La decisión en el Asunto N° IV/M938 - Guinness/Grand Metropolitan mencionada por Corea en una de sus preguntas a las CE constituye una excelente ilustración de esa diferencia. Las partes en esta fusión habían aportado a la Comisión encuestas sobre el consumo en las que se indicaba que todas las bebidas alcohólicas pertenecían al mismo mercado de referencia. La Comisión, sin embargo, desechó esos estudios porque:

en los casos en que esas encuestas (que, en su mayoría, estaban destinadas originalmente a examinar cuestiones de fiscalidad) empleaban datos sobre cambios de precios, los niveles globales de cambio (que se limitaban, sobre todo, a reflejar modificaciones de la fiscalidad) eran mucho más elevados que los utilizados normalmente por los organismos encargados de velar por la competencia como instrumento para la definición de mercados (párrafo 10).

competencia será más restringido en términos generales que el alcance de los "productos directamente competidores" definidos a los efectos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.

- c) No hay que olvidar tampoco que los conceptos de "competencia" y de "sustituibilidad" son relativos. Desde el punto de vista de la economía, dos productos no son o "competitivos" o "no competitivos", sino más bien "más o menos" competitivos. Por ese motivo, tan importante como los criterios para definir un mercado de referencia o el concepto de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" es el grado de competencia que se considere pertinente en cada caso. Ese grado determinará la norma por la que se deberán interpretar los criterios. Dicha norma puede variar en función del objetivo de la disposición jurídica que se aplique. Puede variar también de una jurisdicción a otra.
- d) Ese vínculo está expresamente reconocido en una Comunicación de la Comisión de las CE sobre la definición de mercado de referencia a los efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, en la que se afirma que "la noción de mercado de referencia está íntimamente relacionada con los objetivos que persigue la política de competencia de la Comunidad".²⁹⁶ Además, en esa Comunicación se reconoce que la definición de mercado de referencia puede llevar a resultados diferentes en función de "la naturaleza de la cuestión de competencia examinada".²⁹⁷
- e) En ese sentido, es evidente que el objetivo de la normativa en materia de competencia es muy distinto del que persigue el párrafo 2 del artículo III del GATT y, en términos más generales, el Acuerdo de la OMC. La finalidad general de la normativa en materia de competencia consiste en preservar un cierto grado de competencia frente a la intervención de los participantes en el mercado. Si las autoridades en materia de competencia de un país dado pretenden mantener un alto grado de competencia efectiva, aplicarán rigurosamente los criterios pertinentes, consiguiendo así una definición estricta del mercado pertinente.
- f) Por otra parte, la finalidad de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT estriba en impedir que los Miembros apliquen impuestos internos de manera que se proteja la producción nacional. A diferencia del objetivo de la normativa en materia de competencia, una interpretación amplia en vez de estricta de los criterios pertinentes potencia la finalidad de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.
- g) Por esas razones, las CE son de la opinión de que las decisiones adoptadas por sus autoridades en materia de competencia respecto de la definición del mercado de producto de referencia carecen de significado a los efectos de aplicar el criterio de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" en la presente diferencia.

²⁹⁶ Comunicación, párrafo 10.

²⁹⁷ Comunicación, párrafo 12.

- h) En ese sentido, cabe trazar un paralelismo con la noción de "producto similar". Los criterios para aplicar el concepto de "productos similares" son los mismos en todas las disposiciones del GATT en que pueda aparecer dicho concepto. Sin embargo, en el caso *Japón - Impuestos sobre bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación confirmó que el concepto de "similaridad" es relativo y puede tener un alcance distinto en cada una de las disposiciones del GATT pertinentes.²⁹⁸ En la primera frase del párrafo 2 del artículo III debe interpretarse de un modo restringido. En otras disposiciones del GATT, puede interpretarse de modo más amplio. A fortiori, el criterio de "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" puede tener un alcance distinto en el párrafo 2 del artículo III del GATT y en la legislación en materia de competencia de los Miembros, que se han fijado objetivos completamente distintos.

²⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, supra, páginas 25-27.

- i) Más pertinente para la interpretación del párrafo 2 del artículo III del GATT es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicación del artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea²⁹⁹, cuya redacción es casi idéntica a la del párrafo 2 del artículo III del GATT y por tanto, a diferencia de la normativa comunitaria en materia de competencia, comparte un objetivo similar. En una larga serie de casos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha llegado a la conclusión de que todos los aguardientes destilados son o bien "similares" o bien "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí".³⁰⁰

7.5 En respuesta a una pregunta sobre la incidencia que los procedimientos de fabricación tienen para determinar si los productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, las Comunidades Europeas declaran que:

- a) Las similitudes o diferencias en los procedimientos de fabricación pueden ser relevantes sólo en la medida en que afecten a las características de los productos. Este es el principio que se desprende con toda claridad del informe del Grupo Especial sobre Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional.³⁰¹ Aunque el informe del Grupo Especial gira en torno al párrafo 4 del artículo III del GATT, las Comunidades Europeas opinan que debe aplicarse el mismo principio que el referente al párrafo 2 del artículo III.
- b) En el presente caso, un factor importante es que los aguardientes destilados se obtienen sin excepción mediante el mismo proceso de fabricación (destilación), porque a consecuencia de ello todos comparten las mismas características físicas básicas. Por otra parte, las diferencias existentes entre el método de destilación

²⁹⁹ El artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea dice así en la parte pertinente:

Ningún Estado Miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares.
Asimismo, ningún Estado Miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones.

³⁰⁰ El razonamiento normal seguido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esos casos es el siguiente:

En el caso de los aguardientes considerados en conjunto, hay un número indeterminado de bebidas que es menester clasificar como "productos similares" en el sentido del primer párrafo del artículo 95, aunque resulte difícil tomar esa determinación en ciertos casos, habida cuenta de la naturaleza de los factores implicados, aplicando criterios diferenciadores como el aroma y los hábitos de los consumidores. En segundo lugar, incluso en aquellos casos en que sea posible reconocer un grado suficiente de similitud entre los productos implicados, existen no obstante, en el caso de los aguardientes, características comunes, que son lo suficientemente marcadas como para aceptar que en todos los casos se da al menos una competencia parcial o potencial. De ahí se desprende que podría tenerse en cuenta la aplicación del segundo párrafo del artículo 95 en los casos en que la relación de similitud entre variedades concretas de aguardientes resultase dudosa o discutible. (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 1980, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Dinamarca, Asunto 171/78, Recopilación de Jurisprudencia 1980, párrafo 12 de la página 447 del inglés.)

³⁰¹ Informe del Grupo Especial sobre Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, aprobado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/R, párrafos 6.11 y 6.12.

(continuo o en alambique caldeado directamente por la llama), el método de filtración (a través de abedul blanco u otros sistemas) o el volumen de producción (artesanal o industrial) son irrelevantes pues o bien no tienen impacto alguno o sólo una repercusión muy secundaria sobre las características físicas y los usos finales de los productos.

B. ESTADOS UNIDOS

7.6 En respuesta a la pregunta de si en el caso de dos productos con una elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios muy baja, ello bastaría para considerarlos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, los Estados Unidos afirman que:

- a) La norma que debe aplicarse para determinar que dos productos son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" en el sentido del párrafo 2 del artículo III, es un examen caso por caso en el que podrían tener cabida una serie de factores. No existe una norma única que pueda aplicarse a todos los casos. La elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios no es sino un factor que puede ayudar a llevar a cabo un análisis para establecer si los productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. No es muy probable que una elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios muy baja sea suficiente per se para tomar una decisión en un caso concreto.
- b) La cita extraída de la segunda comunicación de los Estados Unidos refleja el argumento económico de que cualquier desviación de la demanda de un producto hacia otro en respuesta a un incremento relativo en el precio del primer producto es un signo de elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios y, por tanto, de sustituibilidad. Sin embargo, en su respuesta, los Estados Unidos no pretendían determinar qué grado de sustituibilidad era "directo" en el sentido del párrafo 2 del artículo III. No cabe la menor duda de que el término "directamente" en la nota al párrafo 2 del artículo III fija algunos límites al alcance del párrafo 2 de dicho artículo. No obstante, el presente caso no plantea una situación en que sea necesario verificar esos límites. Aquí se trata de productos similares desde el punto de vista físico y existen varios factores que avalan el hecho de que los productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.
- c) El Grupo Especial debe estar en condiciones de determinar la sustituibilidad, en gran medida sobre la base de características físicas comunes, lo que se traduce en una partida arancelaria común del SA³⁰², y el estudio Dodwell presenta pruebas de carácter suplementario. El Órgano de Apelación en el caso Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II no exigió, como Corea ha afirmado incorrectamente, un análisis de mercado ni prescribió el uso de un estudio de la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios como único medio de establecer si los productos eran directamente competidores o directamente

³⁰² Según los Estados Unidos, en contradicción con el argumento de Corea, el Órgano de Apelación Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II no rechazó la existencia de una partida arancelaria común como criterio significativo para analizar la sustituibilidad. El Órgano de Apelación distinguió entre nomenclatura arancelaria y consolidaciones arancelarias, las cuales, según expuso, podrían incluir una amplia gama de productos y debían ser consideradas por tanto con precaución, al examinar el término "similares". Informe del Órgano de Apelación, supra, páginas 26 y 27.

sustituibles entre sí. Muy al contrario, sólo se planteó la cuestión porque algunas partes alegaron que no era adecuado hacer tanto hincapié en el mercado en términos generales o en esos estudios específicamente. El Órgano de Apelación determinó en primer lugar que "no parece inadecuado" considerar la competencia en el mercado real además de las características físicas, los usos finales comunes y las clasificaciones arancelarias. Al aprobar la utilización por el Grupo Especial del estudio ASI sobre la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios (lo que el estudio Dodwell ha emulado), el Órgano de Apelación subrayó que la elasticidad cruzada de la demanda no era el "criterio decisivo" para determinar si los productos eran directamente competidores o sustituibles entre sí. En su informe, el Órgano de Apelación no encuentra fundamento a la sugerencia de que la falta de una elasticidad cruzada positiva en general o en particular pueda servir de base para llegar a la conclusión de que los productos no son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo III del GATT.

7.7 En respuesta a una pregunta acerca de si existe una norma de *minimis* para evaluar la cuestión de "de manera que se proteja la producción nacional", los Estados Unidos exponen que:

- a) El criterio para satisfacer el tercer elemento del análisis en virtud de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III es el fijado por el Órgano de Apelación en *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*:

"[S]u 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, como acertadamente concluyó el Grupo Especial en este caso. La mayoría de las veces habrá otros factores que hayan de considerarse también. Al hacer esta averiguación, los grupos deben tener plenamente en cuenta todos los hechos pertinentes y todas las circunstancias relevantes de cualquier caso dado."³⁰³

- b) A fin de llegar a la conclusión de que el Grupo Especial no había incurrido en error al determinar que el impuesto tenía carácter protector exclusivamente sobre la base de las grandes diferencias entre los tipos impositivos aplicados al *shochu* y a los aguardientes de tipo occidental, da la impresión de que el razonamiento del Órgano de Apelación se fundamenta en que no podía haber otra explicación para las marcadas diferencias entre productos con características físicas tan similares. Los Estados Unidos estiman que la magnitud de las diferencias en los tipos impositivos entre productos tan similares abocan en este caso a la misma conclusión. Por otra parte, sin embargo, el Órgano de Apelación no estableció que los Grupos Especiales tuvieran la obligación de encontrar marcadas diferencias en los tipos a fin de determinar que se había producido una aplicación con fines de protección; las diferencias en los tipos se abordan en el segundo elemento del análisis del

³⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, páginas 34 y 35.

párrafo 2 del artículo III, el de que el producto "no esté sujeto a un impuesto similar".

- c) No sería correcto afirmar que una medida no tiene efectos proteccionistas amparándose sencillamente en que los precios arrojan diferencias significativas antes de aplicar los impuestos. Hay una serie de factores que pueden influir en los precios anteriores a los impuestos, tales como los tipos de cambio, y la experiencia reciente ha demostrado con qué rapidez pueden evolucionar esos factores. No sería adecuado basar la determinación del efecto proteccionista en una "instantánea" de los precios antes de aplicar los impuestos. En su lugar, el informe del Órgano de Apelación deja bien sentado que el Grupo Especial debe examinar todos los hechos y circunstancias relativos a la estructura de la medida. En este caso, la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas de Corea establece distinciones entre productos sobre la base de características físicas arbitrarias, que sólo pueden obedecer a la intención de identificar y definir productos que, casualmente, son importados. Si a ello se suma el largo historial de Corea de proteger al soju de las importaciones de los aguardientes occidentales, las diferencias en los tipos impositivos adquieren mayor peso específico a la hora de llegar a la conclusión de que la ley está diseñada para protegerse de las importaciones.
- d) No existe una interpretación de minimis del concepto de "de manera que se proteja la producción nacional". La prohibición es absoluta, pues cualquier medida que se aplique para asegurar una protección frente a productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí que no "estén sujetos a un impuesto similar", constituye una protección excesiva.
- e) A la luz del hincapié que ha hecho el Órgano de Apelación en la estructura de la medida, no sería oportuno limitar el estudio a los diferenciales impositivos y exigir a una parte reclamante que determine el grado de eficacia de los impuestos para reducir las ventas de productos importados en relación con los productos actuales en el mercado real a los precios vigentes. Como mínimo, ese planteamiento estaría en contradicción con los principios básicos del Acuerdo de la OMC. Dado que la legislación coreana aplica evidentemente impuestos punitivos a los aguardientes de tipo occidental, no sobre la base de diferencias de precios, sino sobre la base de criterios físicos arbitrarios, esas tasas más altas influyen negativamente en todos los productos que cumplen dichos criterios, incluidos los productos disponibles en los Estados Unidos dentro de una escala más amplia de precios.

7.8 En respuesta a una pregunta sobre la gama de precios de las exportaciones a Corea en comparación con otros mercados, los Estados Unidos señalan que:

- a) Los precios de las importaciones antes de aplicar impuestos reflejan costos como el transporte y los aranceles (20 por ciento ad valorem en Corea), costos que no se trasladan a los precios de los productos nacionales. La fiscalidad punitiva que grava a las bebidas alcohólicas occidentales es probable que contribuya a unos precios, antes de los impuestos, más elevados de lo que lo serían con arreglo a una estructura impositiva neutral.
- b) La mayoría de las importaciones de aguardientes destilados realizados por Corea proceden de la Comunidad Europea y, por consiguiente, los Estados Unidos no

están en situación de extraer ninguna conclusión general acerca de la comercialización de marcas conocidas en el mercado coreano en este momento. Además de los envíos a granel, la inmensa mayoría de las exportaciones estadounidenses son de whisky Jack Daniels y Jim Beam, marcas que gozan de especial renombre a nivel internacional. Ese prestigio reviste un valor significativo a la hora de desarrollar una presencia en nuevos mercados, debido al elevado costo de la exportación.

- c) El Gobierno de los Estados Unidos no tiene acceso a los precios antes de los impuestos que fijan las marcas a los aguardientes destilados, lo que, según los representantes de la industria, es una información que cada empresa considera confidencial.

7.9 En respuesta a las preguntas del Grupo Especial y a los argumentos formulados por Corea en lo tocante a las cuestiones de competencia, los Estados Unidos indican que no estiman adecuado recurrir a un análisis de mercado, dentro del marco de la normativa nacional en materia de competencia, para analizar qué productos son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" a los efectos del párrafo 2 del artículo III. Los Estados Unidos opinan que es importante tener en cuenta los diferentes objetivos de la legislación antitrust, por una parte, y, por otra, del párrafo 2 del artículo III del GATT. El párrafo 2 del artículo 3 del ESD deja bien sentado que las disposiciones del GATT de 1994 y otros Acuerdos de la OMC han de interpretarse "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Como el Órgano de Apelación ha señalado en varias ocasiones, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contienen la jurisprudencia internacional en materia de interpretación. El artículo 31 establece el principio básico de que un tratado deberá interpretarse "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

7.10 Según los Estados Unidos, y en aplicación de ese principio, el párrafo 2 del artículo III del GATT debe interpretarse a la luz del objetivo global del artículo III, que consiste en "evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias internas".³⁰⁴ El artículo III es una disposición antidiscriminación destinada a garantizar que las medidas del Gobierno no distorsionen las condiciones de competencia en beneficio de los productos nacionales. La normativa en materia de competencia sirve, en cambio, para contrarrestar todo lo que pueda amenazar a nivel privado la competencia en el mercado, independientemente de que los productores o productos competidores sean nacionales o extranjeros. Dado que el objetivo y la finalidad de los dos conjuntos de normas son totalmente diferentes, no sería adecuado recurrir a un análisis de la competencia ni aplicarlo a la hora de decidir si una medida impositiva es compatible con el párrafo 2 del artículo III del GATT.

C. COREA

7.11 En respuesta a una pregunta sobre los ingredientes y la comparabilidad de los preparados premezclados, Corea declara que:

- a) Las premezclas hicieron su aparición en mayo de 1994 con miras a atraer a las consumidoras y a los jóvenes entre 20 y 30 años que preferían bebidas de bajo

³⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, página 20.

contenido alcohólico.³⁰⁵ Los preparados premezclados ofrecen un contenido de alcohol que oscila entre el 10 y el 15 por ciento.

- b) El soju corriente tiene un contenido alcohólico del 25 por ciento. Las características más descollantes que distinguen a las premezclas del soju corriente son que las primeras llevan aromas, colorantes y más del 2 por ciento de extracto. En términos más exactos, las premezclas no se hacen con soju corriente. La mezcla consiste en una combinación de diversos ingredientes y joojung (alcohol etílico), que es la materia prima a partir de la cual se produce el soju corriente.
- c) Para hacer que los preparados premezclados resulten atractivos a las mujeres, los productores eliminan primero el olor y el sabor acres del joojung añadiendo aromas de frutas (como limón y fresas). Así, los fabricantes agregan concentrados de jugo de limón/cereza y acerola y extractos de limón/cereza que no pueden incorporarse al soju corriente con arreglo a lo dispuesto por la ley. Para dar a las premezclas un sabor más dulce se agregan en un porcentaje más elevado que en el soju corriente edulcorantes como la esteviosida, el azúcar y la fructosa.

<u>Premezcla</u> (Mezclas limón/cereza)	<u>Soju corriente</u> (Soju chungsaek, verde)
Azúcar	Azúcar
Ácido cítrico	Esteviosida
Anhídrido carbónico	Ácido cítrico
Concentrado de limón/cereza	Sales minerales
Concentrado de jugo de acerola	Aminoácidos
Extracto de limón/cereza	Sorbitol
Colorantes alimentarios	
Fructosa	
Esteviosida	

- d) Corea pone de relieve además, que el soju corriente se sirve típicamente en vasito pequeño y rara vez, por no decir ninguna, mezclado con otras sustancias. El soju corriente se sirve "solo" y se bebe habitualmente con las comidas.
- e) Los preparados premezclados, denominados también cócteles a base de soju, se caracterizan por un sabor totalmente diferente, mucho más dulce, que el soju corriente (están clasificados como licores en la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas). Tienen también un contenido más bajo de alcohol. Su composición es distinta, como se indicó anteriormente. Los cócteles a base de soju no son adecuados para ser consumidos con las comidas.

³⁰⁵ Véase el Informe Sofres: "En el pasado, las coreanas tenían prejuicios con respecto al alcohol. Sin embargo, entre las generaciones actuales, las mujeres cada vez beben más. Los destiladores y productores coreanos han aprovechado esta tendencia para ofrecer bebidas de baja graduación alcohólica como ... "Lemon Soju". Hay que mencionar que los productores coreanos no utilizan el término "soju" en la marca comercial de estas premezclas. Algunos ejemplos de nombres son "Lemon 15", "Cherry 15", "Lemon Remix" y "Cherry Remix".

- f) No es correcto asociar las premezclas con el soju corriente, de la misma manera que no sería correcto asociar el Bailey's (mezcla, entre otras cosas, de nata fresca con whisky) con el whisky. El Bailey's y los cócteles a base de soju están agrupados en la misma partida arancelaria, con otros licores, en la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas.
- g) Por último, hay que tener cuidado de no sobrestimar la popularidad de los cócteles a base de soju, como han hecho las Comunidades Europeas. A medida que se ha ido desvaneciendo el efecto de su novedad, también han disminuido sus ventas.

7.12 En respuesta a una pregunta sobre si el párrafo 2 del artículo III abarca la competencia potencial o futura, Corea expone que:

- a) Si por "competencia potencial" se entiende la competencia que existiría "si no fuera por" un impuesto supuestamente discriminatorio, Corea admitiría que la competencia potencial queda cubierta por el párrafo 2 del artículo III. Pero Corea ya ha abordado este aspecto al examinar los precios "antes de los impuestos" y ha demostrado que, aunque se eliminara el efecto del impuesto, los productos de que se trata no entrarían en competencia directa. Los precios antes de los impuestos de los productos implicados, según las propias cifras de las partes reclamantes, oscilan entre un nivel 400 por ciento más elevado que el soju antes de los impuestos y un nivel 1.800 por ciento más elevado.
- b) Si por "competencia futura" el Grupo Especial entiende la competencia que podría aparecer en algún momento del futuro en el caso de que, por ejemplo, los consumidores modificaran sus hábitos, o de que el precio del whisky anterior a los impuestos cayera al nivel del del soju, entonces Corea considera que la "competencia futura" no queda cubierta por el párrafo 2 del artículo III. Los reclamantes no pueden fundamentar en especulaciones acerca de futuros cambios en el mercado argumentos al amparo del párrafo 2 del artículo III, sino más bien plantear el caso ante la OMC en el punto y hora en que se produzcan los cambios pertinentes.

7.13 En respuesta a una pregunta sobre las posibles explicaciones de aparentes contradicciones en el estudio Dodwell, Corea afirma que:

- a) La elección ha estado sujeta a elementos muy aleatorios
 - i) Si se estuviera buscando una explicación a unas contradicciones manifiestas a la hora de elegir algo en la vida real, la idea de que la selección está sujeta a factores bastante aleatorios sería evidentemente la primera hipótesis. Así cabría imaginar a los compradores optando por el producto X un día o una hora y por el producto Y al día siguiente, según el estado de ánimo y una infinidad de circunstancias. Los precios relativos de X e Y podrían influir en la frecuencia con que se elige cada producto. En un período de observación lo suficientemente corto, sin embargo, predominaría el elemento aleatorio, de forma que algunos consumidores parecerían responder a un aumento en el precio de X comprando menos del producto Y.

- ii) Como explicación de las incongruencias en las respuestas a un cuestionario basado en precios hipotéticos, este supuesto resulta, no obstante, problemático. Una entrevista para una encuesta suele ser normalmente breve, de forma que es lógico que el estado de ánimo u otros factores que podrían determinar la adquisición de un producto en vez de otro se mantuvieran constantes a lo largo de toda la entrevista. Si esa premisa es correcta, sin embargo, no cabe recurrir a factores aleatorios que afecten a la demanda para justificar las incongruencias de los resultados.
- iii) Naturalmente, podría suceder que la hipótesis de que el estado de ánimo es constante a lo largo de la entrevista resultara falsa. Pero si es falsa, la interpretación de los resultados de la encuesta tropieza con otro problema. En el contexto actual, por ejemplo, el objetivo del estudio Dodwell estriba en aislar los efectos de los cambios en los precios de otros factores que pueden influir en la demanda. Ahora bien, si el estado de ánimo u otros factores se modifican a lo largo de la encuesta, o si se permite a los encuestados imaginarse haciendo una elección en un estado de ánimo determinado y otra elección si varía este último, la encuesta ha fracasado en su objetivo de aislar los cambios en los precios de otros factores que afectan a la demanda. Los resultados arrojarán una perspectiva falseada del efecto de los precios sobre la demanda.

- b) Se han producido errores al transcribir las respuestas

Otra explicación sencilla de las contradicciones sería que los entrevistados son coherentes, pero los entrevistadores no están reproduciendo correctamente sus respuestas. Se incluye esta hipótesis sólo por no dejar ningún cabo suelto.

- c) Existe una posible explicación de las respuestas inopinadas

Si las respuestas adoptan sentidos imprevistos, pero coherentes, habría que buscar la causa en otros factores distintos. Ofrecemos infra dos hipótesis que podrían, en principio, dar cuenta de los resultados inesperados y comentamos también por qué no nos parecen válidas para explicar resultados contradictorios.

- d) Regalos y precios

- i) Los encuestados que piensan que se les está preguntando acerca de la adquisición de una sola botella, pueden contestar a la pregunta en la creencia de que se trata de la compra de una botella de aguardiente como regalo. En ese caso, sin embargo, podrían estar respondiendo a cambios en los precios de una forma que pudiera parecer perversa. Una reducción del precio puede incidir en que ese aguardiente resulte menos deseable como regalo y un incremento al contrario. La situación se volvería aún más compleja si los encuestados contestaran a parte de las preguntas con la mente puesta en la adquisición de regalos y a otra parte en términos de consumo personal.
- ii) Pero aunque el tema de los regalos podría explicar en principio reacciones manifiestamente perversas a cambios en el precio, carece de poder aclaratorio en el presente caso. Ello se debe, en primer lugar, a que aquí se

está hablando de reacciones no tanto perversas sino incongruentes. En segundo lugar, las respuestas contradictorias de la gráfica 2 obedecen a cambios en el precio del soju, y no del whisky, y el soju corriente no se suele utilizar como regalo: es demasiado barato para desempeñar ese papel.

- e) El whisky y el soju son de consumo complementario
- i) No es muy difícil imaginar las circunstancias en que dos bebidas alcohólicas se complementan, al menos para ciertos bebedores. En algunas comunidades, por ejemplo, el whisky se bebe típicamente con una cerveza "que ayuda a bajarlo". De forma alternativa, los bebedores pueden seguir un ritual de beber dos rondas de whisky y luego dos rondas de cerveza. En ambos casos, la cerveza y el whisky se comportan, no tanto como sustitutos sino como complementarios, por lo que un aumento en el precio del whisky, en vez de incrementar la cantidad de cerveza consumida, que es lo que ocurriría si la cerveza y el whisky fueran sustituibles entre sí, disminuiría su consumo.
 - ii) Los bebedores estarían actuando como si el whisky y la cerveza que se toma para ayudar a bajarlo, por ejemplo, fueran una sola bebida. De ese modo, una elevación del precio de o bien la cerveza o bien el whisky reduciría el número de bebidas ingeridas. Descendería por tanto la cantidad consumida de la bebida cuyo precio se hubiera mantenido constante.
 - iii) El problema, a pesar de todo, es que en la gráfica 2 del estudio Dodwell, el whisky y el soju actúan como sustitutos cuando el precio del soju pasa de 1.000 a 1.100 won, pero como complementos cuando el precio del soju pasa de 1.100 a 1.200 won. Lo difícil no es explicar este último fenómeno (¡al menos en principio!), sino la falta de coherencia entre los dos.
 - iv) Cabría imaginar que la población está constituida por algunos bebedores que consideran al whisky de tipo escocés y al soju, sustitutos, y otros que lo consideran complementos. Para ciertos cambios de precio, predominaría el primer grupo, mientras que para otros, el segundo grupo determinaría la dirección del cambio neto.
 - v) Antes de adentrarnos por esa senda teórica, conviene, no obstante recordar en dónde radica el origen del problema. Lo que se está discutiendo es el efecto de un cambio de 100 won en el precio de una botella de soju.³⁰⁶ Pero para que el soju y el whisky de tipo escocés se consideren complementarios, deben beberse en estrecha combinación. Lo que cuenta entonces es el precio de ésta. Sin embargo, teniendo en cuenta que el precio del whisky de tipo escocés es tantas veces superior al precio de soju, una variación del 10 por ciento en el precio del soju sólo tendría una

³⁰⁶ Al tipo de cambio actual, 100 won equivalen a 0,0691 dólares EE.UU. y 0,0637 ecus (23 de marzo de 1998).

repercusión insignificante en el precio de una combinación soju-whisky. Para que un incremento de 100 won en el precio del soju influyera en que el número de los que eligen el whisky de alta calidad pasara de 41 a 36 y que el número de los que optan por el whisky de tipo escocés corriente bajara de 56 a 49 sería menester que existiera una sensibilidad a los precios que no es verosímil ni está corroborada en ninguna otra parte del estudio Dodwell.

- f) Por último, Corea señala que, en su primera comunicación, calificó a las contradicciones de alarmantes, pero comentó que el estudio Dodwell tenía problemas mucho más graves.³⁰⁷ Corea no ve razón alguna para cambiar esa afirmación.
- g) Corea sigue también creyendo que es posible que la atención de los encuestados (por no mencionar la de los propios encuestadores) pueda haber flaqueado a medida que iban abriéndose camino entre los 16 conjuntos de precios hipotéticos que les ofrecían las encuestas Dodwell. Esa hipótesis es la que parece encajar mejor con los hechos.

7.14 En respuesta a una pregunta sobre el contenido de agua del soju destilado y del soju diluido, Corea declara que:

- a) A fin de facilitar la tarea del Grupo Especial, Corea proporciona aquí una respuesta en relación con el contenido de agua tanto del soju corriente como del soju destilado y explica brevemente el proceso de fabricación, con objeto de comprender mejor las diferencias.
- b) En el caso del soju corriente se agrega agua antes y después de la destilación. Antes de la destilación se hierve tapioca y/o batatas para hacer un puré. En segundo lugar, se incorpora el agua. En tercer lugar, se añaden los enzimas y la levadura con miras a que fermenten el puré de tapioca y/o batatas. El proceso de fermentación dará lugar a una sustancia con un contenido alcohólico del 10-11 por ciento, de consistencia semilíquida. Las proporciones son: 20 por ciento de ingredientes, 79,9 por ciento de agua y levadura 0,1 por ciento.
- c) Luego se somete el material a una destilación continua hasta obtener un alcohol lo más puro posible (95 por ciento de alcohol etílico). Tras la destilación, se agrega agua y, posteriormente, de seis a siete aditivos. En esta etapa el alcohol etílico (joojung) representa el 26,4 por ciento y el agua el 73,6 por ciento.
- d) Contrariamente a la idea de que el soju corriente no es más que una forma diluida del soju destilado, este último está constituido por diferentes materias primas, fundamentalmente arroz y, a veces, otros cereales. Sólo se le incorpora agua antes de la destilación, pero no se le añade después de ésta. La fabricación de un soju destilado al 45 por ciento en un proceso de destilación fraccionada es una tecnología desarrollada por los productores coreanos a lo largo de varios siglos.

³⁰⁷ Véase apéndice 2 de Corea, página 6.

- e) En el caso del soju destilado, se toma arroz blanco y se hierve. Después, se agrega agua y levadura que actúan como catalizadores, para poner en marcha el proceso de fermentación. Los ingredientes representan el 40 por ciento, el agua el 59 por ciento y la levadura un 1 por ciento. Una vez fermentado, se obtiene un producto que tiene un bajo contenido de alcohol. Luego, el producto fermentado se somete a un proceso de destilación única, de forma que, al final, la graduación alcohólica es del 45 por ciento. No se añade agua después de la destilación.

En el siguiente cuadro puede observarse el porcentaje de agua agregada:

	<u>Antes de la destilación</u>	<u>Después de la destilación</u>
Soju corriente	79,9%	73,6%
Soju destilado	59,0%	0%

7.15 En respuesta a una pregunta acerca de las diferencias físicas entre las exportaciones de soju y shochu al Japón, Corea declara que:

- a) Las tres marcas principales de soju corriente exportadas al Japón son Jinro, Doosan's Green y Bohae. Jinro y Doosan utilizan sólo azúcar y ácido cítrico en los productos que exportan al Japón. El soju corriente de Bohae exportado al Japón no contiene aditivos. Por otra parte, el soju corriente de Corea puede utilizar hasta siete aditivos.
- b) La diferencia de composición puede observarse estudiando los distintos aditivos en los dos productos que la casa Jinro exporta al Japón.

	Jinro Gold	Jinro Export
Contenido Alcohólico	25%	25%
Ácido cítrico	x	x
Azúcar (natural)		x
Fructosa	x	
Oligosacáridos	x	
Esteviosida	x	
Sal refinada	x	
Aminoácidos	x	

- c) La diferencia en el número de ingredientes contribuye a distintas pautas de consumo. En Japón, el shochu A se toma casi siempre con agua, caliente o frío, con otras bebidas y con hielo. En Corea, el soju corriente se bebe casi siempre solo.
- d) La fuente de esta información procede de empresas como Jinro, que pretenden comercializar esos productos en el mercado japonés y que han detectado la oportunidad de exportar soju para los emigrantes coreanos que viven en el Japón y fabricar un producto diferente para satisfacer la demanda de los consumidores japoneses.
- e) Esto puede ser confirmado fácilmente por el Grupo Especial con sólo echar un vistazo a las botellas de Jinro Gold (el soju coreano, destinado a los residentes coreanos en el Japón) y Jinro Export (destinado a los consumidores japoneses) suministradas por Corea. Las etiquetas de Jinro Gold están impresas con caracteres coreanos mientras que las de Jinro Export no llevan esos caracteres.
- f) Las etiquetas de esas botellas ofrecen también una indicación sobre su trato fiscal en el Japón. La etiqueta de la parte trasera de la botella de Jinro Gold contiene la palabra aguardiente, mientras que la de Jinro Export dice "shochu A".

7.16 En respuesta a una pregunta sobre una comparación hipotética entre una botella de vino caro y una botella de vino de mesa más barato, Corea señala que:

- a) A los efectos del párrafo 2 del artículo III, si se quiere averiguar si dos productos son "similares", hay que demostrar, para empezar, que los dos productos son "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí". Según el Grupo Especial en el reciente caso Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II:

Había que considerar que los productos "similares" eran una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.³⁰⁸

Por consiguiente, el hallazgo de una "similitud" en el párrafo 2 del artículo III presupone una relación de competencia más fuerte entre dos productos que el mero hecho de calificarlos de directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

- b) El precio tiene un impacto sobre la relación de competencia entre los productos. Cuando existe una gran diferencia de precios, ello permite suponer que dos productos no van a competir entre sí. En el ejemplo propuesto por el Grupo Especial de un vino barato y un vino de Burdeos exquisito, podría ocurrir que, en un mercado concreto, unos precios tan dispares hicieran que no hubiera competencia entre esos dos productos y que no fueran ni "similares" ni directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Ello se debe a que la mayoría de los consumidores estiman que una botella de vino de 1.000 dólares EE.UU. no sirve para sustituir a una botella de vino de 5 dólares EE.UU., pese a los rasgos que aparentemente puedan tener en común en el ámbito de las características físicas (color, embalaje, contenido alcohólico).
- c) Es muy probable que esa conclusión se fundamente en otras divergencias. Es más, el hecho de que una persona elija pagar más por un Burdeos exquisito cuando tiene la opción de comprar un vino de mesa barato es una vara de medir las diferencias entre los dos productos. Entre un vino barato y un Burdeos de una cosecha excepcional, por ejemplo, unas diferencias esenciales pueden ser la edad de los vinos, el tipo, el año y la procedencia de la uva utilizada, la mezcla, los cuidados que se han prestado al vino y la forma de almacenarlo, todo lo cual repercute en las cualidades organolépticas del vino. El Burdeos exquisito puede proceder de una bodega o de unos viñedos reputados y al comprador quizá no le interese en absoluto beber el vino o al menos no con una comida normal. Puede considerarlo como una inversión o como un vino para ocasiones muy especiales. Esa clase de diferencias apoyarían también la conclusión de que dichos productos no son "similares" ni directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.
- d) En el presente caso, Corea ha demostrado que el precio es un factor importante en los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí y, por ello, en el análisis de productos "similares". Las pruebas presentadas por las propias partes reclamantes (en especial, el estudio Dodwell) indican que no existen coincidencias, siquiera parciales, entre los precios del soju corriente y del soju de alta calidad por una parte, y las bebidas alcohólicas de tipo occidental por otra. Así, la modalidad más costosa de soju corriente (es decir, el soju de alta calidad) es mucho menos cara que el aguardiente de tipo occidental más barato. En contraste, la gama de precios del vino puede ser muy amplia.
- e) Además, los productos en este caso difieren también en otras series de aspectos y, en particular, en sus características físicas y usos finales. Corea sostiene que una

³⁰⁸ Véase informe del Grupo Especial sobre Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, párrafo 6.22.

valoración global de los productos de que se trata en el presente caso debe abocar a la conclusión de que no son "similares" ni directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

7.17 En respuesta a una pregunta acerca de la similitud o el grado de competencia de productos con características físicas similares, Corea señala que:

- a) Cuando dos productos son físicamente idénticos en el sentido de que no existe ninguna prueba ni procedimiento conocidos para distinguirlos, Corea opina que los dos productos deben ser calificados de similares. La identidad física en un sentido tan estricto parece implicar, sin embargo, o bien que los precios de mercado de los productos son los mismos o que sólo uno de ellos se vende, o que los consumidores ignoran su similitud. Si dos productos aparecen en un mercado, vendiéndose a precios distintos, pero los químicos, físicos u otros expertos mantienen que no pueden distinguirlos entre sí, entonces es cuando surge el problema. En efecto, se estaría planteando un conflicto de pruebas, pues los expertos dicen que no pueden detectar ninguna diferencia, pero los consumidores de los productos actúan como si pudieran.
- b) En ese caso, Corea no cree que baste con las pruebas de los expertos para declarar que dos productos son o bien "similares" o "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí". Antes de tomar esa medida es preciso refutar las hipótesis de que las pruebas de los expertos son incapaces de detectar diferencias que para los consumidores son significativas; o que los expertos no han diseñado correctamente o ajustado sus pruebas para hallar esas diferencias; o bien que están interpretando indebidamente sus resultados.
- c) Con respecto a "físicamente idénticos o casi", a Corea le parece que el haber agregado el "o casi" a "físicamente idénticos" suscita dificultades. Un problema es que se trata de un círculo vicioso; cómo definir el "casi" para que cualquier cambio en el producto que tenga sólo un ligero efecto en la demanda de los consumidores deje, según se estima, un producto "casi idéntico", mientras que cualquier cambio que tenga un efecto considerable en la demanda dé lugar a un producto diferente. Esa definición de "casi idéntico" privaría de sentido a esta pregunta, pues si se utiliza dicha definición, los productos que abarca tienen probabilidades de ser directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.
- d) Corea opina, sin embargo, que muchos cambios que son "ligeros" en sentido técnico pueden desembocar en productos que son muy diferentes según la piedra de toque del comportamiento en el mercado. Por poner un ejemplo, agregar a un producto alimentario o a una bebida, pequeñas cantidades de una sustancia desagradable, o de una sustancia que se considere desagradable, puede acarrear, si los consumidores se enteran, que la demanda del producto caiga a cero, aunque la sustancia no altere el sabor del producto ni atente contra la salud y su presencia no pueda ser detectada por los consumidores. La "pequeña" adición puede convertir a un producto muy solicitado en un producto que ya no puede venderse a ningún precio. Además, la elasticidad de la sustitución del producto original y el producto "casi idéntico" puede ser de cero o de un valor insignificante. Corea dista mucho de estar convencida de que "los productos casi idénticos" con diferentes demandas y precios en el mercado y una elasticidad cruzada de la demanda en función de los

precios baja o de nivel cero deban ser calificados de directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

- e) Corea piensa que hay productos que pueden ser físicamente idénticos o casi pero no directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Corea cree que diferencias pequeñas en sentido técnico pueden ser importantes para los compradores y que la prueba del nueve para saber si son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí está en los resultados obtenidos en el mercado. Dicho con otras palabras, Corea es del parecer de que no existe ningún atajo técnico que pueda determinar si unos productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí sin referirse a sus resultados en el mercado.
- f) Los rasgos distintivos físicos pertinentes son los que son importantes para los consumidores. La OMC se ocupa de mercados y los mercados dependen en último término de los gustos y costumbres de los consumidores. En el presente caso, por lo que hace a los aguardientes, Corea ha enumerado las siguientes características físicas distintivas:
 - i) materias primas, aditivos;
 - ii) proceso de producción;
 - iii) porcentaje de alcohol;
 - iv) sabor, olor y color.
- g) Sumados a la diferencia de usos finales y de precios, los rasgos distintivos indican que no existe una relación de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí entre el soju coreano por una parte y las bebidas alcohólicas de tipo occidental por otra.
- h) Al analizar las características físicas, lo que da la medida adecuada de la pertinencia es la importancia para los consumidores. En el presente caso, Corea ha alegado que las diferencias en las características físicas, junto con otros factores relacionados con el mercado (como el precio y el uso final), demuestran que ninguna de las bebidas alcohólicas de tipo occidental compite directamente con ninguno de los dos sojus coreanos en el mercado de su país.

7.18 En respuesta a una pregunta sobre la comparación entre el soju diluido de alta calidad y el soju diluido corriente, Corea declara que:

- a) Corea ha incluido el soju diluido de alta calidad en su comparación del soju diluido con otras bebidas alcohólicas porque las diferencias entre el soju diluido de alta calidad y el soju diluido corriente, en comparación con las diferencias entre el soju diluido (incluido el soju de alta calidad) y las bebidas alcohólicas de importación, son de una importancia secundaria. El soju diluido de alta calidad es sólo una versión "mejorada" del soju corriente. Por ello, el soju diluido de alta calidad podría compararse con el modelo de coche compacto "Clío" de la marca Renault con asientos tapizados de cuero que, pese a ser una versión de lujo, sigue siendo un coche compacto. Continuando con esa analogía: las bebidas alcohólicas de importación son Mercedes, Jaguars y Rolls Royces en comparación con el soju diluido. El precio de un Clío de la casa Renault, incluso equipado con asientos

tapizados de cuero, es bastante más reducido que el del Mercedes más barato, por no hablar de un Jaguar o un Rolls Royce.

- b) Si adoptamos los mismos criterios que nos sirven para establecer distinciones en un análisis de productos similares o directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, las diferencias entre un nivel de alta calidad y un nivel corriente son reducidas. Por ejemplo, la diferencia de precios entre un soju diluido corriente y un soju diluido de alta calidad se cifra en un factor de 1,76, en comparación con un factor 5 para la bebida alcohólica importada más barata (gin) y un factor superior a 19 para la bebida alcohólica de importación más cara (coñac/brandy).
- c) Para una de las primeras marcas de soju diluido de alta calidad, Kimsatgat, la diferencia principal estriba en que uno de los siete posibles aditivos (la esteviosida) se sustituye por miel. En contraste, entre las bebidas alcohólicas importadas de que se está hablando (whisky, vodka, gin, brandy, ron) hay diferencias de sabor, características físicas y uso final. El sabor del gin, por ejemplo, es totalmente distinto del sabor del soju diluido (e incluso del de alta calidad), debido a que su composición física no es la misma. El gin no se bebe con las comidas coreanas, mientras que el soju diluido (incluido el de alta calidad) sí y así sucesivamente.
- d) Este análisis ha llevado a Corea a la conclusión de que el soju diluido corriente y el de alta calidad son lo bastante similares y lo bastante competitivos como para agruparse juntos en el análisis que el presente caso exige. Ni que decir tiene que Corea ha tratado de forma separada al soju destilado del soju diluido, ya que entre esos dos productos las diferencias son significativas (precio, uso, comercialización, materias primas, clasificación fiscal).

7.19 En respuesta a una pregunta sobre competencia entre tipos de whisky, Corea declara que:

- a) No existen motivos para suponer que los whiskys importados no compitan directamente o sean distintos de los whiskys nacionales debido a las diferencias de precios citadas. Los precios mencionados corresponden a las diversas marcas. Tanto los whiskys nacionales como los whiskys importados abarcan toda la gama de precios (por ejemplo, los whiskys baratos se embotellan en Corea, pero también los caros). Teniendo en cuenta todas las ventas, el whisky nacional es, por término medio, algo más caro que el whisky de importación.³⁰⁹
- b) No existen otras diferencias (como las características físicas o el uso final) que sugieran que el whisky de importación y el whisky nacional estén en una situación distinta en el mercado coreano. Además de la pequeña diferencia de precios, este aspecto también es pertinente. Como Corea ha subrayado anteriormente, la decisión de si los productos son "similares" o directamente competidores o directamente sustituibles entre sí se reduce a una cuestión de apreciación global de su relación, una vez sopesados todos los factores pertinentes. Por supuesto, no se establece una distinción entre el whisky importado y el nacional en los tipos impositivos que gravan a las bebidas alcohólicas ni en los impuestos de educación de Corea.

³⁰⁹ Véase el apéndice 5 de Corea.

7.20 En respuesta a una pregunta acerca de la historia de cómo se negoció el artículo III y la nota al artículo III, Corea indica que:

- a) Esos ejemplos muestran que productos con características físicas diferentes pueden mantener una relación de competencia lo suficientemente estrecha como para que se aplique lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo III. Saber si esto es, de hecho, así, depende de un análisis caso por caso, según el Órgano de Apelación en Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II.
- b) Puede muy bien suceder que las manzanas y las naranjas sean directamente competidoras o sustituibles entre sí en ciertos mercados. Por otra parte, cabe imaginar una serie de razones por las que esas frutas no sean directamente competidoras o sustituibles entre sí (por ejemplo, con el desayuno es más habitual tomar un jugo de naranja que un jugo de manzana; la mayoría de los consumidores pueden fabricar ellos mismos el jugo de naranja, pero no el jugo de manzana; el pastel de manzanas es más corriente en muchos países que el pastel de naranja; en los países que no son productores de naranjas éstas son más caras que las manzanas; etc.). En realidad, se ha establecido que determinadas frutas frescas, como los plátanos, tienen su propio mercado, al menos en el mercado de las CE.³¹⁰ Estas determinaciones, que rigen también respecto de los demás productos citados, no pueden hacerse en abstracto.
- c) Esos ejemplos son, por tanto, pertinentes para el presente caso, dado que ilustran el hecho de que productos con diferentes características físicas pueden ser directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Ello ha quedado también de manifiesto en el caso Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, en donde se estableció que el whisky y otras bebidas alcohólicas eran directamente competidores o directamente sustituibles entre sí con el shochu japonés. Ese caso pone también de manifiesto, sin embargo, que dichos resultados dependen de un análisis detallado de cada uno de los mercados.

7.21 En respuesta a una pregunta sobre los requisitos legales que rigen el contenido de azúcar del soju, Corea declara que no existe ninguna prescripción legal en su país acerca del contenido mínimo de azúcar en el soju. El sabor más dulce del soju coreano obedece a la utilización de aditivos como la esteviosida y/o el aspartamo, que son de 150 a 300 veces más dulces que el azúcar.

7.22 En respuesta a una pregunta sobre el consumo de soju con comida, Corea declara que el soju corriente se toma en la mayoría de los casos con las comidas. Además de esto, se consume un pequeño porcentaje en los locales de los establecimientos. También se puede beber en la casa soju corriente fuera de las comidas (por ejemplo, para acabar una botella una vez terminada la comida).

7.23 En respuesta a una pregunta acerca del uso del soju destilado como regalo, Corea afirma que, como se ha hecho hincapié en su primera comunicación, el soju destilado es un producto artesano que ocupa un "nicho" en el mercado coreano y que se utiliza principalmente como regalo.

³¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, Recopilación de Jurisprudencia 1978, página 207.

Cuando se recibe soju destilado como regalo, se suele beber con las comidas en ocasiones tradicionales como el día de Año Nuevo y el día coreano de "Acción de Gracias" (15 de agosto). Es raro que se consuma soju destilado en otras ocasiones. En algunos restaurantes tradicionales coreanos y japoneses muy caros se ofrece soju destilado a precios muy elevados.

7.24. En respuesta a una pregunta acerca de si las preguntas y la metodología empleadas en el estudio Dodwell son similares a las del estudio ASI en Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, y si Corea está en desacuerdo con el uso por parte del Grupo Especial del estudio ASI para llegar a sus conclusiones, Corea señala que confía en que el Grupo Especial Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II haya examinado el estudio ASI con la debida atención. Corea no ha analizado a fondo, sin embargo, el informe ASI, que fue presentado a otro Grupo Especial en un caso distinto y que cubre a un mercado en un país diferente. No está en condiciones, por tanto, de hacer comentarios sobre el estudio ASI. Además, Corea pone en duda el valor de una autopsia del propio estudio ASI o de su uso por el Grupo Especial en Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II. Si el estudio ASI carece de los fallos del estudio Dodwell, su utilización por el Grupo Especial habrá sido la adecuada, pero ese hecho no puede erigirse en argumento de peso para confiar en este caso en el estudio Dodwell y sus lagunas. Si el estudio ASI tiene tantos fallos como el estudio Dodwell, el hecho de que el Grupo Especial se fiara de él no debe dar pie a repetir la misma equivocación.

7.25 En respuesta a una pregunta sobre la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios, Corea afirma:

- a) Corea está de acuerdo con la observación implícita de que la posición de los Estados Unidos en este caso no es compatible con la de las CE.
- b) No obstante, para examinar las observaciones de cualquiera de las partes se necesita situarlas en un contexto. Un elemento importante de ese contexto es el tipo de mundo al que se supone que se aplican las observaciones -¿se trata de un mundo teórico en el que la información está al alcance de todos sin reservas o se trata del mundo real en que es difícil conseguir información exacta?
- c) La sugerencia de los Estados Unidos de que cualquier desviación ... deberá interpretarse como signo de una elasticidad cruzada positiva y, por tanto, de sustituibilidad, le parece a Corea una forma de lanzar demasiado lejos la red del párrafo 2 del artículo III, si se pretende aplicar a un mundo plenamente informado y, por ello, convertirse en una declaración de principios. Con ese criterio, los aguardientes, la cerveza y el vino serían productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, las bebidas alcohólicas y gaseosas tendrían bastantes posibilidades de serlo y la cerveza y la gaseosa casi con toda seguridad. Parece poco probable que ningún Miembro de la OMC piense que, por el mero hecho de serlo, esté obligado a aplicar el mismo tipo de impuestos a una gama tan amplia de productos y pocos, por no decir ninguno, lo hacen.
- d) Pero si los Estados Unidos pretenden aplicar ese criterio al mundo real, los fallos en la información brindan nuevos motivos para desecharlo. En el mundo real hay problemas de errores en la elaboración y organización de muestras y problemas de errores estadísticos por no decir nada de las equivocaciones de esos "seres humanos falibles" que tanto se repiten ahora en el argumento reciente de las Comunidades Europeas en este caso. Incluso si se aceptara en principio el criterio

de los Estados Unidos, la existencia de esas fuentes de errores en la estimación impondría la necesidad de prever un margen considerable de tolerancia, margen que los Estados Unidos rechazan con su postura.

7.26 En respuesta a una pregunta acerca de una norma de minimis para la cuestión de "de manera que se proteja la producción nacional", Corea declara que:

- a) Si productos que sólo pueden ser remotamente sustituibles se califican de directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, un impuesto sobre un producto nacional que fuera inferior al impuesto sobre un producto extranjero directamente competidor o directamente sustituible tendría sólo unas consecuencias muy reducidas sobre la demanda cuantitativa del producto extranjero en el país que aplicara el impuesto. Corea considera que ese efecto reducido no bastaría para satisfacer el requisito de "de manera que se proteja la producción nacional" de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.
- b) Es más, Corea sostiene que los efectos de protección de minimis no ponen en marcha la aplicación de la segunda frase. Para ello se basa en el texto y la estructura de esta disposición, que no guarda similitud con las prohibiciones a rajatabla incorporadas en la primera frase del párrafo 2 del artículo III u otras disposiciones del GATT como el artículo I o el XI.
- c) Para empezar, si se trata de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, no cualquier diferencial impositivo resulta problemático. Sólo los diferenciales superiores a de minimis pueden plantear dificultades. Así, los Miembros de la OMC disponen de cierta flexibilidad a la hora de diseñar sus sistemas fiscales.
- d) De forma similar, la inserción de la prescripción "de manera que se proteja la producción nacional" en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III debe haber sido concebida también para dejar a los gobiernos un cierto margen. El párrafo 2 del artículo III sólo interfiere en el sistema impositivo de un Miembro cuando una discrepancia fiscal (apreciable) suscita la alarma acerca de la posibilidad de proteccionismo.
- e) Por tanto, Corea considera que cuando sólo cabe decir que el diferencial impositivo tiene un efecto de protección mínimo, no debe estimarse que se ha traspasado el umbral de "de manera que se proteja la producción nacional".

7.27 En respuesta a una pregunta sobre la gama de productos importados, Corea señala que:

- a) Dentro del marco de un sistema de impuestos específicos, todas las botellas de whisky de tipo escocés, por ejemplo, están gravadas con el mismo impuesto, sea cual sea su precio, de forma que el impuesto específico eleva el precio de las marcas más caras en un porcentaje más pequeño que los precios de las marcas más baratas. Dicho con otras palabras, el impuesto específico reduce el precio del whisky de tipo escocés más caro en relación con el whisky de menor precio y constituye, por tanto, un incentivo a la compra de marcas de mayor precio.

- b) Los impuestos coreanos sobre las bebidas alcohólicas son, sin embargo, ad valorem, es decir, que no tienen efectos en el precio de un aguardiente de una categoría específica (por ejemplo, whisky o brandy) en comparación con otro miembro de esa categoría. Corea no encuentra, por consiguiente, base a la sugerencia de las Comunidades Europeas de que el sistema impositivo coreano favorece la compra de marcas de whisky tipo escocés de precio elevado en detrimento de las marcas más baratas.
- c) Corea no sabe si los residentes en su territorio importan una mayor cantidad de whisky de tipo escocés más caro que los de países similares. Sí tiene claro, sin embargo, que la explicación de este hecho debe buscarse fuera de su sistema fiscal.

VIII.

ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS TERCEROS

A. CANADÁ

8.1 La comunicación del Canadá se ciñe exclusivamente a la cuestión de los criterios que hay que tener en cuenta al analizar si se aplican tipos impositivos diferentes de manera que se proteja la producción nacional.

8.2 El Canadá manifiesta que acoge con satisfacción los resultados a que se llegó en el asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II y valora favorablemente los principios para la interpretación y aplicación del artículo III del GATT de 1994 establecidos en su informe por el Órgano de Apelación. Señala que las cuestiones que se plantean en el contexto del régimen fiscal aplicado por Corea a las bebidas alcohólicas tienen una acusada semejanza con las que se plantearon en la diferencia objeto del asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II y que, en consecuencia, el Grupo Especial, al solucionar la presente diferencia, debería guiarse por los principios establecidos en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto citado.

8.3 El Canadá pone de relieve que todos los participantes parecen haber adoptado los principios del informe del Órgano de Apelación al abordar la presente diferencia, especialmente en lo que respecta a la interpretación de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994. En opinión del Canadá, todos los participantes parecen coincidir en que es necesario interpretar que la expresión "de manera que se proteja la producción nacional" del párrafo 1 del artículo III, en conexión con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III, se refiere únicamente a los efectos objetivos y en que no debe tenerse en cuenta el elemento intencional subjetivo. El Canadá insta al Grupo Especial a que base su decisión en la presente diferencia en esos principios.

8.4 A este respecto, tras examinar las comunicaciones y las pruebas presentadas hasta entonces, el Canadá hace suya la opinión de las Comunidades Europeas y de los Estados Unidos de que la evaluación de si las medidas se aplican de manera que se proteja la producción nacional implica un análisis objetivo. Comparte asimismo la opinión de que los hechos y circunstancias concernientes a la "estructura de las medidas", así como a su "aplicación global a los productos nacionales en comparación con los importados" ponen de manifiesto que las medidas coreanas en litigio se aplican de manera que se protege la producción nacional de soju en Corea.

8.5 El Canadá subraya que al examinar "el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora" de una medida, sólo deben tenerse en cuenta factores objetivos. Por ejemplo, como indicó el Órgano de Apelación en Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, la propia magnitud de la diferencia impositiva (que es un factor objetivo que puede discernirse a partir de la estructura de una medida) puede constituir prueba de la aplicación protectora.³¹¹ De hecho, en opinión del Canadá, dada la magnitud de la diferencia entre los tipos impositivos en el asunto que se examina, no es necesario analizar otros factores.³¹²

³¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, página 34.

³¹² El Canadá señala que según las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, la magnitud de la diferencia impositiva en litigio en la presente diferencia parece ser mayor que la que en el asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II que se constató constituía una prueba suficiente de la aplicación protectora. No obstante, en opinión del Canadá, aún en el caso de que el Grupo Especial constatará que era

8.6 Así pues, en opinión del Canadá, la evaluación de si una medida se aplica de manera que se proteja la producción nacional implica un análisis que ha de basarse en criterios objetivos, y en el presente asunto, la cuantía de la diferencia entre los tipos impositivos es suficiente para constatar que las medidas en litigio se aplican de manera que se protege la producción nacional.

B. MÉXICO

1. Antecedentes

8.7 México afirma que desde 1949 el Gobierno de Corea ha utilizado diversas medidas para proteger su producción nacional de soju, tales como contingentes y aranceles muy elevados. Hasta 1989, Corea mantenía contingentes para las importaciones a granel de whisky y, hasta julio de ese año, prohibía la importación de whisky embotellado.

8.8 México añade que hasta fines de la década de los ochenta Corea no comenzó a liberalizar esos obstáculos a la importación de bebidas espirituosas destiladas y que posteriormente, como resultado de la Ronda Uruguay, se comprometió a reducir sus aranceles del 100 por ciento ad valorem al 30 por ciento ad valorem en 10 períodos anuales. Su arancel consolidado actual es del 79 por ciento ad valorem para casi todas las bebidas espirituosas de la partida 22.08 del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (SA).

8.9 Según México, a principio de la década de los noventa, Corea redujo algunos de sus impuestos internos. En el caso del impuesto sobre las bebidas alcohólicas, Corea redujo el tipo aplicable al whisky y al brandy del 200 por ciento al 150 por ciento el 1º de julio de 1991; al 120 por ciento en enero de 1994 y al 100 por ciento en enero de 1996. La categoría "las demás bebidas alcohólicas" se benefició de una única reducción del 100 al 80 por ciento en julio de 1991. El soju³¹³, por su parte, se sujetó a un impuesto del 35 por ciento hasta 1991, año en que se subdividió en las categorías de "soju diluido" y "soju destilado", gravadas con impuestos del 35 y del 50 por ciento respectivamente.

8.10 México añade que en 1990 el Gobierno coreano comenzó a aplicar la Ley del Impuesto de Educación a algunas bebidas espirituosas, aminorando así la eficacia de la reducción de los tipos del impuesto sobre las bebidas alcohólicas. El impuesto de educación es una sobretasa que se aplica a la venta de diversos productos sobre la base de los demás impuestos pagados; en este caso se aplica sobre el impuesto que grava las bebidas alcohólicas.

8.11 La aplicación de la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas, conjuntamente con la Ley del Impuesto de Educación, favorece la comercialización del soju en detrimento de las demás bebidas espirituosas, afectando así a su comercialización.

2. Aspectos jurídicos

a) Planteamiento

necesario tener en cuenta otras pruebas, los demás factores expuestos por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos serían más que suficientes para establecer la existencia de una aplicación protectora.

³¹³ Según la sección I-A del Arancel de Aduanas de Corea, el soju está incluido en la partida arancelaria 2208.90.4000.

8.12 México sostiene que:

- a) el diferencial entre los impuestos internos aplicados al soju y a las demás bebidas espirituosas importadas constituye una violación prima facie de las obligaciones de Corea bajo el artículo III.2 del GATT de 1994 y, por ende, anulación o menoscabo de las ventajas de México al amparo de dicho Acuerdo;
- b) por tratarse de una violación prima facie de las obligaciones de Corea bajo el GATT de 1994 corresponde a Corea refutar la acusación.

b) Primera frase del párrafo 2 del artículo III

8.13 México señala que la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 establece lo siguiente:

"Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estaban 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."

8.14 México aduce que, según declaró el Órgano de Apelación en Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, para examinar si una medida fiscal está en conformidad con la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 es necesario determinar "en primer lugar, si los productos importados y nacionales gravados son "similares" y, en segundo lugar, si los impuestos aplicados a los productos importados son "superiores" a los aplicados a los productos nacionales similares".³¹⁴

8.15 México considera que Corea contraviene las disposiciones de la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 por las siguientes razones:

- a) El soju es un producto similar a las bebidas espirituosas de la partida 22.08 del SA.³¹⁵
 - i) El concepto de "productos similares" varía en función de la disposición del GATT de 1994 en la que se encuentra dicho concepto. Por ello, en la práctica seguida, la similitud de los productos se determina caso por caso. En relación con el párrafo 2 del artículo III la aplicación de diversos grupos especiales anteriores³¹⁶ sugiere atender a los criterios del uso final de un producto en un mercado determinado, los gustos y hábitos de los consumidores y las propiedades, naturaleza y calidad de los productos.

³¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, supra, párrafo 1 de la sección H, página 23.

³¹⁵ En esta partida están incluidos el tequila y el mezcal, que son productos de México.

³¹⁶ Véanse los casos Ajustes fiscales en frontera (L/3464, 18S/106); Subvenciones de Australia al Sulfato Amónico (BIDD II/188); CEE - Medidas en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal, informe adoptado el 14 de marzo de 1978 (IBDD 25S/53); España - Régimen arancelario del café sin tostar, informe adoptado el 11 de junio de 1981 (IBDD 28S/109); Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas I, supra y Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y determinadas sustancias importadas, supra.

- ii) Las bebidas espirituosas de la partida 22.08 del SA, incluyendo el tequila y el mezcal, tienen el mismo uso final que el soju, consistente en beberse solos, con comida condimentada "porque la aspereza de la bebida corta la condimentación de la comida". Además, corresponden a los mismos gustos y hábitos de los consumidores de bebidas espirituosas y tanto sus propiedades como su naturaleza y calidad son equivalentes. México afirma que vale la pena señalar que tanto el soju como el tequila y el mezcal se dividen en dos categorías: el tequila y el mezcal blancos corresponden al soju diluido, mientras que el tequila y el mezcal añejos corresponden al soju destilado. En ambos casos, se trata de bebidas que normalmente se beben solas y en vasos pequeños. En opinión de México, tanto el tequila como el mezcal blanco son bebidas de color claro, son muy comunes y se venden en grandes cantidades, mientras que el tequila y el mezcal añejos son bebidas más caras, que requieren un proceso más sofisticado y que en muchas ocasiones se envasan en botellas artesanales y se ofrecen como regalos.
- b) Aun cuando la clasificación arancelaria per se no constituye un elemento suficiente para determinar si se trata de "productos similares", cabe destacar que tanto el tequila como el mezcal se encuentran en la misma subpartida arancelaria (de 6 dígitos) que el soju: la subpartida 2208.90 del SA.³¹⁷ Hay que recordar que el máximo nivel de precisión del SA es la clasificación de 6 dígitos. Además, en el informe del Órgano de Apelación del caso Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II se estableció que "si la clasificación arancelaria es lo bastante detallada puede ser un signo provechoso de similaridad de productos".³¹⁸

8.16 México afirma que los impuestos aplicados al soju son superiores a los aplicados al tequila. Para ilustrar este argumento, México presenta al Grupo Especial el siguiente cuadro comparativo, que pone de manifiesto que los impuestos aplicados al tequila y al mezcal, por ejemplo, son muy superiores a los que se aplican al soju:

	Soju destilado	Tequila y mezcal	Margen de discriminación contra tequila y mezcal
Impuesto sobre las bebidas alcohólicas	50%	80%	160%
Impuesto de educación	10%	30%	300%
Impuesto de educación (aplicado)	5%	24%	480%
Total de impuestos	55%	104%	189,1%

³¹⁷ Según México, resulta de particular interés analizar que, al argumentar que el soju diluido y el vodka no son "productos similares" o "directamente competidores o sustituibles entre sí", Corea señala que están clasificados en una subpartida distinta del SA. Este mismo argumento implicaría que, de alguna manera, Corea reconoce la importancia de la clasificación de los productos, y, en el caso específico del tequila y el mezcal, que se trata de productos similares y directamente competidores o sustituibles entre sí.

³¹⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, sección H, párrafo 1 a). Véanse también: CEE - Medidas en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal, supra; Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas I, supra; y Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, supra.

	Soju diluido	Tequila y mezcal	Margen de discriminación contra tequila y mezcal
Impuesto sobre las bebidas alcohólicas	35%	80%	228,6%
Impuesto de educación	10%	30%	300%
Impuesto de educación (aplicado)	3,5%	24%	685,7%
Total de impuestos	38,55%	104%	270,1%

c) Segunda frase del párrafo 2 del artículo III

8.17 México destaca que la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 establece que:

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.

México indica asimismo que el párrafo 1 establece a tal efecto lo siguiente:

Los impuestos y otras cargas interiores [...] no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

Además, México indica que según la nota interpretativa al párrafo 2 del artículo III:

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 sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.

8.18 Según México, la segunda frase del párrafo 2 del artículo III debe leerse en conjunto con la nota interpretativa. En consecuencia, para la determinación de la incompatibilidad de la medida adoptada se requiere el análisis de los siguientes elementos:

- a) si los productos importados y los productos nacionales son "productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" y que compiten entre sí;
- b) si los productos importados y nacionales directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no están sujetos a un "impuesto similar"; y
- c) 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".

8.19 En opinión de México, las bebidas espirituosas comprendidas en la partida 22.08, incluidos el tequila y el mezcal, son "similares" y, por lo tanto, también son productos directamente

competidores o que pueden sustituir directamente al soju.³¹⁹ Sin embargo, suponiendo, sin conceder, que el Grupo Especial considerase que las bebidas espirituosas de la partida 22.08 del SA no son "productos similares" al soju, México sostiene que, en todo caso, dichas bebidas y el soju son "productos directamente competidores o sustituibles entre sí".

8.20 México recuerda además que en Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, cuyas características eran prácticamente las mismas que en las de la diferencia que se examina, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que:

"el [s]hochu y otros aguardientes y bebidas alcohólicas destiladas que se enumeran en la partida 22.08 del Sistema Armonizado, con excepción del vodka, son "productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí".³²⁰

México considera que dada la similitud de los mercados coreano y japonés es pertinente trasladar esta conclusión al caso del soju coreano.³²¹ El Grupo Especial encargado del caso aceptó las pruebas presentadas por el Japón.³²²

8.21 Según México, el soju de Corea y las demás bebidas espirituosas de la partida 22.08 del SA no están sujetos a un impuesto similar. Como se estableció en el informe del Órgano de Apelación en el caso Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, para que un impuesto no sea considerado como "impuesto similar" la diferencia en la tributación debe ser superior a una diferencia de minimis. En el caso que se examina, las diferencias en los impuestos son tan grandes y evidentes que no queda la menor duda de que superan cualquier requisito de minimis que este Grupo Especial pudiera plantear.

8.22 México aduce que el impuesto sobre las bebidas alcohólicas y el impuesto de educación establecidos por Corea se aplican a los productos importados de manera que se protege la producción nacional, porque:

- a) Tanto la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas como la Ley del Impuesto de Educación dividen los licores en diversas categorías, pero esta división resulta arbitraria y no es sostenible a la luz de las disposiciones del artículo III del GATT de 1994. Además, la diferencia entre los impuestos es tan grande, que tampoco es posible esgrimir ningún argumento convincente, como no sea el de que dichos

³¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, supra.

³²⁰ Informe del Órgano de Apelación, supra, sección I, página 38.

³²¹ Según México, a pesar de que Corea, en su comunicación inicial (párrafo 91, página 21) ignora al Órgano de Apelación en el caso Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II y señala que el Grupo Especial no puede emitir un informe que se refiera a todos los productos de la partida 22.08 del SA en abstracto, más adelante reconoce la importancia de la clasificación arancelaria para determinar la similitud de productos.

³²² Informe del Grupo Especial supra, párrafo 6.35. Adicionalmente, el Japón señaló que la ley coreana contenía una definición similar a la del Japón, dividiendo el shochu en dos subcategorías: el shochu diluido (shochu A) y "shochu destilado" (shochu B).

diferenciales se establecieron con la finalidad de proteger a la producción nacional, como de hecho sucede.

- b) A pesar de que los argumentos de Corea pretendan obtener un resultado opuesto resulta interesante analizar la relación que guardan los impuestos internos y los aranceles de Corea. Mientras los impuestos internos favorecen al soju, los aranceles que Corea aplica a las importaciones son sensiblemente mayores para el soju (30 por ciento ad valorem) que para las demás bebidas espirituosas clasificadas en la partida 22.08 del SA (los cuales varían entre 15 y 20 por ciento ad valorem). México atribuye esta peculiar relación a una protección lograda en dos etapas distintas: primero, al gravar al soju con impuestos internos sensiblemente inferiores a los de las demás bebidas espirituosas, Corea protege a la industria del soju en general. Sin embargo, a juicio de México, esta medida vulnera la producción de soju coreano frente a la de otros países que también producen soju/shochu³²³, lo cual obligó a Corea a gravar sus importaciones de soju en proporciones superiores, de entre un 50 por ciento y un 100 por ciento, al arancel aplicable a las demás bebidas espirituosas. El resultado de esto ha sido que, por un lado, las importaciones de soju son prácticamente inexistentes, y por el otro, el soju representa casi la totalidad de la producción coreana de bebidas espirituosas.

8.23 El Gobierno de México solicita al Grupo Especial que:

- a) determine que Corea está en contravención de sus obligaciones dimanantes de la primera frase del artículo III.2 del GATT de 1994, porque los impuestos internos que aplica a diversas bebidas espirituosas de la partida 22.08 del SA (incluyendo el tequila y el mezcal) son superiores a los aplicados al soju;
- b) determine que Corea está en contravención de sus obligaciones conforme a la segunda frase del artículo III.2 del GATT de 1994, puesto que sus impuestos internos protegen a la producción nacional de soju;
- c) determine que las disposiciones aplicables de la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y de la Ley del Impuesto de Educación anulan y menoscaban las ventajas de México conforme al GATT de 1994;
- d) recomiende que Corea modifique sus medidas para que estén en conformidad con las disposiciones del GATT de 1994.

C. RESPUESTA DE COREA A LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS TERCEROS

8.24 En respuesta a la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, Corea afirma que la comunicación canadiense sólo se refiere a la cuestión de la prescripción que se refleja en la expresión "de manera que se proteja la producción nacional" de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Según Corea, la comunicación sólo prevé el supuesto de que este Grupo Especial constate la existencia de una relación de competencia directa y sustitución recíproca entre cada una de determinadas bebidas alcohólicas de tipo occidental de un lado y cada uno de los tipos de soju coreano, de otro.

³²³ México recuerda que el Japón mencionó la similitud entre su shochu y el soju coreano, el chino y el de Singapur.

8.25 Corea señala que el Canadá no ha abordado en absoluto los argumentos expuestos por Corea en su primera comunicación con respecto a esta prescripción concreta y añade que en la comunicación del Canadá no se exponen nuevas opiniones.

8.26 En cambio, Corea explica detenidamente su desacuerdo con la comunicación presentada por México en calidad de tercero. Según Corea, la comunicación de ese país parte de la hipótesis errónea de que México, como tercero, tiene en cierta medida los mismos derechos que las partes reclamantes en la presente diferencia. Corea señala que México solicita que este Grupo Especial determine que la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y la Ley del Impuesto de Educación han anulado y menoscabado las ventajas de México conforme al GATT de 1994. A juicio de Corea, México, para obtener una constatación en ese sentido, debería haber recurrido como reclamante al procedimiento normal de solución de diferencias³²⁴, cosa que no ha hecho.

8.27 Corea sostiene además que México comete otro error al partir de la hipótesis de que tiene derecho a introducir en el presente procedimiento el caso de determinados productos, en concreto el tequila y el mezcal. Corea no recuerda que los Estados Unidos o las Comunidades Europeas hayan hecho referencia en ningún momento al mezcal. Según Corea, sólo se ha hecho referencia al tequila de forma absolutamente incidental. En opinión de Corea, si, como ha solicitado este país, el Grupo Especial constata que los únicos productos respecto de los cuales han planteado adecuadamente la presente diferencia las Comunidades Europeas y los Estados Unidos son determinadas bebidas alcohólicas de tipo occidental, especialmente el whisky, el brandy, el vodka, el ron y el gin, la presente diferencia debe ceñirse exclusivamente a esos productos. Corea sostiene que México, en su calidad de tercero, solamente puede apoyar las conclusiones de una de las partes (probablemente las de los reclamantes) en la presente diferencia, y no ampliar su alcance.

8.28 Corea indica que México sostiene también que el régimen fiscal y los derechos de aduana de Corea están bajo sospecha. México se refiere a un mecanismo de protección en dos etapas y subraya a este respecto que Corea aplica a las importaciones de soju aranceles algo más elevados que los aplicados a las importaciones de las demás bebidas alcohólicas destiladas. Según Corea, ese hecho tiene una explicación mucho más sencilla que las siniestras intenciones que México cree haber descubierto. No ha habido ningún interlocutor comercial que haya pedido a Corea que reduzca los aranceles que aplica al soju y se haya mostrado dispuesto a negociar esa reducción.

8.29 Conviene destacar, según Corea, que es evidente que México interpreta erróneamente la norma jurídica del párrafo 2 del artículo III. A juicio de Corea, lo esencial a este respecto es determinar cuáles son las bebidas alcohólicas de tipo occidental que tienen una relación de competencia suficientemente estrecha con los soju coreanos en el mercado de Corea. A este respecto, Corea ha indicado que el soju corriente es una bebida barata, que los coreanos beben con sus comidas condimentadas. México responde que el tequila y el mezcal se acomodan también perfectamente a la comida condimentada. Corea afirma que el hecho de que los consumidores mexicanos beban tequila o mezcal con la comida mexicana condimentada no es pertinente a la presente diferencia.

8.30 Según Corea, lo que se ventila en la presente diferencia es cuál es la bebida alcohólica que los coreanos prefieren beber con sus comidas y, de forma más general, cuál es la posición del tequila y del mezcal en el mercado coreano (suponiendo, por un momento, que el ámbito de la presente diferencia abarcara esos productos, lo que no ocurre). Corea aduce que México no ha presentado ninguna prueba de que a los consumidores coreanos les guste beber tequila y mezcal

³²⁴ Véase el párrafo 4 del artículo 10 del ESD.

con los alimentos condimentados coreanos o de que los coreanos beban tequila o mezcal puros y no mezclados en cócteles. De forma más general, según Corea, México no ha demostrado que el tequila o el mezcal compitan directamente con el soju coreano.

8.31 Corea señala que México se basa en gran medida en el hecho de que la clasificación arancelaria del mezcal, el tequila y el soju es la misma, lo que, según Corea, no es cierto. Las subclasificaciones, las consolidaciones arancelarias y los tipos aplicados son distintos en el caso del tequila y del soju. Además, México llega a afirmar que todos los productos comprendidos en la partida arancelaria básica de 4 dígitos 22.08 del SA son "productos similares", algo a lo que no se aventuran los propios reclamantes.

8.32 Corea se remite al informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, en el que se afirmaba que las clasificaciones arancelarias, si son suficientemente detalladas, pueden constituir un signo útil para decidir si la relación entre productos que compiten directamente entre sí es realmente tan estrecha que esos productos pueden considerarse "similares".³²⁵ Por esta razón, Corea ha hecho referencia a la clasificación arancelaria del vodka y del soju corriente, por tratarse de la única serie de productos que las Comunidades Europeas y los Estados Unidos sostienen que son "similares". En lo que se refiere al tequila y el mezcal, ni siquiera se ha resuelto la cuestión previa: no hay ningún indicio de que esos productos compitan directamente con los diversos tipos de soju de Corea en el mercado coreano, y mucho menos de que sean tan competitivos en el mercado coreano que pueda considerarse que son productos "similares".

8.33 Corea recuerda una vez más a México y a los reclamantes en la presente diferencia la declaración del Grupo Especial en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*: "los gustos y costumbres de los consumidores [...] difieren según los países".³²⁶ Según Corea, si este asunto pone algo de manifiesto es que los mercados son diferentes. Corea añade que el mercado japonés no es, como afirma México, similar al coreano, que no cabe equiparar sin más al mercado coreano con el mexicano, etc.

8.34 En consecuencia, a juicio de Corea, antes de llegar a cualquier tipo de conclusiones acerca de la posibilidad de que exista un régimen tributario discriminatorio en el marco del párrafo 2 del artículo III, es necesario hacer un análisis detallado del mercado.

IX.

³²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, página 21. Véase también el informe del Grupo Especial, *supra*, párrafo 6.22, en el que se afirma que los productos "similares" son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

³²⁶ Informe del Grupo Especial, *supra*, párrafo 6.21.

REEXAMEN INTERMEDIO

9.1 En sendas comunicaciones de fecha 7 de julio de 1998, las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y Corea pidieron que el Grupo Especial reexaminara determinados aspectos concretos del informe provisional del que se había dado traslado a las partes el 26 de junio de 1998. Las peticiones se referían a algunos aspectos de la parte expositiva del informe provisional, incluidos los resúmenes de los argumentos, así como a las constataciones. Ninguna de las partes pidió que se celebrara una nueva reunión con el Grupo Especial.³²⁷

9.2 La cuestión que más preocupa a las partes es, en lo que respecta a la parte expositiva (además de algunos aspectos concretos y técnicos respecto de los que hemos hecho las correspondientes adaptaciones) la inclusión de sus exposiciones orales. En la versión inicial de la parte expositiva del informe se habían recogido pocos elementos de las exposiciones orales. Por lo general, éstas suelen ser resúmenes de las comunicaciones escritas y no implican la presentación de nuevas pruebas o la exposición de nuevos argumentos. A pesar de ello, hemos atendido de la forma procedente las peticiones. No obstante, hemos de señalar una dificultad especial con la que nos hemos encontrado a este respecto para atender algunas de las observaciones de los Estados Unidos. En algunas de ellas, los Estados Unidos no han solicitado la inclusión de partes concretas de sus exposiciones orales en lugares determinados de la parte expositiva, sino que han propuesto, para recoger sus argumentos, un nuevo texto que de hecho incorporaba partes completas de su exposición.

9.3 Hemos tomado nota del sistema que propugnan tácitamente los Estados Unidos, conforme al cual las partes en una diferencia deberían presentar resúmenes de sus argumentos que se incluirían en la parte expositiva del informe del grupo especial, pero consideramos que se trata de un sistema que habría de ser acordado entre todas las partes al iniciarse un procedimiento y no seguido por una de las partes al término del mismo. Tal vez futuros grupos especiales deseen adoptar ese sistema. Desgraciadamente, en la etapa inicial de este procedimiento no se hizo ninguna sugerencia en ese sentido ni se debatió ese sistema. En consecuencia, no podemos aceptar los cambios globales solicitados por los Estados Unidos. Hemos tratado, a pesar de ello, de incluir en la parte expositiva algunos de los apartados de las exposiciones orales de los Estados Unidos en los que se abordan las cuestiones a que este país ha hecho referencia.

9.4 En lo que respecta a las constataciones, las Comunidades Europeas han solicitado que se modifique el texto de varios párrafos. Para aclarar el texto, hemos aceptado la mayoría de las modificaciones recomendadas y hemos rectificado, en consecuencia, los párrafos 10.43, 10.53, 10.100 y 10.101.

9.5 Las Comunidades Europeas se han mostrado en desacuerdo con la constatación que se hacía en el párrafo 10.57 de que los reclamantes no habían presentado "ningún tipo de pruebas" con respecto a las bebidas alcohólicas destiladas no identificadas en el curso del procedimiento. Las CE sostienen que han identificado las características físicas y los usos finales comunes a todas las bebidas alcohólicas destiladas y que, por consiguiente, todas las bebidas identificadas en la partida 22.08 del SA deberían estar incluidas. Esas exposiciones de carácter general incluían pruebas muy poco convincentes con respecto a productos que ni siquiera se identificaban.

³²⁷ El informe sobre el reexamen intermedio constituye la sección IX del informe definitivo del Grupo Especial. Con la inclusión de esta sección, la parte del informe correspondiente a las constataciones ha pasado a ser la sección X, por lo que se han hecho los oportunos ajustes en las referencias a los números de párrafo y a las observaciones de las partes.

Además, esas otras bebidas no estaban incluidas tampoco en el estudio Dodwell. Los estudios económicos del tipo del estudio Dodwell, aunque no son necesarios, son muy útiles. En otras palabras, esos estudios de mercado constituyen una fuente de información y no una limitación. Se ha modificado el párrafo 10.57 para aclarar ese extremo.

9.6 Los Estados Unidos han recomendado una serie de modificaciones del texto, que reconocemos que lo aclaran. En consecuencia, hemos modificado el texto de los párrafos 10.1, 10.41, 10.42, 10.43, 10.47, 10.51, 10.74, 10.95, 10.97, 10.100 y 10.101.³²⁸

9.7 Los Estados Unidos han solicitado que se introduzcan en los párrafos 10.18 y 10.23 modificaciones conforme a las cuales la decisión sobre las cuestiones a que se refieren esos párrafos se adoptaría basándose en que la solicitud de Corea excedía del mandato del Grupo Especial. No estamos de acuerdo con la posición de los Estados Unidos. Con arreglo a la interpretación propuesta por ese país, muchas cuestiones de competencia y de otra naturaleza planteadas positivamente por los demandados excederían, por definición, del mandato del Grupo Especial, ya que el mandato está delimitado por las cuestiones sustantivas planteadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la parte reclamante. Consideramos que los grupos especiales tienen el derecho y la obligación de abordar cuestiones fundamentales relativas a la competencia y al funcionamiento adecuado del grupo especial que hayan sido planteadas por cualquiera de las partes en la diferencia. En consecuencia, nos hemos abstenido de modificar el fundamento de nuestra decisión sobre este punto.

9.8 Los Estados Unidos han solicitado que suprimamos el párrafo 10.39, relativo a los debates mantenidos en las sesiones iniciales de la negociación. Este párrafo se refiere a una hipótesis y en él no se extraen conclusiones de ningún tipo acerca de los productos concretos que se analizaron en 1947-48; lo pertinente es el carácter de los debates y los temas planteados en relación con la interpretación de la nota al párrafo 2 del artículo III. En él no llegamos a ninguna conclusión jurídica o fáctica de que esos productos no puedan ser directamente competidores en el sentido del artículo III. Para mayor claridad hemos modificado el texto del párrafo 10.39.

9.9 Los Estados Unidos han solicitado que el Grupo Especial elimine las dos frases finales de la nota a pie de página al párrafo 10.42. A nuestro juicio, la primera frase hace una aclaración útil. La segunda frase ha sido eliminada.

9.10 Los Estados Unidos han recomendado que se modifique la cuarta frase del párrafo 10.48. Suponemos que los Estados Unidos se refieren en realidad a la quinta frase. No obstante, del conjunto del párrafo se desprende claramente que lo que se analiza es la metodología, y no la situación del mercado coreano. Por consiguiente, nos hemos abstenido de modificar el párrafo.

9.11 En lo que respecta a los párrafos 10.55-10.57, los Estados Unidos aducen que la clasificación en la misma partida arancelaria constituye per se una prueba de que los productos son directamente competidores. No estamos conformes con el análisis de la cuestión que hacen los Estados Unidos. En primer lugar, es necesario identificar adecuadamente los productos. Como hemos señalado antes en relación con las observaciones de las Comunidades Europeas, esas declaraciones generales constituyen, en el mejor de los casos, una prueba escasamente convincente. Además, el argumento de los Estados Unidos soslaya en cierta forma la cuestión, porque hay que determinar cuál es en cada caso el grado de detalle de las clasificaciones

³²⁸ Los Estados Unidos hacían en una de sus observaciones referencia a los párrafos 10.42-10.43. Suponemos que se referían en realidad a los párrafos 10.41-10.42.

arancelarias apropiado para ese análisis. En este caso, el problema estriba en que no se nos ha facilitado información acerca de cuáles son los productos que integran el resto de la categoría. Nos hemos abstenido de efectuar las modificaciones propuestas por los Estados Unidos a este respecto, y nos hemos limitado a introducir la aclaración antes citada con respecto a las observaciones de las CE a que hemos hecho antes referencia.

9.12 Con respecto al párrafo 10.81, los Estados Unidos han solicitado varias modificaciones para aclarar ese párrafo. Hemos eliminado una frase superflua, pero hemos mantenido en lo demás el texto inicial.

9.13 Corea ha manifestado que le resultaba muy difícil aceptar los resultados del procedimiento. A juicio de ese país, los reclamantes no habían probado la concurrencia de los elementos necesarios para establecer la existencia de una violación del párrafo 2 del artículo III. En sus observaciones generales, Corea afirma, entre otras cosas, que el soju se consume "fundamentalmente" con las comidas y que el whisky y otros aguardientes se consumen "fundamentalmente" en cócteles. Señalamos, en general, que Corea establece una distinción demasiado sutil entre diversos usos finales a los efectos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Observamos que, incluso conforme al planteamiento de Corea (que no aceptamos), las diferencias radican únicamente en el uso "fundamental". Conforme a la definición coreana hay también usos finales coincidentes.

9.14 Corea añade que le resulta difícil aceptar que el Grupo Especial ponga en duda la descripción que hace de su propio mercado. La afirmación de Corea da a entender que la capacidad de evaluar los hechos relativos a su mercado interior corresponde a la parte en la diferencia de que se trate. No encontramos en la jurisprudencia del GATT/OMC ningún apoyo a esa tesis. De hecho, la verdadera función de un grupo especial en un asunto como el presente consiste en evaluar los hechos y argumentos y formular constataciones basadas en el análisis de las pruebas presentadas.

9.15 En su sección de observaciones generales, Corea ha hecho también la observación concreta de que no ha aducido que las bebidas alcohólicas de tipo occidental se encontraran en "restaurantes caros" y el soju no. Sin embargo, observamos que al redactar sus observaciones, Corea ha calificado efectivamente a los restaurantes a que habían hecho referencia los Estados Unidos y en los que se servía tanto whisky como soju de "restaurantes caros".³²⁹ Corea se ha referido también en esos términos a esos establecimientos en la segunda reunión del Grupo Especial. No se pretende que esos establecimientos sean una muestra representativa, ni hemos considerado que lo fueran. En lugar de ello, hemos examinado todos los argumentos expuestos por todas las partes y hemos tenido en cuenta y sopesado todas las pruebas presentadas. Las afirmaciones hechas en relación con éste y otros puntos, según las cuales el Grupo Especial "se ha basado" en una determinada evaluación o en un determinado elemento de prueba han de valorarse teniendo en cuenta este hecho. Corea examina de forma aislada los demás factores que hemos evaluado para llegar a nuestras conclusiones. En último término, este Grupo Especial se ha basado en todas las pruebas presentadas y no en un solo elemento. A nuestro parecer, los argumentos expuestos tanto en este momento como en las observaciones hechas por Corea al informe provisional no son,

³²⁹ Corea se refería a las declaraciones de los Estados Unidos acerca de nueve restaurantes de estilo coreano situados en las proximidades de la Embajada de los Estados Unidos. No obstante, se refiere a esos establecimientos como "algunos restaurantes coreanos muy caros" y "esos nueve restaurantes caros". Observaciones de Corea sobre el informe provisional, página 1 (la cursiva es nuestra).

habida cuenta de la totalidad de las pruebas, lo suficientemente convincentes para refutar la tesis de los reclamantes.

9.16 En lo que respecta al párrafo 10.45, Corea ha hecho hincapié en que es necesario un análisis del mercado concreto de que se trate. Compartimos la opinión de Corea. No obstante, como se afirmen las constataciones, de este hecho no se desprende que las pruebas relativas a las relaciones entre productos obtenidas en otros mercados no sean pertinentes a una evaluación de la relación de competencia de los productos en el mercado de que se trate. Todo depende de cómo se utilicen y sopesen las pruebas. Corea añade que es pertinente analizar la forma en que los fabricantes coreanos comercializan shochu y soju en el Japón y aduce que hay diferencias. Admitimos que hay algunas diferencias entre el soju y el shochu pero, a nuestro parecer, se trata de diferencias de escasa entidad y no estamos de acuerdo en que esas diferencias desmientan nuestras conclusiones con respecto al mercado coreano.³³⁰ Tomamos nota, además, de que las empresas coreanas han elaborado productos de los que han hecho en los mercados coreanos e internacionales una publicidad en la que se subraya la similitud del soju con las bebidas de tipo occidental de que nos ocupamos en el presente asunto. Hemos tenido en cuenta las pruebas presentadas por Corea con respecto al soju y al shochu. En el marco de nuestro análisis de las pruebas, hemos tomado asimismo nota de otras informaciones obtenidas fuera del mercado coreano, debido a las consecuencias que se derivan de ellas en relación con la situación de ese mercado. Nos hemos abstenido de modificar el párrafo 9.45 a este respecto.

9.17 Con respecto al párrafo 10.52, Corea ha señalado que las cifras correspondientes al soju diluido de alta calidad deben indicar que este producto representa el 5 por ciento del mercado de soju y no del mercado de bebidas destiladas. Hemos rectificado la referencia correspondiente. Corea ha señalado también que actualmente las ventas de soju de alta calidad han descendido. No consideramos que este hecho afecte a nuestras conclusiones. Como han señalado los reclamantes, en los últimos meses han disminuido también las ventas de productos importados debido a la actual crisis financiera de Corea.³³¹ Las ventas de productos de precio elevado, como el soju diluido de alta calidad y los productos importados, han disminuido, y las de productos de bajo precio han aumentado. Aunque las partes no han expuesto argumentos detallados acerca de la relación entre las ventas de los productos y los acontecimientos que se han producido en el curso de la reciente crisis financiera³³² y este Grupo Especial no se ha ocupado extensamente de ese período, puede entenderse que, en todo caso, la similitud de las tendencias de las ventas de los productos importados y del soju diluido de alta calidad (y la diferente tendencia de las ventas de soju diluido corriente) apoya nuestras constataciones. Hemos introducido algunas aclaraciones en el párrafo 10.52 para hacernos eco de las observaciones formuladas.

9.18 En las observaciones relativas a los párrafos 10.93 y 10.94, Corea formula objeciones a varias declaraciones relativas a la información en materia de fijación de precios. Afirma que no puede comprender cómo esas enormes diferencias de precios pueden dar lugar a una relación de competencia. El Grupo Especial había llegado, en síntesis, a la conclusión de que había pruebas convincentes de que, a pesar de las diferencias de precios, existía una relación de competencia

³³⁰ Tomamos nota de que en el procedimiento del Grupo Especial en el asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, el Japón firmó que el shochu y el soju eran esencialmente productos idénticos. Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, *supra*, párrafo 4.178.

³³¹ Véase la respuesta de las CE a las preguntas, pregunta 1 del Grupo Especial, 1-2, y el gráfico adjunto.

³³² Hay que señalar que el estudio Nielsen y la encuesta Trendscape fueron realizados en 1998.

directa. Recordamos nuestra observación de que la relación entre los precios absolutos no constituye una base adecuada para evaluar si hay una relación de competencia directa entre productos, sino que son más reveladores los datos sobre el comportamiento de los consumidores a raíz de las variaciones de los precios relativos.

9.19 Corea ha manifestado también su firme oposición al sistema supuestamente seguido por el Grupo Especial de estrechar las diferencias de precios entre los productos y aduce que el Grupo Especial ha comparado "cómodamente" productos dispares, porque ha efectuado algunas comparaciones entre los productos importados y el soju diluido de alta calidad y no entre esos productos y el soju diluido corriente. Sin embargo, en la primera frase del texto en que se analizan las diferencias de precios, se hace constar la diferencia de precios entre el soju diluido de alta calidad y el soju diluido corriente. A continuación se hace una lista de las diferencias entre los precios de algunos productos importados y del soju diluido de alta calidad. Hemos incluido una nota a pie de página en la que se indican otras diferencias de precios entre los productos importados, de un lado, y el soju diluido de alta calidad y el soju diluido corriente, de otro. No entendemos qué es lo que parece considerar Corea que ocultan esas cifras, por cuanto reflejan toda la información. No obstante, hemos procedido a modificar el párrafo y la nota a pie de página, calculando las cifras restantes para mayor claridad. Hemos introducido los cambios correspondientes en el párrafo 10.94.

9.20 Con referencia a ese mismo párrafo 10.94, Corea ha formulado objeciones al hecho de que supuestamente el Grupo Especial haya basado sus conclusiones en los precios reajustados en función de la graduación alcohólica. El Grupo Especial no ha actuado de esa forma. Al referirnos al precio reajustado en función de la graduación alcohólica en una nota a pie de página al párrafo, nos hemos limitado a observar que esa fue la forma en que se procedió para efectuar las comparaciones de precios en el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, y hemos señalado que las diferencias entre las relaciones de los precios absolutos en el asunto que examinamos eran más similares a las que existían en ese asunto de lo que cabría deducir de una referencia incidental a los apéndices en el asunto que examinamos o que, si los precios utilizados en el asunto de las bebidas japonesas no se reajustaban en función de la graduación alcohólica, las relaciones entre los precios de los productos importados y nacionales en el Japón resultarían más similares a las relaciones entre los precios de los productos importados y nacionales en Corea de lo que podría parecer. Hemos aclarado más el texto del párrafo y de la nota a pie de página para atender esa preocupación.

9.21 Corea se ha mostrado en desacuerdo con nuestro análisis del soju destilado y el soju diluido. Ha señalado que aunque la declaración de la Comisión de Comercio Leal de Corea destaca una diferencia en cuanto a los métodos de destilación, existen otras diferencias, entre ellas, las diferencias de precios. Pero la Comisión no se limita a declarar que hay una diferencia en cuanto al método de destilación, sino que afirma que se trata de la "diferencia básica".³³³ Tras tomar nota de esta afirmación, hemos procedido a analizar las demás diferencias, incluidas las diferencias de precios. Nos hemos abstenido de modificar el párrafo 10.54 a este respecto.

9.22 Con respecto a una nota a pie de página al párrafo 10.67, Corea ha aducido que las constataciones sacan de su contexto su declaración acerca de las diferencias en cuanto a los tipos y tamaño de las botellas. Corea manifiesta que ha puesto de relieve que las botellas utilizadas para la exportación de soju al Japón son distintas de las de shochu y que se pretende que las botellas de

³³³ La cursiva es nuestra.

shochu sean similares a las de productos importados como el whisky. Probablemente, Corea deseaba que llegáramos a la conclusión de que el soju se comercializa de forma diferente del soju y del whisky, como elemento distintivo de los productos. Esa era, de hecho, la cuestión que analizábamos. En todo caso, hemos aclarado la referencia concreta hecha por Corea a la forma y tamaño de las botellas.

9.23 Corea ha solicitado que el Grupo Especial modifique las constataciones que figuran en los párrafos 10.63 y 10.64, para que en ellas se recojan y tengan en cuenta los argumentos expuestos por Corea en su segunda comunicación oral acerca de si el agua embotellada y el agua corriente son productos competidores. Hemos escuchado las declaraciones de Corea a este respecto y las hemos tenido en cuenta. El hecho de que en las constataciones no se citen todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes no significa en absoluto que esos argumentos no se hayan tenido en cuenta. No hemos considerado convincente ni útil la analogía establecida por Corea con el caso del agua corriente y el agua embotellada. Se trata de una analogía incompleta, que se refiere a productos distintos en países distintos, por lo que no cabe hacer de ella ninguna inferencia útil para el examen que estamos realizando. No obstante, hemos incorporado a la parte expositiva del informe las declaraciones solicitadas por Corea, aunque nos hemos abstenido de modificar a este respecto los párrafos citados.

9.24 Corea ha hecho objeciones a la afirmación del párrafo 10.78 de que el soju y el shochu son bebidas tradicionales en sus respectivos países. Según Corea el sake "es la bebida tradicional del Japón".³³⁴ No hemos afirmado que el soju sea la bebida tradicional del Japón, sino que nos hemos limitado a calificar al soju y al shochu de bebidas tradicionales. No admitimos que sólo haya una bebida tradicional por país. Dentro de los países puede haber bebidas tradicionales de regiones o grupos. Nos hemos abstenido de modificar este párrafo.

9.25 Con respecto al párrafo 10.79, Corea ha indicado que las referencias a los colores en relación con el soju de alta calidad son inexactas. Con respecto a la referencia a las pruebas fotográficas presentadas por los reclamantes, Corea no cree oportunas las referencias a las fotografías de soju diluido de alta calidad. No aceptamos esa objeción; los anuncios de soju de alta calidad son pertinentes. Corea ha formulado también objeciones a la utilización de los anuncios destinados al mercado japonés. El párrafo 10.80 se ocupa de muchas de las razones del desacuerdo de Corea. No obstante, tomamos nota de esa observación con respecto a algunas de las fotografías. Por ejemplo, la prueba I no debía haberse incluido en la nota a pie de página, por tratarse de un producto japonés. No obstante, volvemos a destacar que en el asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II el Japón declaró que el soju y el shochu son esencialmente productos idénticos.³³⁵ Tomamos nota, además, de que el objeto de la prueba D es el soju destilado y no el soju diluido. No obstante, dadas nuestras conclusiones acerca del soju destilado y diluido, de ello no se desprende ninguna diferencia sustantiva. Se han introducido las modificaciones procedentes en las referencias del párrafo y de la nota a pie de página.

9.26 Corea se muestra asimismo en desacuerdo con las referencias que se hacen en los párrafos 10.79 y 10.80 al anuncio en la página web de Jinro porque, según Corea, toda publicidad es esencialmente local. No compartimos esa tesis. Como exponemos en ese y otros párrafos, consideramos que esos elementos son pertinentes. La cuestión estriba en la eficacia probatoria que

³³⁴ La cursiva es nuestra.

³³⁵ Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, párrafo 4.178.

debe atribuírseles, es decir en el peso que debe darse a esas pruebas. Nos hemos abstenido de introducir nuevas modificaciones en esos párrafos a este respecto.

X.

CONSTATAACIONES

A. ALEGACIONES DE LAS PARTES

10.1 Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos alegan que, en virtud de su legislación fiscal interna (la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas y la Ley del Impuesto de Educación) Corea aplica al vodka impuestos superiores a los aplicados al soju, por lo que incumple las obligaciones que le impone la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994. Los reclamantes alegan además que las citadas leyes fiscales interiores se aplican de forma distinta a otras bebidas alcohólicas destiladas importadas de manera que se protege la producción nacional, con infracción de las obligaciones que impone a Corea la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Los reclamantes han identificado como los productos importados en cuestión todas las bebidas alcohólicas destiladas designadas en la partida 22.08 del Sistema Armonizado y han citado como ejemplos concretos de esas bebidas el whisky, el brandy, el coñac, los licores, el vodka, el gin, el ron, el tequila y las mezclas de bebidas alcohólicas. Los reclamantes han identificado el soju como la bebida alcohólica destilada de producción nacional que supuestamente recibe un trato fiscal más favorable.

10.2 Corea ha respondido que sus medidas fiscales interiores no son incompatibles con las obligaciones que le impone el párrafo 2 del artículo III. Aduce que hay dos tipos de soju, destilado y diluido, ninguno de los cuales es similar a los productos importados, y que los productos importados y los nacionales no son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Corea sostiene que para no infringir el derecho soberano de los Miembros de la OMC a estructurar su legislación fiscal de la forma que estimen conveniente es necesario interpretar de forma restrictiva el párrafo 2 del artículo III. Según Corea, los reclamantes no han demostrado que, en el mercado coreano, los productos en cuestión sean similares o directamente competidores o sustituibles entre sí.

B. CUESTIONES PRELIMINARES

10.3 Corea ha planteado las siguientes cuestiones preliminares y ha solicitado un pronunciamiento previo del Grupo Especial al respecto:

- i) la especificidad de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por los reclamantes;
- ii) el supuesto incumplimiento por los reclamantes de determinadas disposiciones del ESD relativas a la celebración de consultas;
- iii) el supuesto quebrantamiento de la confidencialidad del proceso de consultas;
- iv) la supuesta extemporaneidad de la presentación de las pruebas; y
- v) la autorización para que abogados privados asistan a las reuniones del Grupo Especial y se dirijan a él.³³⁶

³³⁶ La primera referencia a la cuestión de la confidencialidad de las consultas se hizo en una nota a pie de página a la primera comunicación de Corea, que aclaró más detalladamente la cuestión en la primera reunión del Grupo Especial. Las cuestiones de la especificidad de las reclamaciones y de la idoneidad de las consultas fueron planteadas por primera vez en la exposición de Corea en la primera reunión del Grupo Especial. Se dio a los reclamantes oportunidad de abordar por escrito las cuestiones de la confidencialidad, la especificidad y la idoneidad de las consultas en sus escritos de réplica, e hicimos pública nuestra decisión

1. Especificidad

10.4 Corea aduce que las Comunidades Europeas, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, han hecho referencia a la aplicación al soju de un tipo impositivo preferencial con respecto a determinadas bebidas alcohólicas comprendidas en la partida 22.08 del SA. Corea afirma que ni siquiera en su comunicación escrita las Comunidades Europeas han aclarado su posición en lo que respecta a la categoría de bebidas alcohólicas a la que se refiere la presente diferencia.

10.5 Corea afirma que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos adolece asimismo de falta de especificidad. Señala que los Estados Unidos, en su solicitud, se refieren a la aplicación de impuestos superiores a "otras bebidas espirituosas destiladas", aunque citan concretamente el whisky, el brandy, el vodka, el ron, el gin y las mezclas.

10.6 Corea sostiene que esas reclamaciones, redactadas en términos poco precisos, vulneran su derecho de defensa. Según Corea, la partida 22.08 del SA es una partida arancelaria muy amplia, que abarca una extensa gama de bebidas alcohólicas, incluidas bebidas alcohólicas no occidentales como koryangu, soju coreano, Insam ju, Ogapiju y shochu japonés. Más concretamente, Corea aduce que la falta de especificidad de las alegaciones de los reclamantes no es admisible por dos razones:

- i) anula el derecho de defensa de Corea, que según ese país es un principio general de garantía de procedimiento implícito en el ESD;
- ii) viola lo que a juicio de Corea constituye una obligación claramente establecida en el ESD, la de que en la solicitud "se identificarán" las medidas concretas en litigio y se presentará "el problema con claridad", conforme estipula el artículo 6.

En consecuencia, Corea ha solicitado que el Grupo Especial dicte una resolución preliminar, limitando los productos en litigio en la presente diferencia.

10.7 Corea sostiene además que no puede determinar a qué productos se refieren los Estados Unidos al hablar de mezclas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Alega además que los reclamantes no distinguen claramente las bebidas alcohólicas nacionales presuntamente sujetas a un impuesto más favorable en Corea. Afirma, especialmente, que los reclamantes no han distinguido entre el soju destilado de Corea, un producto artesanal que se vende a precios muy altos y en cantidades muy pequeñas, y está sujeto a un impuesto del 50 por ciento, y el soju diluido o soju corriente, que es una bebida barata, consumida en grandes cantidades con las comidas y sujeta a un impuesto del 35 por ciento. Corea aduce que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, ambos reclamantes se han referido a un solo producto, el "soju", sin reconocer que hay en realidad dos productos distintos, sujetos respectivamente a dos tipos impositivos diferentes.

10.8 Las Comunidades Europeas indican que su solicitud de establecimiento de un grupo especial hace referencia a "... determinadas bebidas alcohólicas clasificadas en la partida 22.08 del SA", pero rechazan la afirmación de Corea de que, en su primera comunicación, han ampliado el

sobre esas cuestiones al comienzo de la segunda reunión del Grupo Especial. La cuestión de la supuesta presentación extemporánea de pruebas fue planteada por Corea después de la segunda reunión del Grupo Especial, y nos ocupamos de ella por primera vez en el presente informe. La cuestión de los abogados privados fue planteada y examinada antes de la primera reunión del Grupo Especial.

alcance de su reclamación con respecto a los términos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Las Comunidades Europeas sostienen que su primera comunicación hace referencia al "soju y todos los demás aguardientes destilados y licores clasificados en la partida 22.08 del SA". A juicio de las CE, ambas declaraciones concuerdan. Según las Comunidades Europeas, su solicitud de establecimiento de un grupo especial es sobradamente específica para cumplir los requisitos mínimos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

10.9 Los Estados Unidos aducen que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD exige, entre otras cosas, que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se identifiquen "las medidas concretas en litigio" y se haga "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad". Según los Estados Unidos, su solicitud cumple ambos requisitos, y abarca además claramente todos los aguardientes destilados clasificados en la partida 22.08 del SA, como se sostiene en su primera comunicación. Los Estados Unidos alegan que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6, se definen las medidas coreanas en litigio: la Ley general relativa al impuesto sobre las bebidas alcohólicas y la Ley relativa al impuesto de educación, y se hace una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación.

10.10 Los Estados Unidos se remiten al asunto Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (Bananos III), en el que el Órgano de Apelación, según los Estados Unidos, indicó que esta disposición relativa al fundamento de derecho exige que la solicitud de establecimiento de un grupo especial sea suficientemente específica en lo que respecta a las alegaciones formuladas, pero que no es necesario que exponga todos los argumentos que se expondrán posteriormente en la comunicación de la parte.³³⁷ Los Estados Unidos aducen que la petición de Corea de que el Grupo Especial limite el procedimiento a cinco productos concretos (whisky, brandy, vodka, ron y gin) carece asimismo de fundamento en el párrafo 2 del artículo 6. Según los Estados Unidos, la solicitud de establecimiento del Grupo Especial, que define el mandato de este último, se refiere a los impuestos con que están gravadas "otras bebidas espirituosas destiladas", es decir, los aguardientes destilados distintos del soju. Los Estados Unidos sostienen que, al utilizar los términos "tales como", citan los cinco productos y las mezclas como ejemplos, sin hacer una lista exhaustiva. Según los Estados Unidos, el grado en que los Estados Unidos y las Comunidades Europeas establezcan que todos esos productos son productos "similares" o "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí" es una cuestión que debe determinarse en el curso del presente procedimiento, a partir de la primera comunicación escrita al Grupo Especial.

10.11 En lo que respecta a la cuestión de definir a qué se hace referencia con el término "soju", las Comunidades Europeas manifiestan que ese término hace referencia a todas las variedades de soju como un solo producto, con la consecuencia necesaria de que se impone a los "licores" un impuesto superior al aplicado a algunos tipos de soju. Según las Comunidades Europeas, la cuestión de si el soju es o no un único producto es una cuestión sustantiva sobre la que el Grupo Especial no puede adoptar una decisión en una resolución preliminar. Los Estados Unidos alegan a su vez que, en lo que respecta a la utilización del término "soju", su solicitud de establecimiento de un grupo especial aclara que abarca la preferencia fiscal para todos los tipos de soju, lo que da a Corea una indicación objetiva amplia de que el objeto de la impugnación es toda la categoría.

10.12 Señalamos que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD establece, en la parte pertinente, lo siguiente:

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

³³⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (Bananos III), adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, párrafo 141.

10.13 El Órgano de Apelación observó en Bananos III lo siguiente:

Dado que, normalmente, la solicitudes de establecimiento de grupos especiales no son objeto de un análisis detallado por el OSD, incumbe al Grupo Especial examinar minuciosamente la solicitud para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.³³⁸

10.14 La cuestión de si una solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 ha de resolverse caso por caso teniendo debidamente en cuenta el texto del párrafo 2 del artículo 6. En consecuencia, la cuestión que se nos plantea para que la resolvamos es si las frases utilizadas por las Comunidades Europeas ("determinadas bebidas alcohólicas clasificadas en la partida 22.08 del SA") y los Estados Unidos ("otras bebidas espirituosas destiladas tales como whisky, brandy, vodka, ron, ginebra e ingredientes de mezclas") tienen un grado de especificidad suficiente para ajustarse a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6. Dicho de otro modo, la cuestión consiste en si se dio a Corea suficiente información acerca de los parámetros del asunto en el que este país es demandado. Como señaló el Órgano de Apelación en Bananos III:

Es importante que la solicitud de establecimiento de un grupo especial sea suficientemente precisa por dos razones: en primer lugar, porque con gran frecuencia constituye la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del ESD y, en segundo lugar, porque informa a la parte contra la que se dirige la reclamación y a los terceros de cuál es el fundamento jurídico de la reclamación.³³⁹

10.15 Corea aduce que, para que esté comprendido en el ámbito el procedimiento del Grupo Especial, cada uno de los productos importados debe haber sido identificado específicamente. Los reclamantes sostienen que el producto importado correspondiente son todas las bebidas destiladas. Alegan, de hecho, que a los efectos del artículo III, sólo hay una categoría en litigio y sostienen que han citado ejemplos concretos de esas bebidas alcohólicas destiladas a efectos de aclaración, y no para limitar esa categoría.

10.16 La cuestión de cuáles son las categorías de productos apropiadas a efectos de comparación es importante en la presente diferencia. No obstante, a nuestro parecer, es una cuestión que requiere un análisis de las pruebas. En sí misma no es una cuestión sobre la que sea procedente formular una resolución preliminar en este asunto, especialmente teniendo en cuenta la opinión del Órgano de Apelación en Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II,³⁴⁰ según la cual todas las bebidas alcohólicas destiladas importadas eran objeto de discriminación. Aunque este elemento de la decisión no determina la resolución última de otros asuntos en los que se ventilen otros hechos, no cabe considerar improcedente que los reclamantes se ajusten a él al configurar su solicitud de establecimiento de un grupo especial en una diferencia relativa a las bebidas alcohólicas destiladas. Aunque cabe que en algunos casos pueda considerarse que la reclamación

³³⁸ Ibid., párrafo 142.

³³⁹ Ibid., párrafo 142.

³⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II), adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, páginas 31 y 38.

es tan imprecisa y amplia que el demandado no tiene información suficiente de la naturaleza real de la discriminación alegada, es difícil aducir que esa información no se facilitó en este caso, habida cuenta de la identificación de la partida arancelaria y de la decisión del Órgano de Apelación en el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II. Además, señalamos que el Órgano de Apelación ha constatado recientemente que una solicitud de establecimiento de un grupo especial basada en un amplio conjunto de productos era suficientemente concreta a los efectos del párrafo 2 del artículo 6.³⁴¹ Por consiguiente, constatamos que las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por los reclamantes cumplían los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

2. Idoneidad de las consultas

10.17 Corea sostiene que se han violado lo que a su juicio constituyen obligaciones establecidas expresamente en los párrafos 3 y 7 del artículo 3 y el párrafo 5 del artículo 4 del ESD. Alega, en efecto, que los reclamantes no han entablado consultas de buena fe con el fin de llegar a una solución mutuamente satisfactoria, como prevé el ESD. Según Corea, no hubo un intercambio útil de datos porque los reclamantes consideraron las consultas como una sesión unilateral de preguntas y respuestas y, de esa forma, frustraron cualquier posibilidad razonable de arreglo. Corea considera que este incumplimiento de disposiciones específicas del ESD constituye una violación de los principios del sistema de solución de diferencias de la OMC y solicita que el Grupo Especial se pronuncie al respecto.

10.18 Ambos reclamantes afirman que Corea parece alegar que han infringido los párrafos 3 y 7 del artículo 3 y el párrafo 5 del artículo 4 del ESD por no haber intentado llegar a una solución mutuamente aceptable de la diferencia en el curso de las consultas que precedieron al establecimiento de este Grupo Especial. Los reclamantes se remiten a la decisión del Grupo Especial en Bananos III en apoyo de la tesis de que los grupos especiales no deben ocuparse del desarrollo de las consultas sino que sólo han de ocuparse de la cuestión de si éstas han tenido de hecho lugar³⁴² y señalan que Corea no puede negar que se celebraron consultas en tres ocasiones distintas entre ese país, de un lado, y los Estados Unidos y las CE de otro. Los reclamantes afirman que, en cualquier caso, no es cierto que se negaran a proceder a un intercambio significativo de datos en las consultas celebradas en el marco del artículo XXII del GATT, y que fue la actitud de Corea en las consultas la que impidió que se produjera ese intercambio.

10.19 A nuestro parecer, la jurisprudencia de la OMC no ha reconocido hasta ahora el concepto de "idoneidad" de las consultas. El único requisito que establece el ESD es que se celebren de hecho las consultas, o al menos que se solicite su celebración, y que haya transcurrido un período de 60 días entre el momento en que se solicite la celebración de consultas y el momento en que se presente la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Lo que ocurra en esas consultas no interesa a los grupos especiales. El Grupo Especial que examinó el asunto Bananos III, aclaró este aspecto en los siguientes términos:

[...] las consultas son un asunto reservado a las partes. El OSD no está involucrado en ellas y tampoco lo está ningún grupo especial; las consultas se

³⁴¹ Informe del Órgano de Apelación sobre Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático, adoptado el 22 de junio de 1998, (WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R), párrafos 58 a 73.

³⁴² Informe del Grupo Especial sobre Bananos III, párrafos 7.18 y 7.19.

celebran sin la participación de la Secretaría. [...] Si bien se ha de preferir una solución mutuamente convenida, en algunos casos no resulta posible que las partes la alcancen. En esos casos, consideramos que la función de un grupo especial sólo consiste en determinar que las consultas, si fueran necesarias, se han realmente celebrado [...].³⁴³

Con ello no queremos decir que consideremos que las consultas carecen de importancia. Lejos de ello, las consultas constituyen una parte integrante del ESD, de importancia decisiva, pero carecemos de mandato para investigar la idoneidad del proceso de consultas que tuvo lugar entre las partes y nos abstenemos de hacerlo en este caso.

3. Confidencialidad

10.20 Corea alega que ambos reclamantes han quebrantado el requisito de confidencialidad del párrafo 6 del artículo 4 del ESD al hacer referencia en sus comunicaciones a información facilitada por Corea durante las consultas.

10.21 Las Comunidades Europeas aducen que Corea interpreta erróneamente el párrafo 6 del artículo 4 del ESD. Según las Comunidades Europeas, la prescripción de confidencialidad del párrafo 6 del artículo 4 del ESD afecta a las partes no interesadas en la diferencia y al público en general. Las Comunidades Europeas subrayan que no cabe en absoluto interpretar que esa prescripción se refiere al propio Grupo Especial. A juicio de las Comunidades Europeas, el párrafo 6 del artículo 4 no puede interpretarse de una forma que limite los derechos de las partes en la etapa de los grupos especiales.

10.22 Los Estados Unidos aducen que, en la medida en que Corea alegue una violación del ESD, su alegación excede del mandato del Grupo Especial. Los Estados Unidos añaden que la reclamación de Corea acerca de la supuesta insuficiencia de los esfuerzos de los reclamantes para solucionar la diferencia o entablar consultas de buena fe no son pertinentes a las facultades del Grupo Especial ni al curso del presente procedimiento.

10.23 Observamos que el párrafo 6 del artículo 4 del ESD prescribe que las consultas entre las partes en una diferencia serán confidenciales. Esta prescripción es esencial para que las partes puedan celebrar conversaciones útiles. Sin embargo, consideramos que ese deber de confidencialidad sólo exige que las partes en las consultas no divulguen información obtenida en ellas a partes que no intervengan en esas consultas. Somos conscientes de que el procedimiento del Grupo Especial sigue siendo confidencial entre las partes, por lo que éstas no quebrantan la obligación de confidencialidad si ponen de manifiesto en él información obtenida durante las consultas. En realidad, a nuestro parecer, la verdadera finalidad de las consultas es que las partes puedan reunir una información exacta y pertinente que les ayude a llegar a una solución mutuamente convenida, o, en su defecto, a presentar información exacta al Grupo Especial. El hecho de que la información obtenida en las consultas no pudiera ser utilizada después por una parte en las actuaciones ulteriores constituiría una importante traba para el proceso de solución de diferencias. En consecuencia, constatamos que en este caso los reclamantes no han quebrantado el deber de confidencialidad en relación con la información de la que han tenido conocimiento durante las consultas celebradas con Corea sobre esta diferencia.

³⁴³ Ibid., párrafo 7.19. Este aspecto no fue objeto de apelación.

4. Presentación extemporánea de pruebas

10.24 Corea alega que la presentación extemporánea de un estudio de mercado (la encuesta Trendscape) por las Comunidades Europeas ha vulnerado su derecho de defensa. Como parte de sus respuestas a las preguntas planteadas a raíz de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, Corea había presentado un estudio realizado por AC Nielsen Company. En el marco de su respuesta, las Comunidades Europeas presentaron la encuesta Trendscape en la segunda reunión del Grupo Especial. El Grupo Especial concedió a Corea un plazo de una semana para responder a esa encuesta y criticar sus resultados, su metodología y las preguntas utilizadas en ella. Corea sostiene que ese plazo era insuficiente, que no ha dispuesto de copias en idioma coreano de todas las preguntas formuladas y que no ha tenido tiempo de formular otras preguntas u observaciones en relación con las respuestas.

10.25 No consideramos que se hayan vulnerado los derechos que reconoce a Corea el ESD. Las Comunidades Europeas presentaron su encuesta en la primera oportunidad que tuvieron después de haber recibido el estudio Nielsen presentado por Corea. Si Corea hubiera optado por presentar su estudio en la primera reunión sustantiva y las Comunidades Europeas no hubieran respondido a él en la primera oportunidad que tuvieron (que, en tal caso, habría sido el escrito de réplica), la alegación de Corea habría estado mejor fundada, porque ese país podría sostener que las Comunidades Europeas habían retrasado la presentación de sus pruebas. De los datos de que disponemos se desprende que las Comunidades Europeas presentaron un nuevo elemento de prueba en la primera oportunidad que tuvieron y que Corea pudo examinarlo durante una semana para formular observaciones al respecto. La encuesta no era especialmente compleja y, en nuestra opinión, Corea tuvo tiempo suficiente para responder, habida cuenta de la naturaleza de la prueba. La encuesta Trendscape no era un elemento decisivo de prueba para los argumentos de los reclamantes, sino que simplemente complementaba los argumentos ya expuestos. Si hubiéramos considerado que la encuesta era un elemento de prueba decisivo, habríamos atribuido mayor importancia a la solicitud de Corea de que se le concediera un plazo mayor para formular observaciones. Aun cuando todas las partes en litigio prefieran disponer de posibilidades ilimitadas para refutar las comunicaciones de la otra parte, consideramos que, por razones prácticas, debe ponerse fin a las comunicaciones en un momento dado y que, en el caso que examinamos, ese momento había llegado ya. Así pues, ni los aspectos relativos al plazo ni la importancia del elemento de prueba en cuestión dan pie a la conclusión de que se hayan vulnerado en este caso los derechos de Corea

5. Abogados privados

10.26 Corea indicó al iniciarse el procedimiento del Grupo Especial que deseaba recurrir a los servicios de abogados privados en las reuniones sustantivas del Grupo. Manifestó que para defender plenamente sus intereses y equiparar sus medios con los recursos, mucho mayores, de que disponían las partes reclamantes, había decidido contratar los servicios de abogados con dilatada experiencia en cuestiones de derecho económico internacional y economía internacional.

10.27 Corea se remite a la decisión adoptada recientemente por el Órgano de Apelación en el asunto Bananos III, en la que este Órgano declaraba que no había ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC, del ESD o de los Procedimientos de trabajo, ni ninguna norma de derecho internacional consuetudinario o regla de la práctica de los tribunales internacionales que impidiera a un Miembro de la OMC decidir cuál debía ser la composición de su delegación en los

procedimientos del Órgano de Apelación.³⁴⁴ Corea añade que el Órgano de Apelación indicaba, además, que la representación por asesores jurídicos elegidos por el propio gobierno en los procedimientos sustanciados ante el Órgano de Apelación podía tener especial importancia para hacer posible la plena participación de los Miembros en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Según Corea, los mismos principios son aplicables a las delegaciones que defienden su posición ante un grupo especial. Corea añade que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, le asiste el derecho soberano de decidir cuál debe ser la composición de su delegación en las audiencias de grupos especiales.³⁴⁵ Considera además que su derecho a valerse de abogados de su propia elección es compatible con los principios de debidas garantías del procedimiento implícitos a su juicio en el ESD. Corea ha indicado que comprende que el Grupo Especial pueda abrigar cierta inquietud en relación con el carácter confidencial del procedimiento, y ha garantizado al Grupo Especial que se asegurará de que todos los miembros de su delegación, incluidos los abogados privados, respeten plenamente el carácter confidencial del procedimiento de conformidad con las normas aplicables.

10.28 Las Comunidades Europeas indican que no se oponen, en principio, a que abogados privados formen parte de la delegación de Corea en las reuniones sustantivas del Grupo Especial, pero manifiestan que atribuyen gran importancia a la preservación del carácter confidencial del procedimiento del Grupo Especial. En consecuencia, las Comunidades Europeas aceptan la presencia de abogados privados siempre que Corea asuma la plena responsabilidad de cualquier quebrantamiento de la confidencialidad a que pueda dar lugar la asistencia a las reuniones del Grupo Especial de personas que no son funcionarios gubernamentales. Las Comunidades Europeas tienen en cuenta las seguridades dadas por Corea de que sus abogados privados, respetarán plenamente, lo mismo que los demás miembros de su delegación, el carácter confidencial del procedimiento.

10.29 Los Estados Unidos señalan que los Miembros de la OMC han acordado atenerse a las normas y procedimientos establecidos en el ESD y han convenido en que la práctica del procedimiento de solución de diferencias en la OMC se atenga y se ajuste a la práctica establecida que se ha seguido en las diferencias sustanciadas en el sistema del GATT de 1947. Según los Estados Unidos esta práctica ha excluido la presencia habitual de abogados privados en los procedimientos de los grupos especiales. Los Estados Unidos afirman que la práctica del GATT y de la OMC refleja el carácter dual de las normas de solución de diferencias del ESD, que responden al doble propósito de llegar a soluciones mutuamente convenidas y de solucionar las diferencias. A juicio de los Estados Unidos, una decisión de este Grupo Especial en virtud de la cual se permitiera la participación de abogados privados en sus reuniones no sería una decisión trivial. La efectividad del sistema de solución de diferencias de la OMC es un importante logro de la OMC como organización internacional. El equilibrio de elementos que ha sido la base de este logro ha evolucionado a lo largo de un período considerable en función de la experiencia. Los Estados Unidos opinan además que, en caso de que desee permitir la intervención en este procedimiento de abogados o de asesores privados, el Grupo Especial debe adoptar esa decisión con gran cautela y establecer las salvaguardias oportunas en relación con el comportamiento de esas personas.

³⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, párrafo 10.

³⁴⁵ Corea se remite al informe sobre Corea - Restricciones a la importación de carne vacuna, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/233.

10.30 Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial debe exigir salvaguardias eficaces que garanticen que los abogados privados no divulguen información comercial confidencial u otra información privilegiada facilitada en el curso del procedimiento del Grupo Especial, y que, si lo hacen, esa divulgación tenga importantes consecuencias. Según los Estados Unidos, no hay ninguna excusa que justifique que la difusión de información comercial confidencial perjudique los intereses de los particulares; esa difusión redundaría a su vez en perjuicio del crédito del sistema de solución de diferencias de la OMC entre las empresas comerciales, que son el más firme apoyo del comercio abierto.

10.31 Tras examinar la solicitud de Corea de que se le conceda el derecho a utilizar los servicios de abogados privados en las reuniones del Grupo Especial y las respuestas de las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, hemos decidido permitir que abogados privados comparezcan ante el Grupo Especial y expongan sus argumentos a éste. En nuestra opinión, es procedente acceder a esa solicitud con el fin de garantizar a Corea todas las oportunidades de defender plenamente sus intereses en el presente asunto. No obstante, esa autorización se concede sobre la base de las manifestaciones de Corea, según las cuales los abogados privados en cuestión son miembros oficiales de la delegación de ese país, cuyos servicios han sido contratados por el Gobierno de Corea, ante el que responden, y respetarán plenamente el carácter confidencial del procedimiento, y Corea asume la responsabilidad plena en relación con el carácter confidencial del procedimiento en nombre de todos los miembros de su delegación, incluidas las personas que no son funcionarios gubernamentales.

10.32 Señalamos que las comunicaciones escritas de las partes que contienen información confidencial pueden facilitarse en algunos casos a asesores que no son funcionarios gubernamentales ni miembros de una delegación oficial en una reunión del Grupo Especial. El deber de confidencialidad afecta a todos los gobiernos que son partes en una diferencia y a todos esos asesores, aunque no se trate de personas que hayan sido designadas miembros de la delegación y comparezcan en una reunión del Grupo Especial.

10.33 Los Estados Unidos han presentado varias propuestas de nuevas normas y procedimientos en relación con estas cuestiones. No obstante, a nuestro parecer, la cuestión más general del establecimiento de nuevas normas sobre la confidencialidad y, posiblemente, de normas de conducta que tengan por objeto específico regular, en general, la intervención de asesores que no sean funcionarios gubernamentales, es una cuestión que es más procedente que sea examinada por el Órgano de Solución de Diferencias y que excede del mandato de este Grupo Especial.

C. PRINCIPALES CUESTIONES

1. Interpretación del párrafo 2 del artículo III

10.34 El párrafo 2 del artículo III establece dos reglas para examinar las reclamaciones relativas a las leyes fiscales interiores de un Miembro. Según la primera frase del párrafo 2 del artículo III:

Los productos del territorio de [todo Miembro] importados en cualquier [otro Miembro] 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.

La segunda frase establece lo siguiente:

Además [ningún Miembro] 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.

El texto del párrafo 1 del artículo III establece lo siguiente:

[Los Miembros] 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 nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

La nota interpretativa al artículo III aclara el sentido de la segunda frase y de su remisión a la primera en los siguientes términos:

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 sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.³⁴⁶

10.35 En consecuencia, la primera frase del párrafo 2 del artículo III atiende a si los impuestos aplicados a los productos de un país exportador son superiores a los aplicados al producto nacional "similar" y la segunda a si los productos de un país exportador están sujetos a un impuesto similar al aplicado a los productos nacionales directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente. Ambas frases atienden en primer lugar a la relación entre los productos nacionales e importados, pero la segunda implica análisis adicionales y distintos con respecto a los otros dos elementos: un examen de la magnitud de la diferencia entre los impuestos³⁴⁷ y un examen de si las diferencias impositivas se aplican de manera que se proteja la producción nacional.

10.36 En anteriores asuntos planteados en relación con el párrafo 2 del artículo III se ha seguido en general el sistema de examinar en primer lugar si los productos en litigio eran "similares". Sin embargo, en anteriores diferencias se ha constatado que los productos similares son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.³⁴⁸ En

³⁴⁶ La nota interpretativa al artículo III tiene el mismo valor jurídico en el derecho internacional que el texto de la disposición del GATT a la que se refiere, de conformidad con el artículo XXXIV. Véase también el informe del Órgano de Apelación sobre *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, supra, página 28.

³⁴⁷ En caso de que se determine que los productos son "similares", está prohibida cualquier diferencia entre los impuestos aplicados al producto importado y los aplicados al producto nacional. No hay posibilidad de una cuantía de minimis, por cuanto la nota al artículo III se refiere únicamente, en relación con la segunda frase, al hecho de que los productos deben estar sujetos a un "impuesto similar".

³⁴⁸ Informe del Grupo Especial sobre *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, supra, párrafo 6.22. Esta constatación no ha sido rectificada o revocada por el Órgano de Apelación. Véase el informe del Órgano de Apelación, supra, página 25.

consecuencia nos parece más lógico examinar en primer lugar, al analizar la cuestión, la categoría más amplia.

10.37 Antes de comenzar a analizar las pruebas presentadas, hemos de determinar cómo debe interpretarse la expresión "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí". El artículo 31 de la Convención de Viena resume las reglas del derecho internacional sobre la interpretación del texto de los tratados. En su párrafo 1 dispone que los tratados deberán interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Según el párrafo 2, el contexto comprende el texto completo, incluido su preámbulo y anexos y todo texto interpretativo mutuamente convenido. El párrafo 3 establece que ha de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes o toda práctica o interpretación ulteriormente seguida, así como las normas pertinentes de derecho internacional.

10.38 El Órgano de Apelación declaró en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* que la expresión "producto similar" debía ser interpretada restrictivamente a los efectos del párrafo 2 del artículo III, e indicó que la categoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí era una categoría más amplia, señalando a este respecto lo siguiente: "cuánto más amplia puede llegar a ser en un caso determinado esa categoría de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí es una cuestión que el Grupo Especial debe determinar sobre la base de todos los hechos pertinentes del caso".³⁴⁹ El artículo 32 de la Convención de Viena establece que se podrá acudir a los antecedentes de la negociación de una disposición del tratado para confirmar el sentido de sus términos resultante de la aplicación del artículo 31. Un examen de los antecedentes de la negociación de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III y del texto de la nota interpretativa al artículo III confirma que las categorías de productos no deben interpretarse de una forma tan restringida que anule la finalidad contraria a la discriminación que informa la interpretación del artículo III. En la reunión del Comité Preparatorio de Ginebra se indicó, para aclarar el texto de la segunda frase que las manzanas y las naranjas podían ser productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.³⁵⁰ También se citaron los ejemplos del aceite de linaza nacional y el aceite de tung importado³⁵¹ y del caucho sintético nacional y el caucho natural importado.³⁵² Se debatió si podía considerarse que pertenecían a la categoría de los productos directamente competidores y sustituibles entre sí productos como los tranvías y autobuses o el carbón y el fueloil, sin que se llegara a un acuerdo total con respecto a esos productos.³⁵³

10.39 Estos antecedentes de la negociación aclaran cuál es la cuestión clave a este respecto: se trata de saber si los productos son directamente competidores o sustituibles entre sí. Los tranvías y los autobuses, aunque no son directamente competidores entre sí, pueden competir indirectamente como medio de transporte. De forma análoga, aunque la mayor parte de los

³⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, supra, página 30.

³⁵⁰ EPCT/A/PV/9, página 7.

³⁵¹ E/Conf.2/C.3/SR.11 página 1 y corr. 2.

³⁵² Ibid, página 3.

³⁵³ E/Conf.2/C.3/SR.40, página 2.

sistemas de generación de energía están configurados para utilizar carbono o fueloil, pero no ambos, esos dos productos pueden competir indirectamente como combustibles.³⁵⁴ En consecuencia, 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.

10.40 En cierta medida, todos los productos o servicios son competidores, al menos indirectamente. Los consumidores, al no disponer de ingresos ilimitados, pueden verse obligados a elegir entre distintas necesidades, y a renunciar, por ejemplo, a ir de vacaciones para comprar un automóvil o a comer en restaurantes para comprar zapatos nuevos o un aparato de televisión. No obstante, 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 inclinación determinada.

10.41 El Grupo Especial encargado de examinar el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II tomó nota de que, a raíz de la reforma fiscal japonesa de 1989, se había eliminado la distinción entre distintas calidades de whisky, lo que había tenido como consecuencia una disminución relativa de la producción nacional de whisky. La cuota de mercado del whisky de producción nacional había descendido y la cuota de mercado tanto del shochu como del whisky producido en el extranjero había aumentado. El Grupo Especial declaró lo siguiente:

En opinión del Grupo Especial [...] el hecho de que el whisky de producción extranjera y el shochu compitieran por el mismo mercado era prueba de que entre ambos productos había una elasticidad de sustitución.³⁵⁵

El whisky importado y el shochu podían haber competido, cada uno de ellos, con el whisky de producción nacional. Coincidimos con el Grupo Especial en que la demostración de esa relación indirecta de competencia puede servir de apoyo a una constatación de competitividad directa, pero no es en sí misma suficiente para ello. Para aclararlo con un ejemplo hipotético, cabe que se acredite que en determinados mercados las bebidas destiladas compiten con el vino, o que la cerveza compite con éste último, pero que esas pruebas no pongan de manifiesto si esa relación es directa o indirecta. Sería necesario algo más para establecer que las bebidas destiladas y la cerveza son productos directamente competidores o sustituibles entre sí en el mercado en cuestión.

10.42 En nuestra opinión, hay que señalar además que no debe considerarse que los análisis cuantitativos, a pesar de su utilidad, sean necesarios. En el examen del mercado coreano, el hecho de que, como señalaron los grupos especiales de 1987 y 1996 en Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas I y II, la intervención de las políticas gubernamentales puede dar lugar a distorsiones, e incluso a una infravaloración de la magnitud de la relación competitiva, complica la determinación del grado exacto de competencia. De hecho, hay riesgo de que el hecho de centrar

³⁵⁴ Dentro de ese análisis hipotético, cabe señalar que es posible transformar algunas grandes instalaciones de producción de energía para que utilicen fueloil en vez de carbón, o que en un mercado determinado se establezcan una serie de centrales de producción de energía y se considere la posibilidad de utilizar otros combustibles. En tales casos podría haber una competencia directa. Esto explica las declaraciones de los delegados en el sentido de que para determinar la naturaleza de la competencia es necesario examinar la estructura concreta del mercado de que se trate.

³⁵⁵ Informe del Grupo Especial sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, *supra*, párrafo 6.30.

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. 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. El Órgano de Apelación ha declarado lo siguiente:

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 nacionales.³⁵⁶

10.43 Lo que hemos de determinar es si en Corea los productos nacionales e importados de que se trata son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Para adoptar esa determinación necesitamos 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.³⁵⁷

2. Cuestiones relativas a la prueba

i) Elasticidad cruzada en función de los precios

10.44 El Órgano de Apelación confirmó la decisión del Grupo Especial encargado de examinar el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II de tener en cuenta, no sólo aspectos tales como las características físicas, los usos finales comunes y la clasificación arancelaria, sino también el mercado, y aprobó la utilización del concepto económico de "elasticidad de sustitución" como uno de los medios de examinar los mercados pertinentes. Se aprobó la utilización de la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios, pero se señaló expresamente que no era el criterio decisivo.³⁵⁸ La existencia de un elevado grado de elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios, aunque apoyaría la tesis de la existencia de una relación de competencia directa, es sólo un elemento de prueba. Si hay un elevado nivel cuantitativo de competencia entre productos, es probable que esa competencia sea, por su naturaleza, directa. No obstante, la inexistencia de pruebas en tal sentido puede deberse a las medidas gubernamentales en cuestión. Como hemos indicado, los dos grupos especiales que se ocuparon de los asuntos Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas I y II señalaron que las políticas del gobierno pueden influir sobre las preferencias de los consumidores en beneficio de la producción nacional. A tal respecto se afirmó lo siguiente:

³⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, página 20. Naturalmente, las expectativas de la relación de competencia deben ser razonables.

³⁵⁷ Los datos que hemos examinado en este caso para determinar si los productos de que se trata son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí pertenecen a esos grupos. Naturalmente, la disponibilidad y la eficacia probatoria de los datos correspondientes a cada uno de ellos puede diferir según los casos.

³⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, página 30.

Un sistema que discriminaba las importaciones tenía el efecto de crear o afianzar las preferencias por productos nacionales. A juicio del Grupo Especial, de ello se infería que era probable que las encuestas de consumo en un país con un sistema fiscal de esa naturaleza infravaloraran el grado de competitividad potencial entre productos sustituibles entre sí.³⁵⁹

Este hecho plantea problemas, especialmente cuando los productos en cuestión son bienes de consumo que pertenecen a la categoría de los productos en cuya adquisición es importante que el consumidor esté familiarizado con ellos, lo que significa que los consumidores tienden a comprar los productos que conocen y se muestran reacios a experimentar otros. Analizaremos después más detenidamente ese aspecto. Lo importante no es, por consiguiente, el grado de competencia, sino su naturaleza. ¿Hay una relación de competencia, y, en caso afirmativo, se trata de una relación de competencia directa? Por esta y otras razones, 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.

ii) Pruebas relativas a mercados distintos del coreano

10.45 Además de la elasticidad en función de los precios hay otros elementos pertinentes al análisis. A nuestro parecer, otro elemento de prueba pertinente es la naturaleza de la relación de competencia en otros países. Sin perjuicio de tener presente la advertencia del Órgano de Apelación en el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, de que ese tipo de diferencias debe evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta la situación del mercado de que se trate, dado 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. De forma análoga, consideramos pertinente la forma en que los productores coreanos de soju comercializan sus bebidas fuera de Corea. Según Corea, el Grupo Especial debería limitar estrictamente su análisis a lo que sucede en el mercado coreano, y nada de lo que ocurre en otros países distintos de Corea puede considerarse pertinente para determinar si los productos de que se trata son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí en Corea. De la misma forma, no habría que tener en cuenta en absoluto los esfuerzos de los productores coreanos para comercializar sus exportaciones. A nuestro parecer, ese enfoque es excesivamente restrictivo y no concuerda con las realidades del mercado. Aunque es cierto que la cuestión que hemos de resolver se refiere al mercado coreano, de ello no se deduce en absoluto que lo que suceda en relación con los mismos productos fuera del mercado coreano no sea pertinente para evaluar la situación real y potencial del mercado en Corea.

10.46 En algunos casos, cabe que, debido a la estructura de los impuestos, los derechos y los reglamentos en el país de que se trate, los únicos datos de mercado disponibles correspondan a mercados distintos del de ese país. A veces, la única forma razonable de evaluar cuál sería la situación del mercado de no ser por esas estructuras políticas consiste en analizar otros mercados y determinar si en el caso que se examina prevalecerían las mismas pautas. No obstante, en este caso no es necesario que adoptemos una decisión tan difícil: disponemos de una cantidad considerable de datos acerca de lo que ocurre en el mercado coreano. No necesitamos dar un peso sustancial a la situación de otros mercados distintos del de Corea, aunque los factores de esa naturaleza son

³⁵⁹ Informe especial sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, párrafo 6.28, en el que se cita el informe del Grupo Especial sobre Japón – Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importadas, adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/94, párrafo 5.9.

pertinentes y deben tenerse en cuenta al determinar la naturaleza de la relación de competencia existente en el mercado que se examina.³⁶⁰ Como hemos indicado antes, en los asuntos Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas I y II, los grupos especiales respectivos constataron que los sistemas fiscales de los gobiernos pueden afianzar las preferencias de los consumidores en beneficio del producto nacional. Para prescindir completamente de los datos de otros mercados sería necesario que nos basáramos totalmente en información actual sobre el mercado, de la que quizá 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.

iii) Competencia potencial

10.47 Se ha planteado también la cuestión del carácter temporal de la valoración de la competencia. Todas las partes concuerdan en que el Grupo Especial debe atender tanto a la competencia real como a la potencial, pero Corea sostiene que esta última no abarca la competencia futura. Según Corea, el Grupo Especial, como máximo, debe adoptar una decisión basada en la hipótesis de una situación distinta, es decir en el análisis de si, de no ser por los impuestos, los productos serían directamente competidores o directamente sustituibles en este momento. Corea añade que en caso de que la situación del mercado cambiara, los reclamantes tendrían derecho a volver a plantear la cuestión en cualquier momento.

10.48 La argumentación de Corea a este respecto no es convincente. Es cierto que no es procedente que emprendamos un análisis puramente especulativo del comportamiento futuro, pero no admitimos que cualquier evaluación de la competencia potencial que incluya una dimensión temporal sea puramente especulativa. Todo depende de los datos de que se disponga en un caso determinado. 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. No resulta claro por qué hay que considerar que una evaluación de ese tipo sea más especulativa que un análisis basado en la hipótesis de una situación distinta. Ese análisis requiere también que se evalúe lo que sucedería en el supuesto teórico de que se suprimieran las diferencias de impuestos. A nuestro parecer, el enfoque propuesto por Corea es excesivamente estático. El hecho de que los Miembros se vieran obligados a volver a recurrir una y otra vez al procedimiento de solución de diferencias al amparo de las mismas normas por la simple razón de que el mercado en cuestión no hubiera variado lo suficiente para justificar una determinada constatación en un momento determinado afectaría gravemente y de forma negativa a la jurisprudencia del GATT/OMC. La interpretación propuesta por Corea sería contraria a la norma establecida de que se protegen las expectativas y oportunidades de competencia.³⁶¹ Como hemos indicado antes, el Órgano de Apelación declaró en Japón -Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II lo siguiente:

³⁶⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático, supra, párrafo 93.

³⁶¹ Hay que señalar además que la exigencia de una sustancial presencia actual en el mercado constituiría una traba especialmente pesada para los exportadores menos favorecidos.

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 nacionales.³⁶²

Según el informe del Grupo de Trabajo que examinó en 1949 los impuestos internos del Brasil:

La mayoría del Grupo de Trabajo alegó que la falta de importaciones procedentes de algunas partes contratantes durante el período de tiempo que se hubiera escogido para ser objeto de examen no indicaba necesariamente que esas partes contratantes no tenían interés en la exportación del producto afectado por el impuesto, ya que debía tomarse en consideración el potencial de las mismas como exportadores, habida cuenta del trato nacional.³⁶³

10.49. De forma análoga, en el asunto de 1987 Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, el Grupo Especial constató lo siguiente:

Por estos motivos, el párrafo 2 del artículo III, primera cláusula, no puede interpretarse en el sentido de proteger las expectativas referentes a los volúmenes de las exportaciones; protege las expectativas acerca de la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales.³⁶⁴

³⁶² Informe del Órgano de Apelación en *Japón – Bebidas alcohólicas II*, supra, página 20 (las negritas son nuestras).

³⁶³ Impuestos internos brasileños, BISS II/181, página 185, párrafo 16 (las negritas son nuestras). Reproducido en *Índice analítico – Guía de las Normas y Usos del GATT*, volumen 1, página 138.

³⁶⁴ Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, IBDD 34S/157, página 183, párrafo 5.1.9 (las negritas son nuestras). No consideramos que sea importante a este respecto el hecho de que este pasaje se refiera a la primera cláusula del párrafo 2 del artículo III y no a la segunda. Lo contrario equivaldría a suponer que en relación con la determinación de la situación del mercado puede hacerse referencia a las expectativas para examinar si los productos son similares, pero no si los productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, lo que no sería lógico, dado que los productos similares son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

El Shorter Oxford English Dictionary define de la siguiente forma la palabra "potencial":

potencial 1. posible, en contraposición a real; que puede llegar a ser; latente.³⁶⁵

El mismo Diccionario define de la forma siguiente la palabra "expectativa":

expectativa 1. acción de esperar algo o a alguien ... 4. algo que se espera o a lo que se aspira.³⁶⁶

10.50 La interpretación que propugna Corea no es concorde con el sentido corriente de los términos en cuestión, en cuya definición hay, en ambos casos, un elemento temporal. 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 prever 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. Tratar de limitar nuestro análisis a lo que podría suceder en este momento si se modificara la legislación fiscal nos obligaría a establecer distinciones arbitrarias entre las expectativas actuales y las expectativas en un futuro próximo. 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 consecuencias para la estructura del mercado en un futuro próximo sería poco realista y en último término inútil desde el punto de vista analítico.

3. Productos en litigio

10.51 Para determinar si los productos importados y los productos nacionales son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, es necesario identificar adecuadamente los productos de que se trata. En el caso del producto nacional, el soju, se han identificado dos categorías fundamentales: el soju destilado y el soju diluido. Se ha descrito al soju destilado como un tipo de soju elaborado con una mezcla de aditivos y agua en una solución de alcohol obtenida por destilación fraccionada.³⁶⁷ Se identifica como un producto distinto en la legislación fiscal coreana, aunque no en la Lista de consolidaciones arancelarias de Corea en la OMC. Menos del 1 por ciento de las ventas de soju que se realizan en Corea son ventas de soju destilado. Los impuestos aplicados al soju destilado son superiores a los aplicados al diluido.

10.52 El otro tipo de soju es el que hemos denominado soju diluido. Ha habido considerables discrepancias acerca de la denominación adecuada de este producto. Los reclamantes lo han denominado soju diluido y Corea ha sostenido que debía denominarse soju corriente. Hemos adoptado la primera de esas denominaciones en beneficio exclusivamente de una mayor claridad de la exposición, sin ninguna intención de inferir conclusiones sustantivas de ella. Esa categoría

³⁶⁵ L. Brown (ed), *The New Shorter Oxford English Dictionary* (Clarendon Press, 1993), vol. 2, página 2310 (cursivas en el original).

³⁶⁶ *Ibid*, vol. 1 página 885 (cursivas en el original).

³⁶⁷ Véase la primera comunicación de Corea, apéndice 1, Decision of the Fair Trade Commission of the Republic of Korea Case No. 9607, Advertisement 1023, 30 de noviembre de 1996, página 3.

abarca el soju diluido corriente y el soju diluido de alta calidad.³⁶⁸ El soju diluido corriente es un producto de precio más bajo, predominante desde el decenio de 1960. La introducción en el mercado del soju diluido de alta calidad, que suele contener aromatizantes, data de hace pocos años. Su precio es más alto y la publicidad de ese producto ha cultivado una imagen más "selecta". Su cuota de mercado ha aumentado rápidamente y en la actualidad representa aproximadamente el 5 por ciento de las ventas de soju.³⁶⁹ Todas las partes coinciden en que el soju diluido de alta calidad y el soju diluido corriente son variedades de un mismo producto. Se entiende por soju diluido:

El soju elaborado con una mezcla de aditivos, agua y una solución de cereales (o solución de soju destilado – la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas clasifica al soju como soju "diluido" cuando la proporción de la solución de cereales o de la solución de soju destilado es igual o inferior al 20 por ciento del volumen total de alcohol) en una solución de alcohol obtenida por "destilación continua".³⁷⁰

10.53 Corea ha aducido que el soju destilado y el soju diluido son dos categorías distintas de productos a los efectos de un análisis en relación con las dos frases del párrafo 2 del artículo III. Alega que los reclamantes tienen que demostrar que los productos importados son similares a cada uno de los dos productos nacionales considerados separadamente o que son productos que compiten directamente con cada uno de ellos o que pueden sustituirlos directamente y establecer una comparación productos por producto con cada uno de esos productos. Los reclamantes, por el contrario, sostienen que ambos tipos de soju son casi idénticos, por lo que, a efectos del análisis que es preciso realizar en este caso, debe considerarse que todos los tipos de soju constituyen un solo producto.

10.54 La distinción entre soju destilado y soju diluido tiene mayor influencia para un análisis de los productos similares, en el que se utilizan categorías de productos más restringidas. La Comisión de Comercio Leal de Corea ha declarado lo siguiente:

la diferencia básica entre esos dos tipos de soju es que en un caso el alcohol se obtiene mediante destilación fraccionada y en otro por destilación continua.³⁷¹

³⁶⁸ Véase el análisis de la nota 20 a pie de página, supra. De haber adoptado otra decisión habríamos hablado de "soju corriente" y "soju corriente de alta calidad", expresiones que habrían podido inducir a error.

³⁶⁹ Según las CE, este producto podría representar hasta el 10 por ciento del mercado. Parece difícil estimar su cuota de mercado precisamente porque no hay una definición legal que facilite la recopilación de datos estadísticos. Véase el párrafo 6.24. Corea afirma que las ventas de soju diluido de alta calidad han disminuido recientemente. Observamos que las ventas de los productos importados han disminuido también últimamente, seguramente, debido a la actual crisis financiera de Corea. Las ventas del producto de menor precio, el soju diluido corriente, han aumentado. Puede considerarse que, en todo caso, esas variaciones de los niveles de ventas avalan la existencia de una relación entre los productos. Véanse las repuestas de las CE a las preguntas, pregunta 1 del Grupo Especial, páginas 1-2, y el gráfico correspondiente.

³⁷⁰ Primera comunicación de Corea, apéndice 1, supra, página 3.

³⁷¹ Ibid.

No estamos convencidos de que esta diferencia sea significativa. Además, a nuestro parecer, en la medida en que haya diferencias entre ambos tipos de soju, el soju destilado es más similar a los productos importados que el diluido. El primero tiene un precio más elevado que el segundo y un contenido de alcohol (40-45 por ciento) superior al de este último (20-25 por ciento); se utiliza con frecuencia como regalo, uso final que Corea ha indicado que se da a los productos importados, y se trata de un aguardiente envejecido, como la mayoría de los importados. Como se analiza más adelante, no consideramos que diferencias de ese tipo tengan importancia suficiente para establecer una distinción significativa entre los dos productos. Procederemos a examinar fundamentalmente la relación de competencia entre los productos importados y el soju diluido, incluidos tanto el soju diluido corriente como el soju diluido de alta calidad. 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.

10.55 En lo que respecta a los productos importados, hay una importante discrepancia básica entre las partes en la diferencia. Los reclamantes sostienen que todas las bebidas destiladas son directamente competidoras o sustituibles entre sí. Han presentado pruebas en relación con varias categorías de productos importados, aunque no con todos los productos de la partida arancelaria 22.08, que son el parámetro de nuestro mandato, y han sostenido que han presentado pruebas respecto de los productos importados fundamentales citados como ejemplos de la categoría general. Las CE, en particular, aducen que la presentación de información sobre todos y cada uno de los tipos de bebidas alcohólicas destiladas impondría una carga excesiva a los reclamantes y abrumaría al Grupo Especial con detalles de escasa importancia sustantiva. Ambos reclamantes aducen que el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* declaró que todas las bebidas destiladas importadas eran directamente competidoras del *shochu* o podían sustituirlo directamente y alegan que hemos de guiarnos por la decisión adoptada por el Órgano de Apelación en ese asunto.

10.56 El asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* no nos proporciona una orientación clara en el presente caso. En el asunto citado, el Grupo Especial formuló constataciones en relación con las bebidas alcohólicas de tipo occidental respecto de las que se aportaron pruebas específicas, pero no declaró expresamente que se abstenía de formular determinaciones en relación con los demás productos de la partida 22.08 del SA. El Órgano de Apelación decidió que el Grupo Especial había incurrido en error de derecho al no formular determinaciones en relación con todos los productos abarcados por el mandato, y constató además que todos los productos importados identificados por la partida 22.08 del SA eran directamente competidores del producto nacional, el *shochu*, o podían sustituirlo directamente. El Órgano de Apelación no aclaró más su razonamiento. No tenemos conocimiento de las especificidades del asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* a este respecto. Sin perjuicio de tomar nota de la constatación del Órgano de Apelación sobre esta cuestión, recordamos su declaración de que las constataciones con respecto al párrafo 2 del artículo III deben formularse caso por caso.

10.57 Consideramos que en el asunto que examinamos no podemos formular constataciones afirmativas en relación con productos respecto de los cuales los reclamantes no han aportado prácticamente ninguna prueba concerniente a sus características físicas, usos finales, puntos de

venta o precios.³⁷² Cabe la posibilidad de que los productos identificados por los reclamantes sean suficientemente representativos de una categoría más amplia, pero los reclamantes no aportan pruebas en ese sentido y en lugar de ello se basan en simples afirmaciones y en la remisión a la anterior decisión del Órgano de Apelación en relación con el Japón. Aunque, como hemos indicado, haremos referencia a otros mercados cuando los datos de esos mercados sean pertinentes a la determinación, los datos del mercado japonés y la determinación del Órgano de Apelación en ese asunto no constituyen una base probatoria suficiente para que lleguemos a la conclusión de que, en el caso de Corea, la categoría pertinente de productos importados es la formada por todos los productos de la partida 22.08 del SA. De hecho, en determinadas circunstancias, la formulación, sin más pruebas, de la determinación solicitada por los reclamantes prejuzgaría la cuestión. De aceptar su razonamiento, según el cual la decisión del Órgano de Apelación en el asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II habría establecido los parámetros de las importaciones para todos los casos, cabría sostener, dado que el soju está comprendido en la partida 22.08 del SA, que la cuestión estaba ya resuelta en todos sus aspectos, sin ninguna prueba relativa al caso específico de Corea. Desde otro punto de vista, los reclamantes desean que determinemos que debe presumirse que todos los productos de la partida 22.08, incluido el soju, están abarcados y que corresponde a Corea demostrar que no es procedente la inclusión del soju en el caso del mercado coreano, lo que, en determinadas circunstancias, tendría como consecuencia práctica el desplazamiento de la carga de la prueba a la parte demandada sin que previamente las partes reclamantes hubieran establecido una presunción prima facie. Aunque cabe la posibilidad de que se obtengan pruebas sobre esa categoría completa de productos en relación con el mercado coreano o de que tales pruebas existan en relación con otros mercados, como al parecer ocurría en relación con el mercado japonés, en este caso sólo podemos formular determinaciones respecto de los productos a los que se han referido específicamente los reclamantes: vodka, whisky, ron, ginebra, brandy, coñac, licores, tequila y mezclas.³⁷³ Los reclamantes no han satisfecho la carga de establecer una presunción prima facie con respecto a los demás productos de la partida 22.08 del SA.³⁷⁴

³⁷² Las declaraciones generales de los Estados Unidos y las Comunidades Europeas acerca de la utilización de la partida arancelaria de 4 dígitos y de las características físicas y usos finales comunes identificados de las bebidas alcohólicas destiladas aportan pruebas excesivamente débiles para incluir todos los productos comprendidos en la partida 22.08 del SA, dado que algunos de esos productos ni siquiera han sido identificados ante el Grupo Especial.

³⁷³ Se trata de los siguientes productos del Arancel de Aduanas de Corea:

2208.20	Aguardiente de vino o de orujo de uvas
2208.30	Whisky
2208.40	Ron y demás aguardientes de caña
2208.50	Gin y ginebra
2208.60	Vodka
2208.70	Licores
2208.90.10	Brandys distintos de los de la partida N° 2208.20
2208.90.40	Soju
2208.90.70	Tequila

³⁷⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, adoptado el 25 de abril de 1997, WT/DS33/AB/R, páginas 14 – 20.

10.58 Incluimos en nuestro examen el tequila, respecto del cual se han presentado pruebas. Observamos que un tercero, México, ha expuesto argumentos con respecto al tequila y al mezcal. Los reclamantes aportan datos específicos sobre el tequila, pero no sobre el mezcal. Consideramos procedente tener en cuenta la información facilitada por un tercero. En este caso, se ha hecho referencia al mezcal sin aportar pruebas positivas de la competitividad actual o potencial de ese producto en el mercado coreano. Se hacía referencia al tequila en el estudio Dodwell, que incluía datos sobre la reacción de los consumidores ante las variaciones de los precios relativos del soju y el tequila. El tequila es una bebida alcohólica blanca que, también se bebe, entre otros usos, con comidas condimentadas.

10.59 Aunque nos hemos abstenido de constatar que nuestra determinación se refiere a todos los productos identificados por la partida 22.08 del SA, 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. De hecho, en este caso las partes han hecho generalmente referencia a la categoría "whisky", que abarca varias subcategorías de whisky de diversos tipos: escocés (de alta calidad y corriente), irlandés, Bourbon, de centeno, canadiense, etc., entre los que hay algunas diferencias. 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.

10.60 Consideramos procedente agrupar en una categoría todos los productos importados respecto de los cuales se han presentado pruebas. Observamos que Corea, en su argumentación, ha hecho referencia frecuentemente a las bebidas de tipo occidental. Se ha dicho que los restaurantes y bares "selectos" en los que supuestamente no se sirve soju, venden bebidas de tipo occidental. Aunque hay algunas diferencias físicas entre las diversas bebidas importadas, no consideramos, como analizamos más adelante, que esas diferencias sean suficientes para que no resulte procedente agruparlas en una misma categoría de productos importados. Aunque, dentro de una gama determinada, hay cierta diferencia de precios entre los productos importados, no estimamos que, en comparación con el del soju, esa diferencia sea tan importante que nos impida examinar el conjunto de los productos importados identificados. Al parecer, los productos importados se distribuyen de formas similares y para fines similares. En consecuencia, sobre la base de los datos de que disponemos, incluidos los que analizamos más detenidamente en la sección 4 infra, 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.³⁷⁵

4. Comparaciones de productos

10.61 A continuación examinaremos las diversas características de los productos para evaluar si hay una relación de competitividad o sustituibilidad entre los productos importados y los nacionales y llegar a conclusiones acerca de si esa relación es o no directa. Analizaremos las características físicas, los usos finales, incluidas las pruebas relativas a las actividades publicitarias,

³⁷⁵ 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. No obstante, en este caso, observamos que los resultados de la investigación expuesta en las siguientes secciones confirman que hemos procedido acertadamente al agrupar las importancias en una misma categoría a efectos de análisis.

los canales de distribución, las relaciones de precios, incluidas las elasticidades cruzadas en función de los precios y otras características.

i) Características físicas

10.62 Los reclamantes aducen que la característica física definitoria tanto de los productos importados como de los nacionales es el hecho de que se trata de bebidas destiladas. Otras diferencias, como las de color o aroma, no son pertinentes a un análisis que trate de dilucidar si los productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Los reclamantes resumen su posición de la forma siguiente:

Las propiedades físicas básicas del soju y de las demás categorías de bebidas alcohólicas objeto de la presente diferencia son esencialmente las mismas. Todas las bebidas alcohólicas destiladas son formas concentradas de alcohol obtenidas mediante un proceso de destilación. En el punto de destilación, todos los aguardientes son casi idénticos, de lo que se desprende que las materias primas y los sistemas de destilación apenas influyen en el producto final. Los procesos posteriores a la destilación, como el envejecimiento, la dilución con agua o la adición de aromatizantes, no afectan al hecho fundamental de que el producto vendido sigue siendo una forma concentrada de alcohol.³⁷⁶

10.63 Corea aduce que hay sustanciales diferencias en cuanto a las características físicas. Sostiene que pueden obtenerse bebidas alcohólicas destiladas de diversas fuentes, y que la elección de las materias primas puede desempeñar un importante papel en la determinación de las cualidades últimas del producto acabado. Corea aduce que hay una diferencia entre los aguardientes oscuros como el whisky y los aguardientes blancos como el soju y el gin. El color oscuro suele deberse al envejecimiento en barriles, en tanto que los aguardientes blancos no se envejecen antes de embotellarlos. Corea sostiene que las diferencias entre las características físicas, aunque sean insignificantes, pueden ser decisivas si los consumidores las consideran importantes. En otros términos, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Corea sostiene que cabe constatar que dos productos casi idénticos físicamente no son directamente competidores o sustituibles entre sí si los consumidores los consideran diferentes. Según Corea, la referencia de la pregunta a productos casi idénticos físicamente elude la cuestión, porque al definir qué se entiende por "casi" hay que atender a la percepción de los consumidores y no a la comparación de las características físicas efectuada por quienes, como los químicos, no son consumidores.

10.64 No aceptamos la interpretación restrictiva de Corea. Lo que el Grupo Especial está haciendo es examinar la naturaleza de la relación de competencia y determinar si hay una relación actual o potencial lo suficientemente directa para que se ajuste a los criterios estrictos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Es necesario examinar las propias características físicas, puesto que si dos productos son idénticos o casi idénticos físicamente, es evidente que la probabilidad de que exista una relación de competencia directa es mayor. Los Estados Unidos aducen que puede haber dos productos con propiedades físicas idénticas, como la aspirina vendida con un nombre comercial y la aspirina genérica, que se comercialicen de forma ligeramente distinta y sean percibidas por los consumidores como productos diferentes, a pesar de lo cual se consideraría que estos productos son directamente competidores o sustituibles entre sí, y la

³⁷⁶ Primera comunicación de las CE, párrafo 97; primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 68.

identidad o casi identidad de las características físicas sería un importante factor del análisis. Consideramos que esta analogía es adecuada.

10.65 El Grupo Especial sobre Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II hizo referencia a la conveniencia de examinar las estrategias de comercialización.³⁷⁷ Las estrategias de comercialización, que destacan las diferencias fundamentales entre los productos o, por el contrario, subrayan sus similitudes, pueden ser útiles instrumentos de análisis. No obstante, las estrategias de comercialización pretenden a veces establecer diferencias que son esencialmente diferencias de percepción entre productos cuyas características físicas son muy similares. La existencia de percepciones de diferencias debidas a la estrategia de comercialización y no a las similitudes físicas y a los posibles usos finales no debe llevarnos a concluir que los productos en cuestión no son competidores, al menos potencialmente. De hecho, es natural y lógico que quienes se dedican a comercializar los productos tengan en cuenta la posibilidad de aprovechar las diferencias impositivas para obtener una ventaja de comercialización.

10.66 Como hemos indicado antes, hemos considerado más conveniente examinar en primer lugar si los productos importados compiten directamente con el soju o pueden sustituirlo directamente, para ocuparnos solamente en segundo lugar de la cuestión de si uno y otro son productos similares. Tradicionalmente, al determinar si los productos son "similares" se ha atendido en gran medida (aunque no exclusivamente) a las características físicas de los productos. Interpretaríamos erróneamente la norma si sostuviéramos que las similitudes físicas de los productos son menos pertinentes en el caso de la categoría de los productos directamente competidores o sustituibles entre sí que en el de la subcategoría de los productos similares. Dicho de otro modo, es muy probable que dos productos físicamente idénticos o casi idénticos sean "similares". No cabe constatar que dos productos no son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí porque las campañas de comercialización (o los regímenes fiscales estatales) hayan dado lugar a que los consumidores los perciban como distintos. Las distinciones en la percepción de los consumidores son un factor pertinente, pero no decisivo, cuando se trata de resolver la cuestión de la naturaleza de una relación de competencia actual o potencial y no simplemente de hacer un análisis meramente cuantitativo del grado actual de competencia. Llegar a otra conclusión abriría la puerta a que medidas gubernamentales presuntamente discriminatorias pudieran establecer, sin ninguna otra justificación, distinciones entre productos idénticos o casi idénticos.

10.67 Observamos que, a los efectos del análisis que es preciso realizar en conexión con la segunda frase del artículo III, para que los productos sean directamente competidores o directamente sustituibles entre sí no es necesario que sean idénticos.³⁷⁸ No obstante, como hemos expuesto antes, las similitudes físicas son pertinentes a ese análisis, sobre todo en lo que respecta a la competencia potencial. Todos los productos sometidos al examen del Grupo Especial tienen la característica esencial de ser bebidas alcohólicas destiladas. De hecho, Corea importa alcohol etílico para utilizarlo como ingrediente básico en la elaboración de soju diluido. El alcohol etílico también se utiliza en un proceso similar para elaborar vodka y shochu, entre otros productos.³⁷⁹

³⁷⁷ Informe del Grupo Especial sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, *supra*, párrafo 28.

³⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, adoptado el 30 de julio de 1997, WT/DS31/AB/R, páginas 32-33.

³⁷⁹ Véanse los párrafos 6.153 y 6.161. Corea ha aducido que esta afirmación lleva las cosas demasiado lejos. Cabría inferir del mismo modo que determinados productos industriales pueden ser similares

Todos ellos embotellan y etiquetan de manera similar.³⁸⁰ A nuestro parecer, las diferencias debidas a los procesos de filtración o envejecimiento de las bebidas descritas carecen de importancia suficiente para que pueda considerarse que los productos en cuestión no son sustituibles entre sí. Aunque el envejecimiento en barriles da al producto un cierto aroma y un color oscuro, por lo general ámbar, las diferencias de color no convierten a los productos en productos no sustituibles entre sí. Hay que señalar que también se venden dos tipos de ron: claro y oscuro, aunque el color de este último no sea consecuencia del envejecimiento en barriles, y nadie ha sostenido que debido a esta diferencia física esos dos tipos de ron no sean competidores. Algunas de esas bebidas contienen aromatizantes añadidos: por ejemplo se añaden bayas de enebro a los aguardientes de color claro para elaborar ginebra. Sin embargo, consideramos que esas diferencias de aroma o color son relativamente poco importantes. Hay que señalar que el soju también puede contener diversos edulcorantes y aromatizantes. De hecho, el soju de alta calidad, que se ha introducido recientemente en el mercado, coincidiendo con la penetración en él de los productos importados, contiene mayores cantidades de aditivos de esa índole.³⁸¹ A pesar de que hay algunas diferencias en las características físicas de los productos, tras sopesar las pruebas presentadas, constatamos que hay entre los productos importados y los nacionales similitudes físicas fundamentales que avalan la constatación de que los productos importados y nacionales en cuestión son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.³⁸²

ii) Usos finales

10.68 Las partes en esta diferencia han prestado gran atención a los usos finales. Los reclamantes han aducido que todas las bebidas destiladas tienen usos finales comunes, y han señalado a ese respecto lo siguiente:

1. todas ellas se beben por las mismas razones: para apagar la sed, en reuniones, para relajarse, etc.;
2. todas ellas pueden beberse de formas similares: "solas", diluidas con agua u otras bebidas no alcohólicas o mezcladas con otras bebidas alcohólicas;
3. todas ellas pueden consumirse con las comidas o antes o después de ellas; y
4. todas ellas pueden consumirse en el hogar o en lugares públicos, como restaurantes, bares, etc.

al soju o productos que compiten con él directamente o que pueden sustituirlo directamente. Admitimos que la utilización de las mismas materias primas no es, por sí misma, un hecho suficiente para el análisis que realizamos en el presente caso, pero es un factor que tenemos en cuenta porque indica que hay una similitud fundamental entre los materiales básicos utilizados en el proceso de fabricación.

³⁸⁰ Corea ha tratado de destacar las diferencias de tamaño y etiquetado de las botellas. Según Corea, las botellas de soju son muy distintas de las de shochu que, según ese país, se parecen más a las de whisky. Consideramos que esas diferencias tienen una importancia relativamente escasa en comparación con las similitudes de la presentación del producto.

³⁸¹ Véanse los párrafos 5.55 y 7.18.

³⁸² Señalamos que estas constataciones con respecto a las características físicas apoyan la conclusión a que llegamos en la sección 3 supra de que debe considerarse que los productos importados identificados constituyen una única categoría.

10.69 Las categorías citadas son categorías de usos finales muy generales. En respuesta a preguntas del Grupo Especial, los reclamantes han señalado que una característica definitoria podría ser la "relajación" producida por el alcohol concentrado y han precisado que debía excluirse a las bebidas no alcohólicas a pesar de su aptitud para algunos de los usos finales señalados debido a que no contenían alcohol.

10.70 Corea ha basado fundamentalmente su defensa en dos aspectos conexos. El primero, que analizaremos más adelante, es el precio. El segundo, la diferencia de usos finales. Se trata de dos aspectos conexos porque Corea aduce que el soju, especialmente el soju diluido, se bebe predominantemente con las comidas en restaurantes de tipo coreano y otros restaurantes tradicionales, en tanto que las bebidas de tipo occidental casi nunca se utilizan de esa manera. Una de las razones de esa diferencia es supuestamente la gran diferencia de precio, que hace que las bebidas de tipo occidental sean demasiado caras para beberlas tan frecuentemente. Corea expone además otras razones de los distintos usos finales. Por ejemplo, afirma que el soju es una bebida de sabor fuerte, muy apropiada para beberla con comida condimentada coreana.³⁸³

10.71 Antes de la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, Corea presentó un estudio de la empresa A.C. Nielsen, que, según ese país, ponía de manifiesto la gran disparidad de los usos finales del soju y las bebidas de tipo occidental. En esa encuesta se llegaba a la conclusión de que, en tanto que todos los restaurantes coreanos y chinos, así como los puestos de venta callejeros vendían soju corriente, en la mayoría de los cafés y de los restaurantes y bares de tipo occidental se servía whisky. La encuesta constataba también que el 29,3 por ciento de los encuestados consumían bebidas alcohólicas en su domicilio con las comidas, y el 81 por ciento habían consumido esas bebidas con las comidas en los restaurantes. Los autores del informe sostenían que el soju era la bebida alcohólica que más se bebía con las comidas. Los lugares en que más frecuentemente se bebía soju diluido con las comidas eran los restaurantes coreanos (73 por ciento), seguidos por los restaurantes japoneses (18,7 por ciento). De las siete bebidas por las que se preguntaba a los encuestados, ninguna se consumía con las comidas en los cafés o restaurantes, los bares y los bares de los hoteles de tipo occidental. Por último, la encuesta llegaba a la conclusión de que el soju se bebía casi siempre sólo (98,6 por ciento), en tanto que el whisky se bebía generalmente con hielo (63,8 por ciento).

10.72 En su respuesta a los resultados de esta encuesta, los reclamantes han señalado que hay varios tipos de usos finales coincidentes. Por ejemplo, todos los restaurantes japoneses servían soju y el 40 por ciento de ellos servían whisky; otro 6,7 por ciento servía brandy o coñac. El 90 por ciento de los restaurantes y cafés de tipo occidental entre los que se había hecho la encuesta servía whisky y una proporción menor servía otras bebidas de tipo occidental. No obstante, el 21,7 por ciento de ellos servía soju. Además, los reclamantes han señalado que mientras que sólo un 1,7 por ciento de los encuestados bebían whisky en su domicilio con las comidas, sólo el 29,3 por ciento del total de los encuestados consumían algún tipo de bebidas alcohólicas en él con las comidas. En consecuencia, la comparación debía hacerse entre el 1,7 por ciento y el 29,3 por

³⁸³ Observamos que en otro lugar Corea hace hincapié en el sabor dulce del soju para distinguirlo del shochu (véase el párrafo 5.55). Además, Corea ha presentado una copia de un anuncio de soju diluido corriente en el que se pone de relieve su suavidad (apéndice 6 de la primera comunicación de Corea). De ello parece deducirse que los coreanos podrían estar dispuestos a adoptar las bebidas de tipo occidental, supuestamente menos fuertes, si las conocieran. Por otra parte, no está claro cómo puede compaginarse el interés de Corea por subrayar que la graduación alcohólica del soju diluido es menor que la de las bebidas de tipo occidental con la afirmación de su singular sabor fuerte. Por último, tampoco se comprende demasiado por qué ha de considerarse necesaria la comida para amortiguar el efecto en el estómago de una bebida alcohólica cuyo contenido alcohólico es menor que el de otra de mayor graduación.

ciento, con lo que el porcentaje del grupo de encuestados que consumían bebidas alcohólicas con las comidas en su domicilio que bebían whisky con ellas era el 5,8 por ciento. Los reclamantes, sin perjuicio de poner en tela de juicio algunas de las conclusiones de la encuesta Nielsen, han añadido que en realidad sus resultados indican que hay usos finales coincidentes.

10.73 Los reclamantes han señalado que hasta hace cinco años, antes de que se modificaran los tipos de los derechos aplicados a las bebidas destiladas importadas, las bebidas de tipo occidental apenas eran conocidas en Corea. Además, según los reclamantes, las bebidas alcohólicas, como muchos productos alimenticios y bebidas, son productos en cuyo consumo influye sustancialmente la familiaridad del consumidor con ellos. Las personas tienden a comprar los productos con los que están familiarizados y es necesario que transcurra un cierto período antes de que cambien sus preferencias. En un principio, el número de sustituciones del producto con el que están familiarizado es pequeño y en el curso del tiempo aumenta la frecuencia de las sustituciones hasta llegar a una tasa estable.³⁸⁴ Las tendencias que se reflejan en la encuesta Nielsen -así como la sustituibilidad que se refleja en la encuesta de mercado de las CE, el estudio Dodwell- constituyen, según los reclamantes, una prueba inequívoca del comienzo del proceso de sustituibilidad por las importaciones y de coincidencia de los usos finales. En el caso de esos productos, las tendencias son significativas. Consideramos que esos argumentos son convincentes y señalamos, además, que esa es otra de las razones por las que la distinción propugnada por Corea entre competencia potencial y competencia futura es demasiado rígida. Las proyecciones razonables de la creciente sustituibilidad a lo largo de un período son pertinentes y válidas para las determinaciones de conformidad con el párrafo 2 del artículo III.

10.74 Corea establece una analogía entre el mercado de las bebidas alcohólicas y el mercado del automóvil que no consideramos especialmente apropiada. Aduce que, en comparación con el soju, los productos importados son lo mismo que el Ferrari en comparación con el Renault Clio, pero esa analogía no es adecuada. Los automóviles son bienes de consumo duradero de gran valor en relación con los ingresos, que sólo se compran en ocasiones, por regla general solamente una vez cada varios años. Es probable que el comprador de un Renault Clio no tenga ninguna posibilidad de comprar un Ferrari, que puede costar mucho más de lo que gana anualmente. Por el contrario, las bebidas alcohólicas son bienes de consumo que se compran con frecuencia, e incluso el comprador del Clio puede comprar una botella de una bebida más cara al menos alguna vez. Aunque la relación existente entre un producto de 10 dólares y otro de 100 dólares sea la misma que la que existe entre un producto de 10.000 dólares y otro de 100.000, las decisiones de compra de los consumidores normales son bastante diferentes en uno y otro caso.

10.75 Las CE han presentado en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial un estudio de mercado realizado por Trendscape. Se trata de un estudio del mismo tipo general que la encuesta Nielsen presentada por Corea. En él se examinan los usos finales, pero no se establecen comparaciones concretas de precios como en el estudio Dodwell presentado anteriormente. Corea solicita que prescindamos de la encuesta Trendscape. Como hemos expuesto antes, aunque no hemos prescindido de ella, no concedemos de hecho demasiada importancia a esta encuesta presentada por las CE, que no añade ningún elemento nuevo de eficacia probatoria a las amplias comunicaciones presentadas anteriormente por las partes. Lo más interesante es el carácter de algunas de las discrepancias sustantivas entre las partes sobre la información recogida en la encuesta Trendscape. Entre otros puntos, hay divergencia entre las partes acerca de los términos coreanos correctos y acerca de si los cuestionarios establecen una distinción adecuada entre "comidas" y "alimentos". Al parecer Corea da gran importancia a esta distinción, alegando que se

³⁸⁴ Véase el párrafo 6.120.

debe atender exclusivamente a las "comidas", con las que se bebe predominantemente el soju coreano y no a los "alimentos", que pueden incluir las tapas, con los que pueden consumirse bebidas de tipo occidental.

10.76 No consideramos que esta distinción constituya una distinción significativa entre los usos finales de los productos, y desde luego no la consideramos suficiente para establecer categorías distintas de productos no competidores a los efectos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. No puede exigirse ni a este Grupo Especial ni a otros que establezcan distinciones de tal sutileza para permitir diferencias significativas en la aplicación de la norma en razón de tales diferencias, como la consistente en que una bebida se utilice con las tapas y otra con las comidas. Al examinar las pruebas presentadas en este asunto, no estamos convencidos de que esa distinción, aun suponiendo que sea cierta la tesis de Corea de que existe, sea suficiente. Si una determinada bebida alcohólica se bebe con tapas, la naturaleza de la relación de competencia estriba en que puede beberse con las comidas, bien a raíz de un cambio en las campañas de comercialización o bien porque las personas se familiaricen cada vez más con productos recién introducidos en el mercado. En realidad, no estamos convencidos, en general, de que la distinción entre consumir bebidas alcohólicas en las comidas y consumirlas antes o después de ellas sea, en el contexto del presente caso, suficiente para considerar que los productos en cuestión no son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.³⁸⁵ Además, rechazamos la propia idea de basar una distinción en la utilización preferente de bebidas tradicionales con comidas tradicionales.³⁸⁶ Es posible que la comida coreana sea una comida muy condimentada, pero no hasta tal punto que sólo el soju sea apropiado para beberlo con ella. Aunque se compruebe realmente que la mayoría de los coreanos siguen prefiriendo beber su bebida tradicional de soju con los alimentos tradicionales, de la información obtenida de las encuestas y de las tendencias de las pautas de consumo se desprende que algunos coreanos prefieren a veces otras bebidas y que es probable que esa tendencia a la sustituibilidad se mantenga, con respecto incluso a categorías de usos finales que consideramos demasiado restringidas.

³⁸⁵ Corea trata de establecer una serie de distinciones entre los productos basadas en diferencias de escasa entidad. Por ejemplo, establece distinciones entre productos basadas en el hecho de que algunos de ellos se ofrecen como regalo. Algunas de las afirmaciones de Corea parecen contradictorias. Por ejemplo, Corea sostiene que una de las diferencias entre el soju diluido y el brandy consiste en que el coñac y el brandy suelen ofrecerse como regalo, lo que no ocurre con el soju diluido, pero más tarde afirma que el soju diluido puede distinguirse del coñac y el brandy porque se utiliza para regalo, en tanto que el coñac y el brandy se venden en "restaurantes selectos" (véanse los párrafos 5.29 y 5.95). Corea ha respondido a la petición de aclaraciones, con una distinción aún más sutil basada en las ocasiones en que determinadas bebidas se utilizan para regalo (véase el párrafo 7.23). Corea intenta establecer una distinción demasiado sutil entre productos a los efectos del análisis que es preciso realizar en conexión con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.

³⁸⁶ Corea ha aducido que la idea de que las bebidas alcohólicas destiladas no deben consumirse con la comida es típicamente occidental. No es evidente que esta afirmación sobre las ideas típicamente "occidentales" sea siempre cierta. Bebidas como el vodka y el whisky pueden acompañar perfectamente a las comidas tradicionales de algunos de los países de origen de esos productos. Además, aunque es cierto que por regla general los occidentales no beben bebidas destiladas con las comidas, la tesis de Corea elude la cuestión de si los coreanos desean beber o beben a veces bebidas de tipo occidental con sus comidas. Asimismo, la afirmación de Corea de que "el soju es una bebida que se bebe en grandes cantidades, y el vodka no" (véase el párrafo 5.269) parece dudosa si se atiende al comportamiento de los consumidores en otros mercados. Hay que repetir una vez más que aunque la decisión que hemos de adoptar se refiera al mercado coreano, las pautas de consumo en otros mercados son pertinentes, al menos para evaluar la compatibilidad potencial.

10.77 Consideramos, además, que la presencia de mezclas de bebidas alcohólicas en el mercado coreano avala la conclusión de que los productos importados y los nacionales son sustituibles entre sí. Corea ha aducido que las mezclas nacionales no son soju, pero dado que la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas define al soju como un producto que consiste esencialmente en alcohol etílico diluido con ciertos aromatizantes y aditivos, no está claro lo que pretende Corea con esa supuesta distinción. El hecho de que las bebidas alcohólicas puedan beberse y se beban de hecho frecuentemente en forma de mezclas previamente preparadas o en combinados preparados después de comprar las bebidas pone de relieve las posibilidades de sustitución entre las diversas bebidas básicas y la falta de importancia de la distinción que Corea pretende establecer en función de la graduación alcohólica.³⁸⁷

10.78 Los usos finales constituyen un factor especialmente pertinente a la cuestión de la competencia o sustituibilidad potenciales. Si dos productos tienen los mismos usos finales, es muy probable que sean productos competidores, inmediatamente o en un futuro próximo y razonablemente previsible. A este respecto, consideramos pertinente, aunque este aspecto tenga una eficacia probatoria relativamente menor, la naturaleza de la relación de competencia en otros mercados. El hecho de que dos productos compitan en un mercado relativamente menos afectado por las políticas fiscales del gobierno puede aclararnos si esos dos productos son productos potencialmente competidores en el mercado que examinamos. Aunque esta comparación no es absoluto determinante, tampoco debe ser ignorada. Resulta pertinente, sobre todo, analizar si tiende a confirmar las tendencias observadas en el mercado examinado o pone de manifiesto aspectos que contradicen la argumentación de los reclamantes y que merecen un examen más atento. A este respecto, observamos que en el Japón la sustituibilidad en lo que respecta a los usos finales entre las bebidas de tipo occidental y el shochu japonés ha aumentado a medida que los consumidores se han familiarizado más con el nuevo producto. Tanto el soju como el shochu son bebidas tradicionales en sus respectivos países. En los mercados de ambos países ha habido una pequeña, pero creciente, penetración de las importaciones a raíz de su liberalización parcial. Las tendencias que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación han observado en el Japón parecen haber comenzado a registrarse en Corea.

10.79 En los asuntos relativos al artículo III hay que atender a los mercados³⁸⁸, y la reacción de los productores coreanos ante las variaciones de los mercados proporciona pruebas importantes de que existe, al menos, una relación de competencia entre el soju y los productos importados. Las estrategias de comercialización de las empresas coreanas apoyan la tendencia a una creciente coincidencia de los usos finales. Esas empresas, para hacer frente a la amenaza potencial que representan las importaciones de bebidas de tipo occidental, elaboran y venden soju diluido de alta calidad. Esta bebida contiene más aromatizantes y se comercializa de forma más similar a las

³⁸⁷ La cuestión de las mezclas pone de manifiesto otras contradicciones de las comparaciones estrictas producto por producto de Corea. Por ejemplo, ese país aduce que una diferencia importante entre el soju y el vodka consiste en que el primero se bebe casi siempre solo y el vodka es una bebida para hacer combinados. (Véanse los párrafos 5.268 y 5.269). En caso de que esa diferencia sea importante, parece existir una considerable similitud entre el soju y el whisky por ejemplo, ya que uno y otro se beben frecuentemente solos, o cuando este último se mezcla, se suele mezclar con hielo o agua, lo que parece asimismo poner de relieve la similitud con el soju diluido en lo que respecta a la graduación alcohólica del producto consumido. Tampoco resulta claro en qué se basa Corea para afirmar que el vodka es una bebida para hacer combinados. Aunque el vodka se sirve frecuentemente en combinados, también se bebe solo.

³⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, página 30.

bebidas de tipo occidental que el soju diluido corriente, pero sigue estando comprendida en la definición de soju diluido de la legislación fiscal coreana. Se han modificado las características físicas del producto en una medida suficiente para que éste sea más similar a los productos importados sin dejar por ello de beneficiarse de las ventajas en cuanto a los precios resultantes de la aplicación de tipos fiscales más bajos. Los reclamantes han aportado también pruebas de que esos productos se anuncian como productos competidores de las bebidas de tipo occidental.³⁸⁹ De hecho, un anuncio hace referencia al soju como un producto similar al vodka y describe un nuevo producto llamado soju de cebada, que es evidente que se pretende que sea un producto comparable a otros productos importados, como el whisky.³⁹⁰ Se han presentado también pruebas de diversas fuentes, incluida la revista que se distribuye a bordo de los aviones de Korean Air, en las que se pone de manifiesto la utilización de estrategias publicitarias muy similares para el soju destilado y las bebidas de tipo occidental.³⁹¹

10.80 Corea ha aducido que los anuncios que figuran en la revista que se distribuye a bordo de los aviones de Korean Air no pueden considerarse anuncios destinados al mercado nacional en general. De forma análoga, según Corea, la información que aparece en el sitio de la web del mayor productor coreano de soju, Jinro, en inglés, así como otros anuncios en japonés, están destinados al mercado de exportación y no al mercado interno coreano, que es el único pertinente a la presente diferencia. Aunque tomamos nota de las críticas de Corea a esos elementos de prueba, seguimos sin admitir que el único mercado pertinente para obtener datos sea el mercado interno coreano.³⁹² Es más exacto decir que el mercado coreano es el mercado al que ha de referirse nuestra decisión. Al evaluar las posibilidades de que los productos importados y los nacionales sean productos directamente competidores o sustituibles entre sí es pertinente examinar la forma en que las empresas coreanas elaboran, anuncian y distribuyen sus productos, no sólo en Corea, sino también en otros mercados. Los datos correspondientes pueden resultar útiles para corroborar o no las tendencias y para identificar características importantes del mercado objeto de la determinación. En el caso que nos ocupa, tanto las tendencias del mercado japonés, en el que cada vez se utilizan más con los mismos fines el shochu y las bebidas importadas de tipo occidental, como el comportamiento de las empresas coreanas que hacen frente al reto que representan las bebidas importadas elaborando tipos de soju cada vez más similares a esas bebidas importadas, son elementos pertinentes que confirman las tendencias que comienzan a registrarse, aunque de forma incipiente, en el mercado coreano.

10.81 Se ha planteado la cuestión de que si el Grupo Especial debe utilizar para definir los mercados en el marco del párrafo 2 del artículo III los mismos criterios que se utilizan en la legislación sobre la competencia. En general, Corea se muestra partidaria de utilizar a los efectos del artículo III las definiciones del mercado utilizadas en la legislación sobre la competencia e incluso llega a plantear la posibilidad de que las definiciones de esa legislación sean demasiado amplias en el contexto del artículo III. Por el contrario, los reclamantes sostienen que el artículo III

³⁸⁹ Véanse las pruebas E y F de los Estados Unidos y el anexo 12 de la primera comunicación de las CE. Véase asimismo el informe Sofres, supra, páginas 23 y 24.

³⁹⁰ Prueba Q de los Estados Unidos.

³⁹¹ Prueba D de los Estados Unidos.

³⁹² No está claro que, como sostiene Corea, todos los anuncios mencionados tengan un destino completamente ajeno al mercado coreano. Los anuncios que aparecen en la prueba D de los Estados Unidos están redactados en coreano y en inglés.

responde a una finalidad distinta de la legislación en materia de competencia. Según ellos el artículo III es una disposición antidiscriminatoria cuyo propósito es garantizar que las medidas gubernamentales no den lugar a condiciones de competencia que favorezcan a la producción nacional, por lo que deben interpretarse ampliamente. En cambio la legislación antimonopolio, según los reclamantes, pretende hacer frente a actos de empresas o de personas que ponen en peligro la competencia y ese tipo de leyes no establece, por regla general, ninguna distinción entre nacionales y extranjeros. Aunque aún no están completamente perfiladas las características específicas de la interacción de la legislación comercial y la legislación en materia de competencia, compartimos la opinión de que las definiciones del mercado no tienen por qué ser las mismas en uno y otro ámbito. La legislación comercial, en general, y el artículo III, en particular, se centran en la promoción de las oportunidades económicas de los importadores mediante la eliminación de medidas gubernamentales discriminatorias que perjudican al comercio internacional leal. Así pues, la legislación comercial se ocupa de la cuestión de las posibilidades de competir. La legislación antimonopolio se centra, en general, en las prácticas o las modificaciones estructurales de las empresas que pueden impedir la competencia, restringirla o eliminarla. Es perfectamente lógico que se defina de forma más amplia a los mercados al aplicar leyes destinadas fundamentalmente a proteger las oportunidades de competencia que al aplicar leyes destinadas a proteger los mecanismos reales de la competencia. Por ello, a nuestro parecer, puede ser apropiado utilizar, con relación con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III, un concepto del mercado más amplio que el utilizado en la legislación antimonopolio. Tomamos nota también de diversos hechos que se han producido en el marco de la legislación de la Comunidad Europea a este respecto. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado, en una serie de sentencias, de conformidad con el artículo 95 del Tratado de Roma, que se basa en el texto del artículo III, que las bebidas alcohólicas destiladas son productos similares o competidores entre sí.³⁹³ En cambio, al examinar una fusión en el marco del Reglamento europeo sobre fusiones de empresas³⁹⁴, la Comisión de las Comunidades Europeas ha constatado que el mercado del whisky era un mercado distinto.³⁹⁵ De forma análoga, en un asunto sustanciado en el marco del artículo 95, se ha considerado que los plátanos son productos competidores con otros frutos³⁹⁶, a pesar de que, conforme a la legislación de las CE en materia de competencia, el mercado del plátano es un mercado de un producto distinto.³⁹⁷ Aunque somos conscientes de que el alcance y la finalidad del Tratado de Roma son diferentes de los del Acuerdo General, a pesar de la similitud existente entre el artículo 95 y el artículo III, señalamos que para entender mejor la relación entre el análisis de las disposiciones antidiscriminatorias y de la legislación en materia de competencia es pertinente

³⁹³ Véanse Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, Asunto 168/78, Recopilación de Jurisprudencia 1980 página 0347; Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Dinamarca, Asunto 171/78 Recopilación de Jurisprudencia 1980 página 0447; Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, Asunto 319/81, Recopilación de Jurisprudencia 1983, página 0601 y Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, Asunto 230/89, Recopilación de Jurisprudencia 1991, página I-1909.

³⁹⁴ Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

³⁹⁵ Guinness contra Grand Metropolitan, asunto IV/M 938

³⁹⁶ Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, Asunto 184/85, Recopilación de Jurisprudencia 1987, página 2013.

³⁹⁷ United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 27/76, Recopilación de Jurisprudencia 1978, página 0207-0315.

examinar cómo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha definido los mercados en situaciones similares.³⁹⁸

10.82 Al evaluar el grado y la naturaleza de la coincidencia de usos finales, deseamos dejar sentado claramente que no imponemos a Corea la carga de probar los hechos contrarios, sino que consideramos que los reclamantes han presentado pruebas, entre ellas, el estudio Dodwell pruebas incidentales y datos sobre las tendencias y resultados en otros mercados suficientes para acreditar este aspecto de su argumentación. Hemos tomado también nota de la información contenida en los estudios Nielsen y Trendscape. Todas las bebidas descritas se utilizan en el marco de las relaciones sociales en situaciones en las que se desea obtener el efecto de las bebidas que contienen un volumen relativamente elevado de alcohol. Esas bebidas pueden beberse en diversos marcos sociales, así como con las comidas o con algún tipo de alimentos. Los intentos de Corea de refutar este argumento resultan en último término poco convincentes. Las distinciones que Corea desearía que estableciéramos son excesivamente estrictas y transitorias. Nos hemos abstenido de basar una decisión en el hecho de que se considere que determinado tipo de alimentos constituyen una comida o simplemente una tapa. En realidad, como hemos expuesto antes, no estamos en absoluto convencidos de la importancia de todo el razonamiento basado en que las bebidas se consumen conjuntamente con las comidas, que es parte importante de la argumentación de Corea. Al sopesar las pruebas presentadas a este respecto, hemos de tener en cuenta los ejemplos dados por los redactores del artículo III y de la nota interpretativa al artículo III, que consideraron que manzanas y naranjas eran productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. En consecuencia, hemos llegado a la conclusión de que, en conjunto, hay pruebas de una coincidencia actual y potencial de usos finales suficiente para apoyar una constatación de que los productos nacionales e importados son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.³⁹⁹

iii) Canales de distribución y puntos de venta

10.83 En gran medida, la identidad de los usos finales y la identidad de los canales de distribución son aspectos que se solapan. Con frecuencia, la forma en que se distribuyen los productos de consumo refleja los usos finales a que se destinan. Los canales de distribución tienden a poner de manifiesto la estructura actual del mercado, en tanto que los usos finales ponen de relieve tanto la coincidencia actual, si la hay, como las posibilidades de coincidencia futura. En el caso que se examina, es evidente que, actualmente, el soju y las bebidas de tipo occidental se venden en puntos de venta similares y de forma bastante similar para su consumo fuera del establecimiento.⁴⁰⁰ Corea ha aducido que el soju de esos puntos de venta se consume de forma

³⁹⁸ Nuestra constatación de que la relación recíproca entre ambos tipos de disposiciones es pertinente, no implica que hayamos adoptado las definiciones del mercado establecidas en esos u otros asuntos sustanciados en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a los efectos de la decisión que hemos de tomar en el presente caso.

³⁹⁹ Observamos que las conclusiones a las que hemos llegado en la presente sección acerca de los usos finales apoyan la conclusión a la que habíamos llegado en la sección 3 supra, de que debe considerarse que los productos importados identificados constituyen una sola categoría.

⁴⁰⁰ Prueba G de los Estados Unidos; anexo 11 de la primera comunicación de la CE. Véanse también los párrafos 6.93-6.94 y 6.188-6.189. Observamos que este hecho revela, además, que cada uno de los productos importados se vende de forma similar que los restantes y avala la conclusión a la que llegamos en la sección 3 supra.

diferente; nos hemos ocupado de ese argumento en la sección anterior. De forma análoga, los reclamantes han puesto de manifiesto que hay algunas similitudes en otros puntos de venta, probablemente menos importantes, como las tiendas libres de impuestos.

10.84 La esfera respecto de la que hay una discrepancia fundamental es la de los canales de distribución de los productos para su consumo en el propio establecimiento. Corea aduce que el soju se vende fundamentalmente para su consumo con alimentos coreanos en restaurantes de tipo coreano y aclara y amplía este argumento remitiéndose al estudio Nielsen, que, según Corea, demuestra que la mayoría del soju destinado al consumo en el propio establecimiento se vende en restaurantes tradicionales de estilo coreano, así como en restaurantes japoneses y chinos y en puestos de venta móviles, en tanto que las bebidas de tipo occidental se venden para su consumo en el propio establecimiento fundamentalmente en cafés y en restaurantes y bares de tipo occidental.

10.85 Como hemos expuesto antes, los reclamantes han indicado que el estudio Nielsen, presentado por Corea, ponía de manifiesto que en los restaurantes de tipo japonés y en los cafés y restaurantes de tipo occidental se distribuían ambos tipos de productos. Hemos observado también, examinando el estudio Nielsen, que, en lo que respecta a las ventas a los cafés/restaurantes de tipo occidental, en tanto que sólo 13 de los 60 encuestados respondieron que vendieron soju, mientras que 54 dijeron que vendían whisky, esos encuestados vendían al mes 22.710 ml de soju y 11.702 ml de whisky, es decir que en este supuesto canal de distribución de bebidas de tipo occidental se vendía más soju que whisky, lo que parece desmentir la afirmación de Corea de que este tipo de canal de distribución para consumo en el propio establecimiento vendía sobre todo whisky.

10.86 Corea ha afirmado que el consumo en el propio establecimiento de bebidas de tipo occidental se reduce a establecimientos "elegantes" como bares "selectos", bares de karaoke y restaurantes lujosos.⁴⁰¹ En respuesta a esos argumentos, los Estados Unidos encargaron al personal de su Embajada en Seúl que buscara grandes restaurantes tradicionales de tipo coreano para contrastar esa hipótesis. Los miembros de la Embajada de los Estados Unidos afirman que han encontrado en las proximidades de la Embajada de los Estados Unidos nueve establecimientos de ese tipo en los que se sirve tanto whisky como soju. Esta declaración dio lugar a un debate entre las partes acerca de si los restaurantes en cuestión eran restaurantes corrientes o más caros de lo habitual. Mayor importancia que la cuestión de si esos restaurantes eran representativos o eran demasiado caros para poder ser calificados de "restaurantes tradicionales de estilo coreano" tiene la naturaleza del propio debate. No consideramos que en una diferencia en relación con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III la distinción entre los productos pueda reducirse a una diferencia tan débil y variable como la que Corea ha intentado establecer en función de que un restaurante sea o no "elegante" o "caro". La única distinción significativa en los canales de distribución y puntos de venta que se ha planteado en este caso es la distinción entre distribución para consumo en el propio establecimiento y para consumo fuera de él, pero esa distinción no parece constituir una base adecuada para establecer una distinción entre los productos importados y nacionales en litigio. Constatamos, en síntesis, que hay pruebas considerables de la coincidencia de los canales de distribución y puntos de venta de los productos en cuestión y que esas pruebas apoyan una constatación de que los productos importados y nacionales identificados son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

iv) Precios

⁴⁰¹ Declaración de Corea en la primera reunión del Grupo Especial, página 8; declaración de Corea en la segunda reunión del Grupo Especial, página 10.

10.87 Los reclamantes han presentado un estudio sobre el comportamiento de los consumidores coreanos (estudio Dodwell) que se ocupa de las variaciones de los precios relativos del soju y de diversas bebidas de tipo occidental, incluidos el whisky escocés de alta calidad, el whisky corriente, el coñac, el vodka, el gin, el ron, el tequila y los licores. En él se pretende analizar lo que ocurre cuando el precio del soju aumenta o el de las bebidas de tipo occidental disminuye, en uno y otro caso en una cuantía determinada. La encuesta trataba además de determinar si había pruebas de la existencia de una elasticidad cruzada en función de los precios. En respuesta a las críticas de Corea a los datos de la encuesta y a la metodología utilizada en ella, los reclamantes han respondido que, debido a las dificultades que entrañaba la situación, no se pretendía en el estudio hacer un cálculo real de los coeficientes de elasticidad. Según los reclamantes, la disponibilidad de productos importados era demasiado escasa para que el consumidor estuviera suficientemente familiarizado con esos productos y, por otra parte, las medidas fiscales de Corea en litigio desvirtuaban la estructura de los precios y de la disponibilidad de los productos en una medida que hacía difícil calcular los coeficientes reales de elasticidad cruzada en función de los precios. Como se ha indicado antes, los reclamantes alegaban que las bebidas alcohólicas eran productos en cuyo consumo era importante la familiaridad del consumidor con ellos. Las personas tienden a consumir los productos con los que están familiarizados. La lealtad a una determinada marca y a un determinado producto es firme, y los consumidores sólo modifican sus pautas de consumo lentamente a lo largo de un período dilatado, tras una importante actividad de comercialización y siempre que haya una disponibilidad plena de los productos de que se trate. Los reclamantes han hecho hincapié en que en el estudio se manifiesta que su objetivo es "determinar si hay pruebas de la existencia de una elasticidad en función de los precios entre diversas categorías de aguardientes", y no calcular la magnitud de esa elasticidad. Según los reclamantes ese objetivo, al que calificaban de más modesto, era el más ambicioso que podía alcanzarse dadas las circunstancias.

10.88 Los reclamantes manifestaban que había pruebas bastante firmes de la existencia de sustituibilidad cuando concurrían dos tendencias: la tendencia a la reducción de los precios de importación y la tendencia al aumento de los precios del soju. Los Estados Unidos resumían los datos al respecto en gráficos que revelaban que según los resultados del estudio Dodwell los encuestados preferían los aguardientes oscuros importados al soju en el 15,22 por ciento de los casos si se mantenían los precios actuales, y en el 28,4 por ciento de los casos si el precio del soju diluido aumentaba el 20 por ciento y el de los aguardientes oscuros se reducía al nivel más bajo de la encuesta. De forma análoga, en lo que respecta a los aguardientes blancos, el porcentaje de los que elegirían aguardientes blancos importados pasaba del 13,8 por ciento si las importaciones mantenían su actual nivel de precios al 23,8 por ciento si el precio del soju aumentaba el 20 por ciento y el de las importaciones se situaba en los niveles más bajos de la encuesta.⁴⁰²

10.89 Corea ha formulado numerosas críticas al estudio Dodwell. Citando un aviso de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las comunicaciones relacionadas con la legislación comunitaria en materia de competencia, ha alegado que cualquier estudio de mercado hecho con la finalidad de influir sobre quienes han de adoptar las decisiones es sospechoso. Ha señalado además que las encuestas en las que se formulan a los consumidores preguntas hipotéticas acerca de opiniones y no preguntas directas de carácter objetivo son, por su propia naturaleza, poco fiables ya que, entre otras cosas, las preguntas pueden ser excesivamente vagas y resulta necesario inferir datos objetivos de opiniones. Corea ha añadido que la empresa contratada para realizar una

⁴⁰² Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 78-85.

encuesta tiene un incentivo para tratar de presentar respuestas acordes con los deseos de los clientes, con el fin de que la vuelvan a contratar en el futuro. En concreto, Corea ha criticado la complejidad de las preguntas y la falta de representatividad de los encuestados. Ha señalado a la atención del Grupo Especial varias anomalías de los resultados, como el aumento del consumo de soju cuando su precio aumenta de 1.100 a 1.200 won. Corea ha criticado asimismo el hecho de que en las muestras alternativas esté incluido el soju diluido de alta calidad juntamente con las bebidas importadas, en vez de establecer la comparación entre éstas y el soju diluido corriente. Según Corea, todos estos hechos desvirtúan los resultados de la encuesta. Por último, Corea ha criticado la manera de formular las preguntas, que según Corea da pie a que los encuestados piensen que se les pregunta si comprarían alguna vez una botella de alguna de las bebidas importadas si se les ofrece un precio especial reducido.

10.90 Los reclamantes reiteraron que el estudio Dodwell no tenía por objeto calcular las elasticidades cruzadas en función de los precios de las bebidas alcohólicas en el mercado coreano, sino que respondía a un propósito mucho más modesto. Señalaron que hacía sólo pocos años que el mercado coreano había sido parcialmente desregulado e hicieron referencia a las constataciones de los dos grupos especiales que habían examinado los impuestos japoneses sobre las bebidas alcohólicas según las cuales los reglamentos y los impuestos gubernamentales pueden afianzar a menudo las preferencias de los consumidores. A la luz de ese hecho, según los reclamantes, estaba justificado que el estudio Dodwell se basara en una muestra de personas que habían probado la bebida de tipo occidental, con el fin de que éstas pudieran tener un punto de referencia. Dado que la aparición de las bebidas de tipo occidental en el mercado era reciente, había de formularse a esas personas una serie de preguntas hipotéticas en lugar de limitarse a solicitar de ellas información fáctica sobre su comportamiento actual. Además, dado que las compras de bebidas alcohólicas respondían, por su propia naturaleza, a decisiones actuales sobre bienes de consumo de costo relativamente bajo, era correcto preguntar a los encuestados si estarían dispuestos a comprar alguna bebida de tipo occidental si los precios se modificaban, y no si modificarían sus hábitos fundamentales de bebida. Los reclamantes señalaron que en cualquier encuesta había siempre anomalías estadísticas, pero que en el estudio Dodwell se reflejaban claramente las tendencias generales, aunque ocasionalmente hubiera una correlación negativa en los datos. Por último, los reclamantes indicaron que en el estudio Dodwell se habían utilizado los mismos métodos de investigación que en el estudio ASI citado por el Grupo Especial que examinó el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II.⁴⁰³

10.91 Corea señala acertadamente algunas deficiencias y anomalías del estudio Dodwell. En algunos casos, el sentido de las respuestas es sorprendente. No obstante consideramos que, en conjunto, ese estudio facilita información útil acerca, al menos, de la competitividad potencial entre los productos importados y nacionales. Tampoco aceptamos que algunos de los aspectos que ha puesto de relieve Corea aminoren el valor de los resultados de la encuesta. No consideramos que el hecho de que los encuestados elegidos no constituyan una muestra que represente fielmente a toda la sociedad coreana sea una deficiencia. Los encuestadores seleccionaron 500 hombres de edades comprendidas entre 20 y 49 años de tres ciudades de Corea y que habían comprado soju el último mes y whisky dentro de los últimos tres meses.⁴⁰⁴ Los perfiles de edad, sexo y procedencia geográfica son adecuados. No es lógico preguntar si adoptaría otro producto de consumo – especialmente un artículo alimenticio o una bebida- si cambiaran los precios a una persona que no

⁴⁰³ Véase el informe del Grupo Especial sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, párrafo 6.32.

⁴⁰⁴ Anexo 13 de las CE, página 3.

haya probado nunca antes ese producto u otro similar, y el grupo de personas elegidas parece más probable que lo haya hecho. Compartimos la opinión de los reclamantes acerca del carácter prospectivo de las preguntas. Si lo que se trata de averiguar es la reacción ante las posibles variaciones de los precios, resulta difícil entender que una pregunta relativa al comportamiento actual pueda permitir obtener una respuesta útil. De la misma forma, cuando se trata de un producto de consumo y el precio es bajo en relación con los ingresos, no es necesario que se ponga de manifiesto que el encuestado está dispuesto a cambiar permanentemente sus preferencias en materia de bebidas. Es suficiente que esté dispuesto a sustituir ocasionalmente un producto por otro cuando la frecuencia de las compras es relativamente grande.

10.92 Algunas de las críticas de Corea al estudio Dodwell entrañan además un aspecto que debemos destacar. El artículo III trata de proteger las expectativas en cuanto a las oportunidades de competencia. La exigencia de que una encuesta se base en el comportamiento actual efectivo impediría impugnar las restricciones gubernamentales a los nuevos exportadores potenciales.⁴⁰⁵ De hecho, hay que recordar que el Órgano de Apelación ha confirmado que las encuestas de esta naturaleza no son un elemento determinante en la formulación de decisiones en relación con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Aunque no consideremos que el estudio Dodwell sea un elemento de prueba decisivo, sus resultados coinciden con otras informaciones y, por consiguiente, sus datos resultan útiles. En un examen que tenga por objeto la naturaleza de la relación de competencia entre productos, el análisis cuantitativo es útil, aunque no necesario.

10.93 Ha habido también una considerable discrepancia entre las partes en cuanto al nivel de las diferencias entre los precios del soju y de las bebidas importadas de tipo occidental. Corea ha utilizado promedios ponderados y ha sostenido que el whisky es casi 11 veces más caro que el soju, por lo que el efecto de los impuestos es insignificante. Los reclamantes han respondido que el precio del whisky corriente de tipo escocés sólo es tres veces mayor que el del soju diluido de alta calidad. Por el contrario, hay diferencias aún mayores dentro de categorías como la del "whisky", por ejemplo entre las marcas de whisky a granel mezcladas en Corea y los diversos tipos de whisky selecto escocés de malta, a pesar de lo cual se considera, en general, que todos los tipos de whisky escocés constituyen una única categoría de bebidas. Los reclamantes alegaban también que, debido a los elevados impuestos y derechos, las importaciones habían tendido a ser importaciones de las marcas de mayor precio, lo que viciaba las cifras utilizadas por Corea. Corea sostenía, por su parte, que el argumento relativo a las marcas de mayor precio era ilógico, porque, a diferencia del sistema japonés, que se basaba en derechos específicos, el régimen fiscal coreano era un régimen basado en impuestos ad valorem. Según los reclamantes, en un mercado restringido como el coreano, era relativamente frecuente que las empresas se abrieran paso en el mercado con marcas de elevado precio, que tenían un hueco en él, para darse a conocer y vender un artículo exclusivo en segmentos en los que podían cobrarse mayores precios y en los que los consumidores tenían ingresos más elevados, por lo que les afectaban menos los niveles de los impuestos. En apoyo de sus tesis, los reclamantes presentaron algunos datos sobre las pautas del consumo de diversas marcas en otros mercados en los que la importancia de las ventas de marcas de precios más bajos era mayor que en el de Corea.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Como hemos indicado antes al analizar la competencia potencial, la exigencia de que las encuestas se refieran exclusivamente al comportamiento actual efectivo haría aún más difícil a los reclamantes menos favorecidos acreditar una presencia real en el mercado suficiente para establecer una presunción prima facie de anulación o menoscabo.

⁴⁰⁶ Véase el anexo 1 a las respuestas de las CE a las preguntas de la segunda reunión del Grupo Especial.

10.94 Al examinar los datos de que disponemos, hemos constatado que, aunque haya actualmente importantes diferencias de precio entre los productos importados y nacionales, esas diferencias, consideradas en su conjunto, no son decisivas. Al facilitar promedios ponderados de precios, Corea ha orillado los elevados precios del soju diluido de alta calidad, la categoría más pequeña, pero en rápida expansión, creada por los fabricantes coreanos expresamente para competir mejor con los productos importados. El precio del soju diluido de alta calidad parece ser aproximadamente el doble del precio del soju diluido corriente, el del vodka cuatro veces mayor y el del whisky corriente cuatro veces y media mayor.⁴⁰⁷ El precio del soju destilado es dos veces mayor que el precio del whisky corriente.⁴⁰⁸ Dentro de algunas categorías, por ejemplo la del "whisky" hay mayores diferencias de precio⁴⁰⁹ a pesar de lo cual ninguna de las partes ha sostenido que los productos de las diversas subcategorías no sean directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Además, compartimos la opinión de los reclamantes de que las diferencias entre los precios absolutos tienen menor importancia que los cambios de comportamiento a raíz de las variaciones de los precios relativos.⁴¹⁰ Las diferencias entre los precios, consideradas en su conjunto, no tienen una magnitud suficiente para anular las restantes pruebas de la existencia de una competencia y una sustituibilidad potenciales, y hay pruebas de que es probable que las variaciones de los precios relativos provoquen variaciones de las pautas de consumo. Consideramos, en síntesis, que los datos sobre los precios y las posibilidades de modificación del comportamiento de los consumidores en función de las variaciones de los precios relativos apoyan una constatación de que los productos importados y nacionales identificados son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí.

⁴⁰⁷ En consecuencia, el precio del soju diluido corriente es aproximadamente ocho veces menor que el del vodka y nueve veces menor que el del whisky corriente

⁴⁰⁸ Según la comunicación de las CE al Grupo Especial, anexo 7. Además, del estudio Dodwell y de otros datos se desprende que la relación entre los precios de los demás productos es la siguiente: el precio del gin es aproximadamente 3,25 veces mayor que el del soju diluido de alta calidad y 6,5 veces mayor que el del soju diluido corriente; el precio del tequila es 5,5 veces mayor que el del soju diluido de alta calidad y 11 veces mayor que el del soju diluido corriente. El precio del licor es aproximadamente 5 veces mayor que el del soju diluido de alta calidad y 10 veces mayor que el del soju diluido corriente. El precio del coñac es aproximadamente 12 veces mayor que el precio del soju diluido de alta calidad y 24 veces mayor que el precio del soju diluido corriente. Hay que señalar que Corea, en sus observaciones en el reexamen intermedio, facilitó algunas comparaciones de precios en que se daban cifras más bajas, con arreglo a las cuales el vodka era 5,7 veces más caro que el soju diluido, el gin 5 veces más caro y el ron 6,2 veces más caro. Corea manifestaba también que el precio del coñac/brandy era 19,2 veces mayor que el del soju diluido. Corea no indicaba si las diferencias entre las cifras se debían a la utilización de promedios ponderados.

Observamos que en la decisión adoptada en el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, se hicieron reajustes en función del contenido de alcohol. Informe del Grupo Especial en Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, Anexo VI, Cuadro 10. Si se eliminan esos reajustes, se observa que en el presente caso las diferencias en lo que respecta a las relaciones entre precios absolutos son aún más similares a las que se registraban en el Japón.

⁴⁰⁹ Véase el párrafo 6.105; estudio Dodwell.

⁴¹⁰ De hecho, hemos de reiterar que es necesario actuar con prudencia al basarse en las diferencias de las relaciones entre los precios absolutos para establecer distinciones entre productos en un mercado como el coreano. Los precios pueden ser consecuencia de factores externos como los tipos de cambio o verse afectados por la composición de los productos o por elevados gastos generales de distribución debidos probablemente en parte a las políticas gubernamentales examinadas.

- v) Conclusiones con respecto a los productos "directamente competidores o directamente sustituibles entre sí"

10.95 Consideramos 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. Los reclamantes han satisfecho en este caso la carga de la prueba, al haber demostrado que actualmente hay un cierto grado de competencia, así como tendencias al desplazamiento relativo del consumo de soju a las bebidas destiladas importadas. Las decisiones de producción y comercialización de las empresas coreanas de bebidas alcohólicas reflejan de forma muy concreta que estas empresas han cobrado conciencia de ello, como pone de manifiesto la elaboración y el rápido éxito del soju diluido de alta calidad. Este producto responde claramente al intento de crear una imagen de determinados tipos de soju que refleja una relación directa de competencia con las bebidas alcohólicas importadas. Es probable que los importadores enfoquen su comercialización de forma distinta (por ejemplo señalando o no que la mejor forma de consumir el producto es acompañado de alimentos) que en el caso del soju diluido corriente, pero las estrategias de comercialización no pueden servir por sí solas de base para constatar que los productos no son productos potencialmente competidores. Las estrategias de comercialización pueden variar rápidamente y si hay otras pruebas sustanciales de que los productos pueden ser productos directamente competidores, no es procedente formular una constatación en otro sentido, basándose en factores transitorios como las estrategias de comercialización, especialmente dado que la configuración de esas estrategias puede deberse a las políticas gubernamentales en cuestión. Por el contrario, cuando dos productos entre los que hay actualmente ciertas diferenciaciones en el mercado comienzan a comercializarse de forma similar, como ha ocurrido en el caso de los fabricantes coreanos de soju, ese hecho constituye una prueba firme de la competencia potencial. Hay que reiterar una vez más que el objeto del artículo III no es proteger las cuotas reales de mercado sino las oportunidades de competencia. Debe entenderse que las oportunidades de competencia comprenden la capacidad de modificar la estrategia de comercialización sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de solución de diferencias. El éxito o el fracaso de una reclamación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo III no puede depender de una simple modificación de la estrategia de comercialización. Cualquier otra interpretación sería una interpretación excesivamente restrictiva de la expresión "directamente competidores o directamente sustituibles en sí".

10.96 Si se acepta la definición estricta de usos finales que propone Corea, el nivel de coincidencia de los usos finales es, en este momento, relativamente bajo. No obstante, aun dentro de esas categorías de usos finales excesivamente estrictas, es necesario tener en cuenta al analizar los datos que la introducción de las bebidas de tipo occidental en el mercado es relativamente reciente. Además, no aceptamos el argumento de Corea acerca de los caracteres distintivos de la actual diferenciación en el mercado. Consideramos que Corea ha establecido una distinción demasiado sutil entre productos a los efectos de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III. Hay que recordar de nuevo que entre los ejemplos de productos sustituibles entre sí citados por los redactores, estaba el de las manzanas y las naranjas. La misma conclusión cabe inferir de la significativa coincidencia de los canales de distribución tanto para las ventas de artículos que se consumen fuera del establecimiento como para las ventas de artículos para su consumo en el propio establecimiento. En nuestra opinión, la única distinción significativa con respecto a los canales de distribución en el caso que examinamos sería la distinción entre punto de venta para consumo en el propio establecimiento y fuera del establecimiento y tanto los productos importados como el soju se distribuyen en uno y otro tipo de canales.

10.97 Hay pruebas de la existencia tanto de un cierto grado de competencia actual como de un considerable nivel de competencia potencial. No obstante, los reclamantes no tienen que

demostrar, en su análisis de la sustituibilidad recíproca de los productos, que haya una completa coincidencia. Además, nos atenemos a las constataciones de los grupos especiales anteriores, según las cuales las políticas fiscales y reglamentarias del gobierno que tienden a afianzar las preferencias de los consumidores en beneficio de los productos nacionales pueden falsear la situación del mercado. Es probable que los actuales niveles de precios sean el elemento que contradice más claramente las afirmaciones de los reclamantes. A nuestro parecer, el estudio Dodwell es un elemento útil de prueba que pone de manifiesto la relación potencial de competencia entre los productos nacionales e importados en diversas situaciones hipotéticas en lo concerniente a los precios. Aunque no es una prueba plena, no consideramos que la crítica de Corea haya conseguido refutar de forma concluyente sus presupuestos básicos. De hecho, consideramos que tanto la encuesta coreana sobre el uso final realizada en el estudio AC Nielsen como la encuesta Trendscape confirman en algunos aspectos esenciales la competitividad potencial. Además, no consideramos que las diferencias de precios permitan constatar en el presente caso que los productos de que se trata no son, al menos potencialmente, competidores. Los precios están sujetos a cambios imputables a factores externos, como los tipos de cambio.

10.98 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.

5. Productos no sujetos a un impuesto similar

10.99 En el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II el Órgano de Apelación resumió sus constataciones con respecto a este elemento de la decisión en los siguientes términos:

Así pues, para que los productos importados no estén sujetos a un impuesto similar, la carga que el impuesto supone para esos productos debe ser mayor que para los productos nacionales directamente competidores o que puedan sustituirlos directamente, y la carga impositiva no debe ser en ningún caso de minimis.⁴¹¹

10.100 En el caso que examinamos, los impuestos sobre las bebidas alcohólicas aplicables al soju diluido y al soju destilado son el 35 y el 50 por ciento respectivamente. El impuesto de educación consiste en un recargo del 10 por ciento aplicado al soju. En cuanto a las bebidas alcohólicas importadas, el impuesto sobre las bebidas alcohólicas aplicables va del 50 por ciento, en el caso de los licores, al 100 por ciento en el de whisky y el brandy. El impuesto de educación es el 30 por ciento en el caso de todas las bebidas alcohólicas importadas, a excepción de los licores, que están gravados con un recargo del 10 por ciento. Así pues, 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 el 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. Por lo tanto, la cuantía de los impuestos aplicados al whisky

⁴¹¹ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, supra, página 32. Hay que señalar que en el caso del Japón, los derechos eran específicos y, según un argumento del Japón que no prosperó, las correlaciones impuesto/precio eran similares. Dado que los impuestos de Corea son, en sentido estricto, ad valorem, los tipos resultan más fáciles de comparar y no se plantea a ese respecto ningún problema.

importado, por ejemplo, triplica con creces la del impuesto ad valorem aplicado al soju diluido. Es evidente que esas diferencias son superiores a un nivel de minimis.⁴¹²

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

10.101 El Órgano de Apelación declaró en el asunto Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas que esta parte 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.⁴¹³ 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 considerables, lo suficientemente grandes a nuestro parecer para apoyar asimismo una constatación en el mismo sentido.

10.102 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.⁴¹⁴ 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. En consecuencia, concluimos que existe anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para los reclamantes del GATT de 1994 en el sentido del párrafo 8 del artículo 3 del ESD.

7. Producto similar

10.103 Los reclamantes en el presente asunto afirman que el vodka es similar al soju.⁴¹⁵ Corea lo niega.⁴¹⁶ Observamos que entre el vodka y el soju hay muchas similitudes y que esas similitudes son suficientes para establecer que uno y otro producto son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. No obstante, como constató el Órgano de Apelación en Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, el concepto de "similaridad" de la primera frase del

⁴¹² El hecho de que se aplique el mismo tipo al soju destilado y a los licores no priva de valor a esta constatación en lo que respecta a los demás productos, ni a los licores en comparación con el soju diluido.

⁴¹³ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra, página 34. Véase también Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, supra, páginas 34-36.

⁴¹⁴ 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.

⁴¹⁵ Véanse los párrafos 5.100 y siguientes.

⁴¹⁶ Véanse los párrafos 5.264 y siguientes y 5.296 y siguientes.

párrafo 2 del artículo III debe interpretarse de forma estricta.⁴¹⁷ La cuestión estriba en si los productos tienen una naturaleza lo suficientemente parecida para formar parte de esa categoría estrictamente delimitada.

⁴¹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, supra páginas 25-26.

10.104 Constatamos que en este caso no hay pruebas suficientes para determinar que el vodka y el soju son productos similares. No constatamos que no lo sean, sino que no constan en el presente asunto pruebas suficientes para establecer que son similares. Al formular esta constatación, recordamos que el Órgano de Apelación ha señalado también que la determinación de si el vodka era similar al soju o uno y otro eran únicamente productos directamente competidores o sustituibles directamente "no afecta de manera notable a la conclusión del caso".⁴¹⁸ Consideramos que esta afirmación es también aplicable a los hechos del asunto que examinamos. En consecuencia, aun cuando hemos constatado que el vodka y las demás bebidas alcohólicas destiladas importadas que han sido identificadas y los productos nacionales son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, no podemos llegar a la conclusión de que los productos importados, o cualquier subcategoría de ellos, sean similares a los productos nacionales.

XI.

⁴¹⁸ Ibid.

CONCLUSIONES

11.1 Sobre la base de las constataciones expuestas, hemos llegado a la conclusión de que el soju (diluido y destilado), el whisky, el brandy, el coñac, el ron, el gin, el vodka, el tequila, los licores y las mezclas son productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. 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. Por último, los impuestos diferentes se aplican de manera que se protege a la producción nacional.

11.2 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.
