



**UNIÓN EUROPEA Y DETERMINADOS ESTADOS MIEMBROS -
DETERMINADAS MEDIDAS RELATIVAS AL ACEITE DE
PALMA Y LOS BIOCOMBUSTIBLES BASADOS
EN CULTIVOS DE PALMA DE ACEITE**

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

Addendum

El presente *addendum* contiene los anexos A a C del informe del Grupo Especial que figura en el documento WT/DS600/R.

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL**

Índice		Página
Anexo A-1	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial	4

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LAS PARTES**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de los argumentos de Malasia	13
Anexo B-2	Resumen integrado de los argumentos de la Unión Europea	46

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen integrado de los argumentos de Australia	69
Anexo C-2	Resumen integrado de los argumentos del Brasil	72
Anexo C-3	Resumen integrado de los argumentos del Canadá	76
Anexo C-4	Resumen integrado de los argumentos de Colombia	81
Anexo C-5	Resumen integrado de los argumentos de Costa Rica	87
Anexo C-6	Resumen integrado de los argumentos del Ecuador	91
Anexo C-7	Resumen integrado de los argumentos de Indonesia	96
Anexo C-8	Resumen integrado de los argumentos del Japón	102
Anexo C-9	Resumen integrado de los argumentos de la República de Corea	108
Anexo C-10	Resumen integrado de los argumentos de la Federación de Rusia	111
Anexo C-11	Resumen integrado de los argumentos de Ucrania	114
Anexo C-12	Resumen integrado de los argumentos del Reino Unido	120
Anexo C-13	Resumen integrado de los argumentos de los Estados Unidos	124

ANEXO A

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo A-1	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial	4

ANEXO A-1

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Adoptado el 13 de septiembre de 2021

Revisado el 16 de febrero de 2022

Disposiciones generales

1. 1) En estas actuaciones el Grupo Especial seguirá las disposiciones pertinentes del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"). Se aplicará además el Procedimiento de trabajo que se expone a continuación.
- 2) El Grupo Especial se reserva el derecho de modificar el presente Procedimiento y adoptar procedimientos adicionales cuando sea necesario, tras consultar con las partes.

Confidencialidad

2. 1) De conformidad con el ESD, las deliberaciones del Grupo Especial serán confidenciales, y los documentos que se hayan sometido a su consideración tendrán carácter confidencial y se facilitarán a las partes y los terceros¹ en la diferencia. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al Grupo Especial a la que haya atribuido tal carácter el Miembro que la facilite.
- 2) De conformidad con el ESD, ninguna de las disposiciones del presente Procedimiento de trabajo impedirá a las partes o terceros hacer públicas sus posiciones.
- 3) Cuando una parte facilite una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al Grupo Especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público. El Grupo Especial podrá, previa solicitud, fijar un plazo dentro del cual la parte deberá procurar facilitar ese resumen.
- 4) Previa solicitud, el Grupo Especial podrá adoptar procedimientos adicionales apropiados para el tratamiento y gestión de la información confidencial, tras consultar con las partes.

Comunicaciones

3. 1) Antes de la reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, cada parte presentará una comunicación escrita y un escrito de réplica en los que exponga los hechos del caso y sus argumentos, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.
- 2) Los terceros que decidan presentar una comunicación escrita antes de la reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes lo harán de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.
- 3) El Grupo Especial podrá invitar a las partes o los terceros a que presenten comunicaciones adicionales durante las actuaciones, incluso con respecto a las solicitudes de resoluciones preliminares, de conformidad con el párrafo 4 *infra*. En caso de que el Grupo Especial ejerza este derecho brindará a la otra parte o a los terceros una oportunidad adecuada, cuando proceda, para formular observaciones sobre esas comunicaciones adicionales.

¹ En la medida prevista en el artículo 10.3 del ESD.

Resoluciones preliminares

4.
 - 1) Si la Unión Europea considera que el Grupo Especial debe formular, antes de dar traslado de su informe, una resolución en el sentido de que determinadas medidas o alegaciones incluidas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial o en la primera comunicación escrita del reclamante no han sido debidamente sometidas al Grupo Especial, se aplicará el siguiente procedimiento. Se admitirán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente.
 - a. La Unión Europea presentará cualquier solicitud de resolución preliminar a tal efecto en la primera oportunidad que tenga para hacerlo y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita. Malasia presentará su respuesta a la solicitud antes de la reunión sustantiva del Grupo Especial, en un momento que determinará el Grupo Especial a la luz de la solicitud.
 - b. El Grupo Especial podrá emitir una resolución preliminar sobre las cuestiones planteadas por una solicitud de resolución preliminar antes, durante o después de la reunión sustantiva, o podrá aplazar la resolución sobre las cuestiones en ella planteadas hasta que dé traslado de su informe a las partes.
 - c. Si el Grupo Especial estima oportuno emitir una resolución preliminar antes de dar traslado de su informe, podrá exponer los motivos de la resolución en el momento en que la emita, o posteriormente en su informe.
 - d. Se dará traslado a todos los terceros de cualquier solicitud de resolución preliminar presentada por el demandado antes de la reunión sustantiva y de cualquier comunicación ulterior presentada por las partes en relación con ella antes de la reunión sustantiva. El Grupo Especial podrá dar a todos los terceros la oportunidad de hacer observaciones sobre esa solicitud, ya sea en sus comunicaciones conforme a lo previsto en el calendario o por separado. Se comunicará a todos los terceros cualquier resolución preliminar emitida por el Grupo Especial antes de la reunión sustantiva sobre la cuestión de si determinadas medidas o alegaciones están debidamente sometidas al Grupo Especial.
 - 2) El presente Procedimiento se entiende sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar otros tipos de resoluciones preliminares o procedimentales durante las actuaciones, y de los procedimientos que el Grupo Especial pueda seguir con respecto a esas solicitudes.

Pruebas

5.
 - 1) Cada parte presentará al Grupo Especial todas las pruebas en el curso de la reunión sustantiva a más tardar, salvo las pruebas necesarias a efectos de las réplicas, o las pruebas necesarias a efectos de las respuestas a preguntas o las observaciones sobre las respuestas dadas por la otra parte. Se admitirán excepciones adicionales previa justificación suficiente.
 - 2) Cuando se haya admitido alguna prueba nueva previa justificación suficiente, el Grupo Especial concederá a la otra parte un plazo adecuado para que formule observaciones sobre la nueva prueba presentada.
6.
 - 1) Si el idioma original de una prueba documental o de parte de ella no es un idioma de trabajo de la OMC, la parte o el tercero que la aporte presentará al mismo tiempo una traducción de la prueba documental o de la parte pertinente al idioma de trabajo de la OMC empleado en el procedimiento. El Grupo Especial podrá conceder prórrogas prudenciales para la traducción de tales pruebas documentales previa justificación suficiente.
 - 2) Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse sin demora por escrito, de preferencia no más tarde de la presentación o reunión (lo que ocurra antes) siguiente a la presentación de la comunicación que contenga la traducción de que se trate. Las objeciones irán acompañadas de una explicación de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.

7.
 - 1) Para facilitar el mantenimiento del expediente de la diferencia y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones, cada parte y cada tercero numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el curso de la diferencia, indicando en la portada de cada prueba el nombre del Miembro que la aporta y su número. Las pruebas documentales presentadas por Malasia deberán numerarse MYS-1, MYS-2, etc. Las pruebas documentales presentadas por la Unión Europea deberán numerarse EU-1, EU-2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con la primera comunicación fue numerada MYS-5, la primera prueba documental en relación con la siguiente comunicación se numeraría por tanto MYS-6. Si una parte retira una o más pruebas documentales, o deliberadamente presenta una o más pruebas documentales en blanco, deberá indicar "prueba documental retirada", o "prueba documental dejada deliberadamente en blanco", respectivamente.
 - 2) Con cada comunicación, declaración oral y respuesta a las preguntas a las que se adjunten nuevas pruebas documentales, las partes facilitarán una lista actualizada de las pruebas en formato Word o Excel.
 - 3) Si una parte presenta un documento que ya haya sido presentado como una prueba documental por la otra parte, deberá explicar el motivo por el que lo presenta de nuevo.
 - 4) Si una parte incluye un hiperenlace al contenido de un sitio web en una comunicación, y tiene la intención de que el contenido invocado forme parte del expediente oficial, el contenido invocado del sitio web se facilitará en forma de prueba documental, indicándose la fecha en se haya consultado.

Guía editorial

8. A fin de facilitar la labor del Grupo Especial, se invita a las partes y a los terceros a que redacten sus comunicaciones de conformidad con la Guía Editorial de la OMC para las comunicaciones presentadas a grupos especiales (se facilita una copia electrónica).

Preguntas

9. El Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes y los terceros en cualquier momento, incluso:
 - a. Antes de la reunión sustantiva, el Grupo Especial podrá enviar preguntas por escrito, o una lista de los temas que se proponga tratar al formular preguntas oralmente durante la reunión. El Grupo Especial podrá formular preguntas distintas o adicionales en la reunión.
 - b. El Grupo Especial podrá formular oralmente preguntas a las partes y los terceros durante la reunión sustantiva, y por escrito después de ella, conforme a lo previsto en los párrafos 15 y 22 *infra*.

Reunión sustantiva

10. El Grupo Especial se reunirá a puerta cerrada.
11. Las partes en la diferencia sólo participarán en la reunión cuando aquel las invite a comparecer.
12.
 - 1) Cada parte tiene derecho a determinar la composición de su propia delegación en la reunión con el Grupo Especial.
 - 2) Cada parte será responsable de todos los miembros de su delegación y se asegurará de que cada uno de ellos actúe de conformidad con el ESD y con el presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta a la confidencialidad de las actuaciones y de las comunicaciones de las partes y los terceros.
13. Cada parte facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) tres días hábiles antes del primer día de la reunión con el Grupo Especial.

-
14. La solicitud de interpretación a un idioma de trabajo de la OMC formulada por cualquiera de las partes deberá presentarse al Grupo Especial lo antes posible, preferiblemente en la etapa de organización, para que haya tiempo suficiente de asegurar la disponibilidad de intérpretes.
15. La reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes se desarrollará como sigue:
- a. El Grupo Especial invitará a Malasia a formular una declaración inicial a fin de que presente sus argumentos en primer lugar. A continuación, el Grupo Especial invitará a la Unión Europea a que exponga su opinión. Antes de tomar la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración. Si se requiere interpretación, cada parte facilitará copias adicionales para los intérpretes antes de hacer uso de la palabra.
 - b. Cada parte deberá evitar la reiteración extensa de los argumentos incluidos en sus comunicaciones. Se invita a las partes a que limiten la duración de su declaración inicial a 45 minutos como máximo. Si cualquiera de las partes considera que necesita más tiempo para su declaración inicial, deberá informar al Grupo Especial y a la otra parte al menos tres días hábiles antes de la reunión y dar una estimación de la duración prevista de su declaración. El Grupo Especial dará el mismo tiempo a la otra parte.
 - c. Una vez concluidas las declaraciones iniciales, el Grupo Especial dará a cada parte la oportunidad de hacer observaciones o formular preguntas a la otra parte a través del Grupo Especial.
 - d. Seguidamente el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes.
 - e. Una vez finalizadas las preguntas, el Grupo Especial concederá a cada parte la oportunidad de formular una breve declaración final, que la Unión Europea formulará en primer lugar. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración final si dispone de ella.
 - f. Después de la reunión:
 - i. Cada parte presentará una versión escrita definitiva de su declaración inicial a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) del primer día hábil posterior a la reunión. Al mismo tiempo, cada parte deberá presentar también una versión escrita definitiva de cualquier declaración final preparada que haya formulado en la reunión.
 - ii. Cada parte enviará por escrito, en el plazo que determine el Grupo Especial antes del final de la reunión, cualesquiera preguntas a la otra parte respecto de las que desee recibir una respuesta escrita.
 - iii. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine antes del final de la reunión, cualesquiera preguntas a las partes respecto de las que desee recibir una respuesta escrita.
 - iv. Cada parte responderá por escrito a las preguntas del Grupo Especial, y a las que formule la otra parte, en el plazo que determine el Grupo Especial antes del final de la reunión.
17. El Grupo Especial se reserva el derecho de adoptar procedimientos de trabajo adicionales por los que se rijan las reuniones sustantivas con participación a distancia, según sea necesario.

Sesión destinada a los terceros

18. Cada tercero podrá exponer oralmente sus opiniones durante una sesión de la reunión sustantiva con las partes reservada a tal efecto.
19. Cada tercero indicará al Grupo Especial si tiene intención de hacer una declaración durante la sesión destinada a los terceros, junto con la lista de los miembros de su delegación, con antelación a esta sesión y a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) tres días hábiles antes de la sesión destinada a los terceros de la reunión con el Grupo Especial.

20. 1) Cada tercero tiene derecho a determinar la composición de su propia delegación en la reunión con el Grupo Especial.
- 2) Cada tercero será responsable de todos los miembros de su delegación y se asegurará de que cada uno de ellos actúe de conformidad con el ESD y con el presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta a la confidencialidad de las actuaciones y de las comunicaciones de las partes y los terceros.
21. La solicitud de interpretación a un idioma de trabajo de la OMC formulada por cualquiera de los terceros deberá presentarse al Grupo Especial lo antes posible, preferiblemente al recibir el Procedimiento de trabajo y el calendario de las actuaciones, para que haya tiempo suficiente de asegurar la disponibilidad de intérpretes.
22. La sesión destinada a los terceros se desarrollará como sigue:
- a. Las partes y los terceros podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión.
 - b. El Grupo Especial escuchará en primer lugar las declaraciones de los terceros, que intervendrán por orden alfabético. Cada tercero que formule una declaración en la sesión destinada a los terceros facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes una versión escrita provisional de su declaración antes de hacer uso de la palabra. Si se requiere interpretación de la declaración de un tercero, dicho tercero facilitará copias adicionales para los intérpretes antes de hacer uso de la palabra.
 - c. Cada tercero deberá limitar la duración de su declaración de conformidad con las instrucciones del Grupo Especial y evitar la reiteración de los argumentos ya incluidos en su comunicación. Si un tercero considera que necesita más tiempo para su declaración inicial, deberá informar al Grupo Especial y a las partes al menos siete días antes de la reunión y dar una estimación de la duración prevista de su declaración. El Grupo Especial dará a todos los terceros el mismo tiempo para sus declaraciones.
 - d. Después de que los terceros hayan formulado sus declaraciones, se dará a las partes la oportunidad de formular preguntas a los terceros, a través del Grupo Especial, para aclarar cualquier cuestión planteada en las comunicaciones o declaraciones orales de los terceros.
 - e. A continuación, el Grupo Especial podrá formular preguntas a los terceros.
 - f. Después de la sesión destinada a los terceros:
 - i. Cada tercero presentará la versión escrita definitiva de su declaración a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) del primer día hábil posterior a la reunión.
 - ii. Cada parte podrá enviar por escrito, en el plazo que determine el Grupo Especial antes del final de la reunión, cualesquiera preguntas a uno o varios terceros respecto de las que desee recibir una respuesta escrita.
 - iii. El Grupo Especial podrá enviar por escrito, en el plazo que determine antes del final de la reunión, cualesquiera preguntas a uno o varios terceros respecto de las que desee recibir una respuesta escrita.
 - iv. Cada tercero que decida hacerlo responderá por escrito a las preguntas formuladas por escrito por el Grupo Especial o una parte, en el plazo que determine el Grupo Especial antes del final de la reunión.
23. El Grupo Especial se reserva el derecho de adoptar procedimientos de trabajo adicionales por los que se rijan las sesiones destinadas a los terceros con participación a distancia, según sea necesario.

Parte expositiva y resúmenes

24. La exposición de los argumentos de las partes y los terceros en la parte expositiva del informe del Grupo Especial estará constituida por resúmenes facilitados por las partes y los terceros, que se adjuntarán como adiciones al informe. Esos resúmenes no se utilizarán de ningún modo en sustitución de las comunicaciones de las partes y los terceros en el examen del asunto por el Grupo Especial.
25. Cada parte presentará un único resumen integrado de los hechos y argumentos que haya presentado al Grupo Especial en sus comunicaciones escritas y declaraciones orales, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.
26. El resumen integrado no excederá de 30 páginas.
27. Cada tercero que haya presentado argumentos (ya sea por escrito o en la sesión destinada a los terceros) presentará un resumen integrado de los argumentos formulados en su comunicación escrita y en su declaración de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Este resumen integrado podrá incluir también, si procede, un resumen de las respuestas a las preguntas. El resumen que facilite cada tercero no excederá de seis páginas. Si la comunicación y la declaración oral de un tercero no exceden de seis páginas en total, servirán como resumen de sus argumentos. Si la comunicación y la declaración de un tercero exceden de seis páginas en total, el tercero indicará si su comunicación o su declaración deben servir de resumen. Si el tercero indica que no desea que la comunicación o la declaración oral, o las dos, sirvan como resumen, presentará un resumen integrado separado.
28. El Grupo Especial podrá pedir a las partes y terceros que faciliten resúmenes de los hechos y argumentos que le hayan expuesto en cualesquiera otras comunicaciones.

Reexamen intermedio

29. Una vez emitido el informe provisional, cada parte podrá presentar una petición escrita de que se reexaminen aspectos concretos del informe provisional y solicitar una nueva reunión con el Grupo Especial, de conformidad con el calendario adoptado por este. Se hará uso del derecho a solicitar dicha reunión a más tardar en el momento en que se presente la petición escrita de reexamen.
30. Si no se solicita una nueva reunión con el Grupo Especial, cada parte podrá presentar observaciones escritas sobre la petición escrita de reexamen de la otra parte. Esas observaciones escritas se limitarán a la petición escrita de reexamen de la otra parte y se presentarán de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.

Informe provisional y definitivo

31. El informe provisional, y el informe definitivo antes de su distribución oficial, tendrán carácter estrictamente confidencial y no se divulgarán.

Notificación de documentos

32. Se aplicarán los siguientes procedimientos respecto de la notificación de todos los documentos que presenten las partes y los terceros durante las actuaciones:
 - a. Cada parte y cada tercero presentarán todos los documentos al Grupo Especial mediante la Aplicación de Registro de Diferencias en Línea (DORA) <https://dora.wto.org> a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de las fechas límites fijadas por el Grupo Especial. La versión electrónica que se cargue en DORA constituirá la versión oficial a los efectos de los plazos de presentación y el expediente de la diferencia. La carga de un documento en DORA constituirá también la notificación electrónica por lo que respecta al Grupo Especial, la otra parte y los terceros. Cada parte facilitará directamente a los terceros los documentos que presente antes de la reunión sustantiva con el Grupo Especial. Para mayor claridad, esto incluye, de conformidad con el párrafo 3 1) del presente Procedimiento de trabajo, los escritos de réplica de las partes.

-
- b. A más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) del día hábil siguiente a la presentación electrónica, cada parte y cada tercero entregarán una copia impresa de todos los documentos que presenten al Grupo Especial, incluidas las pruebas documentales, en el Registro de Solución de Diferencias (despacho Nº 2047) para el archivo del Registro. El Registro de Solución de Diferencias pondrá un sello en los documentos con la fecha y hora de entrega de la copia impresa. Si una prueba documental tiene un formato que hace inviable su entrega como copia impresa, la parte de que se trate podrá entregarla en formato electrónico (por correo electrónico o en un CD-ROM, un DVD o una llave USB). En este caso, la portada de la prueba documental deberá indicar que la prueba solo está disponible en formato electrónico. En caso de que, por cualquier motivo, el despacho del Registro de Solución de Diferencias no esté disponible para la notificación de copias impresas, se entenderá por "día hábil siguiente" el día que el Grupo Especial determine para esa entrega una vez que se haya reanudado la actividad normal.
- c. El Grupo Especial facilitará a las partes, mediante DORA, la parte expositiva del informe, el informe provisional y el informe definitivo, así como todos los demás documentos o comunicaciones emitidos por el Grupo Especial durante las actuaciones.
- d. Si las partes o terceros tienen dudas o dificultades técnicas en relación con DORA, se los invita a ponerse en contacto con el Registro de Solución de Diferencias (DSRegistry@wto.org).
- e. Si una parte o un tercero no puede cargar estos documentos en DORA antes de la hora límite de las 17 h debido a dificultades técnicas, la parte o el tercero afectado lo comunicará al Registro de Solución de Diferencias (DSRegistry@wto.org) sin demora, y facilitará una versión electrónica de todos los documentos que deban presentarse al Grupo Especial por correo electrónico, incluidas las pruebas documentales. El correo electrónico se dirigirá a DSRegistry@wto.org, al Secretario del Grupo Especial y a la otra parte y, cuando proceda, a los terceros. Los documentos enviados por correo electrónico se presentarán a más tardar a las 17.30 h de la fecha límite fijada por el Grupo Especial. Si el tamaño del archivo de determinadas pruebas documentales impide que estas se transmitan por correo electrónico, o si, debido al número de pruebas que se presenten sería necesario enviar más de cinco mensajes de correo electrónico para poder transmitir la totalidad de ellas por ese medio, las pruebas documentales concretas almacenadas en archivos de gran tamaño o las que no puedan adjuntarse a los cinco primeros mensajes de correo electrónico se presentarán al Registro de Solución de Diferencias (despacho Nº 2047) y se facilitarán a la otra parte y, cuando proceda, a los terceros, a más tardar a las 9.30 h del día hábil siguiente en un medio electrónico que sea aceptable para el receptor. En ese caso, la parte o el tercero de que se trate enviará una notificación por correo electrónico al Registro de Solución de Diferencias, con copia al Secretario del Grupo Especial, a la otra parte y a los terceros, según proceda, e indicará los números de las pruebas documentales que no puedan remitirse por correo electrónico.
- f. Si una parte o un tercero no puede acceder a un documento presentado a través de DORA debido a dificultades técnicas, informará del problema por correo electrónico sin demora y, en cualquier caso, a más tardar a las 17 h del día hábil siguiente a la fecha límite para la presentación del documento, al Encargado del Registro de Solución de Diferencias, al Secretario del Grupo Especial y a la parte o tercero que haya presentado el documento y, en lo posible, especificará el o los documentos pertinentes. El Encargado del Registro de Solución de Diferencias procurará hallar sin demora una solución al problema técnico. Mientras tanto, una vez que se le comunique el problema, la parte o el tercero que haya presentado el o los documentos facilitará con prontitud, por correo electrónico, una versión electrónica de los documentos pertinentes a la parte o el tercero afectados, con copia al Registro de Solución de Diferencias (DSRegistry@wto.org) y al Secretario del Grupo Especial, para permitir el acceso a los documentos mientras se resuelve el problema técnico. El Encargado del Registro de Solución de Diferencias podrá facilitar una versión electrónica del documento o los documentos pertinentes, por correo electrónico, si la parte o el tercero afectados lo solicitan. En ese caso, el Encargado del Registro de Solución de Diferencias enviará el

mensaje de correo electrónico con copia a la parte o al tercero que haya presentado el o los documentos.

Corrección de errores materiales en las comunicaciones

33. El Grupo Especial podrá autorizar a una parte o un tercero a corregir los errores materiales de cualquiera de sus comunicaciones (con inclusión de la numeración de los párrafos y erratas). Toda solicitud a tal efecto deberá indicar la naturaleza de los errores que hayan de corregirse y deberá formularse rápidamente tras la presentación de la comunicación en cuestión.
-

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de los argumentos de Malasia	13
Anexo B-2	Resumen integrado de los argumentos de la Unión Europea	46

ANEXO B-1**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE MALASIA****INTRODUCCIÓN**

1. Malasia impugna determinadas medidas introducidas por la Unión Europea (UE) en relación con los biocombustibles, en particular las relativas a la determinación del aceite de palma como materia prima de biocombustibles con riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra (CIUT), una medida establecida por Francia referente a una exención fiscal que no se aplica al aceite de palma utilizado como materia prima de biocombustibles, y las medidas adoptadas por Lituania para aplicar las medidas de la UE relativas a los biocombustibles convencionales y el riesgo de CIUT.
2. Malasia es el segundo mayor productor de aceite de palma del mundo. En 2020, Malasia produjo alrededor de 19,14 millones de toneladas métricas de aceite de palma en bruto, que representaron el 26% de la producción mundial de aceite de palma (73,79 millones de toneladas)¹ y el 34% de las exportaciones mundiales de aceite de palma. Ese año, Malasia exportó cerca de 1,94 millones de toneladas métricas de aceite de palma a la UE. La rama de producción de aceite de palma de Malasia emplea indirectamente a más de 3 millones de personas y aproximadamente el 28% de toda la superficie de cultivo de palma de aceite de Malasia pertenece a pequeños agricultores o es cultivada por ellos; estos agricultores se han beneficiado enormemente del cultivo de la palma de aceite.² La producción y las exportaciones de aceite de palma han sido factores importantes en la capacidad de Malasia para reducir el nivel de pobreza del 50% que se registraba en la década de 1970 a menos del 5% en la actualidad.
3. Como uno de los mayores productores y exportadores de aceite de palma y productos derivados del aceite de palma, Malasia reconoce que tiene un papel importante que desempeñar para satisfacer la creciente necesidad mundial de aceites y grasas de una manera sostenible. Malasia es un productor responsable de aceite de palma y desde hace tiempo desempeña un papel de liderazgo mundial en el establecimiento de una corriente continua de innovaciones en el cultivo de palma de aceite y la elaboración de aceite de palma con el fin de hacer que la producción de aceite de palma sea más sostenible e inocua para el medio ambiente. Al 31 de diciembre de 2020, casi el 90% del cultivo total de palma de aceite de Malasia y alrededor del 95% de los molinos de aceite de palma de Malasia habían obtenido la certificación del Aceite de Palma Sostenible de Malasia. Desde el 1 de enero de 2020, esta certificación es obligatoria en Malasia.
4. Como parte de las iniciativas emprendidas para mitigar los riesgos ambientales que plantea el uso generalizado de combustibles fósiles, desde 2009 la UE y sus Estados miembros han adoptado una política orientada a promover el uso de biocombustibles mediante el establecimiento de objetivos nacionales en materia de uso de energías renovables en diversos sectores, incluido el sector del transporte. Esta política ha dado lugar a un rápido aumento del consumo de biocombustibles en la UE, que se producen principalmente a partir de cultivos alimentarios y forrajeros, incluido el aceite de palma.
5. En la versión más reciente de la Directiva sobre fuentes de energía renovables, y en su correspondiente aplicación por los Estados miembros de la UE, hay elementos que Malasia considera incompatibles con las obligaciones que corresponden a la UE y a determinados Estados miembros de la UE en el marco de la OMC. En el centro de estas preocupaciones está la determinación de la UE de que solo el aceite de palma entraña un riesgo elevado de CIUT. Sobre esa base, la UE ha determinado que la proporción de biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite y de aceite de palma como materia prima de biocombustibles, a menos que estén certificados como biocombustibles con bajo riesgo de CIUT, no superará el

¹ Oil World, N° 6, volumen 64, página 77.

² "Oil Palm Planted Areas 2020", Junta del Aceite de Palma de Malasia, consultado en https://bepi.mpob.gov.my/images/area/2020/Area_summary.pdf.

nivel de consumo de dichos combustibles en cada Estado miembro de la UE en 2019 y, entre 2023 y 2030, se irá reduciendo gradualmente hasta alcanzar el 0%.

MEDIDAS EN LITIGIO

A. Medidas de la UE impugnadas

6. La *Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables* (DFER II) establece un nuevo objetivo vinculante de la UE de una cuota de al menos un 32% de energías renovables en el consumo final bruto de energía de la UE para 2030, con la finalidad de "conseguir importantes reducciones de las emisiones de GEI y minimizar los impactos ambientales no deseados".³ Los Estados miembros de la UE estaban obligados a transponer este marco de política general para las energías renovables a más tardar el 30 de junio de 2021.⁴ Malasia no impugna la compatibilidad con las normas de la OMC de la DFER II en su totalidad, ni la red de reglamentación que la UE denomina el "régimen de biocarburantes de la UE". Antes bien, Malasia impugna determinadas medidas concretas adoptadas por la UE en el marco de ese "régimen" que, conjunta y separadamente, sirven para eliminar el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite del mercado de biocombustibles de la UE.
7. La DFER II impone un límite al consumo de biocombustible en el sector del transporte, que los Estados miembros de la UE pueden tener en cuenta en su cálculo de la cuota de energía procedente de fuentes renovables y, en definitiva, al evaluar si logran su objetivo en materia de energías renovables. La cantidad de biocombustibles que puede obtenerse a partir de cultivos alimentarios y forrajeros se fija en el 7% (o un porcentaje inferior) del consumo total de energía en el sector del transporte (en adelante "límite del 7%"). Para el sector del transporte, la DFER II establece un objetivo general de lograr que el 14% de su consumo de energía proceda de fuentes renovables a más tardar en 2030.
8. Después del 1 de enero de 2021, la cuota de energía procedente de fuentes renovables de los Estados miembros de la UE no podrá ser inferior a determinados umbrales especificados. Los umbrales se basan en el cálculo de la suma: i) del consumo final bruto de electricidad procedente de fuentes renovables; ii) del consumo final bruto de energía procedente de fuentes renovables en el sector de calefacción y refrigeración; y (en la parte pertinente) iii) del consumo final de energía procedente de fuentes renovables en el sector del transporte.
9. El *Reglamento Delegado (UE) 2019/807 de 13 de marzo de 2019 por el que se completa la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la determinación de las materias primas con riesgo elevado de provocar un cambio indirecto del uso de la tierra de cuya superficie de producción se observa una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono y la certificación de los biocarburantes, los biolíquidos y los combustibles de biomasa con bajo riesgo de provocar un cambio indirecto del uso de la tierra* complementa la DFER II estableciendo los criterios para determinar las materias primas con riesgo elevado de CIUT, es decir, las materias primas de cuya superficie de producción se observa una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono, así como para certificar los biocombustibles, biolíquidos o combustibles de biomasa con bajo riesgo de CIUT. La supuesta "base científica" de esos criterios figura en un informe de situación que lo acompaña.
10. Al calcular el consumo final bruto de energía procedente de fuentes renovables de un Estado miembro de la UE, la proporción de biocombustibles, biolíquidos o combustibles de biomasa asociados con un riesgo elevado de CIUT debe ser inferior al nivel de consumo de dichos combustibles en ese Estado miembro de la UE en 2019 (a menos que estén certificados como combustibles "con bajo riesgo de CIUT"). La proporción de esos biocombustibles, biolíquidos o combustibles de biomasa "con riesgo elevado de CIUT" no puede superar el nivel de consumo de esos combustibles en un determinado Estado miembro de la UE en 2019 (en adelante "límite máximo por riesgo elevado de CIUT"), a menos que estén certificados como biocombustibles, biolíquidos o combustibles de biomasa "con bajo riesgo de CIUT". La DFER II

³ Artículo 3, apartado 1, y considerando 8 del preámbulo de la DFER II.

⁴ Artículo 36, apartado 1, de la DFER II.

establece que "[d]el 31 de diciembre de 2023 hasta el 31 de diciembre de 2030 a más tardar, ese límite se irá reduciendo gradualmente hasta alcanzar el 0%" (en adelante "eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT").

11. La certificación de los biocombustibles, biolíquidos o combustibles de biomasa como combustibles con bajo riesgo de CIUT (en adelante "certificación de bajo riesgo de CIUT") prevista en el artículo 4 del Reglamento Delegado es teóricamente posible si se cumplen todos los criterios pertinentes, a saber: i) que esos productos cumplan los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) establecidos en el artículo 29 de la DFER II; ii) que esos productos se hayan producido a partir de materias primas adicionales obtenidas mediante medidas de adicionalidad que cumplan los criterios específicos establecidos en el artículo 5 del Reglamento Delegado; y iii) que los operadores económicos pertinentes hayan recopilado debidamente y documentado con exhaustividad las pruebas necesarias para identificar las materias primas adicionales y fundamentar las declaraciones relativas a la producción de materias primas adicionales.
12. Las condiciones enunciadas en los artículos 4 y 5 del Reglamento Delegado parecen haber sido diseñadas de una manera que excluye efectivamente los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite del mercado de la UE.
13. Como resultado de las medidas de la UE, la demanda de biocombustibles se desplazará inevitablemente hacia los combustibles que puedan ser tenidos en cuenta con el fin de cumplir los objetivos de la UE en materia de energías renovables y que se beneficien de las medidas de apoyo de los Estados miembros de la UE.

B. Medidas impugnadas de determinados Estados miembros de la UE

14. Los Estados miembros de la UE deben transponer a la legislación nacional los objetivos de política establecidos en las Directivas sobre fuentes de energía renovables de la UE, y la DFER II prevé que los Estados miembros de la UE alcancen los objetivos en materia de energías renovables con la ayuda de diversos sistemas de apoyo, con inclusión de devoluciones de impuestos, exenciones fiscales o desgravaciones fiscales. En este contexto, Malasia impugna una medida establecida por Francia referente a una exención fiscal que no se aplica al aceite de palma utilizado como materia prima de biocombustibles, así como las medidas adoptadas por Lituania para aplicar las medidas de la UE relativas al riesgo de CIUT.

1. Medidas de Francia

15. Con el fin de promover el consumo de biocombustibles, Francia ha recurrido a la concesión de incentivos fiscales aplicando un mecanismo de reducción del impuesto sobre el combustible basado en la cantidad de biocombustible admisible incorporada en la combinación energética mediante el impuesto incentivo relacionado con la incorporación de biocombustibles (*taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants*, TIRIB) (la "reducción del impuesto sobre el combustible de Francia"). El objetivo del TIRIB es aumentar al máximo la tasa de incorporación de biocombustibles en la producción de combustibles y promover la inclusión de biocombustibles admisibles en la gasolina y el diésel despachados para consumo en Francia. La característica distintiva del impuesto es la exclusión de los biocombustibles basados en aceite de palma a partir de 2020. En la práctica, ningún operador económico racional que despache combustible que contenga energía renovable incorporará biocombustibles "no admisibles" en la combinación energética en circunstancias en que existe otra alternativa comercialmente atractiva.

2. Medidas de Lituania

16. Como Estado miembro de la UE, Lituania está obligada a transponer las Directivas de la UE a la legislación nacional. Habida cuenta de las disposiciones de la DFER II y del Reglamento Delegado, Lituania ha modificado su ley relativa a las energías renovables para transponer las normas de la UE sobre el CIUT.
17. Malasia sostiene que, de constatare que las medidas de la UE en litigio son incompatibles con los compromisos pertinentes de la UE en el marco de la OMC, también tendría que constatar que las normas de Lituania de transposición de los elementos pertinentes de la DFER II son incompatibles con los compromisos pertinentes de Lituania en el marco de la OMC.

ALEGACIONES FORMULADAS AL AMPARO DEL ACUERDO OTC CON RESPECTO A LAS MEDIDAS DE LA UE**A. Introducción**

18. Malasia alega que las medidas en litigio incumplen las obligaciones que corresponden a la UE en virtud del Acuerdo OTC y, en particular, las obligaciones que le corresponden en virtud de los artículos 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9, 5.1.1, 5.1.2, 5.2, 5.6, 5.8, 12.1 y 12.3 de dicho Acuerdo.

B. *El límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son reglamentos técnicos en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC*

19. Malasia sostiene que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, establecidos en el artículo 26 de la DFER II y/o el Reglamento Delegado, son reglamentos técnicos en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC.
20. Basándose en esa definición, el Órgano de Apelación desarrolló un triple criterio para determinar si una medida es un "reglamento técnico" a tenor del Acuerdo OTC. Con arreglo a este criterio, una medida es un reglamento técnico cuando:
- i) se aplica a un producto o grupo de productos identificable;
 - ii) establece una o más características del producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados; y
 - iii) la observancia de las características del producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados es obligatoria.
21. Para que una medida sea un "reglamento técnico", ha de "ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable".⁵
22. Malasia sostiene que las medidas de que se trata cumplen claramente este requisito. El límite del 7% se aplica, según se establece en el artículo 26, apartado 1, de la DFER II, a los "biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa producidos a partir de cultivos alimentarios y forrajeros". El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT se aplican, según lo dispuesto en el artículo 26, apartado 2, de la DFER II, al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, que se considera un "biocombustible con riesgo elevado de CIUT". Tanto los "biocombustibles, biolíquidos y combustibles de biomasa producidos a partir de cultivos alimentarios y forrajeros" como el "biocombustible basado en cultivos de palma de aceite con riesgo elevado de CIUT" son un producto o grupo de productos identificable.
23. Además de su aplicabilidad a un producto o grupo de productos identificable, el Anexo 1.1 también dispone que esa medida debe ser una medida que "estable[zca] las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados".
24. Se ha interpretado que la expresión "características de un producto" en el sentido del Anexo 1.1 abarca las "'calidades', 'atributos', 'peculiaridades' u otras 'marcas distintivas' de un producto que sean objetivamente definibles" y se refiere a "la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto", y que las características de un producto pueden prescribirse o imponerse de forma afirmativa o negativa.⁶
25. La primera frase del artículo 26, apartado 1, de la DFER II, que establece el límite del 7%, dispone explícitamente que los productos comprendidos en su ámbito de aplicación son los biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa consumidos en el transporte, "cuando se produzcan a partir de cultivos alimentarios y forrajeros". Dado que el artículo 26, apartado 1, de la DFER II prevé el contenido de los biocombustibles, biolíquidos y combustibles

⁵ Informe del Órgano de Apelación, CE - Amianto, párrafo 70.

⁶ *Ibid.*, párrafos 67 y 69.

de biomasa, Malasia sostiene que el límite del 7% estipula la composición de los productos a los que se aplica. Al hacerlo, el límite del 7% establece una característica de los productos en el sentido del Anexo 1.1.

26. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT especifican, en la primera frase del artículo 26, apartado 2, de la DFER II, los productos comprendidos en su ámbito de aplicación como:

"biocarburantes, biolíquidos o combustibles de biomasa con riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra, producidos a partir de cultivos alimentarios y forrajeros para los que se observe una expansión significativa de la superficie de producción en tierras con elevadas reservas de carbono [...] a menos que estén certificados como biocarburantes, biolíquidos o combustibles de biomasa con bajo riesgo de cambio indirecto del uso de la tierra [...]".
27. Así pues, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT estipulan la composición de los productos a los que se aplican. Al hacerlo, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT establecen una característica de los productos en el sentido del Anexo 1.1.
28. Por último, para que una medida sea un reglamento técnico, el Anexo 1.1 exige que la observancia de esa medida sea obligatoria.
29. Aunque los biocombustibles, biolíquidos y combustibles de biomasa producidos a partir de cultivos alimentarios y forrajeros y los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos con riesgo elevado de CIUT pueden técnicamente seguir comercializándose en la UE, las medidas en litigio afectan en cambio al grado en que esos productos pueden tenerse en cuenta en el cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables. Como aclaró el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, la cuestión de si un producto puede o no comercializarse cuando no cumple las prescripciones de la medida en litigio no determina si la observancia es "obligatoria" o no, ni por tanto si debe considerarse que la medida es un reglamento técnico o una norma. Esa determinación debe hacerse teniendo en cuenta las características de dicha medida y las circunstancias del caso en cuestión. Malasia aduce que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT tienen carácter obligatorio y, por lo tanto, son reglamentos técnicos. Forman parte integrante de la legislación de la UE; prescriben una determinada conducta; y establecen prescripciones específicas que constituyen la única forma de abordar una cuestión concreta.
30. El artículo 26, apartado 1, de la DFER II dispone que:

"la proporción de biocarburantes y biolíquidos, así como de combustibles de biomasa ... no será más de 1 punto porcentual superior a la cuota de dichos combustibles sobre el consumo final de energía en los sectores del transporte por ferrocarril y por carretera en 2020 en dicho Estado miembro, con un máximo del 7% ..." (sin resalte en el original).
31. El límite del 7% está expresado claramente en términos imperativos. Asimismo, el límite del 7% prescribe una determinada conducta y establece una prescripción específica que constituye la única forma de abordar una cuestión concreta, a saber, que se tenga en cuenta para alcanzar los objetivos de la UE en materia de energías renovables.
32. Con respecto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la primera frase del artículo 26, apartado 2, de la DFER II establece que:

"la proporción de biocarburantes, biolíquidos o combustibles de biomasa con riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra ... no superará el nivel de consumo de dichos combustibles en ese Estado miembro en 2019 ..." (sin resalte en el original).
33. La segunda frase del artículo 26, apartado 2, de la DFER II dispone, con respecto a la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, que el límite a que se hace referencia en la primera frase del artículo 26, apartado 2, "se irá reduciendo gradualmente hasta alcanzar el 0%". Por consiguiente, tanto el límite máximo por riesgo elevado de CIUT como la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT tienen carácter obligatorio.

34. Por lo tanto, sobre la base del diseño, la estructura y el funcionamiento generales del límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, las medidas en litigio son obligatorias. Estas medidas se establecen en el artículo 26 de la DFER II y el Reglamento Delegado, que prescriben normas "de forma vinculante o imperativa"⁷ y cuya observancia es obligatoria.
35. Cabe destacar que la DFER II y el Reglamento Delegado son actos jurídicos vinculantes de la UE. De conformidad con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el reglamento tiene un "alcance general" y es "obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro"; mientras que la directiva "obliga[] al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse" y "deja[] ... a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". Así pues, los reglamentos son directamente aplicables y jurídicamente válidos en los Estados miembros de la UE sin necesidad de aplicación. Aunque las directivas no son directamente aplicables, son obligatorias "en cuanto al resultado que deba conseguirse", y los Estados miembros de la UE están obligados a transponerlas a la legislación nacional dentro del plazo establecido.
36. En vista de lo que antecede, Malasia sostiene que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, establecidos en el artículo 26 de la DFER II y/o el Reglamento Delegado, son reglamentos técnicos en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC.

C. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con las obligaciones de trato nacional y trato NMF establecidas en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC

37. En el artículo 2.1 del Acuerdo OTC se establece una triple prueba de la compatibilidad con las obligaciones de trato nacional y trato NMF establecidas en esta disposición. A los efectos de su alegación al amparo del artículo 2.1, Malasia sostiene que:
- i) las medidas en litigio son "reglamentos técnicos" en el sentido del Anexo 1.1;
 - ii) los productos en cuestión son "productos similares", es decir, el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite es "similar" al biocombustible basado en otros cultivos oleaginosos, como el biocombustible producido a partir de aceite de colza o aceite de soja; y
 - iii) el trato dado al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite de Malasia importado en la UE es menos favorable que el otorgado a los "productos similares" nacionales y a los "productos similares" importados en la UE procedentes de otros países.
38. Con respecto al primer elemento, Malasia ha concluido *supra* que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son reglamentos técnicos.
39. El segundo elemento de la prueba del artículo 2.1 exige una evaluación para determinar si los productos de que se trata son "productos similares". La cuestión de si los productos de que se trata son "similares" debe evaluarse objetivamente sobre la base de *la naturaleza y medida* de la relación de competencia entre los productos en el mercado del Miembro regulador.⁸ Por consiguiente, la existencia de "una relación de competencia *suficientemente estrecha*" es un indicador esencial de que los productos en cuestión son similares.⁹
40. A fin de determinar si los productos en cuestión guardaban una relación de competencia auténtica y suficientemente estrecha para ser considerados "similares" en el sentido del artículo 2.1, el planteamiento del Órgano de Apelación consiste, en lo fundamental, en aplicar cuatro criterios generales para analizar la "similitud":

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 68.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 192.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 191.

- i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos;
 - ii) los usos finales de los productos;
 - iii) los gustos y hábitos de los consumidores —también denominados percepciones y conducta de los consumidores— con respecto a los productos; y
 - iv) la clasificación arancelaria de los productos.
41. En lo que concierne a las características físicas, el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite (EMP) y los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos, como el biocombustible producido a partir de aceite de colza (EMC) o el biocombustible producido a partir de aceite de soja (EMS), comparten la misma naturaleza química y características físicas básicas similares.¹⁰
42. Una de las principales propiedades del biodiésel es su funcionamiento a baja temperatura, que normalmente viene determinado por tres parámetros, de los que el punto de obstrucción del filtro en frío (POFF) es considerado el más fiable. El POFF se refiere a "la temperatura a la que el biodiésel se vuelve grasa y no puede utilizarse como combustible".¹¹ El valor del POFF del biodiésel varía en función de las materias primas de cultivos oleaginosos a partir de las cuales se produce. El POFF del biodiésel producido a partir de EMC o EMS es inferior al POFF del biodiésel producido a partir de EMP. Aunque esta diferencia en los valores del POFF guarda relación con las características físicas del biodiésel producido a partir de aceite de palma y el biodiésel producido a partir de aceite de colza o de soja, no afecta significativamente a la relación de competencia entre los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos en el mercado de la UE. Malasia se refiere a la posición adoptada por la Comisión Europea en 2009 en el contexto de una investigación antidumping relativa al biodiésel, y señala que la diferencia en los valores del POFF "[es] una diferencia menor, que puede compensarse fácilmente mezclando diversos tipos de biodiésel o utilizando aditivos" y que "[l]a diferencia de POFF resulta prácticamente irrelevante en la mayoría de las mezclas".¹²
43. En particular, a la luz de los avances tecnológicos de los últimos años, todas las materias primas de biocombustibles de cultivos oleaginosos pueden utilizarse indistintamente para producir aceite vegetal hidrotratado (hidrogenado) (HVO), con un producto final que presenta las mismas propiedades físicas y químicas, con independencia de la materia o materias primas concretas utilizadas para producirlo. El HVO genera los mismos resultados y puede utilizarse en todas las temporadas en los mercados de todos los Estados miembros de la UE, con independencia de la materia o materias primas concretas utilizadas para producirlo. El HVO permite a los productores y mezcladores de biocombustibles decidir las materias primas específicas que se utilizarán únicamente sobre la base de consideraciones relativas a los precios y de la disponibilidad en el mercado. Con respecto a sus características físicas y propiedades químicas, el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite HVO no solo es "similar" a los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos, sino que de hecho es idéntico a cualquier otro biocombustible basado en cultivos oleaginosos HVO.¹³
44. Con respecto a los usos finales de los productos, Malasia señala que el biocombustible producido a partir de EMP y los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos (como EMC y EMS) se suelen mezclar para producir FAME, que a su vez se mezcla con diésel convencional para producir el combustible vendido en la gasolinera. Así pues, los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos tienen el mismo uso final. La proporción de

¹⁰ B.R. Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel" (2008), volumen 22, *Energy & Fuels*, páginas 4301-4306, disponible en <https://pubs.acs.org/doi/10.1021/ef800588x> (consultado el 13 de octubre de 2021); e I. Barabás e I.-A. Todoruț, "Biodiesel Quality, Standards and Properties", en G. Montero, *Biodiesel - Quality, Emissions and By-Products* (IntechOpen, 2011), disponible en <https://www.intechopen.com/chapters/23666> (consultado el 13 de octubre de 2021).

¹¹ Informe del Grupo Especial, *UE - Biodiésel (Indonesia)*, párrafo 7.122.

¹² Reglamento (CE) Nº 193/2009 de la Comisión, de 11 de marzo de 2009, por el que se establece un derecho antidumping sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América, DO 2009 L 67, página 26, apartado 33, letra c), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0193> (consultado el 13 de octubre de 2021).

¹³ *Ibid.*, apartados 156-175.

cada tipo de biocombustible basado en cultivos oleaginosos en el FAME depende del precio, la disponibilidad de suministro y la necesidad de cumplir las normas de calidad pertinentes. Malasia observa que la norma EN 590¹⁴ de la UE para el combustible diésel y la norma EN 14214¹⁵ de la UE para el biodiésel no diferencian entre los distintos tipos de biocombustibles sobre la base de las materias primas a partir de las cuales se producen.

45. En lo que se refiere al uso final del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite HVO, Malasia recuerda que el producto final presenta las mismas propiedades físicas y químicas, con independencia de la materia o materias primas concretas utilizadas para producirlo, y que genera los mismos resultados y puede utilizarse en todas las temporadas en los mercados de todos los Estados miembros de la UE, con independencia de la materia o materias primas concretas utilizadas.
46. En cuanto a las preferencias, percepciones y conducta de los consumidores, Malasia señala que los consumidores de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos son los productores de FAME y HVO. Estos consumidores suelen mezclar diversos tipos de biocombustibles. No tienen una preferencia particular por ninguno de los biocombustibles, que se mezclan para producir FAME. Lo que les importa es el POFF, con independencia de la materia prima utilizada. Por consiguiente, su elección entre los biocombustibles se basa en el precio, la disponibilidad de suministro y la necesidad de cumplir las normas de calidad pertinentes. Estas normas pueden diferir de una temporada a otra y de un país a otro, según las condiciones climatológicas. Dada la diferencia en los valores del POFF, en algunas circunstancias puede resultar más apropiado utilizar algunos biocombustibles basados en cultivos oleaginosos o pueden utilizarse estos combustibles más que otros para cumplir las normas de calidad pertinentes. Sin embargo, los distintos tipos de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos son sumamente sustituibles desde la perspectiva de los consumidores. Con respecto al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite HVO, Malasia señala que el HVO genera los mismos resultados y puede ser utilizado por los consumidores pertinentes, a saber, los mezcladores de biocombustibles y los productores de combustibles, en todas las temporadas en los mercados de todos los Estados miembros de la UE, con independencia de la materia o materias primas concretas utilizadas para producirlo.
47. A la luz de lo anterior, Malasia sostiene que todos los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos son "productos similares" en el sentido del artículo 2.1.
48. El tercer elemento de la prueba de la compatibilidad se refiere a la cuestión de si la medida en litigio da "un trato no menos favorable". En el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación estableció una doble prueba para determinar si un reglamento técnico da "un trato no menos favorable" en el sentido del artículo 2.1. En primer lugar, debe examinarse si la medida en litigio distorsiona las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados por el reclamante. En segundo lugar, en los casos de discriminación *de facto*, debe determinarse si el efecto perjudicial de la medida en litigio deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados.¹⁶
49. Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT distorsionan las condiciones de competencia en el mercado de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos de la UE en detrimento del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado de Malasia, y que el efecto perjudicial de estas medidas no deriva de una distinción reglamentaria legítima. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, establecidos en el artículo 26, apartado 2, de la DFER II, primero limitan y después excluyen *de facto* la posibilidad de que el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite se contabilice a

¹⁴ La norma EN 590 establece los requisitos y métodos de ensayo para el combustible diésel para automóviles.

¹⁵ La norma EN 14214 es la especificación europea del FAME que establece los requisitos y métodos de ensayo para el biodiésel que se emplea en motores diésel. Permite el uso de muchas materias primas y procesos de fabricación diferentes siempre que el producto de FAME acabado cumpla determinadas especificaciones mínimas. Independientemente de la fuente, la composición o el proceso de fabricación del FAME, los productos de FAME comercializados deben cumplir la especificación EN 14214 para fabricar combustible diésel EN 590 y, por lo tanto, tienen el mismo uso final.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 180 y 182.

efectos del cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables. Dado que la principal característica del mercado de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos de la UE es que este mercado no existiría de no ser por los objetivos de la UE en materia de energías renovables (y las medidas de apoyo conexas), estas medidas prácticamente garantizan la eliminación del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite del mercado. Malasia sostiene pues que las medidas en litigio tienen un efecto perjudicial en las condiciones de competencia del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite procedente de Malasia en comparación con las condiciones de competencia de los biocombustibles nacionales de la UE producidos a partir de otros cultivos oleaginosos, así como de los biocombustibles producidos a partir de otros cultivos oleaginosos importados en la UE procedentes de otros países. Por consiguiente, las medidas en litigio son incompatibles tanto con la obligación de trato nacional como con la obligación de trato NMF establecidas en el artículo 2.1.

50. En el presente asunto, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son *de facto* discriminatorios. Por lo tanto, el Grupo Especial debe examinar si el efecto perjudicial de estas medidas en las condiciones de competencia del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Al determinar si es así, el Grupo Especial debe estudiar cuidadosamente el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de estas medidas. En particular, el Grupo Especial debe analizar si las medidas están diseñadas y se aplican de manera imparcial, o si carecen de imparcialidad, por ejemplo por estar diseñadas o aplicarse en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable.
51. Los biocombustibles con riesgo elevado de CIUT, que están sujetos a las medidas en litigio, son los biocombustibles producidos a partir de materias primas de cuya superficie de producción se observa una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono. El artículo 3 del Reglamento Delegado establece dos criterios acumulativos para determinar cuáles son las materias primas con riesgo elevado de CIUT: i) la expansión media anual de la superficie de producción global de las materias primas desde 2008 debe ser superior al 1% y afectar a más de 100.000 hectáreas; y ii) la proporción de dicha expansión a tierras con elevadas reservas de carbono debe ser superior al 10%.
52. El resultado de la aplicación de estos criterios es que solo el aceite de palma, y ningún otro cultivo oleaginoso, se clasifica como materia prima con riesgo elevado de CIUT, y que únicamente el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, y ninguno de los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos, está sujeto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT y a la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT. Sin embargo, Malasia sostiene que la utilización del riesgo elevado de CIUT como distinción reglamentaria es sumamente problemática, ya que es imposible establecer una relación causal entre la producción de cultivos alimentarios y forrajeros para fabricar biocombustible en una ubicación geográfica y la producción de cultivos en otra ubicación geográfica. Además, los modelos de emisiones procedentes del CIUT son demasiado inciertos para obtener una estimación exacta del CIUT. Malasia sostiene pues que el riesgo elevado de CIUT no es una distinción reglamentaria fiable ni apropiada y que, por lo tanto, no es justificable.
53. Malasia sostiene, subsidiariamente, que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, las medidas en litigio, no se aplican de manera imparcial. Según Malasia, la distinción reglamentaria establecida por estas medidas no se adapta al riesgo que tratan de abordar. La mencionada clasificación del resultado de riesgo elevado de CIUT de la aplicación de estos criterios es que solo el aceite de palma, y ningún otro cultivo oleaginoso, se clasifica como materia prima con riesgo elevado de CIUT, y que únicamente el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, y ninguno de los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos, está sujeto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT y a la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT.
54. Malasia también sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT se han diseñado y aplicado en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable. Las medidas en litigio se aplican al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, pero no a los biocombustibles producidos a partir de otros cultivos oleaginosos. Esta discriminación es injustificada y

arbitraria, ya que no existe ninguna relación racional entre la discriminación y el objetivo principal de las medidas en litigio, a saber, evitar emisiones adicionales de GEI.

55. Sobre la base del hecho de que la distinción reglamentaria establecida por las medidas en litigio no se ajusta a los riesgos que estas medidas tratan de abordar, de las graves dudas acerca de la relación racional entre la distinción reglamentaria y el objetivo perseguido por las medidas en litigio, y del hecho de que las medidas en litigio están diseñadas y se aplican en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable, Malasia sostiene que el efecto perjudicial de las medidas en litigio no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, sino que refleja la discriminación del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite procedente de Malasia.

D. El límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT crean obstáculos innecesarios al comercio internacional y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC

56. Malasia sostiene que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con las obligaciones establecidas por el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
57. La jurisprudencia ha concluido que, en esencia, el artículo 2.2 sirve como prueba de la necesidad en el Acuerdo OTC. Trata de alcanzar un equilibrio entre dos objetivos opuestos, a saber, la liberalización del comercio y la persecución de un objetivo de política legítimo por los Miembros de la OMC. La jurisprudencia establecida ha determinado una cuádruple prueba de la compatibilidad con el artículo 2.2. Sobre la base de esta cuádruple prueba, Malasia sostiene lo siguiente:
- i) que las medidas en litigio en la presente diferencia, es decir, el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, son "reglamentos técnicos" en el sentido del Anexo 1.1;
 - ii) que las medidas en litigio "restring[en] el comercio";
 - iii) que cumplen sus objetivos declarados de una manera que es muy difícil, si no imposible, de determinar y que, en cualquier caso, es bastante limitada; y
 - iv) que las medidas en litigio "restringen el comercio más de lo necesario" para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.
58. Con respecto al primer elemento, Malasia ha concluido *supra* que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son reglamentos técnicos.
59. El segundo elemento de la prueba de la compatibilidad con el artículo 2.2 guarda relación con la cuestión de si la medida en litigio "restring[e] el comercio". A este respecto, un grupo especial debe determinar que la medida o medidas en litigio tienen "un efecto limitador en el comercio".¹⁷
60. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT tienen inequívocamente un efecto de restricción, es decir, limitador, en el comercio de los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite, porque estas medidas primero limitan y posteriormente excluyen *de facto* la contabilización del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite en relación con los objetivos de la UE en materia de energías renovables. No hay ninguna demanda de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite que no pueda contabilizarse en relación con los objetivos de la UE en materia de energías renovables. Por lo tanto, Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT "restring[en] el comercio" en el sentido del artículo 2.2.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

-
61. El tercer elemento de la prueba de la compatibilidad con el artículo 2.2 guarda relación con la cuestión de si la medida en litigio alcanza un objetivo legítimo. Esta cuestión plantea varias cuestiones intermedias, tales como: 1) cómo establecer el objetivo o los objetivos perseguidos por la medida en litigio; ii) qué objetivos son "objetivos legítimos" en el sentido del artículo 2.2; iii) cuándo una medida "alcanza" un objetivo legítimo; y iv) cómo establecer si, y hasta qué punto, la medida en cuestión alcanza el objetivo legítimo perseguido.
62. Con respecto a la determinación de un objetivo adecuado, las partes están de acuerdo en que la caracterización que un Miembro haga de los objetivos que persigue a través de la medida no es vinculante para un grupo especial. Asimismo, Malasia está de acuerdo con la evaluación de la UE de que en *Estados Unidos - Atún II (México)* el Órgano de Apelación "aclaró que un grupo especial debe hacer una *evaluación objetiva e independiente* de los objetivos perseguidos por un Miembro".¹⁸ Malasia sostiene que, dado que los objetivos perseguidos son factores fundamentales de un instrumento legislativo, es razonable afirmar que esos objetivos se habrán hecho constar en la norma pertinente. Malasia considera que los objetivos que se enuncian explícitamente en la norma pertinente (lo más habitual es que se haga en el texto de un preámbulo) merecen, por lo tanto, una atenta consideración al evaluar el objetivo o los objetivos verdaderos e inmediatos de una medida.
63. Sobre la base del preámbulo de la DFER II y el Reglamento Delegado, Malasia sostiene que el objetivo principal expreso de las medidas es evitar emisiones de GEI adicionales limitando el cambio directo e indirecto del uso de la tierra.
64. Con respecto a la segunda cuestión intermedia, a saber, qué objetivos son "objetivos legítimos", conviene señalar tanto que en la tercera frase del artículo 2.2 se enumeran explícitamente determinados "objetivos legítimos" (a saber: i) la seguridad nacional; ii) la prevención de prácticas que puedan inducir a error; iii) la protección de la salud y seguridad humanas, y de la vida o la salud animal o vegetal; y iv) la protección del medio ambiente), como que estos objetivos enumerados no constituyen una lista exhaustiva. Obviamente, la evaluación de la legitimidad está estrechamente ligada a cuál o cuáles determine el grupo especial que son los objetivos de la UE.
65. Con respecto a la tercera cuestión intermedia, a saber, cuándo una medida "alcanza" un objetivo legítimo, el Órgano de Apelación ha determinado que "la cuestión de si un reglamento técnico 'alcanza' un objetivo se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo".¹⁹ Ese grado de contribución al logro del objetivo legítimo es de importancia significativa tanto en el "análisis relacional" como en el "análisis comparativo" en el marco del cuarto elemento de la prueba de la compatibilidad.
66. En relación con la última cuestión intermedia, la de cómo establecer si, y en tal caso, hasta qué punto, la medida en litigio alcanza el objetivo legítimo perseguido, el Órgano de Apelación señaló en *Estados Unidos - Atún II (México)* que el grado de cumplimiento del objetivo perseguido (el grado contribución al logro del objetivo) se puede inferir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida.
67. En el presente asunto es extremadamente difícil determinar el alcance de cualquier contribución que se haga al logro del objetivo o los objetivos de las medidas. Gran parte de esta dificultad se deriva del hecho de que el parámetro elegido para determinar el éxito o fracaso de las medidas (es decir, el CIUT) no puede ser observado ni medido y, por lo tanto, es imposible atribuir los riesgos de CIUT exclusivamente al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, procedente, entre otros países, de Malasia. Análogamente, es imposible estimar con precisión la medida en que tienen lugar, si acaso, emisiones de GEI debidas al CIUT, y la medida en que esas emisiones serían reducidas por el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT.
68. El cuarto y último elemento de la prueba de la compatibilidad con el artículo 2.2 guarda relación con la cuestión de si la medida en litigio "no restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía

¹⁸ Primera comunicación escrita de la UE, párrafo 796 (sin resalte en el original).

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 315.

no alcanzarlo. A este respecto, un grupo especial debería empezar por tomar en consideración varios factores, entre los que se incluyen los siguientes: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo o los objetivos que persigue el Miembro a través de la medida.²⁰ Este equilibrio de factores es lo que constituye el "análisis relacional" al que se ha hecho referencia *supra*.

69. El Órgano de Apelación ha puesto de relieve que, en la mayoría de los casos, deberá realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles alternativas. Es decir, además de un "análisis relacional", en la mayoría de los casos también deberá realizarse un "análisis comparativo" para establecer si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario". En el contexto de ese "análisis comparativo", puede ser pertinente considerar, en particular: i) si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio; ii) si haría una contribución equivalente al objetivo o los objetivos legítimos de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos; y iii) si está razonablemente disponible.
70. En cuanto al primer factor que debe considerarse en el análisis relacional en el marco del artículo 2.2, Malasia ha expuesto que las medidas en litigio son muy restrictivas del comercio.
71. Malasia observa que la contribución que hacen las medidas en litigio al objetivo principal resulta significativamente socavada en su eficacia por el hecho de que no hay ninguna certeza de que la expansión de la producción a tierras con elevadas reservas de carbono no continúe, o incluso se acelere, con el fin de ampliar la producción de materias primas distintas del aceite de palma para producir biocombustibles destinados al mercado de la UE. Malasia observa que la contribución que hacen las medidas en litigio al objetivo principal resulta significativamente socavada en su eficacia por el hecho de que no hay ninguna certeza de que la expansión de la producción a tierras con elevadas reservas de carbono no continúe, o incluso se acelere, con el fin de ampliar la producción de materias primas distintas del aceite de palma para la producción de biocombustible destinado al mercado de la UE.
72. En cuanto al tercer factor que debe considerarse en el análisis relacional en el marco del artículo 2.2, a saber, la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo perseguido por la UE a través de las medidas en litigio, Malasia sostiene que los riesgos y la gravedad de las consecuencias que crearía no cumplir el objetivo serían, aunque no insignificantes, más bien limitados. Esto se debe a que las medidas en litigio hacen, en el mejor de los casos, solo una contribución limitada al objetivo principal que persigue la UE y, por lo tanto, los riesgos y consecuencias que crearía no cumplir estas medidas también son limitados.
73. En lo que concierne al "análisis comparativo" en el marco del artículo 2.2 mencionado *supra*, Malasia considera que hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio que están disponibles, y que la UE ya aplica con éxito ejemplos de tales medidas en otros sectores y debería haber empleado tales medidas con respecto a la producción y uso de biocombustibles, biolíquidos o combustibles de biomasa asociados con un riesgo elevado de CIUT en el sector del transporte. Malasia sostiene que estas medidas no serían discriminatorias y serían más eficaces para garantizar que la insuficiencia debida a la reducción progresiva del uso de cultivos oleaginosos con riesgo elevado de CIUT no sea cubierta por otros cultivos que parecen destinados a tener efectos similares o incluso peores en la deforestación y la invasión de tierras con elevadas reservas de carbono, u otras consecuencias ambientales negativas (por ejemplo, un mayor uso de plaguicidas y abonos, una disminución de los rendimientos y/o la necesidad de un aumento de las superficies de cultivo).
74. Como descripción indicativa y no exhaustiva de las medidas alternativas que la UE debería haber considerado y adoptado, pues no corresponde a Malasia, en virtud de la carga de la prueba, acreditar más que eso, son especialmente pertinentes las siguientes medidas:

²⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

-
- i) un régimen de legalidad, como el régimen de aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT) de la UE;
 - ii) el enfoque de la UE aplicado en su iniciativa sobre las actividades libres de deforestación;
 - iii) la certificación por las autoridades públicas, por ejemplo el certificado de captura previsto en el régimen de la UE sobre la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR);
 - iv) la certificación por organizaciones no gubernamentales existentes, por ejemplo la expedida con arreglo a la Certificación Internacional de Sostenibilidad y Carbono (ISCC) y las de la Mesa Redonda sobre Aceite de Palma Sostenible (RSPO) y RSPO-RED;
 - v) contingentes de acceso a los mercados; y
 - vi) prescripciones específicas en materia de importación aplicadas respecto de cada remesa.
75. Sobre la base de las consideraciones precedentes, Malasia sostiene que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con el artículo 2.2.
- E. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT no están basados en las normas internacionales pertinentes y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC***
76. El artículo 2.4 del Acuerdo OTC establece una triple prueba de la compatibilidad. Para determinar si un reglamento técnico es o no compatible con el artículo 2.4, un grupo especial debe examinar:
- i) si existe una norma internacional pertinente (o es inminente su formulación definitiva);
 - ii) si la norma internacional pertinente se "utiliza como base" del reglamento técnico en cuestión; y
 - iii) si la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.
77. En cuanto al primer elemento de la triple prueba de la compatibilidad con el artículo 2.4, a saber, si existe una norma internacional pertinente (o es inminente su formulación definitiva), Malasia sostiene que las normas internacionales pertinentes son:
- i) las normas ISO 14040 e ISO 14044 de la Organización Internacional de Normalización (ISO), por las que se establecen normas internacionales sobre el análisis del ciclo de vida;
 - ii) la norma ISO 14067, que especifica los principios, requisitos y directrices para la cuantificación y la comunicación de la huella de carbono de un producto; y
 - iii) la norma ISO 13065, relativa a los criterios de sostenibilidad para la bioenergía.
78. Las normas de la ISO son "normas internacionales" en el sentido del artículo 2.4.
79. En cuanto a la cuestión de si estas normas internacionales son normas internacionales "pertinentes" en el sentido del artículo 2.4, en el asunto *CE - Sardinias* el grupo especial sostuvo, y el Órgano de Apelación confirmó, que, para ser "pertinente", una norma internacional debe ser "referente o relativ[a] a la cuestión de que se trata", o ser "pertinente" al asunto tratado por el reglamento técnico.

80. Malasia sostiene que las normas de la ISO a las que se ha hecho referencia *supra* son normas internacionales "pertinentes" en el sentido del artículo 2.4. Estas normas de la ISO, y en particular la norma ISO 14067:2018, leída junto con las normas ISO 14040:2016 e ISO 14044:2017, establecen principios, requisitos y directrices para determinar la huella de carbono de los productos, incluido el biocombustible. Como las medidas en litigio son medidas que primero limitan y luego excluyen *de facto* el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite de la contabilización en relación con los objetivos de la UE en materia de energías renovables, esencialmente sobre la base de su huella de carbono, las normas de la ISO para determinar la huella de carbono son "pertinentes" al evaluar la compatibilidad de las medidas en litigio con el artículo 2.4. Además, la norma ISO 13065:2015, que también se basa en la norma ISO 14067:2018, es una norma que se aplica a toda la cadena de suministro y establece "principios, criterios e indicadores para la cadena de suministro de la bioenergía, con el fin de facilitar la evaluación de los aspectos ambientales, sociales y económicos de la sostenibilidad".²¹
81. El segundo elemento de la prueba de la compatibilidad con el artículo 2.4 guarda relación con la cuestión de si la norma internacional pertinente se "utiliza como base" para el reglamento técnico en cuestión. La UE ha convenido en que no utilizó dichas normas como base para los reglamentos técnicos en litigio.²²
82. El tercer y último elemento de la prueba de la compatibilidad con el artículo 2.4 guarda relación con la cuestión de si la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para el logro del objetivo o los objetivos perseguidos. Malasia sostiene que las normas de la ISO a las que se ha hecho referencia *supra* son medios eficaces y apropiados para el logro del objetivo principal de las medidas de la UE en litigio, a saber, evitar emisiones de GEI adicionales limitando el cambio directo e indirecto del uso de la tierra.
83. Sobre la base de las consideraciones precedentes, Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC.
- F. La UE, al elaborar, adoptar o aplicar las medidas en litigio, en particular el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, ha omitido explicar, a petición de Malasia, la justificación de esas medidas a tenor de las disposiciones de los artículos 2.2 a 2.4 del Acuerdo OTC y, por lo tanto, actuó de manera incompatible con el artículo 2.5 del Acuerdo OTC**
84. Para evaluar si un Miembro ha actuado de manera incompatible con el artículo 2.5 del Acuerdo OTC, en particular su primera frase, un grupo especial debe establecer lo siguiente:
- i) si el Miembro "elabor[a], adopt[a] o aplic[a] un reglamento técnico";
 - ii) si este reglamento técnico "pued[e] tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros";
 - iii) si hubo una "petición de otro Miembro" de que se explicara la justificación del reglamento técnico en cuestión a tenor de las disposiciones de los artículos 2.2 a 2.4; y
 - iv) si el Miembro en cuestión omitió "explic[ar] la justificación de [ese reglamento técnico]" a tenor de las disposiciones de los artículos 2.2 a 2.4.
85. Con respecto al primer elemento de la cuádruple prueba de la compatibilidad con la primera frase del artículo 2.5, Malasia sostiene que las medidas de la UE en litigio, a saber, el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, son reglamentos técnicos.

²¹ ISO 13065:2015 (Sustainability criteria for bioenergy), párrafo 1.

²² Véanse las respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, párrafo 721.

86. Con respecto al segundo elemento de la prueba de la compatibilidad con la primera frase del artículo 2.5, Malasia observa que, como sostuvo el grupo especial encargado del asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, basta, con arreglo al artículo 2.5, con que el reglamento técnico en cuestión "pueda tener un efecto significativo en el comercio". Malasia sostiene, como se ha expuesto *supra*, que los reglamentos técnicos en litigio, a saber, el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, no solo "pueden tener" sino que "tienen" un efecto en el comercio de Malasia con la UE. Además, el efecto en el comercio de Malasia, como se ha expuesto *supra*, es claramente "significativo" en el sentido dado a este término en la jurisprudencia de la OMC, a saber, "suficientemente grande o importante para merecer atención; digno de atención" o "importante, notable o que tiene consecuencias".²³
87. Con respecto al tercer elemento de la prueba de la compatibilidad con la primera frase del artículo 2.5, a saber, si hubo una "petición de otro Miembro" de que se explicara la justificación del reglamento técnico en cuestión a tenor de las disposiciones de los artículos 2.2 a 2.4, la UE ya ha convenido en que Malasia hizo esa petición.²⁴
88. Con respecto al cuarto elemento de la prueba de la compatibilidad con la primera frase del artículo 2.5, a saber, si el Miembro en cuestión omitió "explic[ar] la justificación del [reglamento técnico]" a tenor de las disposiciones de los artículos 2.2 a 2.4, Malasia pone de relieve que la primera frase del artículo 2.5 exige del Miembro en cuestión una "justificación del [reglamento técnico]". La mera facilitación de información general sobre el reglamento técnico es insuficiente.
89. Malasia sostiene además que la UE no ha dado ninguna explicación de la justificación de los reglamentos técnicos en litigio a tenor de las obligaciones contraídas en virtud de los artículos 2.2 y 2.4. En respuesta a las repetidas solicitudes de Malasia y otros Miembros de que explicara la justificación de los reglamentos técnicos en litigio, la UE no fue más allá de afirmar que las medidas en litigio no eran reglamentos técnicos.
90. Sobre la base de lo que antecede, Malasia concluye que la UE actuó de manera incompatible con el artículo 2.5 del Acuerdo OTC.

G. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado del CIUT de los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite están basados en un concepto abstracto e infundado de riesgo elevado de CIUT, en lugar de en las propiedades de uso y empleo de esos biocombustibles, y por lo tanto son incompatibles con el artículo 2.8 del Acuerdo OTC

91. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado del CIUT están basados en un concepto abstracto e infundado de riesgo elevado de CIUT, en lugar de en las propiedades de uso y empleo de esos biocombustibles, y por lo tanto son incompatibles con el artículo 2.8 del Acuerdo OTC.
92. Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado del CIUT de los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite están basados en un concepto abstracto e infundado de riesgo elevado de CIUT, en lugar de en las propiedades de uso y empleo de esos biocombustibles, y por lo tanto son incompatibles con el artículo 2.8.
93. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son reglamentos técnicos que determinan qué biocombustibles basados en cultivos oleaginosos pueden contabilizarse en relación con los objetivos de la UE en materia de energías renovables. En virtud de las medidas en litigio primero se limita y en última instancia se excluye *de facto* el biocombustible que tiene un riesgo elevado de CIUT. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT establecen

²³ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1052; y el informe del Grupo Especial, *Corea - Embarcaciones comerciales*, párrafo 7.570 (con respecto al artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC).

²⁴ Respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, párrafo 732.

prescripciones para los productos en función de una característica descriptiva, a saber, el riesgo elevado de CIUT. Además, esta característica descriptiva es un concepto abstracto e infundado para el que no hay base científica. El riesgo elevado de CIUT no guarda relación con las propiedades de uso y empleo del biocombustible.

94. En el contexto de su alegación de incompatibilidad con el artículo 2.4, Malasia sostuvo que hay normas internacionales que establecen principios, criterios y directrices sobre la manera de determinar las propiedades de uso y empleo de un producto, por ejemplo el biocombustible, así como la sostenibilidad de la bioenergía. Estas normas internacionales son las normas de la ISO: ISO 14067:2018, leída junto con las normas ISO 14040:2016 e ISO 14044:2017, y la norma ISO 13065:2015. Para identificar los biocombustibles que no han de contabilizarse en relación con sus objetivos en materia de energías renovables a causa de su impacto ambiental negativo, la UE podía y debía haber basado los reglamentos técnicos en litigio en estas normas de la ISO, lo que le habría permitido especificar las prescripciones para los productos en función de las propiedades de uso y empleo.
95. Si bien el artículo 2.8 establece que "los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas", el artículo 2.8 califica esta obligación con la disposición "[e]n todos los casos en que sea procedente". El grupo especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* sostuvo que debe entenderse que la expresión "en todos los casos en que sea procedente" significa cuando sea "adecuado", "conveniente" e "idóneo" para especificar las prescripciones para los productos en función de las propiedades de uso y empleo. Malasia aduce que, en el presente asunto, es "adecuado", "conveniente" e "idóneo", y por lo tanto "procedente", especificar las prescripciones para el biocombustible en función de las propiedades de uso y empleo, en consonancia con las normas de la ISO a las que se ha hecho referencia *supra*.
96. A la luz de lo que antecede, Malasia concluye que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con el artículo 2.8 porque estas medidas están basadas en prescripciones para los productos establecidas en función de características descriptivas en lugar de en función de las propiedades de uso y empleo.

H. El límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT se adoptaron sin el anuncio y la notificación oportunos que se requieren para estas medidas y sin organizar un proceso adecuado para formular observaciones y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo 2.9 del Acuerdo OTC

97. Malasia sostiene que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con el artículo 2.9.2 y/o 2.9.4 del Acuerdo OTC.
98. Cuando no existe una norma internacional pertinente o cuando un reglamento técnico en proyecto no está en conformidad con una norma internacional pertinente y dicho reglamento técnico puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, el artículo 2.9 impone a los Miembros prescripciones detalladas en materia de transparencia, notificación y celebración de consultas.
99. Malasia sostiene que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con el artículo 2.9.2, porque la UE no notificó los proyectos de la DFER II y el Reglamento Delegado, que establecen las medidas en litigio. Malasia también concluye que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son incompatibles con el artículo 2.9.4, porque la UE no organizó un proceso de formulación de observaciones significativo para el proyecto de Reglamento Delegado.

I. La certificación de bajo riesgo de CIUT es un procedimiento de evaluación de la conformidad en el sentido del Anexo 1.3 del Acuerdo OTC

100. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT, prevista en los artículos 4 a 6 del Reglamento Delegado, es un procedimiento de evaluación de la conformidad en el sentido del Anexo 1.3 del Acuerdo OTC.
101. Malasia no formula una alegación de incompatibilidad del reglamento técnico que es directamente pertinente para el procedimiento de evaluación de la conformidad en litigio. Malasia, siguiendo el texto del Reglamento Delegado y su lógica subyacente, considera que "la exención del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT" es el reglamento técnico que es directamente pertinente para el procedimiento de evaluación de la conformidad en litigio.
102. Además, Malasia alega la existencia de un vínculo indirecto entre el procedimiento de evaluación de la conformidad en litigio, a saber, la certificación de bajo riesgo de CIUT, por un lado, y el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, por otro, para determinar si los biocombustibles, en este caso los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite, cumplen los requisitos para ser eximidos de las limitaciones instituidas por el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT.
103. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT, prevista en los artículos 4 a 6 del Reglamento Delegado, es un procedimiento de evaluación de la conformidad en el sentido del Anexo 1.3 del Acuerdo OTC y, por lo tanto, está sujeta a las disciplinas establecidas en el artículo 5 del Acuerdo OTC.

J. La certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.1.1 del Acuerdo OTC

104. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.1.1 del Acuerdo OTC porque discrimina a los proveedores malasios de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite en comparación con los proveedores de la UE o de otro origen extranjero de biocombustible basado en cultivos oleaginosos producido a partir de materias primas distintas del aceite de palma.
105. El artículo 5.1.1 prevé las obligaciones de trato NMF y trato nacional con respecto a los procedimientos de evaluación de la conformidad.
106. El Grupo Especial encargado del asunto *Rusia - Equipo ferroviario* sostuvo que un Miembro importador actúa de manera incompatible con el artículo 5.1.1 si se establece la existencia de tres elementos:
- i) los proveedores de otro Miembro a los que se ha concedido un acceso menos favorable son proveedores de productos "similares" a los productos de los proveedores nacionales o de los proveedores de cualquier otro país a los que se ha concedido un acceso más favorable;
 - ii) el Miembro importador (mediante la elaboración, adopción o aplicación de un procedimiento de evaluación de la conformidad abarcado) concede acceso a los proveedores de productos procedentes de otro Miembro "en condiciones menos favorables" que las otorgadas a los proveedores de productos nacionales o de productos procedentes de cualquier otro país; y
 - iii) el Miembro importador concede acceso en condiciones menos favorables a los proveedores de productos similares "en una situación comparable".
107. Con respecto al primer elemento de la prueba de compatibilidad con el artículo 5.1.1, Malasia ya ha demostrado que los productos en cuestión, a saber, el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos, son "similares" en el sentido del artículo 2.1. Por consiguiente, también son "similares" en el marco del artículo 5.1.1.

108. Con respecto al segundo elemento de la prueba de compatibilidad con el artículo 5.1.1, Malasia sostiene que las condiciones para acceder a la certificación de bajo riesgo de CIUT concedida por la UE modifican las condiciones de competencia entre los proveedores malasios de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, por una parte, y los proveedores de la UE y los proveedores de otros países de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares, por otra, en detrimento de los proveedores malasios. Esto es así porque, como resultado del artículo 3 del Reglamento Delegado, solo el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite es un biocombustible con riesgo elevado de CIUT y, por lo tanto, está sujeto a la certificación de bajo riesgo de CIUT. Los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares no son biocombustibles con riesgo elevado de CIUT y, por lo tanto, no están sujetos a la certificación de bajo riesgo de CIUT. El hecho de que los proveedores malasios estén sujetos a la certificación de bajo riesgo de CIUT si desean que su biocombustible se contabilice en relación con el cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables, mientras que los proveedores de la UE y otros proveedores de biocombustibles similares no lo están, distorsiona claramente las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores malasios. Al no ser aplicable a los biocombustibles similares de proveedores de la UE y proveedores de otros países, la certificación de bajo riesgo de CIUT concede acceso a la evaluación de la conformidad a los proveedores malasios de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite en condiciones menos favorables.
109. Con respecto al tercer elemento de la prueba de compatibilidad con el artículo 5.1.1, es decir, la determinación de si se concede acceso en condiciones no menos favorables "en una situación comparable", Malasia sostiene que los proveedores malasios de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, por una parte, y los proveedores de la UE y los proveedores de otros países de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares, por otra, están "en una situación comparable". Todos esos proveedores son proveedores de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares. El hecho de que los biocombustibles de los proveedores de la UE y los proveedores de otros países no estén sujetos a la certificación de bajo riesgo de CIUT no significa que los proveedores malasios y de la UE y otros proveedores no estén "en una situación similar". Si así fuera, nunca se constataría que ningún procedimiento de evaluación de la conformidad es incompatible con el artículo 5.1.1.
110. Habida cuenta de lo anterior, Malasia concluye que la certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con las obligaciones de trato NMF y trato nacional plasmadas en el artículo 5.1.1.

K. La certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.1.2 del Acuerdo OTC

111. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.1.2 del Acuerdo OTC porque la UE, al aplicar el procedimiento de evaluación de la conformidad en cuestión, crea obstáculos innecesarios al comercio internacional.
112. El artículo 5.1.2 exige que no se apliquen procedimientos de evaluación de la conformidad "que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional".
113. Como sucede en el marco del artículo 2.2 con respecto a los reglamentos técnicos, el análisis requerido en el marco del artículo 5.1.2 para establecer si un procedimiento de evaluación de la conformidad es un "obstáculo innecesario al comercio internacional", es decir, si restringe el comercio más de lo necesario, implica, según el Órgano de Apelación, sopesar y confrontar mediante un proceso holístico todos los factores pertinentes con respecto al procedimiento de evaluación de la conformidad impugnado (es decir, el "análisis relacional") y en comparación con las medidas alternativas propuestas (es decir, "el análisis comparativo").²⁵ Según el Órgano de Apelación, los factores pertinentes que un grupo especial debe considerar en su análisis en el marco del artículo 5.1.2 son los siguientes:
- i) si el procedimiento de evaluación de la conformidad da la debida seguridad respecto de la conformidad con el reglamento técnico o la norma subyacente;

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Rusia - Equipo ferroviario*, párrafo 5.186.

- ii) la rigurosidad del procedimiento de evaluación de la conformidad o de la manera de aplicarlo; y
 - iii) la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que generaría una falta de conformidad con el reglamento técnico o la norma.
114. Con respecto al primer factor que el Grupo Especial ha de considerar en el análisis relacional en el marco del artículo 5.1.2, es decir, si el examen de la certificación de bajo riesgo de CIUT, establecida en los artículos 4 a 6 del Reglamento Delegado, da la debida seguridad respecto de la conformidad con los reglamentos técnicos subyacentes, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, Malasia observa que la certificación de bajo riesgo de CIUT se refiere obviamente al CIUT y, como se ha indicado anteriormente, el CIUT no puede ser observado ni medido. Por lo tanto, la certificación de bajo riesgo de CIUT no puede dar la debida seguridad de que el biocombustible certificado es efectivamente un biocombustible con bajo riesgo de CIUT. De hecho, la certificación de bajo riesgo de CIUT no da seguridad en la conformidad en absoluto.
115. Con respecto al segundo factor que ha de considerarse en el análisis relacional, es decir, la rigurosidad de la certificación de bajo riesgo de CIUT, Malasia señala que, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento Delegado, el biocombustible producido a partir de materias primas con riesgo elevado de CIUT solo podrá certificarse como biocombustible con bajo riesgo de CIUT si se cumplen tres condiciones:
- i) el biocombustible cumple los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de GEI establecidos en el artículo 29 de la DFER II;
 - ii) el biocombustible se ha producido a partir de materias primas adicionales obtenidas mediante medidas de adicionalidad que cumplen los criterios específicos establecidos en el artículo 5 del Reglamento Delegado; y
 - iii) los operadores económicos pertinentes han recopilado debidamente y documentado con exhaustividad las pruebas necesarias para identificar las materias primas adicionales y fundamentar las declaraciones relativas a la producción de materias primas adicionales.
116. En cuanto a la segunda de esas condiciones acumulativas, es decir, que el biocombustible se haya producido a partir de materias primas adicionales obtenidas mediante medidas de adicionalidad, Malasia observa que el artículo 5 1) a) del Reglamento Delegado establece, como se ha indicado antes, tres denominadas "vías de adicionalidad", y que cada una de esas vías demuestra la rigurosidad de la certificación de bajo riesgo de CIUT.
117. Además, existe una gran incertidumbre en cuanto a la eficacia de la certificación de bajo riesgo de CIUT en términos más generales. Los resultados de un informe piloto sobre dicha certificación en Malasia en el contexto de una plantación de palma de aceite han confirmado recientemente esas preocupaciones.²⁶ En particular, las pruebas sobre la influencia de acontecimientos externos en el rendimiento y el "rendimiento dinámico de referencia" pertinente, con el que se mide el rendimiento adicional de una determinada materia prima, ponen en entredicho todo el enfoque relativo a las "medidas de adicionalidad". En términos sencillos, como se señala en el informe piloto, "dado que influyen en el rendimiento una gran variedad de factores, entre ellos el clima, la densidad de plantación, el régimen de fertilización, etc., es difícil discernir el único efecto de una medida de adicionalidad en el rendimiento". Además, y en relación con la rigurosidad del procedimiento de evaluación de la conformidad, en el informe piloto se constata que "únicamente pueden obtener la certificación de bajo riesgo de CIUT volúmenes relativamente pequeños de biomasa adicional, y solo en los años en que el rendimiento real es superior al rendimiento dinámico de referencia" y que "la certificación de volúmenes bajos de biocombustibles es una gran carga administrativa".

²⁶ Certificación de bajo riesgo de CIUT: informe piloto y recomendaciones, Malasia, aumento del rendimiento de la palma de aceite, febrero de 2021, consultado el 9 de junio de 2021 en: https://iluc.guidehouse.com/images/reports/Phase1_Pilot_Report_Malaysia.pdf.

118. Además de demostrar la rigurosidad de la certificación de bajo riesgo de CIUT, Malasia mantiene que el estudio piloto es probatorio también con respecto al tercer factor que el Grupo Especial ha de considerar en el análisis relacional en el marco del artículo 5.1.2, es decir, la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que generaría una falta de conformidad con el reglamento técnico. En efecto, contrariamente a lo que ha afirmado la UE, la certificación de bajo riesgo de CIUT no permite una vía fiable para que la palma de aceite esté en conformidad; más bien, refuerza aún más los elementos más restrictivos del reglamento técnico subyacente a los que se refiere dicho procedimiento de evaluación de la conformidad, tanto directa como indirectamente.
119. Malasia sostiene que el Grupo Especial ya puede, sobre la base del análisis relacional únicamente, llegar a la conclusión de que la certificación de bajo riesgo de CIUT es más estricta y sin duda se aplica actualmente de forma más rigurosa de lo necesario para dar a la UE la debida seguridad de que el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite está en conformidad con el reglamento técnico en cuestión.
120. Como se ha indicado *supra* en el contexto del "análisis comparativo" en el marco del artículo 5.1.2, el Grupo Especial debe determinar si una medida alternativa a la certificación de bajo riesgo de CIUT:
- i) está razonablemente disponible;
 - ii) es menos estricta o se aplica de forma menos rigurosa; y
 - iii) contribuye de forma equivalente a dar al Miembro importador la debida seguridad de que los productos están en conformidad con los reglamentos técnicos o normas aplicables.
121. Malasia considera que están disponibles medidas alternativas menos estrictas o que se aplican de forma menos rigurosa. La UE ya ha aplicado con éxito esas medidas en otros sectores y podría haberlas empleado fácilmente con respecto a la certificación de bajo riesgo de CIUT.

L. La certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.2.1 del Acuerdo OTC

122. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.2.1 del Acuerdo OTC porque la UE no ha facilitado "con la mayor rapidez posible" las normas de aplicación detalladas necesarias para "inici[ar] y ultim[ar]" el procedimiento de evaluación de la conformidad en cuestión, es decir, la certificación de bajo riesgo de CIUT.
123. La obligación establecida en el artículo 5.2.1 de asegurar que los procedimientos de evaluación de la conformidad "se inicien y ultimen con la mayor rapidez posible" se refiere al plazo en que se debe iniciar y ultimar un procedimiento de evaluación de la conformidad. Se entiende que el adverbio "*expeditiously*" (con la mayor rapidez) indica que "*the obligation relates to the speed and/or timing*" (la obligación se refiere a la celeridad y/o la oportunidad) de la ejecución de un procedimiento de evaluación de la conformidad. La prescripción de iniciar y ultimar el procedimiento de evaluación de la conformidad "con la mayor rapidez posible" indica que la finalidad cualquier procedimiento de evaluación de la conformidad es asegurar "una declaración positiva de conformidad con los reglamentos técnicos".²⁷
124. Malasia sostiene que, debido a que la UE no ha adoptado normas de aplicación, hasta la fecha no ha sido posible realizar, ni mucho menos iniciar y ultimar con la mayor rapidez, la certificación de bajo riesgo de CIUT. Por lo tanto, Malasia concluye que la UE actúa de manera incompatible con el artículo 5.2.1.

²⁷ *Ibid.*

M. *La certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.6 del Acuerdo OTC*

125. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con los artículos 5.6.1, 5.6.2 y 5.6.4 del Acuerdo OTC porque la UE, con respecto a la certificación de bajo riesgo de CIUT, no notificó ese procedimiento de evaluación de la conformidad y no celebró consultas significativas con los demás Miembros de la OMC ni previó la formulación de observaciones al respecto, como exigen esos artículos.

N. *La certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.8 del Acuerdo OTC*

126. Malasia sostiene que la certificación de bajo riesgo de CIUT es incompatible con el artículo 5.8 del Acuerdo OTC porque la UE no publicó prontamente ni puso de otra manera a disposición de las partes interesadas de Malasia la medida en litigio, a saber, la certificación de bajo riesgo de CIUT, para que dichas partes interesadas pudieran conocer su contenido.

O. *El límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con los artículos 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC*

127. El Acuerdo OTC exige que los Miembros de la OMC tengan en cuenta las circunstancias específicas de los países en desarrollo y que otorguen a los países en desarrollo Miembros un trato diferenciado y más favorable. Malasia sostiene que la UE actuó de manera incompatible con los artículos 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC.
128. Malasia mantiene que la UE, cuando preparó y aplicó las medidas en litigio, principalmente el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, no tuvo en cuenta las circunstancias específicas de los países en desarrollo, en particular Malasia, donde se producen aceite de palma y biocombustible basado en cultivos de palma de aceite.
129. En relación con sus alegaciones, Malasia sostiene que el simple examen de las comunicaciones y las contribuciones recibidas, sin "tener activa y significativamente en consideración" las "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" de los países en desarrollo Miembros, no debe ser considerado suficiente ni una actitud responsable al tratar de evitar o reducir al mínimo los efectos en el comercio y las restricciones al comercio, especialmente si los países en desarrollo Miembros afectados proponen alternativas menos restrictivas del comercio y razonablemente disponibles, como hizo Malasia.
130. Malasia, aunque es consciente de los requisitos aparentemente laxos impuestos hasta la fecha a los países desarrollados en el marco del artículo 12, pide que, como obligación de base, los Miembros de la OMC deban demostrar de qué modo se han tenido efectivamente en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros en materia de desarrollo, finanzas y comercio.
131. En síntesis, Malasia sostiene que, cuando preparó y aplicó las medidas en litigio, la UE no tuvo en cuenta las circunstancias específicas de los países en desarrollo, en particular Malasia, y no otorgó a los países en desarrollo Miembros un trato diferenciado y más favorable, por lo que actuó de manera incompatible con el artículo 12.3 del Acuerdo OTC.

ALEGACIONES AL AMPARO DEL GATT DE 1994 CON RESPECTO A LAS MEDIDAS DE LA UE

A. *Introducción*

132. Malasia sostiene que las medidas en litigio son incompatibles con las obligaciones que corresponden a la UE en virtud de los artículos I.1, III.4, X.3 a) y/o XI.1 del GATT de 1994.

B. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con el artículo I.1 del GATT de 1994

133. Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT discriminan entre los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos "similares" y sus materias primas originarios de terceros países y, por consiguiente, son incompatibles con el artículo I.1 del GATT de 1994. En particular, al limitar y eliminar progresivamente el uso únicamente del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite para el cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables, las medidas en litigio discriminan entre el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y el aceite de palma malasios y los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares y sus materias primas de otro origen extranjero.
134. El objetivo principal de la obligación de trato NMF prevista en el artículo I.1 es asegurar a todos los Miembros la igualdad de oportunidades para importar desde, o exportar a, los demás Miembros (o cualquier otro país).
135. La obligación de trato NMF del artículo I.1 prohíbe la discriminación *de jure* y *de facto*. En otras palabras, el artículo I.1 se aplica no solo a las medidas "basadas en el origen" (que son discriminatorias por definición), sino también a las medidas que, según sus propios términos, parecen "neutrales en cuanto al origen" pero son discriminatorias de hecho.
136. El artículo I.1 establece una prueba cuádruple para determinar si una medida que afecta al comercio de mercancías es compatible con la obligación de trato NMF. Sobre la base de esta prueba cuádruple, Malasia sostiene lo siguiente:
- i) las medidas en litigio, es decir, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, son medidas abarcadas por el artículo I.1;
 - ii) las medidas en litigio conceden una "ventaja";
 - iii) los productos de que se trata son "productos similares"; y
 - iv) la ventaja en cuestión no se concede "inmediata e incondicionalmente" a todos los productos similares de que se trata.
137. La obligación de trato NMF establecida en el artículo I.1 se aplica a "cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad" concedido por un Miembro a todo producto originario de cualquier otro país o a él destinado, con respecto a, entre otras cosas, "las cuestiones a que se refiere[... el] párrafo[...] 4 del artículo III [del GATT de 1994]", es decir, 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 cualquier producto en el mercado interior.
138. En el presente asunto, las medidas en litigio, es decir, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, son, como ya se ha indicado, leyes o reglamentos nacionales que afectan a la venta y/o el uso en el mercado interior de los productos de que se trata y están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo III.4. Por consiguiente, las medidas en litigio también están abarcadas por el artículo I.1.
139. El segundo elemento de la prueba de compatibilidad con la obligación de trato NMF del artículo I.1 se refiere a la cuestión de si la medida en litigio concede una "ventaja". Según el Órgano de Apelación, el artículo I.1 exige que:
- "cualquier ventaja [...] concedid[a] por [un Miembro] a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedid[a] inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de [todos los demás Miembros] o a ellos destinado".²⁸

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 79.

140. Malasia sostiene que las medidas de la UE en litigio, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, conceden ventajas a los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos y sus materias primas importados de algunos Miembros que no se conceden a todos los Miembros, y en particular no a Malasia.
141. Como ya ha demostrado Malasia anteriormente, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT no solo limitarán y finalmente excluirán al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite del mercado de biocombustibles de la UE, sino que esas medidas obviamente también afectarán desfavorablemente a la demanda de aceite de palma, la materia prima del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, y a su importación. Como resultado de las medidas en litigio, el aceite de palma quedará finalmente excluido *de facto* del mercado de materias primas de los biocombustibles de la UE, y la inmensa mayoría del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite se importa en la UE.
142. El tercer elemento de la prueba de compatibilidad con la obligación de trato NMF del artículo I.1 se refiere a la cuestión de si los productos de que se trata son "productos similares". El artículo I.1 no define el concepto de "productos similares" y la jurisprudencia sobre la "similitud" en el sentido del artículo I.1 es limitada. Sin embargo, la jurisprudencia más extensa sobre la "similitud" en el sentido del artículo III del GATT de 1994 es directamente pertinente.
143. El cuarto elemento de la prueba de compatibilidad con la obligación de trato NMF del artículo I.1 se refiere a la cuestión de si la ventaja concedida por la medida en litigio se concede "inmediata e incondicionalmente" a todos los productos "similares", con independencia de su origen o destino.
144. Como se ha señalado antes, ninguna de las ventajas de que disponen los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos y sus materias primas, como el aceite de soja y el aceite de colza, importados de algunos Miembros, se conceden al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y al aceite de palma importados de Malasia. Por lo tanto, las ventajas previamente examinadas no se conceden inmediata e incondicionalmente.
145. Por consiguiente, Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con las obligaciones de trato NMF previstas en el artículo I.1 del GATT de 1994.

C. *El límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con el artículo III.4 del GATT de 1994*

146. Malasia sostiene que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT otorgan un trato menos favorable al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y al aceite de palma importados que el que otorgan a las materias primas y sus biocombustibles derivados nacionales "similares" y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo III.4 del GATT de 1994.
147. El artículo III.4 establece una prueba triple de compatibilidad con la obligación de trato nacional. Sobre la base de esta prueba triple, Malasia sostiene lo siguiente:
 - i) las medidas en litigio, es decir, el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, constituyen una "ley, reglamento o prescripción" abarcados por el artículo III.4;
 - ii) los productos importados y nacionales de que se trata son "productos similares"; y
 - iii) los productos importados reciben un "trato menos favorable".

148. Por lo tanto, la obligación de trato nacional establecida en el artículo III.4 se aplica, entre otras cosas, a las leyes y reglamentos nacionales que afectan a la venta y el uso de los productos. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son indiscutiblemente leyes o reglamentos que afectan a la venta y el uso en el mercado interior de los biocombustibles afectados y/o sus materias primas importados.
149. Se ha interpretado que la palabra "afecte" del artículo III.4 abarca no solo las leyes y reglamentos que rigen directamente las condiciones de venta o uso, sino también cualquier ley o reglamento que pueda modificar desfavorablemente las condiciones de competencia entre los productos nacionales y los importados.²⁹ Como se ha indicado, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, cada uno de su propia manera, limitan o incluso excluyen finalmente a los biocombustibles importados de la contabilización en relación con el cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables, por lo que "afectan" al mercado en la forma prohibida por el artículo III.4.
150. El segundo elemento de la prueba de compatibilidad con la obligación de trato nacional del artículo III.4 se refiere a la cuestión de si los productos de que se trata importados y nacionales son "similares".
151. El tercer y último elemento de la prueba de compatibilidad con la obligación de trato nacional del artículo III.4 se refiere a la cuestión de si la medida en litigio otorga un "trato [no] menos favorable". La interpretación hecha por el Órgano de Apelación del "trato [no] menos favorable" se centra en las condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares. Con arreglo a la jurisprudencia actual, una medida da lugar a un "trato menos favorable" incompatible con el artículo III.4 cuando modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados.
152. Con respecto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, Malasia ya ha demostrado, en el contexto de su alegación al amparo del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, que las medidas se aplican únicamente al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y dan lugar a un trato menos favorable que el otorgado a los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos nacionales similares.
153. Análogamente, con respecto a la certificación de bajo riesgo de CIUT, Malasia ya ha demostrado que esta medida modifica las condiciones de competencia entre los proveedores malasios de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, por una parte, y los proveedores de la UE de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares, por otra, en detrimento de los proveedores malasios.
154. Así pues, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT otorgan un trato menos favorable al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado que el trato otorgado a los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos nacionales similares.

D. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con el artículo XI.1 del GATT de 1994

155. El artículo XI.1 del GATT de 1994, relativo a la "eliminación general de las restricciones cuantitativas", establece una prohibición general de las restricciones cuantitativas.
156. Sobre la base del texto del artículo XI.1, debe demostrarse la existencia de dos elementos para establecer una incompatibilidad con esa disposición. En primer lugar, la medida debe estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XI.1. En segundo lugar, la medida debe ser una prohibición o restricción a la importación de un producto del territorio de otro Miembro o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otro Miembro.

²⁹ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.80.

157. El artículo XI.1 se aplica a las prohibiciones o restricciones, aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas. Malasia observa que el artículo XI.1 no hace referencia a leyes o reglamentos sino, en términos más amplios, a *medidas*. El artículo XI.1 no solo prohíbe *de jure* las restricciones cuantitativas. En 2000, un grupo especial resolvió que "las disciplinas del párrafo 1 del artículo XI se aplican también a las restricciones *de facto*".³⁰
158. En diferencias anteriores se ha planteado la cuestión de si el artículo XI.1 abarca únicamente las medidas en frontera o también las medidas internas relativas, por ejemplo, a la venta, la oferta para la venta, el transporte, la distribución y el uso de productos después de su importación. Un grupo especial señaló, en cuanto a la relación entre el artículo III.4 y el artículo XI.1, que no cabe excluir *a priori* la posibilidad de que distintos aspectos de una medida puedan afectar a las oportunidades competitivas de las importaciones en formas distintas, atrayéndolas al ámbito de aplicación ya sea del artículo III.4 (donde se ven afectadas las oportunidades competitivas en el mercado interior), ya sea del artículo XI.1 (donde se ven afectadas las oportunidades de importación mismas, es decir, la entrada en el mercado), o incluso que pueda haber una posibilidad de superposición entre las dos disposiciones. Tal superposición no haría redundantes el artículo XI.1 ni el artículo III.4. Por el contrario, permitiría a los Miembros impugnar una medida tanto en el marco del artículo XI.1 como del artículo III.4, en función del aspecto de la medida en que se centre el reclamante.
159. Habida cuenta del ámbito de aplicación del artículo III.4 y del artículo XI.1, a que se hace referencia *supra*, Malasia coincide con el grupo especial que se ocupó del asunto *India - Automóviles* en que una medida puede estar comprendida en los artículos III.4 y XI.1.
160. En cuanto a la cuestión de cómo ha de demostrarse el límite de la importación o la exportación, el Órgano de Apelación resolvió que no es necesario demostrar esta limitación cuantificando los efectos de la medida en litigio, y que los efectos limitativos "se pueden demostrar a través del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida en litigio considerados en su contexto pertinente".
161. En el presente asunto, cada una de las medidas en litigio, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, tiene el efecto de limitar *de facto* las cantidades de los productos en cuestión que se importan en la UE.
162. Malasia sostiene que las medidas en litigio, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, afectan a las oportunidades de importación en la UE y, como se ha demostrado *supra*, a las oportunidades de competencia en el mercado interior de la UE.
163. Por consiguiente, Malasia concluye que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con la prohibición de las restricciones cuantitativas establecida en el artículo XI.1 del GATT de 1994.

E. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT son incompatibles con el artículo X.3 a) del GATT de 1994

164. Malasia sostiene que las medidas en litigio, en particular el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, se aplican de una manera que no es imparcial y/o razonable y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo X.3 a) del GATT de 1994.

³⁰ Informe del Grupo Especial, *Argentina - Piel y cueros*, párrafo 11.17. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *Colombia - Puertos de entrada*, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, *China - Materias primas y UE - Paquete energético*, actualmente en curso de apelación.

165. De conformidad con el artículo X.3 a) del GATT de 1994, pueden impugnarse:
- i) la manera en que se aplican los instrumentos jurídicos a que se refiere el artículo X.1 en determinados casos; y
 - ii) los instrumentos jurídicos que regulan esa aplicación.
166. Malasia sostiene que las medidas en litigio, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, establecidas en la DFER II y en el Reglamento Delegado, son, como ya se ha indicado, reglamentos de aplicación general relativos a restricciones a las importaciones de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y de aceite de palma, y afectan a la venta o el uso de esos productos. Son, por consiguiente, medidas a que se refiere el artículo X.1 y, en consecuencia, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo X.3 a).
167. Por lo que respecta al límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, Malasia aduce que esas medidas se aplican de una manera que no es imparcial ni razonable porque se basan en/aplican el concepto de riesgo elevado de CIUT, para el cual no hay suficiente apoyo científico y que no puede ser directamente observado, medido o establecido de otro modo. El concepto de riesgo elevado de CIUT no permite que esas medidas se apliquen de manera imparcial, es decir, de manera equitativa, no sesgada y sin prejuicios.
168. Por lo que respecta a la certificación de bajo riesgo de CIUT, Malasia aduce que esa medida se aplica de una manera que no es razonable porque, como se ha indicado antes, la UE no adoptó oportunamente una legislación de aplicación que estableciera normas detalladas que permitieran la certificación de los productos como productos con bajo riesgo de CIUT.

ALEGACIONES AL AMPARO DEL GATT DE 1994 CON RESPECTO A LA MEDIDA DE FRANCIA

A. Introducción

169. Malasia alega que la medida de Francia en litigio, a saber, la reducción del impuesto sobre los combustibles de Francia, que es una medida que reduce el impuesto sobre los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles basados en cultivos oleaginosos, pero excluye de esta reducción a los combustibles de gasolina y diésel en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, incumple las obligaciones que corresponden a Francia en virtud del GATT de 1994. Las alegaciones de Malasia de incompatibilidad con el GATT se centran en particular en la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción de impuesto sobre el combustible de Francia.

B. La exclusión de los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es incompatible con el artículo I.1 del GATT de 1994

170. Como ya se ha expuesto *supra* en el contexto de las alegaciones de Malasia relativas a las medidas de la UE, el artículo I.1 del GATT de 1994 establece una prueba cuádruple para determinar si una medida que afecta al comercio de mercancías es compatible con la obligación de trato NMF del artículo I.1 del GATT de 1994. Sobre la base de esta prueba cuádruple, Malasia presenta el siguiente análisis.
171. En la presente diferencia, el impuesto sobre el combustible de Francia que grava la gasolina y el diésel, cuando son despachados para consumo en Francia, junto con la reducción fiscal que se aplica a los combustibles de gasolina y diésel que contienen determinados tipos de biocombustibles, constituye un "impuesto o carga interior" en el sentido del artículo III.2 del GATT de 1994.

172. Demostrar que la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es una "cuestión" a la que se refiere el artículo III.2 del GATT de 1994 es suficiente para establecer que la medida de Francia en litigio está comprendida en el ámbito del artículo I.1 y abarcada por este.
173. El segundo elemento de la prueba de la compatibilidad con la obligación de trato NMF del artículo I.1 guarda relación con la cuestión de si la medida en litigio concede una "ventaja".
174. Malasia sostiene que la medida de Francia en litigio, a saber la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia concede una ventaja a los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles basados en cultivos oleaginosos importados de algunos Miembros que no se concede a todos los Miembros de la OMC y, en particular, no a Malasia. La medida de Francia en litigio, por lo tanto, discrimina indirectamente entre biocombustibles "similares" y sus materias primas originarios de algunos terceros países, y esta ventaja no se concede a todos los Miembros de la OMC y, en particular, no a Malasia.
175. El tercer elemento de la prueba de la compatibilidad con la obligación de trato NMF del artículo I.1 guarda relación con la cuestión de si los productos en cuestión son "productos similares". Malasia remite a sus anteriores exposiciones sobre la "similitud" con respecto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, y reitera su afirmación de que el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y el aceite de palma como materia prima de biocombustible, así como otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos, tales como los biocombustibles elaborados a partir de aceite de colza, aceite de soja o aceite de girasol, y sus respectivas materias primas, son "productos similares".
176. El cuarto elemento de la prueba de la compatibilidad con la obligación de trato NMF del artículo I.1 guarda relación con la cuestión de si la ventaja concedida por la medida en cuestión se concede "inmediata e incondicionalmente" a todos los productos "similar[es]" con independencia de su origen o destino. Malasia sostiene que, al excluir los productos basados en cultivos de palma de aceite de la clasificación de fuentes de energía renovable, la legislación francesa no extiende la ventaja concedida a los combustibles de gasolina y diésel que contienen determinados biocombustibles basados en cultivos oleaginosos importados y a sus materias primas "inmediata e incondicionalmente" a los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y aceite de palma.
177. En vista de lo que antecede, Malasia concluye que la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia constituye una ventaja que beneficia a los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles basados en cultivos de oleaginosos importados y a sus materias primas, la cual no se concede inmediata e incondicionalmente a los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan productos similares importados, tales como el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y el aceite de palma. Malasia sostiene que la medida de Francia es incompatible con la obligación de trato NMF del artículo I.1.

C. *La exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es incompatible con el artículo III.2 del GATT de 1994*

178. Malasia sostiene que, al excluir los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia, Francia discrimina contra esos combustibles de gasolina y diésel, favoreciendo a los combustibles de gasolina y diésel que contienen otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos "similares" y sus materias primas de origen francés. Así pues, la medida de Francia en litigio discrimina indirectamente contra el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado y sus materias primas, al tiempo que favorece a otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos "similares"

nacionales y sus materias primas de origen francés. Por lo tanto, Malasia considera que la medida de Francia es incompatible con el artículo III.2 del GATT de 1994.

179. Malasia sostiene que la exclusión de los combustibles que gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es incompatible con la primera frase del artículo III.2 del GATT de 1994. Para determinar la compatibilidad de una medida con la primera frase del artículo III.2, un grupo especial debe considerar:
 - i) si la medida en litigio es un impuesto interior u otra carga interior sobre los productos;
 - ii) si los productos importados y los nacionales son productos "similares"; y
 - iii) si los productos importados están sujetos a impuestos superiores a los aplicados al producto nacional.
180. Los impuestos interiores son medidas fiscales no arancelarias aplicadas en la frontera o dentro del territorio del Miembro pertinente. Con respecto a la primera frase del artículo III.2, Malasia aduce que el impuesto sobre los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite que resulta de la exclusión de esos combustibles de gasolina y diésel de la reducción del impuesto sobre los combustibles de Francia equivale a un "impuesto interior".
181. El segundo elemento de la prueba de la compatibilidad con la obligación de trato nacional de la primera frase del artículo III.2 guarda relación con la cuestión de si los productos importados y nacionales en cuestión son "similares". En el contexto de sus alegaciones de incompatibilidad de las medidas de la UE en litigio con el artículo I.1, Malasia ya ha demostrado que el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos, elaborados a partir de aceite de colza, aceite de soja o aceite de girasol, y por lo tanto los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos, son "productos similares". Asimismo, Malasia ha demostrado que el aceite de palma y otras materias primas de cultivos oleaginosos, como el aceite de colza, el aceite de soja o el aceite de girasol, son "productos similares". Malasia sostiene que de ello se sigue que los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos están en una relación competitiva suficientemente estrecha para ser considerados "similares" en el sentido de la primera frase del artículo III.2.
182. El tercer y último elemento de la prueba en el marco de la primera frase del artículo III.2 guarda relación con la cuestión de si los productos importados están sujetos a impuestos "superiores a" los aplicados a los productos nacionales similares, expresión que, según se ha interpretado, proscrib el exceso "por más escasa que sea [su] cuantía".³¹
183. En particular, Malasia formula y presenta dos alegaciones, una de ellas subsidiaria, al amparo del artículo III.2. En primer lugar, aduce que la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es incompatible con la primera frase del artículo III.2 porque el impuesto que Francia aplica cuando los operadores económicos despachan para consumo en Francia combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado procedente, entre otros lugares, de Malasia, es superior al impuesto que aplica cuando esos operadores económicos recurren, en lugar de ello, a biocombustibles basados en cultivos oleaginosos elaborados a partir de materias primas "similares".
184. Subsidiariamente, Malasia impugna la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia al amparo de la segunda frase del artículo III.2. Según Malasia, la medida en litigio da lugar a la aplicación de una tributación

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, páginas 27-28.

desigual a los operadores económicos que despachan, para consumo en Francia, combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite procedente, entre otros lugares, de Malasia, en comparación con aquellos que contienen biocombustibles basados en cultivos oleaginosos directamente competitivos o sustituibles elaborados a partir de materias primas nacionales. Malasia sostiene que esta tributación desigual protege a la producción nacional y es, por lo tanto, incompatible con la segunda frase del artículo III.2. Malasia sostiene que, al excluir los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocombustible elaborado a partir de aceite de palma, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia, Francia grava directamente los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado con impuestos "superiores a" los aplicados a los combustibles de gasolina y diésel que contienen otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares nacionales.

JUSTIFICACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

185. Con respecto al intento de la UE de justificar sus medidas, así como la medida de Francia, en lo que concierne a su incompatibilidad con el GATT de 1994, al amparo de determinados párrafos del artículo XX del GATT de 1994, Malasia sostiene que la interpretación del artículo XX que hace la UE está en contradicción con decenios de jurisprudencia firmemente arraigada y no tiene fundamento textual en el artículo XX. La UE trata de justificar su erróneo enfoque del artículo XX, ciertamente novedoso, aduciendo que está "inserto en la naturaleza y funcionamiento de los objetivos compuestos perseguidos por la medida en litigio". La UE se equivoca.
186. El error de interpretación del artículo XX de la UE se pone de manifiesto con la mayor claridad en su confusión de la prueba relativa al término "necesarias" del artículo XX a) y b) con la concerniente a la expresión "relativas a" del artículo XX g). La UE cree que estas pruebas son en gran medida "similares", pero eso no es correcto.
 - i) En primer lugar, la interpretación de la UE hace caso omiso del texto claro del artículo XX. El artículo XX a) y b) exige que una medida sea "necesaria[]", mientras que el artículo XX g) exige que una medida sea "relativa[] a".
 - ii) En segundo lugar, al aducir que la prueba de la "necesidad" en el marco del artículo XX a) y b) y la prueba de la "relación" en el marco del artículo XX g) pretenden, en esencia, establecer si las medidas en litigio son "racionales y razonables" en su diseño, la UE está afirmando que cualquier medida que sea "racional y razonable" en su diseño satisfaría la prueba de la "necesidad" en el marco de los artículos XX a) y XX b). Malasia sostiene que reducir la prueba de la "necesidad" a una prueba de la "racionalidad y razonabilidad" es una desviación flagrante de la jurisprudencia firmemente arraigada relativa a la prueba de la "necesidad" en el marco del artículo XX a) y b).
 - iii) En tercer lugar, al aducir que la prueba de la "necesidad" en el marco del artículo XX a) y b) y la prueba de la "relación" en el marco del artículo XX g) pretenden, en esencia, establecer si las medidas en litigio son "racionales y razonables" en su diseño, la UE da a entender que una medida estaría justificada en virtud del artículo XX g) cuando sea "racional y razonable". Esto es incorrecto. El artículo XX g) exige además que la medida en cuestión "se aplique[] conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales", pero en el enfoque de la UE no se reconoce este segundo requisito.
187. Además de la confusión general de los criterios del artículo XX a) y b) con los del artículo XX g), la UE tampoco interpreta correctamente otros aspectos de estas disposiciones. Piénsese, por ejemplo, en la flexible interpretación que hace la UE del artículo XX a). Malasia, por su parte, está de acuerdo con la UE en que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han dado a este concepto —correctamente— un sentido amplio. Sin embargo, Malasia discrepa de la UE en la medida en que esta aduciría que todas las cuestiones que "nos afectan y preocupan a todos", o las cuestiones con respecto a las cuales "los ciudadanos están cada vez más preocupados" están abarcadas por el concepto de moral pública. Tal interpretación es una invitación a obviar todas y cada una de las obligaciones contraídas en el marco de la OMC mediante una apelación a la "moral pública".

188. La interpretación errónea del artículo XX que hace la UE también se extiende a la parte introductoria de esta disposición. A este respecto, la exposición que la UE hace de la cuestión es sospechosamente incompleta. Tal vez la omisión más notable es la interpretación de la parte introductoria realizada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones*, asunto en el que el Órgano de Apelación constató que la aplicación de una medida provisionalmente justificada constituiría una "discriminación arbitrari[a]" en el sentido de la parte introductoria del artículo XX cuando imponga, como la medida de los Estados Unidos en litigio en ese asunto, "una prescripción única, rígida e inflexible [...] sin investigar si" la medida "es apropiad[a] a las condiciones que prevalecen en los países exportadores".³²
189. Malasia sostiene que, al no tener en cuenta las condiciones de la producción de biocombustible en Malasia, las medidas en litigio se aplican de una manera que constituye una "discriminación arbitrari[a]" en el sentido de la parte introductoria del artículo XX.
190. En última instancia, la UE, al aducir argumentos no fundados en una interpretación textual o jurídica, no ha establecido una presunción *prima facie* al amparo de los artículos XX a), XX b) ni/o XX g).

ALEGACIONES AL AMPARO DEL ACUERDO SMC CON RESPECTO A LA MEDIDA DE FRANCIA

A. Introducción

191. Malasia sostiene que la reducción del impuesto sobre los combustibles de Francia es una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, por cuanto entraña una "contribución financiera" del Gobierno francés, o, subsidiariamente, una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" que otorga un "beneficio". En segundo lugar, Malasia sostiene que la medida en litigio es específica para determinadas empresas, según lo previsto en el artículo 2 del Acuerdo SMC. En tercer lugar, Malasia afirma que la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es una subvención recurrible en virtud el artículo 5 c) del Acuerdo SMC, ya que causa efectos desfavorables para los intereses de Malasia y, en particular, un "perjuicio grave" en el sentido de los artículos 6.3 a) y 6.3 c) del Acuerdo SMC.
192. El Acuerdo SMC define cuatro elementos constitutivos de una "subvención" sujeta a las disciplinas del Acuerdo SMC:
- i) una contribución financiera (o sostenimiento de los ingresos o de los precios);
 - ii) una contribución financiera de un Gobierno o de cualquier organismo público;
 - iii) una contribución financiera (o sostenimiento de los ingresos o de los precios) que otorga un beneficio; y
 - iv) el concepto de "especificidad".
193. Para que una medida sea una subvención en el sentido del artículo 1.1 del Acuerdo SMC, debe constituir una "contribución financiera" o adoptar la forma de un sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994.
194. Malasia sostiene que la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es una contribución financiera en forma de ingresos públicos que en otro caso se percibirían que son condonados en el sentido del artículo 1.1 a) 1) ii).
195. La condonación (o no recaudación) de ingresos que en otro caso se percibirían prevista en el artículo 1.1 a) 1) ii) implica que el Gobierno ha recaudado menos (o ninguno) de los ingresos que habría recaudado normalmente. Con arreglo a la jurisprudencia, las estimaciones de las ventajas fiscales tienen que estar basadas en una visión conceptual de lo que es una tributación de referencia "normal". Habitualmente, el punto de referencia se define de manera que incluya las características normales del sistema tributario, mientras que las excepciones que tienen por objeto considerar objetivos distintos de la función básica del impuesto (por ejemplo, internalizar externalidades) pueden considerarse desviaciones respecto del

³² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 177.

punto de referencia. A los efectos del análisis relativo a los "ingresos públicos, que en otro caso se percibirían, que se condonen o no se recauden", este punto de referencia normativo tiene que ser comparado con "el trato fiscal impugnado, y sus razones".

196. Malasia sostiene que el punto de referencia normativo, "aplicado a todos los ingresos comparables de contribuyentes que se encuentren en situaciones comparables", es, en el presente asunto, el Impuesto General sobre las Actividades Contaminantes establecido por el Gobierno francés en 1999 y extendido en 2005 a los distribuidores de combustibles para vehículos automóviles que no cumplen los objetivos anuales en materia de biocombustibles. Con arreglo a este trato de referencia, el Gobierno francés tiene derecho a recaudar el impuesto y retener la cuantía del impuesto pagada. A este respecto, la cuantía del impuesto que podría devengarse constituye lo que "percibiría[]" el Gobierno francés con arreglo al trato de referencia.
197. Al mismo tiempo, una excepción del impuesto sobre el combustible puede considerarse constituida por una combinación de un mandato imperativo de incorporación y una bonificación fiscal. La cuantía del impuesto corresponde a la diferencia entre el porcentaje del objetivo nacional (es decir, el nivel requerido de incorporación de biocombustibles renovables en los combustibles convencionales, a saber, la gasolina y el diésel) y el nivel real de biocombustible admisible que se incorpora. Cuanto más se aproxime el nivel de incorporación de biocombustible admisible al porcentaje del objetivo nacional, menor es el impuesto que deben pagar los operadores económicos que despachan para consumo en Francia combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles admisibles (es decir, renovables). Este impuesto puede llegar incluso a cero.
198. En esta situación, que es bastante común —aquella en que los operadores económicos incorporan y despachan para consumo en Francia combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles admisibles—, el Gobierno francés no recauda en absoluto o no recauda plenamente los ingresos fiscales que normalmente recaudaría.
199. Malasia sostiene que el elemento definitorio de la medida de Francia que puede permitir adquirir una comprensión plena e integral de su funcionamiento previsto es la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel en la medida en que contengan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite —que no está clasificado como fuente de energía renovable—, de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia y, por consiguiente, de todos los beneficios que se derivan del mismo.
200. Por todas estas razones, Malasia alega que el Gobierno francés ha establecido "libremente"³³ las normas de la tributación de los combustibles de gasolina y diésel despachados para consumo en Francia. Más concretamente, no recauda ingresos "que en otro caso se percibirían" al proporcionar incentivos fiscales a los operadores económicos que incorporan biocombustibles distintos del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite en los combustibles de gasolina o diésel y posteriormente despachan esos combustibles para consumo en Francia. Subsidiariamente, si el Grupo Especial constatará que la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia no está subsumida en el concepto de "contribución financiera", Malasia aduce que la medida de Francia en litigio está comprendida en el concepto de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" consagrado en el artículo 1.1 a) 2) del Acuerdo SMC.
201. Para que una contribución financiera sea una subvención en el sentido del artículo 1.1, debe ser efectuada por un Gobierno o un organismo público, incluidas las autoridades regionales o locales, así como las empresas de propiedad estatal. Malasia aduce, por lo tanto, que en el presente asunto no se discute que la medida en litigio, la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia, es una contribución financiera (en forma de ingresos públicos, que en otro caso se percibirían, que son condonados) otorgada por el Gobierno francés.
202. El segundo elemento para demostrar la existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1 es que se otorgue un "beneficio". Un análisis del beneficio en el marco del artículo 1.1 b) exige considerar si la contribución financiera en cuestión concede "mejor trato

³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.1444.

al receptor que el que puede obtenerse en el mercado". En el presente asunto, la medida de Francia en litigio es una reducción fiscal que impone un impuesto inferior o nulo a los operadores económicos que despachan para consumo en Francia productos de gasolina y diésel que incorporan biocombustibles distintos del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite.

203. Malasia afirma que la medida de Francia, ya sea una contribución financiera o una forma de sostenimiento de los ingresos, otorga claramente un beneficio a sus receptores.
204. Las normas de la OMC relativas a las subvenciones no se aplican a todas las contribuciones financieras de un Gobierno que otorgan un beneficio. De conformidad con el artículo 1.2, se aplican solo a las subvenciones específicas. Se presume que una subvención que está ampliamente disponible dentro de una economía no distorsiona la asignación de recursos dentro de esa economía y, por lo tanto, no está comprendida en el alcance del Acuerdo SMC. Al determinar si una subvención es "específica" para una empresa o una rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción (denominados abreviadamente "determinadas empresas") han de aplicarse los principios establecidos en los apartados a), b) y c) del artículo 2.1 del Acuerdo SMC.
205. En el presente asunto, Malasia sostiene que la medida en litigio, es decir la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia, es una subvención específica *de jure* según el artículo 2.1 a), el acceso a la cual está limitado a determinadas empresas, en particular a los operadores económicos que despachan para consumo combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles distintos del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, por las siguientes razones.
206. En primer lugar, la medida está consagrada en la legislación francesa. En segundo lugar, esta legislación, de conformidad con la cual la autoridad otorgante, es decir el Gobierno de Francia, opera, limita explícitamente el acceso a la subvención a los operadores económicos que despachan para consumo en Francia combustibles de gasolina y diésel que contienen biocombustibles distintos del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite. En tercer lugar, y como consideración más importante, los operadores económicos que despachan para consumo en Francia combustibles de gasolina y diésel que incorporan biocombustible basado en cultivos de palma de aceite son considerados expresamente no admisibles a los efectos de la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia. Sin embargo, dadas las particularidades del proceso de mezcla (es decir, la posibilidad de incorporar diferentes tipos de biocombustibles en los combustibles de gasolina y diésel), estos operadores económicos se beneficiarán de una reducción fiscal, aunque solo en proporción a la cantidad de biocombustible basado en cultivos oleaginosos distintos del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite que la mezcla contenga. Es decir, Francia simplemente ignora y no tiene en cuenta la cuota atribuible específica y exclusivamente al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite en los combustibles de gasolina y diésel despachados para consumo en Francia.
207. En estas circunstancias, Malasia concluye que la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia es una subvención específica en el sentido del artículo 2.1 a), el acceso a la cual está limitado explícitamente, y beneficia única y exclusivamente, a los operadores que incorporan y despachan para consumo combustibles de gasolina y diésel que incorporan biocombustibles distintos del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite.
208. Habiendo establecido que la medida en litigio es una subvención específica en el sentido de los artículos 1 y 2, Malasia sostiene además que esta medida es incompatible con el artículo 5 del Acuerdo SMC porque causa un "perjuicio grave" a los intereses de Malasia en el sentido del artículo 5 c). Cabe aducir que esta tendencia persistirá inadvertidamente en el futuro, lo que perpetuará los efectos desfavorables causados por la subvención a los intereses de Malasia.
209. De conformidad con el artículo 6.3, puede haber "perjuicio grave" cuando la subvención, entre otras cosas, desplace u obstaculice las importaciones de un producto "similar" (6.3 a)), o dé lugar a una significativa subvaloración de precios del producto subvencionado en comparación con el producto "similar" de otro Miembro en el mismo mercado, o a una significativa contención de la subida de los precios, reducción de los precios o pérdida de ventas en el mismo mercado (artículo 6.3 c)).

210. En relación con su alegación y el criterio jurídico relativo a los artículos 5 c) y 6.3, en particular los artículos 6.3 a) y 6.3 c), Malasia sostiene lo siguiente:

- i) que los productos en cuestión están en situación de competencia real o potencial (es decir, que se ha considerado el "mercado de productos" pertinente) dentro del mercado francés (es decir, el "mercado geográfico");
- ii) que la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia tiene por efecto un desplazamiento de las importaciones de productos "similares" procedentes de Malasia;
- iii) que la reducción del impuesto sobre el combustible de Francia tiene por efecto una "significativa" pérdida de ventas de los productos similares procedentes de Malasia; y
- iv) que el desplazamiento de las importaciones es causado por las subvenciones impugnadas.

SOLICITUD DE CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADA POR MALASIA

211. Por las razones expuestas, Malasia solicita respetuosamente al Grupo Especial que formule las constataciones de incumplimiento de las obligaciones pertinentes contraídas en virtud del Acuerdo OTC, el GATT de 1994 y el Acuerdo SMC con respecto a las medidas de la UE, la medida de Francia, así como las medidas de Lituania, en consonancia con las alegaciones de Malasia.

212. Malasia solicita respetuosamente al Grupo Especial que recomiende que la UE, Francia y Lituania tomen las medidas apropiadas para poner las medidas en litigio en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo OTC, el GATT de 1994 y/o el Acuerdo SMC.

ANEXO B-2**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA****1. INTRODUCCIÓN**

1. La creación de un futuro sostenible frente a la crisis climática y a la destrucción de la biodiversidad es una prioridad mundial. Se trata de fenómenos interrelacionados que no pueden abordarse de manera aislada. Luchar contra el cambio climático y reducir al mínimo los efectos en la biodiversidad figuran entre los objetivos más importantes de la Unión Europea. Es necesario tratar de proteger esos objetivos para proteger la moral pública de la UE. Promover un mayor uso de las energías renovables es una forma de contribuir al logro de esos objetivos interrelacionados.
2. El "régimen de biocarburantes de la UE" promueve en la Unión Europea el uso de fuentes de energía renovables, concretamente de determinados biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa, como parte de una estrategia de descarbonización del sector del transporte de la Unión Europea. El régimen de biocarburantes de la UE se establece en virtud de diferentes instrumentos jurídicos, entre ellos la Directiva (UE) 2018/2001 (DFER II), el Reglamento Delegado (UE) 2019/807 de la Comisión y el Informe sobre el estado.
3. La DFER II establece dos objetivos vinculantes de la Unión (los objetivos de la UE):
 - El objetivo general en materia de energías renovables: la cuota de energía obtenida de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión debe ser, como mínimo, del 32% para 2030.
 - El objetivo del sector del transporte: los Estados miembros deben imponer una obligación a los proveedores de combustible para garantizar que la cuota de energías renovables en el consumo final de energía en el sector del transporte sea como mínimo del 14% en 2030 a más tardar.
4. Teniendo en cuenta los riesgos ambientales que entraña el aumento de la demanda de biocarburantes convencionales, y con objeto de que el régimen de biocarburantes de la UE contribuya a los objetivos de la UE de mitigar el cambio climático y evitar la destrucción de la biodiversidad, protegiendo de ese modo la moral pública de la UE, la DFER II trata de hacer frente al cambio del uso de la tierra (CUT) inducido por los cultivos destinados a la producción de biocarburantes, ya se trate de un cambio directo (CDUT) o indirecto (CIUT).
5. En La DFER II se establecen también los criterios de sostenibilidad y reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que deben cumplir todos los biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa para que puedan contabilizarse a efectos de los objetivos de la UE. Los biocarburantes producidos a partir de materias primas cultivadas en tierras con elevadas reservas de carbono no cumplen esos criterios.
6. El CIUT se refiere a la situación en que una tierra no agrícola se incorpora a la producción agrícola como consecuencia de que la tierra destinada anteriormente a satisfacer la demanda no energética pasa a destinarse a la producción de materias primas utilizadas para biocarburantes. El CIUT es un fenómeno mundial que se transmite a través de los mercados mundiales de productos agrícolas. En consecuencia, el CIUT inducido por las políticas que promueven los biocarburantes puede producirse en cualquier parte del mundo. La naturaleza mundial del CIUT explica por qué abordar el riesgo de CIUT con un enfoque país por país o incluso regional sería ineficaz e inadecuado para cumplir los objetivos de la UE.
7. Como la producción de biocarburantes convencionales causa CUT, la DFER II fomenta un cambio gradual en el sector del transporte para que vaya abandonando esos biocarburantes. A tal fin, establece la cuota máxima del objetivo en materia de energías renovables en el sector del transporte a la que pueden contribuir los biocarburantes convencionales (cuota máxima del 7%) e incentiva el uso de biocarburantes avanzados mediante la imposición de una cuota mínima ("obligación relativa a los biocarburantes avanzados"). La DFER II también

- establece un tope y limita progresivamente la contribución de esos biocarburantes producidos a partir de materias primas respecto de las que se observa un riesgo elevado de expansión significativa de la superficie de producción a tierras con elevadas reservas de carbono (biocarburantes con riesgo elevado de CIUT) al objetivo en materia de energías renovables del sector del transporte (límite máximo por riesgo elevado de CIUT y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT).
8. Las tres medidas identificadas por Malasia, la cuota máxima del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, contribuyen a los objetivos generales del régimen de biocarburantes de la UE, ya que tienen por objeto evitar que el CIUT vinculado a la producción de los cultivos utilizados para producir esos biocarburantes se vea agravado por un mayor aumento de la demanda de la UE como consecuencia de la política de la UE en materia de energías renovables.
 9. La DFER II también establece un sistema para certificar los biocarburantes como combustibles con bajo riesgo de CIUT (certificación de bajo riesgo de CIUT). Los biocarburantes certificados como combustibles con bajo riesgo de CIUT no están sujetos al límite máximo por riesgo elevado de CIUT y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, y pueden contribuir a los objetivos en materia de energías renovables en la misma medida que otros biocarburantes convencionales, a saber, hasta la cuota máxima del 7%.
 10. Malasia solo impugna determinados elementos del régimen de biocarburantes de la UE. Formula alegaciones al amparo de una plétora de disposiciones de la OMC. Malasia también impugna la metodología utilizada por la UE para identificar las materias primas con riesgo elevado de CIUT.
 11. A ese respecto, el Reglamento Delegado (UE) 2019/807 de la Comisión determina:
 - los criterios para identificar las materias primas con riesgo elevado de CIUT de cuya superficie de producción se observa una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono; y
 - los criterios para determinar los biocarburantes con bajo riesgo de CIUT y para certificarlos.
 12. Los criterios para identificar las materias primas con riesgo elevado de CIUT se establecen en el artículo 3 del Reglamento Delegado 2019/807. Se cumplen cuando:
 - la expansión media anual de la superficie de producción global de las materias primas desde 2008 es superior al 1% y afecta a más de 100.000 hectáreas;
 - la proporción de dicha expansión a tierras con elevadas reservas de carbono es superior al 10%, de acuerdo con una fórmula cuyas variables han sido establecidas por la Unión Europea sobre la base de la bibliografía científica disponible y de un estudio basado en información obtenida por satélite (la evaluación basada en SIG), como se expone detalladamente en el Informe sobre el estado.
 13. La expresión "tierras con elevadas reservas de carbono" se refiere a los humedales, incluidas las turberas, y las zonas arboladas continuas, en el sentido del artículo 29, apartado 4, letras a), b) y c), de la DFER II.
 14. El resultado obtenido mediante la aplicación de la fórmula es un porcentaje, que indica la proporción de la expansión anual de cada materia prima a tierras con elevadas reservas de carbono. El porcentaje debe compararse con el umbral identificado de expansión significativa, que es del 10%. Se trata de una opción normativa que indica el nivel de riesgo aceptado por la Unión Europea. Si el porcentaje es superior al 10%, se considera que se trata de materias primas con riesgo elevado de CIUT.
 15. En el anexo del Reglamento Delegado 2019/807 se exponen los resultados cuando se aplica la fórmula del artículo 3 del Reglamento Delegado a una serie de diferentes cultivos utilizados para producir biocarburantes. En la actualidad, solo el aceite de palma cumple las condiciones para ser clasificado como materia prima con riesgo elevado de CIUT. Esta evaluación está

sujeta a un examen periódico a la luz de los datos que vayan surgiendo (artículo 7 del Reglamento Delegado).

16. Los criterios para identificar el riesgo de CIUT tratan de determinar qué cultivos forrajeros podrían probablemente generar, si se estimulase aún más la demanda, una expansión de los cultivos a tipos de tierras vinculadas a niveles de emisiones de GEI y pérdida de biodiversidad tan elevados, que toda unidad adicional de biocarburante producido a partir de ese cultivo forrajero no generaría menos emisiones de GEI. Esta conclusión se basa en la expansión de los cultivos observada y tiene en cuenta las características conocidas de determinados tipos de tierras, así como las características (rendimiento y subproductos) de los distintos cultivos.
17. Las tasas de expansión observables permiten evaluar el riesgo de CIUT precisamente porque las elevadas tasas de expansión respaldan la conclusión de que no hay suficiente tierra cultivable disponible para dar cabida a la demanda adicional de ese cultivo sin ampliar la superficie de producción y, por lo tanto, el CUT. La proporción de la expansión a tierras con elevadas reservas de carbono es un indicio de la magnitud de las emisiones adicionales de gases de efecto invernadero y la pérdida adicional de biodiversidad resultantes de la expansión global de la superficie cultivada de un cultivo determinado. Los elevados niveles de CUT que cabe observar para un cultivo específico en zonas ecológicamente sensibles (zonas con elevadas reservas de carbono o zonas caracterizadas por su biodiversidad), en paralelo al aumento de la demanda mundial del cultivo en cuestión, son un indicio de que es probable que un mayor aumento de la demanda (independientemente de la finalidad a la que se destine) estimule efectos de desplazamiento adicionales. Por consiguiente, la fórmula para identificar los cultivos con riesgo elevado de CIUT tiene por objeto identificar los cultivos para los que hay pruebas sólidas de que una mayor demanda de materias primas dará lugar a una elevada tasa de expansión a tierras con elevadas reservas de carbono, es decir, que plantean un riesgo elevado de CIUT.
18. Sin embargo, las materias primas con riesgo elevado de CIUT utilizadas para producir biocarburantes se pueden cultivar en condiciones que reduzcan al mínimo el riesgo de expansión a tierras con elevadas reservas de carbono y, por lo tanto, se pueden certificar como materias primas con bajo riesgo de CIUT. Para ello hay tres "vías" alternativas: el atractivo financiero, el cultivo en tierras abandonadas o gravemente degradadas y el cultivo por pequeños agricultores.

2. ALEGACIONES AL AMPARO DEL ACUERDO OTC

2.1. Aplicabilidad del Acuerdo OTC

19. En cuanto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la cuota máxima del 7%, Malasia no ha demostrado que ninguna de esas medidas sean reglamentos técnicos en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC.
20. Esas medidas se refieren a la posibilidad de que determinados biocarburantes contribuyan a un "objetivo en materia de energías renovables", pero deja a discreción de los Estados miembros determinar sus respectivas combinaciones de combustibles. No "establecen" ni "estipulan" la "composición de los productos" a los que se aplican, ni de manera positiva ni de manera negativa. En ellas se identifican determinados productos basándose en que están compuestos de determinados insumos, y sobre esa base se definen las consecuencias en lo que respecta a la posibilidad de contribuir a los objetivos en materia de energías renovables. La situación es análoga a la de un arancel que identifica los productos sobre la base de su composición y define las consecuencias resultantes de ello en términos de derechos aplicables, pero cuya finalidad no consiste en regular su composición en sí. De hecho, en la Unión Europea la "composición" del combustible se rige por otra disposición jurídica que no es objeto de la presente diferencia.
21. Malasia tampoco ha demostrado que la certificación de bajo riesgo de CIUT sea un procedimiento de evaluación de la conformidad en el sentido del Anexo 1.3 del Acuerdo OTC. Malasia no ha demostrado que esa medida establezca procedimientos para evaluar la conformidad con un reglamento técnico. Malasia alega que el reglamento técnico pertinente es la "exención del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT", pero

no ha tratado de demostrar que dicha exención sea un reglamento técnico en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC. De hecho, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Malasia, no se hace referencia a ese reglamento técnico ni a que constituya el fundamento jurídico de la alegación de Malasia de que la certificación de bajo riesgo de CIUT es un procedimiento de evaluación de la conformidad. Por consiguiente, no se ha sometido debidamente al Grupo Especial ninguna de las alegaciones de Malasia basadas en esa premisa.

22. De ello se sigue que Malasia no ha establecido que el Acuerdo OTC sea aplicable a la presente diferencia.

2.2. Orden de análisis de las alegaciones de Malasia

23. Si el Grupo Especial considerara que el Acuerdo OTC es aplicable, debería abordar las alegaciones formuladas por Malasia al amparo del artículo 2.2 del Acuerdo OTC antes de examinar si Malasia ha demostrado que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT o la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son *de facto* discriminatorios y, por lo tanto, infringen el 2.1 del Acuerdo OTC.
24. Dado que Malasia ha presentado sus alegaciones al amparo del artículo 2.1 del Acuerdo OTC de una manera que, en la práctica, invita al Grupo Especial a que proceda sobre la base de la premisa (errónea) de que las medidas "eliminan" el uso del aceite de palma, esto implica que ya ha habido una evaluación del grado de restrictividad del comercio que de hecho entrañan las medidas. Como esa evaluación debe realizarse de conformidad con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial debería comenzar evaluando las alegaciones formuladas al amparo de esa disposición. Además, ese orden de análisis es compatible con el ejercicio que el Grupo Especial debe realizar al examinar las alegaciones formuladas al amparo del GATT de 1994.

2.3. Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

25. Malasia alega que existe una infracción del artículo 2.1 del Acuerdo OTC sobre la base de que dos de las medidas que ha identificado, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, son *de facto* discriminatorias y, por lo tanto, dan un trato menos favorable al biocarburante basado en aceite de palma.
26. Para establecer una infracción del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, no basta con que Malasia identifique una diferenciación en el trato. En el ejercicio de su autonomía en materia de reglamentación, los Miembros pueden establecer distinciones, a condición de que estén vinculadas a objetivos legítimos y se apliquen de manera imparcial. Aunque corresponde a Malasia la carga de demostrar que alguna distinción entre las diferentes materias primas utilizadas para producir biocarburantes no puede vincularse racionalmente a los objetivos perseguidos por las medidas, Malasia invita efectivamente al Grupo Especial a realizar su análisis partiendo del supuesto de que existe un trato menos favorable porque el aceite de palma está clasificado como materia prima con riesgo elevado de CIUT. Este enfoque es erróneo.
27. Además, el Acuerdo OTC no obliga a los Miembros a proteger volúmenes de comercio específicos. Por consiguiente, los argumentos de Malasia de que ha habido campañas contra el aceite de palma y de que el acceso estable al mercado de la UE es necesario para el desarrollo de Malasia no son pertinentes para sus alegaciones. El Grupo Especial debe centrarse en la arquitectura y el diseño y el funcionamiento previsto de las medidas en litigio. Esto exige que el Grupo Especial evalúe las medidas en su contexto más amplio, a saber, el régimen de biocarburantes de la UE.
28. En cuanto a la evaluación de los productos "similares", si bien los productos identificados por Malasia constituyen el punto de partida del análisis del Grupo Especial, el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y los artículos I y III del GATT de 1994 exigen a los grupos especiales que evalúen objetivamente, sobre la base de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos en el mercado del Miembro regulador, el universo de productos nacionales que son similares a los productos importados del Miembro reclamante. Malasia no ha demostrado que el EMP, el EMC y el EMS sean productos similares en el marco de los artículos I y III.4 del GATT de 1994 y el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

-
29. En primer lugar, por lo que se refiere a las propiedades de los productos, esos tres biocarburantes tienen diferencias significativas en cuanto al POFF que no se compensan con la mezcla ni mediante aditivos. La cantidad de EMP utilizada en una mezcla depende de la temporada y del lugar de Europa de que se trate, y es frecuente que las mezclas FAME0 solo incluyan hasta un 20% de EMP. Esto indica que el EMP tiene una sustituibilidad limitada con otros biocarburantes.
 30. En segundo lugar, por lo que se refiere al uso final, el EMP solo se utiliza habitualmente durante la temporada de verano en Europa Meridional. Los datos comunicados en el marco de la Directiva sobre la calidad de los combustibles también muestran que, en varios Estados miembros de la UE, el EMP solo tiene una pequeña cuota del mercado de biocarburantes.
 31. En tercer lugar, por lo que se refiere a los gustos y hábitos de los consumidores, debido a los elevados requisitos en lo que respecta al POFF, las mezclas en las que predominan los FAME cuyo componente principal es el éster metílico de colza se utilizan en invierno. Algunas empresas de combustibles de los países nórdicos indican que sus productos no incluyen biocarburante hecho con aceite de palma. Además, aunque no hay prescripciones en materia de etiquetado de las materias primas de los biocarburantes, la tendencia de los consumidores de la UE a evitar los productos que contienen aceite de palma también ha comenzado a manifestarse en el sector de los combustibles.
 32. En cuarto lugar, por lo que se refiere a la clasificación arancelaria, los productos de biodiésel se clasifican en el código 3826 00, que incluye el biodiésel elaborado a partir de desechos de aceites, grasas animales y diversas mezclas de biodiésel. La falta de detalle de la clasificación arancelaria menoscaba la alegación de Malasia de que los productos que identificó son "similares".
 33. Por último, con respecto a los insumos, Malasia no ha demostrado que los aceites vegetales a los que se refiere sean "similares". Estos aceites presentan características físicas diferentes (como diferentes puntos de enturbiamiento, valores de yoduro, puntos de fusión y valores "insaponificación en g"), diferentes usos finales y preferencias de los clientes y diferentes clasificaciones arancelarias.
 34. En cualquier caso, si el Grupo Especial considerara que Malasia ha demostrado que el EMP, el EMC y el EMS son productos similares porque pueden sustituirse parcialmente, la definición que hace Malasia de los productos respecto de los cuales alega que son similares es errónea porque no incluye todo el universo de productos biocarburantes similares, que pueden sustituirse parcialmente y, por lo tanto, deberían haberse incluido.
 35. En primer lugar, no hay razón alguna para excluir los biocarburantes basados en otros cultivos oleaginosos (por ejemplo, producidos a partir de aceite de girasol) y centrarse únicamente en el EMP, el EMC y el EMS.
 36. En segundo lugar, la propia Malasia aduce que el HVO y el FAME son productos similares. Por consiguiente, no existe justificación alguna para excluir el HVO del grupo de productos similares a los efectos de las alegaciones formuladas por Malasia al amparo del GATT y del Acuerdo OTC.
 37. En tercer lugar, si el Grupo Especial aceptara que el EMP, el EMC y el EMS son similares, otros biocarburantes, como los biocarburantes producidos a partir de desechos de aceite o de grasa animal, también deberían considerarse "productos similares".
 38. Malasia no ha demostrado la existencia de un trato menos favorable. Malasia reconoce acertadamente que no existe ninguna prohibición de las importaciones, dado que las medidas solo se refieren a la posibilidad de que los biocarburantes se contabilicen en relación con los objetivos en materia de energías renovables. Sin embargo, Malasia no ha fundamentado sus alegaciones con respecto a los supuestos efectos de distorsión de la competencia.
 39. En primer lugar, Malasia se basa en pruebas relativas a las cuotas de mercado de los biocarburantes que no cumplían los requisitos de certificación de la DFER I, para demostrar que las medidas en litigio en las presentes actuaciones tendrán como resultado que no habrá mercado para el biocarburante basado en aceite de palma. La Unión Europea acepta que

la DFER I tuvo un impacto en el sentido de que la penetración de las energías renovables en el mercado habría sido menor ante la competencia de precios de los combustibles fósiles. Ahora bien, eso no sustenta la conclusión de que, a falta de incentivos, las energías renovables no tendrían ninguna cuota de mercado. Esta afirmación presupone que el único parámetro pertinente para la cuota de mercado es el precio. Sin embargo, la demanda de los consumidores está cada vez más impulsada por otras preocupaciones, incluidas las consideraciones relativas al medio ambiente y el cambio climático. Por lo tanto, la existencia de criterios de admisibilidad para un objetivo en materia de energías renovables no determina en absoluto la cuestión de si existe un mercado de biocarburantes.

40. Además, la DFER II no está estructurada del mismo modo que la DFER I. La naturaleza de las obligaciones de los Estados miembros es diferente. No cabe extrapolar basándose en el funcionamiento de la DFER I que la DFER II tendrá los mismos efectos en la competencia. En el marco de la DFER II, el objetivo del sector del transporte no garantiza un mayor grado de penetración en el mercado de ningún "biocarburante convencional" específico y no garantiza una cuota de mercado específica para un biocarburante basado en cultivos oleaginosos. Tampoco garantiza que un biocarburante convencional específico pueda optar a subvenciones.
41. En segundo lugar, al considerar qué combustibles renovables promover, la Unión Europea, en el ejercicio de su autonomía en materia de reglamentación, tiene derecho a seleccionar los combustibles que mejor cumplan sus objetivos legítimos de política. No porque históricamente se haya subvencionado un tipo de energía existe una obligación indeterminada de seguir incentivando esa fuente de energía.
42. Al evaluar los supuestos efectos sobre las condiciones de competencia, la argumentación de Malasia se basa en una definición del "mercado pertinente" excesivamente restringida. Siguiendo el mismo razonamiento, el Grupo Especial debe realizar el ejercicio de comparación adecuado. Una vez que se han identificado los productos "similares", el Grupo Especial debe examinar las oportunidades de competencia que se ofrecen al grupo de productos importados similares en comparación con las otorgadas al grupo de productos nacionales (u otros productos extranjeros).
43. Por consiguiente, Malasia debe demostrar que la medida (o las medidas) objeto de la reclamación "modifica las condiciones de competencia" en detrimento del grupo de productos importados similares en comparación con el grupo de productos nacionales (o el grupo de productos importados similares de origen no malasio). Falta este análisis, y los argumentos de Malasia se limitan esencialmente a hacer simples afirmaciones acerca de los efectos de la medida impugnada en los biocarburantes basados en aceite de palma de Malasia. En cualquier caso, Malasia no ha realizado este análisis en todo el grupo de productos similares, dado que su propia definición de "producto similar" es parcial.
44. Incluso si el Grupo Especial acepta que Malasia ha establecido la presencia de efectos de distorsión en detrimento del aceite de palma, esto no es determinante de una infracción del artículo 2.1 del Acuerdo OTC precisamente porque no se impide a los Miembros adoptar distinciones reglamentarias *per se*. No se discute que en la actualidad, con respecto a la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento Delegado, solo se identifica el aceite de palma como materia prima asociada a un riesgo elevado de CIUT a raíz de una expansión significativa a zonas con elevadas reservas de carbono.
45. Malasia aduce esencialmente que no existe una distinción reglamentaria legítima entre el aceite de palma y los biocarburantes basados en otros cultivos oleaginosos, porque cuestiona la validez de los conceptos de CIUT, riesgo elevado de CIUT y certificación de bajo riesgo de CIUT. Sin embargo, Malasia ha hecho una nueva caracterización, excesivamente restringida, de los objetivos de política perseguidos por la UE y ha tratado de integrar una jerarquía entre ellos. El régimen de biocarburantes de la UE y las medidas específicas identificadas por Malasia persiguen simultáneamente varios objetivos interrelacionados.
46. Asimismo, Malasia alega que el CIUT carece de una base científica suficiente, pero ha limitado sus argumentos a afirmaciones generalizadas sin identificar claramente lo que considera el criterio jurídico pertinente con arreglo al cual deben evaluarse esos datos científicos. El CIUT es un fenómeno real. La metodología aplicada por la Unión Europea para identificar las

materias primas con riesgo elevado de CIUT está respaldada por un conjunto de datos científicos y otras informaciones basadas en los datos disponibles en el momento en que se adoptaron las medidas. Malasia no ha demostrado que ello constituya una base insuficiente para las opciones de reglamentación reflejadas en el régimen de biocarburantes de la UE.

47. Malasia aduce que no cabe considerar que el concepto de riesgo elevado de CIUT se haya aplicado de manera imparcial, porque no se ha calibrado en función del riesgo. Malasia también parece sostener que el grado de contribución a un objetivo es un factor pertinente para la evaluación en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Sin embargo, al examinar la "arbitrariedad" o "imparcialidad" en el contexto de una alegación formulada al amparo del artículo 2.1, no se pide al Grupo Especial que determine el grado de contribución que una medida puede hacer al objetivo que persigue. En efecto, el grado de protección que un Miembro trata de otorgar a sus objetivos legítimos de política es una cuestión que le compete decidir.
48. La Unión Europea ha aplicado una fórmula, basada en un conjunto de datos científicos, que, al aplicarse, da como resultado la clasificación del aceite de palma como un cultivo con riesgo elevado de CIUT a raíz de la expansión a tierras con elevadas reservas de carbono. En la actualidad, al aplicar la misma fórmula, no se determina que otros cultivos presenten el mismo grado de riesgo. Esto no es un elemento probatorio de discriminación o arbitrariedad.

2.4. Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

49. Malasia está de acuerdo en que la UE tiene derecho a actuar con el fin de reducir las emisiones de GEI, proteger el medio ambiente, responder al cambio climático y la pérdida de biodiversidad, que son preocupaciones morales de suma importancia.
50. En efecto, los objetivos perseguidos por el régimen de biocarburantes de la UE y las medidas en litigio son los siguientes:
 - a. mitigación del cambio climático mediante la reducción de las emisiones de GEI y la descarbonización del sector del transporte;
 - b. lograr niveles elevados de protección de la seguridad del medio ambiente, incluida la preservación de la biodiversidad, y reducir al mínimo los posibles efectos desfavorables resultantes de la política de la UE en materia de energías renovables, incluida la pérdida de biodiversidad;
 - c. atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas a la protección del medio ambiente y a la preservación de la biodiversidad y, más en general, combatir el cambio climático.
51. Estos objetivos están interrelacionados porque los fenómenos subyacentes que contribuyen al cambio climático, a la destrucción de la biodiversidad y que ofenden la moral de la UE se potencian entre sí y no pueden tratarse aisladamente.
52. La UE no está de acuerdo con la proposición de que los objetivos de las medidas solo pueden determinarse sobre la base de referencias explícitas contenidas en el instrumento legislativo por el que se establecen las medidas. La presencia o la ausencia de una referencia explícita a un determinado objetivo no puede ser determinante. Un grupo especial debe hacer una evaluación objetiva e independiente de los objetivos perseguidos por un Miembro. Cabe recordar que, en el asunto *Brasil - Tributación*, la medida discriminatoria que el Brasil deseaba justificar (el programa PATVD) no contenía ningún vínculo explícito con un objetivo de moral pública.
53. En cualquier caso, la DFER II y el marco jurídico del que forma parte contienen referencias textuales a la necesidad de abordar el cambio climático, la destrucción de la biodiversidad y las preocupaciones conexas de orden moral de la UE en el contexto de la política de la UE que promueve el uso de biocarburantes. Dado que el CIUT inducido por la producción de biocarburantes puede acentuar esos fenómenos, las medidas de la UE relativas al CIUT tratan necesariamente de proteger los objetivos mencionados.

-
54. La UE tampoco está de acuerdo con la afirmación de que una medida solo puede perseguir un objetivo (el objetivo primario), mientras que el resto son consideraciones de carácter accesorio, que no deberían tener ninguna influencia en la evaluación del Grupo Especial. Esta afirmación no encuentra respaldo alguno en el texto de los acuerdos abarcados y es simplemente ilógica y antiintuitiva.
 55. Malasia aduce que, según la UE, toda medida adoptada por cualquier Miembro de la OMC que tenga una dimensión ambiental o de sostenibilidad podría considerarse necesaria para proteger la moral pública. Sin embargo, esta no es la posición de la UE. De hecho, los objetivos perseguidos por la UE no se refieren a "ninguna" cuestión ambiental o de sostenibilidad, sino que abordan preocupaciones comunes de toda la humanidad. La crisis climática y la destrucción de la biodiversidad son algunos de los desafíos más importantes y urgentes a los que se enfrenta la humanidad en el siglo XXI y plantean cuestiones éticas.
 56. La UE tampoco está de acuerdo en que el verdadero objetivo de las medidas en litigio sea de hecho proteccionista. Las medidas en litigio no conceden un trato más favorable a los productos nacionales.
 57. En la etapa de "diseño" de la medida, se trata de determinar si la medida es adecuada para contribuir a su(s) objetivo(s), o si "no es incapaz" de hacerlo. Por lo tanto, en lo que respecta a la etapa del análisis relativa al "objetivo legítimo", la UE considera que basta con haber demostrado que la cuota máxima del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son, cada una de ellas, adecuadas para contribuir al logro de los objetivos interrelacionados de estas medidas.
 58. Los objetivos perseguidos por la UE están claramente comprendidos en la lista abierta y no exhaustiva de objetivos legítimos enumerados en el artículo 2.2, que se refiere expresamente a "la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente". La protección de la moral pública es un objetivo legítimo en virtud del artículo XX del GATT de 1994 y, por lo tanto, debe considerarse legítima en el marco del artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
 59. Considerando que corresponde a cada Miembro establecer su moral pública (por ejemplo, las creencias religiosas), los grupos especiales anteriores, en lugar de preguntarse si determinadas preocupaciones estaban comprendidas en el ámbito de la "moral pública", se centraron más bien en la cuestión de si la medida en litigio era necesaria y no una discriminación arbitraria. Además, muchos países y organizaciones internacionales, dirigentes religiosos y políticos, filósofos y pensadores de todo el mundo reconocen la importancia ética de luchar contra el cambio climático y de proteger la biodiversidad. En el presente asunto, las preocupaciones de moral pública están estrechamente relacionadas con la crisis climática y la destrucción de la biodiversidad, y con las percepciones de los ciudadanos de la UE y de las autoridades de la UE en relación con esas preocupaciones.
 60. La UE ha demostrado la existencia de la crisis climática y la destrucción de la biodiversidad, y Malasia no pone en cuestión estos fenómenos. La UE también ha establecido que los ciudadanos de la UE y las autoridades de la UE consideran que la adopción de políticas para hacer frente a esos fenómenos no es solo una cuestión de protección del medio ambiente, sino también una cuestión moral o ética.
 61. Por último, del mismo modo que en el artículo XX del GATT de 1994 y en contra de lo dispuesto en el Acuerdo MSF, no hay limitaciones jurisdiccionales en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
 62. Malasia no ha demostrado la restrictividad del comercio de las medidas en litigio en el sentido del artículo 2.2 y, en todo caso, no ha hecho ninguna apreciación sobre el grado de supuesta restrictividad. Malasia plantea los mismos argumentos para demostrar la restrictividad del comercio de todas las medidas que impugna, a pesar de que cada medida funciona de una manera diferente. Por ejemplo, Malasia sostiene que, tras haber contribuido a establecer el mercado de biocarburantes, la UE ha suspendido el marco jurídico, restringiendo así el comercio internacional. Sin embargo, no está claro a qué medida se refiere Malasia.

-
63. En primer lugar, aunque se acepte que las medidas tienen el efecto de regular la actividad económica en el mercado de biocarburantes, cualquier medida que regule una actividad económica alteraría probablemente las condiciones de competencia en el mercado para todos los productos y productores pertinentes, ya que los participantes en el mercado deben ajustarse al reglamento. De ello no cabe concluir que exista también una restricción del comercio internacional.
 64. En segundo lugar, el objetivo de la DFER II es seguir promoviendo las energías renovables de manera que contribuyan al logro de sus objetivos. No obstante, el grado en que los combustibles que cumplen los requisitos recibirán o no "ayudas" es una cuestión que corresponde determinar a cada Estado miembro de la UE.
 65. En tercer lugar, no se prohíbe la importación, el acceso a los mercados o la utilización de ningún biocarburante en la UE. Las medidas en litigio solo determinan la idoneidad de los diferentes biocarburantes para contribuir a los objetivos en materia de energías renovables, reduciendo progresivamente a cero para 2030 el cómputo de los biocarburantes convencionales producidos a partir de cultivos alimentarios y forrajeros con riesgo elevado de CIUT.
 66. En cuarto lugar, el uso de aceite de palma en la UE es inferior al 4% de la producción total de aceite de palma. Las medidas de la UE impugnadas por Malasia no pueden afectar significativamente al comercio mundial de aceite de palma y de biocarburantes hechos con aceite de palma ni excluir del mercado a los productores de Malasia. Como se ha explicado profusamente, esas medidas de la UE tratan de evitar que la política de la UE en materia de energías renovables estimule la demanda de cultivos de biocarburantes asociados con un riesgo significativo de CIUT. No tienen por objeto restringir significativamente el comercio mundial de aceite de palma y de biocarburantes hechos con aceite de palma, que solo depende en una medida muy marginal de la demanda de la UE. Por consiguiente, dado que el consumo de aceite de palma en la UE es pequeño en comparación con la producción y el consumo mundiales del mismo producto, es evidente que el grado de restrictividad del comercio de la medida solo puede ser limitado, ya que solo puede afectar a una minúscula parte del comercio mundial de ese producto. El hecho de que los precios del aceite de palma sigan subiendo es un claro indicador de que las medidas de la UE no tienen el efecto de restringir sustancialmente el comercio mundial de aceite de palma.
 67. En quinto lugar, la certificación de bajo riesgo de CIUT garantiza que el uso de biocarburantes basados en aceite de palma pueda contribuir a los objetivos en materia de energías renovables en el mismo grado que otros biocarburantes convencionales. Los argumentos de Malasia en el sentido de que la certificación de bajo riesgo de CIUT es imposible o impracticable queda demostrada por el hecho de que varios regímenes de certificación voluntarios ya están en vigor y han sido reconocidos por la UE.
 68. En sexto lugar, si se sigue el razonamiento de Malasia, hay que señalar que la creación mediante intervención pública de un mercado de biocarburantes es una alteración del funcionamiento normal del mercado que tiene un efecto de restricción del comercio para los combustibles fósiles y un efecto de aumento del comercio para los biocarburantes. El régimen de biocarburantes de la UE promueve realmente la penetración de los biocarburantes convencionales en el mercado de energía para el transporte de la UE, y el 7% establece simplemente los límites máximos de esa promoción. Las normas de la OMC no obligan a un Miembro a crear un marco jurídico para la promoción de biocarburantes convencionales ni establecen el nivel de apoyo que deben recibir los biocarburantes convencionales.
 69. En séptimo lugar, en tanto en cuanto el Grupo Especial constate que Malasia ha demostrado que las medidas afectan al comercio porque los biocarburantes basados en aceite de palma están "desincentivados", la UE sostiene que esto solo es así en la medida necesaria para asegurar que las medidas contribuyen a los objetivos perseguidos con carácter prioritario.
 70. En octavo lugar, la UE recuerda que un grupo especial puede tomar en consideración "los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros".

-
71. Por último, con respecto a la cuota máxima del 7%, Malasia nunca ha refutado el argumento de la UE de que, al imponer un límite global a la admisibilidad de los biocarburantes convencionales (que refleja a grandes rasgos el nivel de consumo de biocarburantes convencionales de la UE cuando se introdujo ese límite), la cuota máxima del 7% tiene efectos de distorsión del comercio muy limitados, ya que tiende a preservar el *statu quo* en el momento de la introducción de la medida, sin afectar a las inversiones en la cadena de producción de biocarburantes, independientemente de dónde se hayan efectuado.
 72. Además, en cuanto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT y a la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, Malasia ha subrayado que, al conceder a los operadores económicos tiempo suficiente para adaptarse a las nuevas medidas, la Unión Europea redujo al mínimo la restrictividad del comercio (de haber alguna) de esas medidas.
 73. Malasia sostiene que es imposible hacer una cuantificación precisa de la contribución a los objetivos legítimos porque "el CIUT no puede observarse ni medirse". En primer lugar, una evaluación cuantitativa no es esencial. En segundo lugar, el CIUT se puede observar y estimar. El hecho de que las estimaciones de las emisiones derivadas del CIUT sean complejas y den lugar a resultados variables se debe a la naturaleza indirecta y mundial del CIUT. Eso no significa que las emisiones derivadas del CIUT no existan. El análisis del CIUT demostró que el aumento de la demanda de biocarburantes impulsado por la política era un riesgo importante que socavaba la integridad de esa política y que los distintos cultivos presentan un riesgo diferente en cuanto al aumento de las emisiones derivadas del CIUT y su repercusión en la biodiversidad.
 74. Al examinar la contribución de las medidas a los objetivos, debe tenerse presente, en primer lugar, el hecho de que las normas internacionales para evaluar la huella de carbono de los productos no tienen por objeto abordar el CIUT. Por consiguiente, esas normas solo son parcialmente adecuadas para la adopción de decisiones destinadas a mitigar adecuadamente el cambio climático.
 75. En segundo lugar, el aumento de la demanda de "biocarburantes convencionales" está asociado con un riesgo de CIUT y la cuota máxima del 7% tiene por objeto "preparar la transición hacia los biocarburantes avanzados y reducir al máximo las consecuencias del [CIUT]".
 76. En tercer lugar, el mercado del aceite de palma es un mercado internacional de naturaleza tal que, si en un país se frena la expansión a tierras con elevadas reservas de carbono, lo más seguro es que el ritmo se acelere en otro lugar con características climáticas similares. Por eso es apropiado adoptar un enfoque mundial que tenga en cuenta un promedio de todo el mundo y no un enfoque país por país.
 77. En cuarto lugar, la UE ha optado por centrarse en un período reciente, pero suficientemente largo, para observar la expansión de distintos cultivos de biocarburantes a tierras con elevadas reservas de carbono.
 78. En quinto lugar, la metodología de la UE relativa al CIUT tiene en cuenta los factores de productividad de los distintos cultivos de biocarburantes, así como el alto valor de retención de carbono de la palma de aceite.
 79. En sexto lugar, para determinar lo que representa una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono, en el informe de situación se hace referencia a estudios científicos y otros datos concretos. De ello se desprende que las medidas en litigio son claramente adecuadas para contribuir al logro los objetivos interrelacionados de la UE y, desde luego, no son incapaces de hacerlo.
 80. Debido a la naturaleza de los riesgos y al hecho de que las consecuencias son de amplio alcance y difíciles de prever con certeza (ya que afectan a una emergencia relacionada con la crisis climática y la destrucción de la biodiversidad), y teniendo en cuenta la moral pública conexas de la UE, un análisis cualitativo es más adecuado que uno cuantitativo en el presente asunto. Además, el enfoque de Malasia para evaluar la contribución a los objetivos de cada medida por separado es injustificado y artificial. Estas medidas forman parte de un marco jurídico más amplio (el régimen de biocarburantes de la UE), que a su vez forma parte de un amplio conjunto de medidas destinadas a abordar la crisis climática, la destrucción de la

biodiversidad y la indignación pública conexas. No funcionan en el mundo real aisladas unas de otras.

81. Por último, el régimen de biocarburantes de la UE favorece a los biocarburantes cuando alcanzan un determinado nivel de reducción de emisiones en comparación con los combustibles fósiles. Se prefieren los biocarburantes avanzados a los biocarburantes convencionales. Todos estos elementos están diseñados con el fin de hacer una contribución importante a los objetivos interrelacionados que se persiguen.
82. Con respecto a la naturaleza de los riesgos de que se trata y la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo, Malasia parece centrarse en el objetivo de reducción de las emisiones de GEI y no aborda realmente los demás objetivos interrelacionados y, en particular, la pérdida de biodiversidad. Se ha señalado que, en algunos contextos, podría ser difícil en la práctica determinar por separado la naturaleza de los riesgos y cuantificar la gravedad de las consecuencias que se derivarían de no alcanzar el objetivo. En tales circunstancias, podría ser más apropiado llevar a cabo un análisis conjunto de la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias de no alcanzar el objetivo.
83. Como se ha explicado profusamente, las medidas en litigio persiguen objetivos legítimos como un todo compuesto, y el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y las preocupaciones morales conexas se consideran valores de suma importancia en la UE.
84. La UE señala además que el artículo 2.2 emplea una técnica fotográfica y dispone que un reglamento técnico debe reflejar (en el momento de su adopción) la información disponible científica y técnica. El artículo 2.3 exige que los reglamentos técnicos no se mantengan si las circunstancias que dieron lugar a su adopción ya no existen. Las dos disposiciones son independientes y, para dar sentido a cada una de ellas, no hay que fusionarlas. Malasia no ha formulado alegaciones al amparo del artículo 2.3, pero también ha reconocido que la caracterización de determinadas materias primas como materias primas con riesgo elevado de CIUT puede evolucionar con el tiempo. Esto se contradice con su crítica constante de que las medidas en litigio no se adaptan a las circunstancias cambiantes. En realidad, Malasia quiere una adaptación que se ajuste a sus necesidades comerciales, pero critica la adaptación que sigue una metodología objetiva.
85. Malasia identificó primeramente cinco, después seis posibles medidas alternativas con respecto al límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la cuota máxima del 7%. Todas ellas adolecen de deficiencias comunes: todas ellas parten de la premisa errónea de que la medida en litigio es una prohibición total del aceite de palma y no abordan la expansión a tierras con elevadas reservas de carbono de una manera que sea equivalente a la metodología relativa al CIUT.
86. De hecho, incluso si los criterios de sostenibilidad y la metodología relativa al CIUT examinan la expansión de los cultivos a tierras con elevadas reservas de carbono, eso no significa que sean de algún modo redundantes, porque existen profundas diferencias en el modo en que los criterios de sostenibilidad y la metodología relativa al CIUT consideran ese factor. En efecto, el considerando 81 de la DFER II también explica que los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes "no abord[an] la cuestión del cambio indirecto del uso de la tierra".
87. Según los criterios de sostenibilidad, para que una determinada cantidad de biocarburante sea admisible, no debe haberse producido en cultivos plantados en tierras con elevadas reservas de carbono. Por lo tanto, en lugar de examinar la expansión que se ha producido a tierras con elevadas reservas de carbono, con arreglo a los criterios de sostenibilidad existe el requisito de que ninguna cantidad de biocarburante sea el resultado directo de esa expansión. Por otro lado, la producción de cultivos de biocarburantes puede tener lugar en tierras de cultivo que se hayan utilizado anteriormente para los mismos u otros cultivos alimentarios o forrajeros. Esos cultivos cumplirían los criterios de sostenibilidad.
88. Sin embargo, cuando la producción agrícola de alimentos o piensos sigue siendo necesaria, puede dar lugar a la extensión de la agricultura a tierras que no son de cultivo, posiblemente incluyendo zonas con elevadas reservas de carbono, como bosques, humedales y turberas. Este proceso se denomina cambio indirecto del uso de la tierra (CIUT). Como esto puede

provocar la liberación del CO2 almacenado en los árboles y el suelo, el CIUT entraña el riesgo de anular la reducción de gases de efecto invernadero que se deriva de un mayor uso de biocarburantes. A fin de abordar la cuestión del CIUT, la DFER II introduce un nuevo enfoque, que examina la superficie de expansión de cada cultivo de biocarburantes que efectivamente haya ocurrido, ya sea para satisfacer la demanda de alimentos, de piensos o de biocarburantes.

89. Con respecto a la primera alternativa propuesta por Malasia (un régimen de legalidad basado en el régimen FLEGT de la UE), hay que señalar que no basta con una simple verificación de la legalidad. El clima responde a las emisiones, no a la legalidad de la producción. Buena parte de la deforestación en el mundo es legal y está impulsada por políticas.
90. Evitar la expansión a tierras con elevadas reservas de carbono ya es un requisito con arreglo a los criterios de sostenibilidad. Por lo tanto, la alternativa propuesta es, en realidad, la sugerencia de suprimir totalmente la medida en cuestión. Además, a este respecto, en el control de adecuación realizado se ha constatado que determinados acuerdos de asociación voluntaria celebrados en el marco del régimen FLEGT de la UE no son tan eficaces para prevenir la destrucción ilegal de los bosques (y sus efectos conexos en el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la moral pública). En la evaluación de impacto se ofrecen más explicaciones para reducir al mínimo el riesgo de deforestación y degradación forestal asociado a los productos comercializados en la UE.
91. Malasia añade una nueva alternativa en su segunda comunicación escrita: la iniciativa de la UE sobre la producción libre de deforestación. Sin embargo, hay diferencias de alcance y enfoque entre ese instrumento recientemente propuesto y las medidas en litigio: el régimen de biocarburantes de la UE estimula una demanda de cultivos de biocarburantes que de otro modo no existiría y, en ese contexto, las medidas en litigio tratan de limitar la demanda de esos cultivos con riesgo elevado de CIUT. Por otra parte, la propuesta de producción libre de deforestación aborda la demanda de determinadas mercancías que existe con independencia de una determinada política concreta de la UE.
92. La tercera alternativa propuesta por Malasia se refiere a la certificación por las autoridades públicas, como el certificado de captura previsto en el régimen de la UE sobre la pesca INDNR.
93. Sin embargo, el marco de la pesca INDNR aporta un complejo conjunto de instrumentos que actúan de manera concertada, pero Malasia aísla la parte del "conjunto de instrumentos" sobre la pesca INDNR que considera conveniente (certificados de captura) y pasa por alto el resto.
94. La cuarta supuesta alternativa es la aplicación de una certificación más rigurosa por las organizaciones no gubernamentales existentes, por ejemplo en el marco de la ISCC y la RSPO y RSPO-RED. La UE observa que esos regímenes se refieren únicamente al CDUT.
95. La propuesta de Malasia de establecer unos requisitos de certificación más estrictos para todos los cultivos (centenares de ellos) no tiene en cuenta el riesgo diferente de CIUT de cada materia prima y, en particular, el grado de riesgo de expansión de cada cultivo a tierras con elevadas reservas de carbono. Por lo tanto, no es equivalente a las medidas impugnadas. Esta alternativa propuesta tampoco está disponible porque impondría una carga administrativa indebida a los operadores económicos y a las autoridades, no motivada por información científica que justifique el trato idéntico de todos los productos agropecuarios en una situación diferente con respecto a la repercusión en los valores protegidos.
96. En cuanto a la quinta alternativa propuesta por Malasia, relativa a los contingentes de acceso a los mercados que limitan las importaciones de materias primas con riesgo elevado de CIUT a determinados niveles, la UE observa que Malasia propone un sistema de restricciones cuantitativas que sería incompatible con las normas de la OMC en virtud del artículo XI del GATT de 1994.
97. La sexta alternativa propuesta por Malasia se refiere a las prescripciones específicas en materia de importación aplicadas respecto de cada remesa. Esta alternativa se basa en criterios de sostenibilidad y no aspira a tener en cuenta las emisiones derivadas del CIUT, de modo que no refleja la metodología relativa al CIUT.

98. A la luz de las explicaciones detalladas de la UE, no cabe duda de que las alternativas sugeridas por Malasia no están razonablemente disponibles, no son menos restrictivas del comercio y, en particular, no hacen una contribución equivalente a los objetivos interrelacionados que persigue la UE.
99. En conclusión, las alegaciones formuladas por Malasia al amparo del artículo 2.2 del Acuerdo OTC deben desestimarse porque las medidas en litigio persiguen objetivos legítimos y no restringen el comercio más de lo necesario.

2.5. Artículo 2.4 del Acuerdo OTC

100. Las normas ISO a que hace referencia Malasia son parcialmente pertinentes en el presente asunto porque se refieren a la estimación de las emisiones directas de gases de efecto invernadero sobre la base de un análisis del ciclo de vida. Malasia no cuestiona este aspecto del asunto.
101. Por otra parte, los riesgos de CIUT y las emisiones derivadas del CIUT no son parte integrante de las normas ISO mencionadas por Malasia ni de otras normas internacionales. Las normas ISO solo reconocen la existencia de CIUT, pero actualmente no recomiendan ningún método específico para contabilizar esas emisiones. Por consiguiente, Malasia no ha demostrado la pertinencia de esas normas con respecto a la contabilidad de las emisiones derivadas del CIUT, ni a su idoneidad o eficacia a tal efecto. De ello se sigue que Malasia no ha demostrado su argumentación al amparo del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.

2.6. Artículos 2.5, 2.9 y 2.9.4 del Acuerdo OTC

102. La Unión Europea no estaba sujeta a los procedimientos consagrados en esas disposiciones porque las "medidas" identificadas por Malasia no pueden caracterizarse adecuadamente como "reglamentos técnicos" en el sentido del Anexo 1 del Acuerdo OTC. En cualquier caso, la Unión Europea ha mantenido conversaciones con Malasia en múltiples ocasiones y en diversos foros respecto del régimen de biocarburantes de la UE, incluso antes de su adopción.

2.7. Artículo 2.8 del Acuerdo OTC

103. El concepto de riesgo elevado de CIUT no carece de sustancia suficiente para constituir la base de cualesquiera distinciones introducidas por las medidas. En cuanto a la aplicación de la fórmula, las diferencias entre el aceite de palma y otros cultivos oleaginosos no son menores o marginales, sino significativas en cuanto a los riesgos que presentan.
104. Malasia no demuestra que el concepto de riesgo elevado de CIUT "no guarda relación" con el comportamiento medioambiental del biocarburante. Aunque las normas ISO no establecen actualmente una metodología normalizada para cuantificar las emisiones derivadas del CIUT, esto no significa que el CIUT no guarde relación con el comportamiento medioambiental. Malasia tampoco ha explicado por qué deberían utilizarse las normas ISO para abordar las preocupaciones de política legítimas de la Unión Europea sobre los efectos del CIUT cuando esas normas ISO solo reconocen la existencia del CIUT, pero no recomiendan actualmente ninguna metodología específica para tener en cuenta esas emisiones. Como las respectivas normas ISO no son pertinentes y son improcedentes e ineficaces para el cumplimiento de los objetivos legítimos perseguidos por las medidas impugnadas, la premisa de Malasia respecto de su alegación al amparo del artículo 2.8 no se sostiene.

2.8. La certificación de bajo riesgo de CIUT no es un procedimiento de evaluación de la conformidad en el sentido del Anexo 1.3 del Acuerdo OTC

105. Malasia no ha demostrado que la certificación de bajo riesgo de CIUT pueda caracterizarse como un "procedimiento de evaluación de la conformidad".
106. En primer lugar, Malasia no ha identificado claramente el reglamento técnico pertinente con el que afirma que esta medida evalúa la conformidad.

107. En segundo lugar, en su segunda comunicación escrita, ha aclarado que el reglamento técnico pertinente es la "exención del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT". Sin embargo, Malasia no ha tratado de demostrar que esa "exención" sea un reglamento técnico en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC.
108. En tercer lugar, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Malasia, no se hace referencia a ese reglamento técnico ni a que constituya el fundamento jurídico de la alegación de que la certificación de bajo riesgo de CIUT es un procedimiento de evaluación de la conformidad. Por consiguiente, no se ha sometido debidamente al Grupo Especial ninguna de las alegaciones de Malasia basadas en esa premisa. Las comunicaciones de la Unión Europea sobre el fondo de las alegaciones se entienden sin perjuicio de lo que antecede.

2.9. Artículo 5.1.1 del Acuerdo OTC

109. Al evaluar si los proveedores se encuentran en una situación comparable, el alcance de la evaluación es entre diferentes proveedores de productos "similares" que están sujetos al procedimiento de "evaluación de la conformidad". Malasia confunde el criterio jurídico con una cuestión diferente, a saber, la igualdad de acceso al mercado en sí. En el marco del régimen de biocarburantes de la UE, el "acceso" a los procedimientos de conformidad solo es pertinente para los productores de biocarburantes producidos a partir de materias primas con riesgo elevado de CIUT.

2.10. Artículos 5.1.2 y 5.2.1 del Acuerdo OTC

110. La falta de normas detalladas de certificación no está comprendida en el ámbito del artículo 5.1.2. Malasia no ha alegado que las normas de certificación se hayan elaborado de manera que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. En cualquier caso, la falta de normas detalladas de certificación no impide la certificación de bajo riesgo de CIUT, y hubo tiempo suficiente para establecer regímenes voluntarios antes de que la DFER II entrara en vigor. La crítica de Malasia se dirige más bien contra las normas de certificación de bajo riesgo de CIUT establecidas en el Reglamento Delegado. Esos argumentos se han abordado en otro lugar. En cualquier caso, la Unión Europea no acepta la premisa de que toda forma de verificación equivale a un obstáculo al comercio.
111. En segundo lugar, por lo que respecta al artículo 5.2.1, la expresión "se inicien y ultimen" demuestra que esta disposición abarca los procedimientos de aprobación posteriores a la recepción de una solicitud. La alegación de Malasia no está comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición porque impugna únicamente la falta de normas de certificación. Además, el procedimiento de reconocimiento de regímenes voluntarios por la Comisión Europea no está comprendido en el mandato del Grupo Especial y, en todo caso, queda fuera de la definición de los procedimientos de evaluación de la conformidad.

2.11. Artículos 5.6.1, 5.6.2 y 5.6.4 del Acuerdo OTC

112. La Unión Europea considera que, en cualquier caso, cumplió las obligaciones de procedimiento contenidas en esas disposiciones mediante un taller de expertos, un período de cuatro semanas para formular observaciones y una reunión de las partes interesadas.

2.12. Artículo 5.8 del Acuerdo OTC

113. Malasia afirma incorrectamente que la Unión Europea no ha publicado prontamente ni ha puesto de otra manera a disposición el procedimiento de evaluación de la conformidad en el presente asunto. El Reglamento Delegado se publicó el 21 de mayo de 2019, mientras que el acto de ejecución se publicó el 27 de junio de 2022.

2.13. Artículos 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC

114. La expresión "ten[er] en cuenta" en el artículo 12.3 del Acuerdo OTC significa prestar una consideración activa y significativa a las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros antes de adoptar una decisión. El artículo 12.3 no impone una obligación de resultado ni prescribe cómo tenerlas en cuenta o documentar específicamente cómo se tuvieron en cuenta. Esta obligación se cumple si el país en desarrollo comunicó sus

preocupaciones y si el Miembro que adopta la medida mantuvo conversaciones sobre esas preocupaciones, internamente o en el marco de comunicaciones o consultas con el país en desarrollo.

115. Además, Malasia no ha establecido que la DFER II afectara a sus "necesidades [...] en materia de desarrollo, finanzas y comercio". En cualquier caso, la UE ha demostrado que prestó una consideración activa y significativa a las necesidades pertinentes de Malasia y ajustó algunos aspectos de las medidas en litigio.

3. ALEGACIONES DE MALASIA AL AMPARO DEL GATT DE 1994

3.1. Artículo I.1 del GATT de 1994

116. Malasia no ha establecido una infracción del artículo I.1 del GATT de 1994. Con respecto a la "similitud" de los productos, la UE se remite a los argumentos expuestos *supra*. Malasia tampoco ha demostrado que las medidas en litigio "afecten" a las ventas de biocarburantes en el mercado interior. Tampoco ha demostrado que las medidas en litigio "afecten" a las ventas de aceite de palma como insumo para los biocarburantes en el mercado interior. Cualquier posible limitación de la demanda de aceite de palma no es el resultado de ningún trato impuesto por las medidas impugnadas.
117. Las alegaciones de Malasia se basan en las mismas ideas erróneas —en cuanto al diseño y funcionamiento de las medidas— que menoscaban las alegaciones planteadas con respecto al artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Las medidas en litigio no diferencian entre biocarburantes basados en cultivos oleaginosos sobre la base de su origen. Todo el aceite de palma, ya sea importado de Malasia, de otro Miembro o producido en la Unión Europea, tiene igual derecho a contribuir al objetivo de la Unión Europea en materia de energías renovables. Además, las medidas en litigio no actúan para garantizar que haya ninguna "ventaja". Los Estados miembros imponen obligaciones a sus proveedores de combustible de forma que se garantice el cumplimiento del objetivo general del sector del transporte, pero tienen la libertad de determinar su respectiva combinación de combustibles y no están obligados a incentivar ningún biocarburante convencional.
118. El artículo I.1 del GATT de 1994 no obliga a los Miembros de la OMC a hacer extensiva a todos los Miembros una "ventaja" sujeta a determinadas condiciones en los casos en que sus productos no cumplen esas condiciones especificadas. Como las emisiones totales de GEI asociadas con la producción de distintos biocarburantes son diferentes, hay una base legítima sobre la cual otorgar la supuesta "ventaja" únicamente al subconjunto de productos "similares" (con independencia de su origen) que cumple las condiciones prescritas en cuanto a las emisiones totales de GEI.

3.2. Artículo III.4 del GATT de 1994

119. Malasia alega que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT otorgan un trato menos favorable al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y al aceite de palma importados que el que otorgan a las materias primas y sus biocombustibles derivados nacionales "similares". Malasia afirma, por motivos esencialmente idénticos a los invocados con respecto a sus alegaciones formuladas al amparo del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, que la Unión Europea ha concedido un trato menos favorable al aceite de palma.
120. El artículo III.4 no implica que, cada vez que no se concede una ventaja a un producto del grupo de productos importados similares, un grupo especial pueda concluir que existe discriminación con arreglo al artículo III.4 del GATT de 1994.
121. La comparación ha de realizarse al nivel del grupo de productos similares. Sin embargo, como Malasia basa su análisis del "trato menos favorable" en un análisis sesgado y una definición parcial del grupo de "productos similares", los argumentos de Malasia no pueden demostrar que las medidas impugnadas tengan una repercusión asimétrica en los productos importados frente a los productos nacionales cuando se tiene en cuenta todo el grupo de productos.

3.3. Artículo XI del GATT de 1994

122. La alegación de Malasia implica que toda medida reglamentaria interna que esté en contradicción con el artículo III del GATT de 1994 (porque afecta negativamente a la oportunidad de competencia de los productos importados) también estaría automáticamente en contradicción con el artículo XI del GATT de 1994 (porque reduciría la demanda interna de los productos importados y entonces crearía un desincentivo a la importación).
123. Sin embargo, del texto de los artículos XI y III y de la jurisprudencia se desprende que solo las prohibiciones o restricciones a la importación o las medidas que imponen una condición a la importación que puede limitar la cantidad de importaciones de un producto están comprendidas en el artículo XI. Por otra parte, como norma, las medidas de reglamentación interiores están comprendidas en el artículo III. El efecto perjudicial en las oportunidades comerciales para los productos importados resultante de la aplicación de una reglamentación interior no puede considerarse una medida comprendida en el artículo XI; de lo contrario, el artículo III y el artículo XI coincidirían en lo sustancial y una de esas dos disposiciones sería inútil.
124. El límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT regulan en el mercado interno de la UE la posibilidad de contabilizar los biocarburantes con riesgo elevado de CIUT a los efectos de los objetivos de la UE en materia de energías renovables. Por consiguiente, cualquier efecto perjudicial en las oportunidades comerciales de los productos importados que pudiera derivarse de la aplicación de esa reglamentación interior no es una restricción a la importación ni una medida mediante la cual se imponga o mantenga una restricción a la importación en el sentido del artículo XI del GATT de 1994.
125. De ello se sigue que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT no están comprendidos en el ámbito del artículo XI.
126. Tampoco la certificación de bajo riesgo de CIUT constituye una medida comprendida en el artículo XI del GATT de 1994, porque se trata de una medida favorable a los productores de cultivos con riesgo elevado de CIUT.

3.4. Artículo X.3 a) del GATT de 1994

127. Las alegaciones de Malasia no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo X.3 a). Las normas relativas a las medidas consistentes en el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son de carácter sustantivo y no conciernen a la aplicación de esa medida ni a la forma en que se le da efecto práctico. La alegación de Malasia se refiere a las supuestas deficiencias de esas medidas, cuya compatibilidad con otras disposiciones del GATT de 1994 puede ser examinada.
128. La ausencia de normas de certificación detalladas no es incompatible con el artículo X.3 a) ya que no demuestra una "aplicación no razonable" o una aplicación incompatible de la certificación de bajo riesgo de CIUT. Los criterios establecidos en el Reglamento Delegado a tal efecto ya son suficientemente detallados. Además, el reconocimiento por la Comisión de tres regímenes voluntarios antes de la adopción de las normas de certificación detalladas demuestra que no son indispensables para el establecimiento y funcionamiento de regímenes voluntarios.

3.5. Artículo XX del GATT de 1994

129. Los objetivos que persigue la UE están interrelacionados. El cambio climático, la degradación ambiental y la pérdida de biodiversidad suscitan preocupaciones de orden moral. No se puede negar que el cambio climático induce la pérdida de biodiversidad y la pérdida de biodiversidad da lugar al cambio climático. Además, la biodiversidad tiene un gran valor médico y, desde esa perspectiva, es de interés directo para la humanidad. El criterio jurídico previsto en el artículo XX se ajusta fácilmente a los objetivos interrelacionados del régimen adoptado por la UE.

-
130. No es solo que los artículos XX b) y XX g) protejan valores similares, también los criterios de que las medidas sean "necesarias" y "relativas a" son en la práctica muy similares con arreglo a la jurisprudencia pertinente. Asimismo, el análisis de la parte introductoria también puede servir de herramienta para abordar los criterios jurídicos de necesidad y de que las medidas sean "relativas a".
 131. En el asunto que nos ocupa, la UE ha demostrado que existe una auténtica y estrecha relación de medios y fines entre las medidas en litigio y la protección de la moral pública, de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, y la conservación de los recursos naturales agotables. En otras palabras, las medidas en litigio son "necesarias" en el sentido de los artículos XX a) y b), y son "relativas a", como exige el artículo XX g).
 132. Además, la UE considera que el texto y el objetivo de la parte introductoria exigen un examen de los múltiples objetivos de las medidas en litigio. Esas medidas forman parte de un amplio conjunto de políticas para hacer frente a la crisis climática y el colapso de la biodiversidad, y proteger el medio ambiente y la moral pública en la UE.
 133. El cambio climático tiene varias características pertinentes. En particular, sus efectos no se circunscriben a fronteras o regiones específicas, y no hay una relación directa entre la fuente de las emisiones de GEI y los efectos del cambio climático: pueden producirse efectos devastadores en lugares donde las emisiones de GEI son bajas.
 134. Hay una destrucción de la biodiversidad sin precedentes en la historia de la humanidad. Las especies no tienen tiempo para adaptarse a los cambios que se producen en una fracción de segundo en términos evolutivos. Según un informe científico de 2019, un millón de especies están amenazadas de extinción en nuestro planeta, y estudios de 2018 sobre la biomasa muestran que el 96% de todos los mamíferos de la Tierra son los seres humanos y sus mamíferos domesticados, y únicamente el 4% son mamíferos silvestres.
 135. Es importante señalar que existe un vínculo directo entre la pérdida de biodiversidad y el cambio climático, algo que los dirigentes políticos reconocen cada vez más. Es evidente que una biodiversidad rica mitiga el cambio climático en gran medida. La crisis climática y la destrucción de la biodiversidad nos afectan y nos preocupan a todos. Que el cambio climático, la degradación del medio ambiente y la pérdida de biodiversidad son motivo de preocupación moral es algo que trasciende fronteras, profesiones, edades, riqueza y orientación política.
 136. Por lo tanto, la UE invoca simultáneamente los artículos XX a), b) y g) en las presentes actuaciones. Esto significa que los tres objetivos basados en valores y datos científicos están interrelacionados y que, para que no prospere la defensa combinada de la UE, tampoco deben prosperar las tres justificaciones en su conjunto. La UE no solicita un salto "revolucionario" en la jurisprudencia, sino que se aplique la jurisprudencia existente a las nuevas realidades.
 137. Los objetivos de las medidas están comprendidos en el marco de valores que los artículos XX a), b) y g) del GATT de 1994 reconocen como objetivos legítimos. Las medidas satisfacen el nivel requerido de relación entre ellas y los objetivos perseguidos, y se aplican de manera no discriminatoria entre los países en que prevalecen las mismas condiciones, como exige la parte introductoria del artículo XX.
 138. No hay en el artículo XX ni en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC ninguna limitación territorial explícita o implícita. Además, no es necesario que el Grupo Especial aborde la cuestión de si hay o no limitaciones jurisdiccionales implícitas en el artículo XX para asegurar una solución positiva a la presente diferencia, ya que el cambio climático y la biodiversidad son de carácter mundial y en consecuencia existe el vínculo exigido con el territorio de la UE. Esos elementos gozan de reconocimiento internacional, incluso en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Además, las Directrices sobre la protección de la atmósfera de la CDI expresan la obligación que incumbe a los Estados de "proteger la atmósfera".
 139. En cualquier caso, el texto mismo del artículo XX respalda la posición de la Unión Europea. Por ejemplo, cabe invocar el artículo XX a) para proteger la moral pública en el Miembro de la OMC afectado en relación con circunstancias ajenas a su territorio. De no ser así, los

Miembros no podrían limitar o impedir la importación de mercancías producidas de manera contraria a su moral pública (por ejemplo, utilizando mano de obra esclava o de forma que no se ajuste a sus creencias religiosas) por la única razón de que las circunstancias que ocasionan una ofensa de su moral pública no se dan dentro de sus fronteras. Lo mismo es cierto en el marco del artículo 2.2 del Acuerdo OTC.

140. Además, la finalidad explícita del artículo XX g) del GATT de 1994 es brindar protección frente a riesgos que surgen también fuera de las fronteras de un Miembro. Así pues, para que una medida esté justificada al amparo de ese artículo, debe ir acompañada por una restricción imparcial a la producción o al consumo nacionales que contribuya al mismo objetivo (es decir, una restricción aplicable dentro de las fronteras del Miembro que adopta la medida). Por lo tanto, la medida debe perseguir necesariamente el mismo objetivo de conservar los recursos naturales vivos y no vivos fuera del territorio del Miembro.
141. En segundo lugar, los redactores de los tratados han impuesto una limitación territorial expresa cuando lo han considerado necesario, como en el Acuerdo MSF.
142. En tercer lugar, el objeto y fin de la disposición de que se trata confirma esta interpretación. Si se aplica el principio de efectividad, la única conclusión que cabe alcanzar es que la protección efectiva de los valores no comerciales abarcados por el artículo XX o el artículo 2.2 no puede conciliarse con una limitación territorial.
143. En cuarto lugar, Malasia hace una breve referencia a una constatación del Grupo Especial en el asunto *CE - Preferencias arancelarias* que no fue objeto de examen en apelación. Además, en aquel asunto el grupo especial se enfrentó a un contexto fáctico distinto. Por otra parte, ya durante la época del GATT, el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Atún (CEE)* "no pudo apreciar motivo válido para sostener la conclusión de que las disposiciones del apartado g) del artículo XX se aplican únicamente a políticas relacionadas con la conservación de recursos naturales agotables situados dentro del territorio [del Miembro regulador]".
144. En quinto lugar, la UE no regula lo que sucede en Malasia. La UE se limita, de manera perfectamente compatible con las normas de la OMC, a imponer determinadas condiciones para que se considere que los productos en cuestión pueden cumplir los objetivos de la UE en materia de energías renovables cuando se utilizan en el mercado de la UE. De hecho, la finalidad misma de las medidas adoptadas para proteger los valores consagrados en las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994 (o en el ejercicio de equilibrio del artículo 2.2 del Acuerdo OTC) es inducir al cumplimiento de determinadas políticas legítimas, como ha confirmado el Órgano de Apelación.
145. En sexto lugar, debido a la naturaleza mundial del CIUT, el riesgo de cambio climático y destrucción de la biodiversidad no se plantea necesariamente fuera de las fronteras de la UE, pues también puede surgir dentro de la UE. Por lo tanto, la cuota máxima del 7% y los criterios para evaluar los biocarburantes con riesgo elevado de CIUT se aplican a todos los cultivos de biocarburantes convencionales.
146. Por último, puesto que se trata de la moral pública de la UE, este aspecto no debería ser controvertido. El hecho de que las preocupaciones de la UE en materia de moral pública sean compartidas por una amplia variedad de culturas, religiones y profesiones, y en todos los segmentos de edad, solo refuerza el punto de vista de la UE. Por consiguiente, el efecto del cambio climático y la destrucción de la biodiversidad puede dejarse sentir en lugares distintos de aquellos en que se producen las emisiones de GEI o en que se ve afectada la biodiversidad. De mismo modo, el lugar donde se produzcan las emisiones de GEI o donde se vea afectada la biodiversidad no influye en absoluto en la moral pública de la UE. La destrucción de hábitats intactos y la eliminación de especies silvestres en Malasia, la UE o cualquier otro lugar, seguirá afectando a la moral pública de la UE.
147. La UE ha demostrado que las medidas en litigio son adecuadas para contribuir, y sin duda contribuyen, a los objetivos declarados. La UE ya ha explicado que los objetivos perseguidos por las medidas específicas impugnadas por Malasia son los mismos que los perseguidos en términos más generales por la totalidad del marco reglamentario de la UE que promueve el

uso de energía procedente de fuentes renovables, incluso en el marco del régimen de biocarburantes de la UE.

148. Malasia ha identificado determinados aspectos del régimen de biocarburantes de la UE como las medidas en litigio. Sin embargo, las diversas medidas de la UE impugnadas por Malasia no existen en el vacío. Forman parte de un marco jurídico complejo que aborda realidades interrelacionadas y funcionan conjuntamente para perseguir los objetivos de mitigar el cambio climático, mitigar la pérdida de biodiversidad y dar respuesta a las correspondientes preocupaciones de orden moral de la UE.
149. Los objetivos perseguidos son de suma importancia y las medidas en litigio hacen una contribución auténtica a esos objetivos. En la medida en que el Grupo Especial constate que Malasia ha demostrado que las medidas afectan al comercio porque se "desincentivan" los biocarburantes basados en aceite de palma, solo lo hacen en la medida necesaria para asegurar que las medidas contribuyen a los objetivos perseguidos.
150. Las medidas en litigio no prohíben el uso de determinados biocarburantes en el sector del transporte. Las normas respectivas solo limitan la cantidad que puede contabilizarse como contribución a los objetivos en materia de energías renovables, reduciendo progresivamente a cero para 2030 la contabilización de los biocarburantes convencionales producidos a partir de cultivos alimentarios y forrajeros con riesgo elevado de CIUT. Esas normas se complementan con los criterios de certificación de bajo riesgo de CIUT. Así pues, la repercusión en el comercio de las medidas en litigio es limitada.
151. Para presentar una alternativa adecuada menos restrictiva del comercio, el reclamante debe proponer una solución que pueda lograr el mismo nivel de protección para los tres objetivos interrelacionados al mismo tiempo. Pero, como demuestra el análisis de las alternativas propuestas por Malasia en el contexto del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, Malasia no ha propuesto ninguna alternativa adecuada menos restrictiva del comercio en el contexto del artículo XX.
152. Las medidas en litigio son imparciales, como exige el artículo XX g). La cuota máxima del 7% y la metodología para determinar qué cultivos tienen un riesgo elevado de CIUT se aplican a todos los cultivos forrajeros y alimentarios nacionales e importados, con independencia de su origen.
153. Por último, las medidas en litigio se aplican de manera no discriminatoria. La UE ha realizado grandes esfuerzos durante un largo período de tiempo en diversos foros internacionales con el fin de encontrar puntos de convergencia para abordar debidamente la emergencia climática y en materia de biodiversidad, y seguirá haciéndolo. Sin embargo, como los instrumentos internacionales suelen expresar el mínimo denominador común, la UE tiene que abordar estos fenómenos urgentes, ya que no existe un planeta alternativo.
154. A los efectos del análisis de la parte introductoria, habida cuenta del carácter mundial del CIUT y del mercado de cultivos de biocarburantes, la "condición pertinente" es el riesgo de CIUT inducido por la producción de una determinada materia prima. Esto se debe a que las distintas materias primas tienen una repercusión diferente en el medio ambiente. La diferencia de trato en virtud de las medidas en litigio se da entre los distintos cultivos de materias primas, con independencia de los países en que se produzcan. Es por lo tanto necesario adoptar un enfoque que examine la posición general mundial con respecto a cada materia prima, y no un enfoque que discrimine entre países, porque el riesgo de CIUT asociado a la producción de una determinada materia prima es el mismo sea cual sea el país que produzca esa materia prima.
155. Para concluir, el enfoque de la UE: i) está firmemente basado en el propio texto jurídico de los artículos XX a), b) y g); y ii) está incorporado en la naturaleza y el funcionamiento de los objetivos combinados que persigue la medida en litigio. En consecuencia, las medidas en litigio están justificadas al amparo de los artículos XX a), b) y g) del GATT de 1994 y de su parte introductoria.

4. LA MEDIDA DE FRANCIA

4.1. Antecedentes fácticos

156. El TIRIB (es decir, el *Taxe Incitative Relative à l'Incorporation de Biocarburant*, Impuesto Incentivo relativo a la Incorporación de Biocombustibles) es un impuesto sobre el comportamiento diseñado para cambiar el comportamiento de los operadores económicos de modo que incorporen energías renovables en el combustible que despachan para consumo, contribuyendo así al logro del objetivo de Francia en materia de cambio climático y medio ambiente. En consecuencia, el TIRIB está diseñado para gravar únicamente los combustibles que contienen una proporción de energías renovables menor que los objetivos de incorporación fijados por la ley.
157. El TIRIB se organiza en torno a una imposición fiscal y una reducción/exención, que se aplica en proporción a la energía renovable incorporada, hasta la cantidad establecida como objetivo por el legislador francés. Los biocarburantes hechos con aceite de palma no se consideran "energía renovable" a los efectos del TIRIB. El TIRIB y la reducción del TIRIB están indisolublemente vinculados. Uno no tendría razón de existir sin la otra.
158. El legislador no persigue un objetivo presupuestario a través del TIRIB y, de hecho, desde su establecimiento, los ingresos producidos por el TIRIB han sido insignificantes.

4.2. Alegaciones de Malasia al amparo del GATT contra el TIRIB

159. Malasia impugna el TIRIB tanto al amparo de las frases primera y segunda del artículo III.2 del GATT de 1994 como al amparo del artículo I.1 del GATT de 1994. Aunque inicialmente la UE entendió que Malasia aducía que el TIRIB discrimina entre los biocarburantes "similares" o "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" importados y nacionales (o de otro Miembro de la OMC) y sus materias primas, Malasia aclaró en su segunda comunicación escrita que la discriminación que impugna es entre los combustibles nacionales (o de otro Miembro de la OMC) de gasolina y diésel que contienen biocarburantes basados en cultivos oleaginosos (distintos de los biocarburantes hechos con aceite de palma) y los combustibles de gasolina y diésel importados que contienen biocarburantes basados en cultivos de palma de aceite. Estos son los productos que Malasia considera "similares" o "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente" y cuyo trato debería compararse a los efectos de las alegaciones formuladas por Malasia al amparo del GATT contra el TIRIB.
160. Sin embargo, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Malasia no se menciona ninguna alegación formulada al amparo de los artículos I o III del GATT de 1994 contra el TIRIB sobre la base de una supuesta discriminación entre los productos "similares" o "directamente competidores o que pueden sustituirse directamente". Por consiguiente, la alegación de Malasia al amparo del GATT contra el TIRIB no ha sido debidamente sometida al Grupo Especial.
161. Además, Malasia no ha demostrado ni que los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocarburantes basados en cultivos oleaginosos (distintos de los biocarburantes hechos con aceite de palma) y los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocarburantes basados en cultivos de palma de aceite sean productos similares, ni que los primeros sean nacionales u originarios de un país distinto de Malasia, mientras que estos últimos son importados u originarios de Malasia. Malasia no ha aducido (ni mucho menos demostrado) que produzca combustibles de gasolina y diésel que contienen biocarburante basado en cultivos de palma de aceite, ni que exporte a Francia combustibles de gasolina y diésel que contienen biocarburantes basados en cultivos de palma de aceite. En consecuencia, Malasia no ha demostrado que pueda estar *de facto* discriminada por una medida neutral en cuanto al origen que supuestamente afecta a los combustibles de gasolina y diésel que contienen biocarburante basado en cultivos de palma de aceite. En pocas palabras, Malasia no ha acreditado *prima facie* que se cumplan los requisitos para la aplicación de los artículos I.1 y III.2 del GATT de 1994.
162. A la luz de lo que antecede, la UE pide al Grupo Especial que rechace las alegaciones de Malasia contra el TIRIB basadas en los artículos I.1 y III.2 del GATT de 1994. Si el Grupo Especial constata que alguna de las alegaciones al amparo del GATT contra el TIRIB

está bien fundada (*quod non*), la Unión Europea considera que la exclusión del biocarburante basado en aceite de palma de la reducción del TIRIB está justificada sobre la base del artículo XX del GATT de 1994. Los argumentos formulados por la UE al amparo del artículo XX del GATT de 1994 con respecto a las medidas de la UE impugnadas por Malasia se aplican *mutatis mutandis* al TIRIB.

4.3. Alegaciones de Malasia al amparo del Acuerdo SMC

163. Malasia aduce que la medida de Francia constituye una i) contribución financiera o un ii) sostenimiento de los ingresos o de los precios por un gobierno o un organismo público, que iii) otorga un beneficio, y que iv) es una subvención específica.
164. Con respecto a i), Malasia sostiene que el Impuesto General sobre las Actividades Contaminantes es el punto de referencia normativo, y que la reducción del TIRIB es la excepción. Malasia alega que la exclusión de los combustibles de gasolina y diésel, en la medida en que contengan biocarburante basado en cultivos de palma de aceite, de la reducción del TIRIB es el trato fiscal que debería aplicarse, en cambio, a los ingresos de los supuestos receptores de la subvención.
165. Malasia aplica un "criterio de norma/excepción" automático y formalista, sin tener en cuenta el diseño y la estructura del TIRIB ni el principio por el que este se rige. En todo caso, de identificarse una "norma general" que refleje la "situación normal" o "común" en el marco del régimen del TIRIB, sería una situación en la que los operadores económicos incorporasen una cantidad suficiente de biocarburantes "renovables", de modo que no tuvieran que pagar el TIRIB. Por consiguiente, la excepción es el despacho en el mercado francés de carburante que no contiene biocarburantes "renovables", que activa el pago del impuesto. De ello se desprende que el punto de referencia normativo de Malasia es incorrecto, ya que la exclusión de la reducción del TIRIB no es el punto de referencia normativo del TIRIB, la norma general de tributación ni la situación común resultante de los principios por los que se rige el TIRIB.
166. Los operadores económicos que incorporan biocarburante basado en aceite de palma no están en una situación comparable a la de los operadores económicos que incorporan biocarburantes distintos del biocarburante basado en aceite de palma, puesto que estos últimos no contribuyen en modo alguno a los objetivos de interés público que persigue el TIRIB. En consecuencia, sus ingresos respectivos tampoco son comparables. Por otra parte, todos los contribuyentes que incorporan energías renovables y sus ingresos reciben el mismo trato, ya que no estarán obligados a pagar el TIRIB.
167. Por consiguiente, como el trato fiscal impugnado constituye el punto de referencia normativo (que es el trato fiscal aplicado a todos los ingresos comparables de cualquier contribuyente que esté en una situación comparable y también la norma general de tributación en el marco del TIRIB), el Gobierno no condona ningún ingreso que en otro caso se percibiría.
168. Con respecto a ii), un Miembro que desee demostrar que una medida es una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios que está comprendida en el artículo 1 del Acuerdo SMC deberá referirse necesariamente al artículo XVI del GATT de 1994 para fundamentar su posición. Sin embargo, esa referencia no figura en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Malasia. Por consiguiente, la alegación de Malasia de que la reducción del TIRIB es un sostenimiento de los ingresos o de los precios no ha sido debidamente sometida al Grupo Especial.
169. En cualquier caso, la medida no hace nada para mantener "el valor de los precios o de los ingresos percibidos por una rama de producción/empresa(s)" y, en particular, de productores nacionales, como aduce Malasia. De hecho, no hay ninguna rama de producción que incorpore únicamente biocombustibles distintos del aceite de palma, porque todos los operadores económicos pertinentes combinan diferentes tipos de biocarburantes a fin de cumplir la norma nacional sobre combustibles. En segundo lugar, el TIRIB no reduce los costos de producción de biocarburantes ni los costos de adquisición de biocarburantes, que deben seguir recayendo íntegramente en los operadores económicos. La medida simplemente fomenta la incorporación y el despacho para consumo de una fuente diferente de energía renovable, cualquiera que sea su origen.

170. En cualquier caso, la reducción del TIRIB no puede describirse como "una política de sostenimiento de los ingresos que aísla a esos operadores económicos de los verdaderos costos que tendrían que afrontar de no existir la medida en litigio." Sin la reducción del TIRIB no habría TIRB, ya que todo el régimen del TIRIB carecería de finalidad. Por lo tanto, de no existir la medida, los "verdaderos costos" que tendrían que afrontar los operadores serían que no habría TIRB. En consecuencia, la exención del TIRIB no constituye un mecanismo para sostener los ingresos de los productores nacionales.
171. Los argumentos de Malasia relativos a la existencia de un beneficio son puramente consiguientes a la constatación por el Grupo Especial de que la reducción del TIRIB es una contribución financiera de una forma de sostenimiento de los ingresos. Dado que este último conjunto de argumentos no está bien fundado, el Grupo Especial debería concluir que Malasia no ha demostrado que la reducción del TIRIB otorgue un beneficio.
172. En cualquier caso, Malasia no ha demostrado que el TIRIB sea una subvención específica, como exige el artículo 2 del Acuerdo SMC. Si bien el enfoque de Malasia respecto de la especificidad *de jure* presupone que algunos operadores económicos están excluidos de la reducción porque incorporan únicamente un determinado tipo de biocarburante, la propia Malasia niega ese supuesto y explica que, en realidad, no existe ese grupo de empresas.
173. Malasia admite que todas las empresas a las que se aplica el TIRIB (operadores económicos que despachan combustibles para consumo en el mercado de Francia) pueden optar (tienen acceso) a la exención del TIRIB, porque todos ellos incorporan cualquier tipo de biocarburante. Por lo tanto, la exención del TIRIB no puede tener un alcance más amplio en lo que respecta a las empresas que tienen acceso a ella, puesto que ningún operador que deba pagar el TIRIB está excluido de la reducción del TIRIB. Además, Malasia no ha hecho ningún esfuerzo para evaluar si los criterios para determinar la admisibilidad y la cuantía de la subvención cumplen lo dispuesto en el artículo 2.1 b) del Acuerdo SMC.
174. Por último, Malasia no ha demostrado que la reducción del TIRIB haya causado un perjuicio grave a Malasia con arreglo a los artículos 6.3 a) y 6.3 c) del Acuerdo SMC. En primer lugar, Malasia ha examinado datos correspondientes a una definición parcial e incorrecta de los "productos similares" en su evaluación de si el efecto de la reducción del TIRIB era desplazar las importaciones de los "productos similares" procedentes de Malasia, o causar una pérdida de ventas del "producto similar" procedente de Malasia. En segundo lugar, Malasia alega que la "pérdida de ventas" se produce en el mercado de la UE, mientras que el único mercado al que se aplica el TIRIB es el mercado de Francia: por lo tanto, no se ha demostrado la posible repercusión de la reducción del TIRIB en las ventas globales de biocarburante basado en aceite de palma y materias primas procedentes de Malasia en todo el mercado de la UE. En tercer lugar, Malasia no demuestra la existencia de ninguna pérdida significativa de ventas. En cuarto lugar, Malasia no ha presentado pruebas suficientes para demostrar ningún efecto de desplazamiento. Por último, Malasia no ha demostrado que exista una relación auténtica y sustancial de causa a efecto entre la reducción del TIRIB y el supuesto desplazamiento y supuesta pérdida de ventas.

5. MEDIDAS DE LITUANIA

175. Las alegaciones de Malasia relativas a las medidas de Lituania no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. En primer lugar, Malasia no identifica las disposiciones de Lituania por las que se aplican las partes pertinentes de las medidas de la UE que impugna, ni deja claro qué disposiciones del ordenamiento jurídico de Lituania son supuestamente incompatibles con qué obligación en el marco de la OMC.
176. En cualquier caso, Malasia no ha establecido una presunción *prima facie* contra la(s) medida(s) de Lituania porque no ha presentado debidamente al Grupo Especial las pruebas que supuestamente contienen la(s) medida(s) que desea impugnar (lo que infringe la regla 5 1) y la regla 6 1) del Procedimiento de Trabajo del Grupo Especial) y, por consiguiente, no ha demostrado en qué consiste(n) esa(s) medida(s), imposibilitando que la UE la(s) defienda y que el Grupo Especial formule cualquier constatación al respecto. A la luz de lo que antecede, las alegaciones de Malasia deben ser rechazadas en su totalidad por el Grupo Especial.

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS**

	Índice	Página
Anexo C-1	Resumen integrado de los argumentos de Australia	69
Anexo C-2	Resumen integrado de los argumentos del Brasil	72
Anexo C-3	Resumen integrado de los argumentos del Canadá	76
Anexo C-4	Resumen integrado de los argumentos de Colombia	81
Anexo C-5	Resumen integrado de los argumentos de Costa Rica	87
Anexo C-6	Resumen integrado de los argumentos del Ecuador	91
Anexo C-7	Resumen integrado de los argumentos de Indonesia	96
Anexo C-8	Resumen integrado de los argumentos del Japón	102
Anexo C-9	Resumen integrado de los argumentos de la República de Corea	108
Anexo C-10	Resumen integrado de los argumentos de la Federación de Rusia	111
Anexo C-11	Resumen integrado de los argumentos de Ucrania	114
Anexo C-12	Resumen integrado de los argumentos del Reino Unido	120
Anexo C-13	Resumen integrado de los argumentos de los Estados Unidos	124

ANEXO C-1**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE AUSTRALIA***

1. Australia agradece la oportunidad de presentar sus opiniones sobre las cuestiones jurídicas planteadas en el presente procedimiento, que se refieren a las obligaciones que corresponden a los Miembros de la OMC en virtud del Acuerdo OTC¹ y el GATT de 1994.²
2. Para empezar, Australia desea subrayar que reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a adoptar las medidas necesarias para proteger objetivos legítimos de política pública, como la protección del medio ambiente. Sin embargo, Australia sustenta la firme opinión de que los Miembros de la OMC no deben, con el pretexto de proteger el medio ambiente, aplicar medidas comerciales proteccionistas.
3. Las normas de la OMC reconocen el derecho de los Miembros de la Organización a reglamentar para abordar objetivos legítimos de política pública. Estas normas, expresadas en los Acuerdos de la OMC e interpretadas en numerosas diferencias sustanciadas en la OMC, proporcionan amplia orientación para que este grupo especial determine si las medidas en litigio en la presente diferencia cumplen esas normas. En esta declaración, Australia no formula ninguna observación sobre las cuestiones de hecho planteadas en esta diferencia ni sobre el fondo de los argumentos de ninguna de las partes, sino que presenta sus opiniones acerca de los criterios jurídicos que deben cumplirse.
4. A tal fin, esta declaración se centrará en primer lugar en el criterio jurídico correcto para determinar la "restrictividad del comercio", la "contribución" y las "alternativas menos restrictivas del comercio" en el marco del artículo 2.2 del Acuerdo OTC; y en segundo lugar en el sentido de los términos "necesarias" y "relativas a" en determinados párrafos del artículo XX del GATT de 1994.
5. Australia recuerda que ha proporcionado anteriormente observaciones similares a los miembros de este grupo especial en la comunicación que presentó en el procedimiento de la diferencia DS593³, y sus opiniones no han cambiado. Australia agradece al grupo especial las preguntas formuladas con antelación a los terceros en esta diferencia, y facilitará respuestas por escrito a su debido tiempo.

Restrictividad del comercio del reglamento técnico

6. En primer lugar, Australia formula algunas observaciones sobre la determinación de la "restrictividad del comercio" de un reglamento técnico.
7. A juicio de Australia, para determinar el grado de "restrictividad del comercio", el grupo especial debería guiarse por lo que dijo el Órgano de Apelación en el asunto *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, a saber, que debería examinar la estructura, el diseño y el funcionamiento de la medida, así como tener en cuenta todas las pruebas pertinentes aducidas por las partes.⁴
8. En su primera comunicación escrita, la UE sostuvo que la repercusión en el comercio de las medidas en litigio "no [es] muy importante" porque esas medidas no impiden el acceso a los mercados.⁵ Australia no está de acuerdo con esta afirmación. El hecho de impedir el acceso a los mercados no es el criterio jurídico adecuado para determinar el grado de "restrictividad del comercio" en el marco del artículo 2.2.

* Australia ha solicitado que se utilice como resumen de sus argumentos su declaración oral.

¹ Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

² Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

³ UE - *Aceite de palma (Indonesia)*.

⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párrafos 6.392-6.393.

⁵ Véase por ejemplo la primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 842.

9. Está firmemente establecido que el artículo 2.2 del Acuerdo OTC reconoce que la restrictividad del comercio es admisible. Lo que en realidad se prohíbe son las restricciones al comercio internacional que van más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de un reglamento técnico a un objetivo legítimo.
10. Al determinar el grado de "restrictividad del comercio", un grupo especial no debe limitar su examen a un subconjunto de las pruebas, como el acceso a los mercados. Antes bien, unos argumentos y pruebas cualitativos o cuantitativos *que demuestren que se impide totalmente el acceso a los mercados* podrían ser probatorios en la medida en que esas pruebas demuestren el grado en que las medidas tienen un efecto limitativo en el comercio. La cuestión pertinente es si la restrictividad del comercio va más allá de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, no si existe acceso a los mercados.
11. En segundo lugar, Australia recuerda que, además de las alegaciones formuladas al amparo del artículo 2.2, esta diferencia entraña alegaciones al amparo del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. En opinión de Australia, una constatación del Grupo Especial de que existe un trato menos favorable en relación con las alegaciones formuladas por Malasia al amparo del artículo 2.1⁶ puede tener valor probatorio en la evaluación por el Grupo Especial de la "restrictividad del comercio" en el marco del artículo 2.2.
12. En apoyo de esta opinión, Australia recuerda que en el asunto *Australia - Empaquetado genérico del tabaco* el Órgano de Apelación señaló que, al evaluar una alegación formulada al amparo del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, una medida que modifique las condiciones de competencia de un grupo de productos importados —en comparación con un grupo de productos nacionales— puede bastar para indicar que el reglamento técnico "restringe el comercio" en el sentido del artículo 2.2.

Grado en que el reglamento técnico contribuye al logro de un objetivo legítimo

13. A continuación, Australia expondrá sus opiniones sobre el grado en que un reglamento técnico contribuye al logro de un objetivo legítimo. Las observaciones de Australia se refieren al examen de las "pruebas" relativas a la aplicación de la medida.
14. La UE sostiene que el Grupo Especial, al considerar los *testimonios científicos* relacionados con la medida, debe limitar su examen a la cuestión de si las medidas en litigio están debidamente respaldadas por dictámenes científicos cualificados⁷, independientemente de que los dictámenes científicos representen o no la opinión mayoritaria.⁸ Australia no está de acuerdo con la caracterización que hace la UE del papel limitado del Grupo Especial en el examen de los testimonios científicos.
15. A juicio de Australia, es apropiado que un grupo especial examine la medida en que el corpus de pruebas que tiene ante sí, en su conjunto, proporciona un fundamento razonable en apoyo de la proposición.⁹ Un grupo especial debe tener en cuenta si tales testimonios "proce[de]n de una fuente competente y respetada", si tienen el "rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito" o reflejan "[opiniones] legítimamente científicas con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate", y "si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente".¹⁰
16. Además, como reconoció el Grupo Especial en el asunto *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, Australia sostiene que las limitaciones en relación con las pruebas disponibles que demuestren la "contribución", o la falta de dichas pruebas, tienen valor probatorio y también deben ser examinadas por el Grupo Especial.¹¹

⁶ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafos 522-585.

⁷ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 362.

⁸ *Ibid.*, párrafo 781.

⁹ Informes del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párrafo 7.627.

¹⁰ Informes del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párrafo 7.516.

¹¹ Informes del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párrafos 7.938-7.943.

Alternativas menos restrictivas del comercio

17. Australia pasará ahora al análisis comparativo que debe realizarse al examinar si el reglamento técnico "restringe el comercio más de lo necesario". Australia recuerda que el Órgano de Apelación ha indicado que no espera que un "reclamante ... proporcion[e] información detallada sobre cómo aplicaría en la práctica el demandado la medida alternativa propuesta ...".¹²
18. En opinión de Australia, aunque el reclamante debe establecer una presunción *prima facie*, corresponde al demandado establecer que la medida alternativa propuesta no está razonablemente disponible.¹³

Artículo XX del GATT de 1994

19. Por último, Australia desea formular algunas observaciones sobre el sentido de los términos "necesarias" y "relativas a" en determinados párrafos del artículo XX del GATT de 1994.
20. Los apartados a) y b) del artículo XX exigen que las medidas de que se trate sean "necesarias", mientras que el criterio establecido en el apartado g) exige que las medidas de que se trate sean medidas "relativas a" la conservación de los recursos naturales agotables. Ambos criterios han sido interpretados por el Órgano de Apelación.
21. El término "necesarias" implica sopesar y confrontar mediante un proceso holístico una serie de factores, como la importancia de los intereses que promueve la medida, la contribución que hace esta a los objetivos perseguidos, y la restrictividad del comercio de la medida en litigio. También implica comparar la medida y posibles medidas alternativas que logran el mismo nivel de protección y al mismo tiempo restringen menos el comercio.¹⁴ En comparación, el término "relativas a" requiere que exista "una auténtica y estrecha relación de medios y fines" entre la medida en litigio y el objetivo de conservación.¹⁵
22. Estos dos criterios jurídicos son considerablemente diferentes. El recurso a los artículos XX a) y b) requiere algo más que el mero establecimiento de una "auténtica y estrecha relación de medios y fines" entre la medida en litigio y los objetivos legítimos de política. Requiere más bien sopesar y confrontar mediante un proceso holístico una serie de factores. Estos dos criterios jurídicos no deben confundirse.

Conclusión

23. Australia agradece al Grupo Especial la oportunidad de presentar estas opiniones.

¹² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (artículo 21.5 - Canadá y México)*, párrafo 5.338.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 178-182; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 307; informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164; e informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafos 5.71-5.74.

¹⁵ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.90.

ANEXO C-2**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DEL BRASIL****I. INTRODUCCIÓN**

1. El Brasil celebra la oportunidad de participar en el presente procedimiento en calidad de tercero. Esta diferencia requerirá que el Grupo Especial aborde cuestiones sistémicas de innegable importancia, en relación con el equilibrio entre el derecho de los Miembros a perseguir objetivos legítimos de política y la necesidad de impedir abusos que puedan dar lugar a restricciones comerciales incompatibles con los Acuerdos de la OMC.

II. ARGUMENTOS**A. El riesgo elevado de CIUT no constituye una distinción reglamentaria legítima a los efectos del artículo 2.1 del Acuerdo OTC****i) El riesgo elevado de CIUT no es una distinción reglamentaria fiable ni apropiada.**

2. Como parte del análisis en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial probablemente tendrá que determinar si las medidas impugnadas dan a los productos importados de Malasia un trato menos favorable en comparación con el trato otorgado a productos nacionales o a productos importados de otros países.
3. Como ha reconocido la UE, en las publicaciones científicas pertinentes se reconocen ampliamente las incertidumbres paramétricas asociadas a la modelización de las emisiones procedentes del CIUT.¹ Esas incertidumbres se derivan fundamentalmente del hecho de que el CIUT no puede observarse ni medirse directamente y debe estimarse con arreglo a modelos.
4. Sin embargo, no existe un modelo ampliamente reconocido para la estimación del riesgo de CIUT en relación con cultivos específicos. No obstante, el modelo adoptado por la UE no es en absoluto complejo, ya que solo tiene en cuenta dos criterios. La ausencia de otras variables en el modelo elegido por la UE es evidente. Además, existe una posibilidad muy real de que la presión en la demanda resultante de la adaptación de un determinado cultivo al mercado de biocombustibles pueda verse compensada por la expansión de un cultivo diferente, incluso en zonas con elevadas reservas de carbono.
5. La UE aduce que "la cuestión que se plantea al grupo especial es, por lo tanto, si estos objetivos relacionados con el medio ambiente (entre ellos, el cambio climático y la biodiversidad) y la moral son legítimos, no simplemente si el concepto de riesgo de CIUT es o no 'legítimo' en sí".¹³ El Brasil discrepa respetuosamente.
6. A juicio del Brasil, el Órgano de Apelación fue claro al determinar que, en un análisis en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, un Grupo Especial debe determinar si el efecto perjudicial en las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En las medidas impugnadas en esta diferencia, la distinción reglamentaria elegida por la UE es el riesgo de CIUT, que se calcula con arreglo a la fórmula establecida en el artículo 3 del Reglamento Delegado.

ii) Las medidas impugnadas no se aplican de manera imparcial.

7. Como argumento subsidiario, Malasia alega que las medidas impugnadas son incompatibles con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC porque no se aplican de manera imparcial y no se adaptan al riesgo que tratan de abordar.²

¹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 748.

² Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 578.

8. En opinión del Brasil, el concepto de riesgo de CIUT relacionado con los distintos cultivos es actualmente poco fiable, porque ese riesgo solo puede estimarse sobre la base de modelos aritméticos que carecen de suficiente solidez científica. No hay parámetros acordados internacionalmente con respecto a qué variables deberían tenerse en cuenta al diseñar modelos como el aplicado por la UE. Esto significa que cualquier modelo de ese tipo podría prestarse fácilmente a un alto grado de manipulación.

B. La limitación del 7% y el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT no están en conformidad con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC porque restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo.

i) Análisis relacional y comparativo

9. El Brasil recuerda que, al aplicar la prueba de la necesidad en el marco del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, se espera que los Grupos Especiales tomen en consideración tres factores: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de restrictividad del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida.³ La confrontación de estos tres elementos se denomina "análisis relacional".
10. Además, en la mayoría de los casos, los Grupos Especiales también deberían realizar un "análisis comparativo" entre las medidas impugnadas y posibles medidas alternativas que estén razonablemente disponibles para el demandado y que puedan hacer una contribución equivalente a los objetivos legítimos pertinentes.⁴
11. Con respecto al "análisis comparativo" con medidas alternativas menos restrictivas del comercio que estén razonablemente disponibles para la UE, el Brasil alienta al Grupo Especial a que analice cada uno de los cinco ejemplos presentados por Malasia⁵ a la luz, entre otras cosas, de las constataciones del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO (artículo 21.5 - Canadá y México)*.
12. En opinión del Brasil, la constatación del Órgano de Apelación de que puede lograrse un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio podría interpretarse en el sentido de que las medidas alternativas no tienen que basarse necesariamente en el concepto elusivo de emisiones procedentes del CIUT específicas de cada cultivo.
13. Además, el Brasil considera que, sobre la base de la naturaleza, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles en la presente diferencia, no es posible medir el grado de contribución (en su caso) de las medidas impugnadas.

ii) Supuestos establecidos en la fórmula elegida por la UE

14. El Brasil observa que la UE trata de responder a un argumento de Malasia que se basa en elementos que el Brasil presentó en calidad de tercero en la diferencia *UE - Aceite de palma (Indonesia)*.⁶ En respuesta al argumento en que se basa Malasia, la UE reconoce efectivamente que establece la mayoría de los supuestos señalados por el Brasil.
15. La UE afirma falsamente que el argumento del Brasil (y de Malasia) "parece dar por supuesta la posibilidad de que todo el aumento de la demanda [de biocombustible] puede satisfacerse y se satisfará sin una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono".³⁶ Esta es una caracterización errónea del argumento del Brasil. Ello se debe a que las reducciones derivadas de la sustitución de los combustibles fósiles por biocombustibles podrían ser mayores que las emisiones de GEI resultantes de la expansión inducida a tierras con elevadas reservas de carbono.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

⁴ *Ibid.*

⁵ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 635.

⁶ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 860-866; y primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 610. La comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero en la diferencia *UE - Aceite de palma (Indonesia)* se incorpora a esta comunicación como prueba documental BRA-001.

16. Como se desprende claramente de lo anterior, es la UE la que da por supuesto que todo el aumento de la demanda de biocombustible se satisfará mediante una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono.

III. Conclusión

17. El Brasil agradece la oportunidad de formular observaciones sobre algunas de las importantes cuestiones planteadas en esta diferencia, y espera que los argumentos presentados en esta comunicación resulten de utilidad al Grupo Especial al evaluar el asunto que se le ha sometido.

Resumen de la declaración oral

1. El Brasil desea aprovechar esta oportunidad para presentar sus opiniones sobre la caracterización de un reglamento técnico en el marco del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC. Se trata de una importante cuestión en litigio en el presente asunto.
2. El Brasil advierte de que no debe hacerse una interpretación excesivamente restringida del concepto de reglamento técnico, en particular con respecto a la manera de entender los métodos de producción. Ello podría dar lugar a una constatación de que esas medidas no estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC, lo que podría impedir la aplicación por lo demás correcta de las obligaciones específicas establecidas en los acuerdos abarcados.
3. El Órgano de Apelación⁷ estableció un triple criterio que debe cumplir un documento para quedar comprendido en la definición de "reglamento técnico". Si el Grupo Especial va a realizar ese análisis, tendrá que evaluar si la producción de bienes de una manera supuestamente más respetuosa con el medio ambiente tiene un vínculo suficiente con las características del producto identificadas. Esto es especialmente pertinente cuando el objeto y fin de las medidas objeto de examen es precisamente reducir las emisiones de GEI, como ocurre en la presente diferencia.

Resumen de las respuestas del Brasil a las preguntas del Grupo Especial

PREGUNTA 2:

1. Las indagaciones jurídicas en el marco del artículo III.4 del GATT y el artículo 2.1 del Acuerdo OTC —según han sido interpretadas estas disposiciones por grupos especiales y por el Órgano de Apelación— *no* son las mismas.
2. Con respecto al artículo III.4 del GATT de 1994, grupos especiales del GATT constataron que "la prescripción del párrafo 4 del artículo III, de que el trato no sea 'menos favorable', no va acompañada de reserva ni precisión alguna". El artículo 2.1 del Acuerdo OTC, a su vez, entraña una evaluación diferente en lo que respecta a los reglamentos técnicos. El Órgano de Apelación constató que, específicamente en el contexto del artículo 2.1, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo OTC inclinan la balanza a favor de una indagación más a fondo.

PREGUNTA 3:

3. A la luz del criterio establecido por el Órgano de Apelación⁸, el hecho de que Malasia "solamente produzca biocombustible basado en aceite de palma del grupo de productos similares" es sumamente pertinente para la comparación que ha de realizarse en el marco de los artículos 2.1 del Acuerdo OTC y III.4 del GATT de 1994. Parece pues que, en lo que respecta a los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos, considerados en su conjunto, el grupo de productos similares importados del Miembro reclamante (es decir, el biocombustible basado en aceite de palma) recibe un trato menos favorable que el grupo de productos nacionales similares considerados en su conjunto.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 176.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 194 (sin resalte en el original).

PREGUNTA 4:

4. El Brasil no está de acuerdo con la descripción que hace la Unión Europea de la prueba jurídica aplicable en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Si el Grupo Especial aplica esta prueba jurídica, conviene señalar que su elemento fundamental gira en torno al concepto de "*distinción reglamentaria* legítima", y no a los *objetivos* declarados del reglamento técnico.

PREGUNTA 7:Respuesta:

5. El Brasil no ha encontrado nada que respalde la afirmación de la Unión Europea relativa a los "efectos de fomento del comercio" de las medidas en litigio con respecto a otros Miembros de la OMC. Por consiguiente, que el Brasil sepa, esos efectos (en su caso) no se especifican. El Brasil está de acuerdo con Australia en que "una constatación del Grupo Especial de que existe un trato menos favorable en relación con las alegaciones formuladas por Malasia al amparo del artículo 2.1 puede tener valor probatorio en la evaluación por el Grupo Especial de la 'restrictividad del comercio' en el marco del artículo 2.2".⁹

PREGUNTA 17:

6. En opinión del Brasil, si las pruebas indican que una medida "restringe el comercio" en el sentido del Acuerdo OTC, esas pruebas podrían tener valor probatorio en la evaluación por un grupo especial de si la medida equivaldría a una "restricción" en el sentido del artículo XI.1 del GATT de 1994, sobre la base del sentido corriente de los términos del artículo XI.1 del GATT de 1994.

PREGUNTA 19:

7. El Brasil no ve ninguna justificación para que el Grupo Especial se aparte de la interpretación del artículo XX que se ha establecido en decenios de jurisprudencia en el GATT y en la OMC, en favor de un criterio tan laxo y vago como el que propugna la Unión Europea. A juicio del Brasil, la interpretación consolidada en la jurisprudencia se deriva del texto del artículo XX tal y como debe interpretarse correctamente. La prueba jurídica aplicable a cada uno de los párrafos invocados debe determinarse según las circunstancias propias del caso, sobre la base de los hechos pertinentes y del criterio jurídico aplicable.¹⁰ El Brasil no ve por qué, al evaluar una determinada medida, la interpretación y aplicación de un apartado (pongamos el artículo XX b)) y de la parte introductoria deberían ser diferentes en función de si el demandado ha invocado también otros apartados.

PREGUNTA 22:Respuesta:

8. No está claro cómo deben tenerse en cuenta los efectos "indirectos" de las actividades de investigación y desarrollo que se benefician de subvenciones. La indagación que debe realizar el Grupo Especial no se refiere a si esas subvenciones aseguran o perjudican "el buen funcionamiento del mercado", sino más bien a si contribuyen, de manera "auténtica" y "sustancial", a producir uno o varios de los efectos o fenómenos de mercado que se enumeran, por ejemplo, en el artículo 6.3 del Acuerdo SMC. En cualquier caso, en el contexto de la presente diferencia, el Brasil no discrepa de que el Grupo Especial pueda tener que examinar la naturaleza, el diseño y el funcionamiento de la reducción del impuesto francés sobre el combustible al analizar el efecto de la subvención.

⁹ Declaración oral de Australia en calidad de tercero, párrafo 11.

¹⁰ Si el Grupo Especial decide comenzar su evaluación por uno de los apartados invocados (y la parte introductoria) y constata que la medida está justificada en su marco, ello debe bastar para concluir la evaluación.

ANEXO C-3**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DEL CANADÁ****I. ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC****A. El criterio jurídico relativo al "trato menos favorable" en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC**

1. El Canadá discrepa de la posición de la Unión Europea de que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC solo establece disciplinas en relación con la discriminación basada en el origen. A juicio del Canadá, las obligaciones de no discriminación tienen por objeto abordar las situaciones en las que productos importados que son "similares" a productos nacionales afrontan una situación de desigualdad de condiciones de competencia, con independencia de que la desigualdad esté o no basada en el origen.

2. La Unión Europea hace referencia al asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*¹ en respaldo de su posición de que el alcance del trato menos favorable previsto en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC (y el artículo III.4 del GATT de 1994) está limitado a las situaciones en que el efecto perjudicial está relacionado con el origen extranjero del producto. Sin embargo, el Órgano de Apelación aclaró posteriormente que sería incorrecto que un grupo especial, al determinar la existencia de un trato menos favorable, basara esa constatación en la consideración de si el efecto perjudicial guarda relación con el origen extranjero de los productos.² Esta opinión ha sido confirmada repetidamente por varios grupos especiales y el Órgano de Apelación.³

B. La prueba de la distinción reglamentaria legítima en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC

3. Las partes en la diferencia proponen un análisis en dos etapas al aplicar la prueba de la distinción reglamentaria legítima en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁴ Según las partes, la primera etapa del análisis consiste en que el Grupo Especial determine si la distinción reglamentaria en cuestión es legítima. Además, la Unión Europea sostiene que el artículo 2.1 exige que los grupos especiales consideren la legitimidad del objetivo perseguido por el Miembro de la OMC.⁵

4. El Canadá no está de acuerdo con las partes en la diferencia en que la prueba de la distinción reglamentaria legítima entraña un análisis en dos etapas. El criterio jurídico adoptado por el Órgano de Apelación para determinar si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima es el de si la medida es imparcial.⁶ Hay diversas maneras de demostrar la imparcialidad. Entre ellas se incluyen la cuestión de si la medida está diseñada o se aplica en una forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable (discriminación arbitraria o injustificable)⁷, y la cuestión de si la distinción reglamentaria se adapta a los riesgos contra los que la medida trata de proteger.⁸

5. Una evaluación de la cuestión de si la medida está diseñada o se aplica de una manera arbitraria o injustificable, para determinar si una distinción reglamentaria es imparcial, debe hacerse "a la luz del objetivo de la medida".⁹ El Órgano de Apelación ha señalado que "la forma y el contenido

¹ Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.2514.

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, nota 37 al párrafo 1879.

³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.104-5.105.

⁴ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafos 573-577; y primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 697.

⁵ *Ibid.*

⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 182 y 215; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.

⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 340.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México)*, párrafo 7.92.

de la prueba de la adaptación deben estar apropiadamente informados por los objetivos que persigue la medida, y [...] la propia prueba de la adaptación debe aplicarse teniendo en cuenta los objetivos de la medida".¹⁰ En cualquiera de los ejemplos (discriminación arbitraria o injustificable o adaptación), debe haber una relación racional entre la distinción reglamentaria y el objetivo de la medida para que la distinción se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹¹

6. Por lo tanto, un grupo especial ha de evaluar la relación entre los objetivos de la medida y las distinciones reglamentarias. Al hacer esta evaluación, un grupo especial podría indagar en la naturaleza de los objetivos perseguidos por el reglamento técnico, incluso determinando si los objetivos son objetivos legítimos con arreglo al Acuerdo OTC. Cuando un objetivo no sea legítimo, un grupo especial podría considerar este factor en su análisis de la distinción reglamentaria legítima. La presencia de este factor puede incluso respaldar una constatación de que el efecto perjudicial en los productos importados no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima con arreglo al artículo 2.1. Sin embargo, la evaluación de la legitimidad de un objetivo no es un elemento específico del análisis de la distinción reglamentaria legítima en el marco del artículo 2.1, como lo es en el análisis en el marco del artículo 2.2. En el marco del artículo 2.2, la legitimidad del objetivo es una determinación específica que el grupo especial debe hacer para poder evaluar si un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario.

II. ARTÍCULO 5.1 DEL ACUERDO OTC

A. El debido alcance de la obligación de no discriminación establecida en el artículo 5.1.1

7. Malasia aduce que el artículo 5.1.1 del Acuerdo OTC se aplica a una situación en la que los proveedores de un producto están sujetos a un procedimiento de evaluación de la conformidad, mientras que los proveedores de productos similares no lo están. El Canadá no está de acuerdo.

8. A juicio del Canadá, para que el artículo 5.1.1 sea aplicable debe haber proveedores de productos importados en el territorio de un Miembro de la OMC que imponga un procedimiento de evaluación de la conformidad a esos productos, y proveedores de productos nacionales similares (o productos similares importados de un tercer país) a los que también se aplique el procedimiento de evaluación de la conformidad. Por lo tanto, en el marco del artículo 5.1.1 el alcance de los productos potencialmente similares de los proveedores está limitado a los productos para los que se exige una garantía de la conformidad. Los proveedores de tales productos similares deben estar en una situación comparable a los efectos del artículo 5.1.1.¹²

9. El artículo 5.1.1 se centra en las condiciones del acceso a la evaluación de la conformidad concedidas a los proveedores.¹³ El artículo 5.1.1 se infringe cuando las condiciones que se aplican al proveedor de productos importados son menos favorables que las correspondientes a los proveedores de productos nacionales similares/productos similares de un tercer país (es decir, si las condiciones para el acceso modifican las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de productos similares importados).¹⁴

10. El artículo 5.1.1 no se aplica a una situación en la que solo un grupo de productos similares está sujeto al procedimiento de evaluación de la conformidad y esos productos resultan ser productos similares importados. Los productos nacionales similares y los originarios de otros países no estarían sujetos al procedimiento de evaluación de la conformidad. Por lo tanto, las condiciones del acceso al procedimiento de evaluación de la conformidad no son aplicables a los proveedores de productos similares de origen nacional u originarios de un tercer país. El acceso al procedimiento no está en cuestión porque esos productos no están obligados a ajustarse al reglamento técnico. En consecuencia, no puede establecerse ninguna comparación entre las condiciones del acceso al procedimiento entre diferentes proveedores de productos similares, y el artículo 5.1.1 no es aplicable.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México)*, párrafo 5.47.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.13.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Rusia - Equipo ferroviario*, párrafo 5.125.

¹³ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Equipo ferroviario*, párrafo 5.123.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Rusia - Equipo ferroviario*, párrafo 5.123.

B. La aplicación del artículo 5.2.1 del Acuerdo OTC a los procedimientos de evaluación de la conformidad cuando no existen normas de aplicación del procedimiento

11. El artículo 5.2.1 no se activa hasta que se recibe una solicitud de evaluación de la conformidad con un reglamento técnico en virtud de la prescripción de que el producto en cuestión deba ser evaluado respecto de su conformidad antes de poder ser comercializado. La obligación empieza a ser aplicable cuando el Miembro que reglamenta recibe una solicitud de conformidad, y se extiende hasta que se ultima el proceso de evaluación de la conformidad.¹⁵ Al recibir la solicitud, un Miembro de la OMC está obligado a iniciar y ultimar un procedimiento de evaluación de la conformidad con la mayor rapidez posible.

12. El hecho que el procedimiento de evaluación de la conformidad no pueda llevarse a cabo por no existir normas de aplicación para el procedimiento no es necesariamente determinante respecto de la cuestión de si la obligación del artículo 5.2.1 es aplicable. La fecha en que una medida entra en vigor "no [es] el punto de referencia correcto para juzgar el tiempo transcurrido hasta que se inicia y ultima el procedimiento de evaluación de la conformidad".¹⁶

13. Lo que determina si el artículo 5.2.1 entra en funcionamiento es que se haya iniciado la solicitud del procedimiento de evaluación de la conformidad, lo cual, según el Grupo Especial, tiene lugar tras "recibir[se] una solicitud"¹⁷ de conformidad. El Grupo Especial debe formular una constatación específica en relación con el momento en que la Unión Europea recibió una solicitud de evaluación de la conformidad con arreglo al artículo 5.2.1, en lugar de centrar su evaluación en la cuestión de si se han establecido las normas de aplicación de la Unión Europea para el procedimiento de evaluación de la conformidad.

III. ARTÍCULO 12.3 DEL ACUERDO OTC

14. La naturaleza de las pruebas que el reclamante necesita para demostrar que el Miembro demandado no "t[uvo] en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros"¹⁸ dependerá del contexto fáctico de la diferencia. Sin embargo, el artículo 12.3 no prescribe medidas específicas, ni la manera en que debe tener lugar una consideración "activa y significativa" de las necesidades especiales de los países en desarrollo en materia de desarrollo, finanzas y comercio.¹⁹

15. El Canadá no está de acuerdo con la afirmación de Malasia que figura en el párrafo 877 de su primera comunicación escrita según la cual un Miembro de la OMC debe aportar pruebas de "disposiciones especiales de las medidas en litigio, que estén adaptadas para abordar las necesidades específicas de los países en desarrollo Miembros y para otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo Miembros". No es necesario que un demandado pruebe la existencia de medidas específicas para poder refutar una alegación al amparo del artículo 12.3. Un ejemplo de una medida específica que no es necesaria serían disposiciones especiales de la medida en cuestión que tengan en cuenta las necesidades de los países en desarrollo Miembros y otorguen un trato diferenciado y más favorable. Por lo tanto, el hecho de que un Miembro de la OMC no haya incluido disposiciones específicas en sus reglamentos técnicos, por ejemplo la excepción solicitada por Indonesia en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*²⁰, no sería suficiente para establecer una infracción del artículo 12.3.

IV. ARTÍCULO XI DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO

16. Al determinar si el artículo XI.1 también es aplicable a las medidas en litigio, el Grupo Especial debe centrarse en la cuestión de si la medida, o un aspecto de ella, es por naturaleza una medida que tiene un efecto limitativo en la importación de aceite de palma. A juicio del Canadá, no resulta evidente, a partir del diseño, contenido o arquitectura del límite máximo por riesgo elevado de CIUT,

¹⁵ Informes del Grupo Especial, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 7.563 y 7.579.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 7.579.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Acuerdo OTC, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1A, 1869 UNTS 14, artículo 12.3.

¹⁹ Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.788. Véase también el párrafo 7.787, en el que el grupo especial declaró: "Por lo que respecta a lo que esa consideración activa y significativa quiere decir en términos prácticos, no interpretamos que el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC prescriba algún medio específico" (sin resalte en el original).

²⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.646.

la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, y la certificación de bajo riesgo de CIUT, ni de la explicación presentada, que estas medidas también se rijan por el artículo XI.1. Su diseño, contenido o arquitectura indican que estas medidas se imponen para regular el bicomcombustible en el mercado interior de la Unión Europea, no para restringir la cantidad de aceite de palma importado en la Unión Europea.

17. Una medida interna que tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de productos importados podría tener un efecto limitativo en la cantidad importada. Sin embargo, no es suficiente señalar el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados para demostrar que la medida interna abarcada por el artículo III.4 también se rige por el artículo XI.1. Debe demostrarse cómo la medida, o un aspecto de ella, es por naturaleza también una medida que, por su funcionamiento, impone una restricción a la importación. La "restricción" en este contexto no incluiría la reducción de la demanda de un producto importado.

V. ARTÍCULO XX DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (1994)

A. La estructura analítica aplicable en el marco del artículo XX a las medidas que persiguen múltiples objetivos

18. La Unión Europea sostiene que el "régimen de la UE para los biocarburantes y las medidas impugnadas por Malasia están diseñados para perseguir al mismo tiempo múltiples objetivos legítimos entrelazados, ninguno de los cuales puede ser evaluado aisladamente".²¹ La Unión Europea añade que estas medidas interconectadas "persiguen los objetivos compuestos de luchar contra el cambio climático y la pérdida de la biodiversidad y proteger la moral pública de la UE".²² Como los objetivos del régimen para los biocombustibles están entrelazados, la Unión Europea esgrime lo que denomina una "defensa compuesta"²³ y aduce que esta requiere la aplicación concurrente de los artículos XX a), XX b) y XX g).

19. Dicho de otro modo, dado el diseño del régimen para los biocombustibles, que persigue varios objetivos, la Unión Europea pide al Grupo Especial que considere la interrelación de los distintos apartados, lo que, a juicio de la Unión Europea, tiene por resultado que debe aplicarse una prueba única para todos los apartados.²⁴ El Canadá discrepa respetuosamente de la posición de la Unión Europea. Tal enfoque no tiene en cuenta la estructura del artículo XX en su conjunto, ni las diferencias textuales y contextuales entre los distintos apartados del artículo XX. Seguir el enfoque propuesto por la Unión Europea también alteraría la estructura analítica del artículo XX reflejada en la jurisprudencia. Un Miembro de la OMC sigue debiendo demostrar que se satisfacen individualmente los elementos requeridos en virtud de cada apartado del artículo. El hecho de que los objetivos de una medida estén entrelazados no cambia esto.

20. En asuntos en los que un reclamante ha invocado más de una excepción, el Órgano de Apelación ha podido aplicar pruebas jurídicas diferentes en el marco del apartado correspondiente a cada objetivo concreto. Mientras la indagación sobre el grado de conexión o relación entre la medida impugnada y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar esté en consonancia con el texto empleado en cada apartado del artículo XX, no hay nada intrínsecamente problemático en que un grupo especial considere múltiples objetivos en la defensa de una medida.

B. La importancia de mantener pruebas jurídicas distintas en el marco de los apartados del artículo XX

21. La Unión Europea afirma que la prueba de la "necesidad" en el marco de los artículos XX a) y XX b) y la prueba de la "relación" en el marco del artículo XX g) son "muy similares en la práctica".²⁵ La Unión Europea pone de relieve que ambas pruebas incluyen la consideración de una auténtica y estrecha relación de medios y fines entre los objetivos perseguidos y la medida. La Unión Europea aduce que, a consecuencia de esta similitud, ambas pruebas deben reducirse a una evaluación en

²¹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 280.

²² Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 793.

²³ *Ibid.*, párrafo 1329.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 1273.

²⁵ *Ibid.*, párrafo 1265.

la que el Grupo Especial determine si las medidas en litigio, según han sido diseñadas, son "racionales y razonables".²⁶

22. Está firmemente establecido que la cuestión de si una medida está justificada provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX entraña un examen del grado de conexión o relación entre la medida en litigio y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar.²⁷ Sin embargo, el grado de esa conexión depende de los términos utilizados en cada apartado del artículo XX.²⁸

23. Mientras que la expresión "relativas a" del artículo XX g) se define de manera que exige una "auténtica y estrecha relación de medios y fines"²⁹, la relación entre la medida y la política del Miembro de la OMC cumple solo una función parcial al determinar si una medida es necesaria según los apartados a) y b) del artículo XX. La relación entre la medida y sus objetivos (es decir, cuánto contribuye la medida al objetivo) es un factor que ha de ser sopesado y confrontado junto con otros factores (a saber, la importancia de los valores e intereses y el grado de restricción del comercio de la medida).³⁰ Como la evaluación de la auténtica y estrecha relación de medios y fines tiene una función diferente en las pruebas de la "necesidad" y la "relación", la consecuencia lógica es que las pruebas no deben fundirse en una prueba única de la "racionalidad y razonabilidad" que eliminaría esta distinción.

24. La Unión Europea aduce que las pruebas de la "necesidad" y la "relación" difieren en intensidad.³¹ Aunque el Canadá está de acuerdo en que hay diferencias significativas en la redacción y el contexto de cada apartado del artículo XX, esto no equivale a la existencia de varios niveles de intensidad. Si un Miembro de la OMC opta por presentar defensas al amparo de apartados del artículo XX en los que hay pruebas jurídicas diferentes, esta sería su prerrogativa, que puede ejercer sobre la base de la percepción que tiene de dichas diferencias. Sin embargo, para invocar eficazmente los apartados del artículo XX, un Miembro de la OMC debe satisfacer los elementos necesarios de las pruebas que se aplican a cada apartado.³²

²⁶ *Ibid.*, párrafos 1265 y 1272.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 20.

²⁸ *Ibid.*, páginas 20-21.

²⁹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.90.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 145.

³¹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 1267 y 1268.

³² Respuestas del Canadá a las preguntas formuladas por el Grupo Especial a los terceros, párrafo 75.

ANEXO C-4**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE COLOMBIA**

Colombia reconoce el derecho soberano de los Miembros a aplicar medidas para alcanzar el objetivo legítimo de proteger el medio ambiente, a reserva del cumplimiento cabal de las normas de la OMC y, como mínimo, de que esas medidas no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional.

En sus actos procesales pertinentes, Malasia se centró en la incompatibilidad de las medidas impugnadas con los artículos 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9, 5.1, 5.6, 5.8 y 12 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC"), los artículos I.1, III.2, III.4, X.3 y XI.1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994"), y los artículos 6.3 a) y 6.3 c) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC").

La UE, por su parte, alegó que el Acuerdo OTC no es aplicable y refutó las alegaciones formuladas al amparo de los artículos 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9.2, 2.9.4, 5.1.1, 5.1.2, 5.2.1, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.4, 5.8, 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC. Además, la UE consideró infundados los argumentos de Malasia en relación con una supuesta infracción de los artículos 6.3 a) y 6.3 c) del Acuerdo SMC.

Colombia ha expuesto sus opiniones sobre lo siguiente:

- Las medidas impugnadas son incompatibles con el artículo I.1 del GATT de 1994.
- Las medidas impugnadas son incompatibles con los artículos III.2 y III.4 del GATT de 1994.
- Las medidas impugnadas no están justificadas al amparo del artículo XX del GATT de 1994.
- El artículo XX del GATT de 1994 comporta una limitación territorial.
- El Acuerdo OTC es plenamente aplicable.
- Las medidas impugnadas son incompatibles con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.
- Las medidas impugnadas son incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
- Las medidas impugnadas son incompatibles con el artículo 5.1.2.
- Las medidas impugnadas son incompatibles con los artículos 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC.

Colombia está de acuerdo en que las medidas impugnadas adoptadas por la Unión Europea ("UE") discriminan contra el aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite, por lo que incumplen las obligaciones multilaterales de la UE y anulan y menoscaban los derechos que corresponden a Malasia, Indonesia, Colombia y otros Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"). Colombia observa que Malasia alega explícitamente que las medidas impugnadas establecen *de facto* un obstáculo al comercio e influyen en las condiciones de competencia en el mercado de la UE. Artículos 2.1 y III.4 del GATT de 1994. Colombia subraya que el artículo XX no constituye una justificación válida para las medidas. Por último, Colombia afirma que las medidas de la UE infringen los artículos 12.2 y 12.3.

En este resumen se dividen los argumentos de Colombia en tres partes: 1. Colombia expone sus opiniones sobre la cuestión de la discriminación; en el presente documento, por razones de concisión, se centra en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. 2. Colombia expone sus opiniones sobre el

artículo XX, que considera una justificación insostenible de las medidas. 3. Colombia afirma que los artículos 12.2 y 12.3 del Acuerdo OTC se infringen de manera independiente. Después, Colombia presenta sus conclusiones.

1. En primer lugar, en lo que respecta a la cuestión de la discriminación

Colombia presentó una explicación detallada de lo que considera la interpretación correcta de lo dispuesto en el **artículo 2.1 del Acuerdo OTC**. La explicación sobre el artículo 2.1 del Acuerdo OTC constituye el principal razonamiento para comprender las opiniones de Colombia sobre el aspecto discriminatorio de las medidas de la UE. Las afirmaciones relativas a los artículos III.1 y III.2 del GATT y al artículo 2.2 del Acuerdo OTC siguen la misma línea sistémica de razonamiento. Por motivos de espacio, nos centramos aquí en la argumentación que Colombia expuso en el marco del artículo 2.1, conforme a su interpretación general de lo que considera discriminación.

A continuación se enuncian algunas de las principales cuestiones a ese respecto, tal como las formuló Colombia en su primera comunicación escrita y/o en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial:

i. El artículo 2.1 del Acuerdo OTC prohíbe las medidas que "den" u "otorguen" un tipo de trato "menos ventajoso" a los productos importados, en comparación con los productos nacionales. Los términos "*accorded*" o "*dé*" en español indican que el artículo 2.1 se refiere a las medidas que *efectivamente* dan u otorgan un trato menos favorable a los productos importados, **independientemente de la existencia de factores o circunstancias relacionados con el origen extranjero del producto**. Colombia opina que las medidas mediante las cuales un Miembro "da" u "otorga" un trato "menos favorable" a los productos importados, con respecto a los productos nacionales, son incompatibles con los artículos 2.1 del Acuerdo OTC y III.4 del GATT. Por lo tanto, la cuestión de si la medida en litigio se basó o no en motivos relacionados con el origen no parece pertinente.

ii. En lo que respecta a la cuestión de la discriminación de los "productos similares", no solo en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, sino también en el contexto del artículo III.4 del GATT de 1994, Colombia ha sostenido que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han concluido que, al determinar los productos nacionales e importados pertinentes para llevar a cabo el análisis de la similitud, el primer paso en un examen de la similitud consiste en identificar los productos nacionales e importados que han de compararse.¹ Además, el Órgano de Apelación ha afirmado que, en un análisis de la similitud, se trata esencialmente de determinar la medida en que dos productos se encuentran en una "relación de competencia" en un mercado determinado.² También ha reconocido que, en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, pueden aplicarse los cuatro mismos criterios de similitud que tradicionalmente se han utilizado en el marco del artículo III.4 del GATT de 1994, a saber: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) sus usos finales; iii) los hábitos y preferencias de los consumidores; y iv) la clasificación arancelaria.³ Se trata esencialmente de determinar la medida en que dos productos se encuentran en una "relación de competencia" en un mercado determinado.⁴

En este sentido, la República de Colombia sostuvo que los productos que han de compararse son los biocombustibles de primera generación procedentes de cultivos de palma de aceite y los procedentes de otros cultivos, como la colza y la soja. De hecho, los biocombustibles procedentes de cultivos de palma de aceite y los procedentes de otros cultivos, como la colza y la soja, están en una relación de competencia, lo que significa que son productos similares en el sentido del artículo III.4 del GATT y el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Además, como se explica en la comunicación presentada por Colombia en calidad de tercero, los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite y los biocombustibles basados en otros cultivos oleaginosos comparten los mismos usos finales (un combustible para el transporte) y tienen la misma clasificación arancelaria (382600).⁵ Además, desde la perspectiva de los consumidores, los biocombustibles elaborados con cultivos distintos son sustituibles entre sí, en especial si se tiene en cuenta que la demanda de biocombustibles en la UE

¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.227.

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 120.

³ CE - *Amianto*, párrafo 101.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 120.

⁵ Comunicación de Colombia en calidad de tercero, párrafo 3.13.

no revela ninguna preferencia por un tipo determinado de cultivo oleaginoso utilizado como materia prima.

A este respecto, la UE afirma que Malasia "exagera" la magnitud de los efectos sobre las condiciones de competencia en el mercado pertinente. Sin embargo, esa afirmación no hace al caso y el Grupo Especial no debiera tenerla en cuenta, por cuanto no es necesario superar ningún umbral cuantitativo para que haya una infracción del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Para que una medida sea incompatible con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC solo se exige que se otorgue un trato menos favorable a un producto extranjero que esté en relación de competencia con un producto local. Es importante destacar que la UE subdivide el mercado de biocombustibles basados en cultivos oleaginosos en varias categorías que se corresponden con los criterios de sus medidas impugnadas. Todo ello en un esfuerzo por refutar la similitud de los productos considerados.⁶

En cuanto a una posible diferencia respecto de la norma de la prueba entre los artículos 2.1 del Acuerdo OTC y III.4 del GATT de 1994, según apuntó la UE en su primera comunicación escrita⁷, Colombia considera que tal diferencia no existe, ya que la obligación sustancial de no discriminación establecida en ambos artículos es esencialmente idéntica y, por lo tanto, en modo alguno el Acuerdo OTC contempla una norma de la prueba más exigente en comparación con el artículo III.4 del GATT de 1994, por lo que atañe al concepto de discriminación.

iii. Colombia también presentó observaciones sobre el criterio jurídico en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Colombia explicó lo siguiente:

- Que el Órgano de Apelación ha considerado que, a fin de analizar la cuestión de si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia "se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", es necesario examinar cuidadosamente el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida y, en particular, si esta es *imparcial*.⁸
- Que, con arreglo al criterio jurídico establecido en el artículo 2.1, si una medida tiene un "efecto perjudicial en las importaciones", un grupo especial debe evaluar si esa repercusión en las importaciones "se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".⁹ Por lo tanto, la evaluación del Grupo Especial se centra en la distinción reglamentaria, y no en el objetivo.
- Que una evaluación del objetivo de una medida informa de ese análisis, pero no es decisiva. El órgano resolutorio debe examinar si el objetivo es, en principio, legítimo. El mero hecho de que el objetivo de una medida sea, en principio, legítimo no significa que la distinción reglamentaria específica en litigio sea legítima. Un Miembro puede perseguir un objetivo legítimo, pero puede hacerlo mediante una distinción reglamentaria que carece de legitimidad. Además, incluso si una distinción reglamentaria es legítima, el efecto perjudicial en las importaciones puede no derivarse exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, independientemente de que el objetivo sea o no legítimo.

⁶ Primera comunicación escrita de la UE, párrafos 707-708.

⁷ Primera comunicación escrita de la UE, párrafos 704 y 724.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; el Órgano de Apelación ha comparado el artículo 2.1 y el artículo XX del GATT, y ha encontrado algunas similitudes, pero también diferencias: "Reconocemos que hay importantes paralelismos entre los análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cláusula introductoria del artículo XX. En particular, observamos que los conceptos de 'discriminación arbitrari[a] o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones' y de 'restricción encubierta al comercio internacional' figuran tanto en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994 como en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC, el cual, según ha reconocido el Órgano de Apelación, ofrece un contexto pertinente para el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Además, ni el párrafo 1 del artículo 2 ni la cláusula introductoria del artículo XX tienen por efecto 'prohibir a priori cualquier obstáculo al comercio internacional'. Más bien, como interpretó el Órgano de Apelación, el párrafo 1 del artículo 2 'permite que haya un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones que derive exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas', mientras que a tenor de la cláusula introductoria del artículo XX, la discriminación se permite si no es arbitraria o injustificable". *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215 (sin resalte en el original). Véase también *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

- Que una distinción reglamentaria carece de legitimidad si el Miembro que la adoptó no respetó los intereses de las partes afectadas en materia de debido proceso, incluidos los Gobiernos exportadores, al establecer la distinción.¹⁰ En el presente asunto, la fórmula de la UE se basó en datos de expansión de cultivos respecto de diferentes cultivos oleaginosos, en cada país productor, incluida Colombia. En opinión de Colombia, cuando el Miembro que adopta la medida trata de distinguir entre bienes utilizando datos relativos a acontecimientos en el país de producción (por ejemplo, la expansión de cultivos), ese Miembro debe conceder al país exportador, y a sus productores, una oportunidad adecuada de proporcionar datos relativos a su propia producción en su propio país, y de formular observaciones al respecto; y, en principio, el Miembro que adopta la medida debería utilizar esos datos.
- Que la palabra "exclusivamente" significa que no puede haber factores *adicionales* que contribuyan al trato perjudicial. Para evaluar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe evaluar la relación entre el efecto perjudicial en las importaciones y la distinción reglamentaria legítima. Entre otras cosas, los órganos resolutorios han examinado si la relación es racional y si el efecto perjudicial en las importaciones se ajusta debidamente a los riesgos que la distinción reglamentaria trata de abordar (en este caso, el nivel de riesgo de CIUT).¹¹ Si la relación no es racional, o no se ajusta debidamente a los riesgos que la distinción trata de abordar, el efecto perjudicial en las importaciones no se deriva exclusivamente de la distinción reglamentaria.

iv. Colombia presentó observaciones con amplios detalles y formulaciones gráficas sobre la aplicación del criterio jurídico al presente asunto. Colombia explicó, a su vez, que 1) la fórmula de la UE utilizada para establecer una distinción reglamentaria entre los cultivos oleaginosos con riesgo elevado de CIUT carece de legitimidad; y que 2) los criterios de la UE para distinguir la producción de palma de aceite con bajo riesgo de CIUT, que en otro caso presenta riesgo elevado de CIUT, mediante la certificación de bajo riesgo de CIUT carecen de legitimidad. Por ambos motivos, la medida es incompatible con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Además, con respecto a las cuestiones de discriminación, Colombia utilizó la misma línea de razonamiento siguiendo intereses sistémicos y constató que, en su opinión, las medidas de la UE también infringían el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, ya que superan el grado de restricción necesario para alcanzar el objetivo supuestamente perseguido. También se examinaron los artículos III.1 y III.4 del GATT, con representaciones y afirmaciones finales similares.

Por último, Colombia concluyó con la afirmación de que las medidas son discriminatorias e incompatibles con las diferentes normas contra la discriminación establecidas por el GATT y por el Acuerdo OTC (que es, por cierto, plenamente aplicable). La medida de la UE es chapucera de principio a fin, y ninguna argumentación compleja puede disimularlo.

Dicho llanamente, tras la disección de las complejas fórmulas y la jerga jurídica, un hecho salta a la vista: **la restricción se aplica únicamente al aceite de palma, independientemente de dónde se cultive** (y no hay productores de aceite de palma no insignificantes en el mercado local de la UE, por no decir ninguno); **y no a todos los demás productos similares** (de los que hay unos pocos productores no insignificantes en el mercado de la UE) que podrán seguir comerciando y contribuyendo a los objetivos en materia de energías renovables, porque se considera que toda la producción mundial de esos cultivos es de bajo riesgo de CIUT.¹²

2. En segundo lugar, Colombia presentó su análisis del artículo XX como justificación.

Colombia centró sus intervenciones relativas al artículo XX del GATT en los siguientes argumentos principales: i) el alcance territorial de la excepción prevista en el artículo XX; ii) la prueba de necesidad consagrada en los párrafos a) y b) del artículo XX; iii) la contribución de la medida al

¹⁰ Estados Unidos - Camarones, párrafos 178-184.

¹¹ Estados Unidos - Atún II (México), párrafo 297; y Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México), párrafo 6.13.

¹² Por las mismas razones, la medida no cumple las prescripciones de los apartados (es decir, a), b) y g)) y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

supuesto objetivo legítimo y el análisis de medidas alternativas; iv) el análisis del artículo XX g); y v) el análisis de la parte introductoria del artículo XX.

Colombia concluyó: que las interpretaciones jurídicas que hizo la UE para justificar las medidas son rebuscadas y presentan riesgos sistémicos; que su razonamiento respecto de la aplicación de la disposición al caso específico también fue erróneo; y que el artículo XX tiene limitaciones territoriales intrínsecas cuya desestimación podría, una vez más, entrañar riesgos sistémicos. En resumen, Colombia concluyó que las medidas impugnadas de la UE no están justificadas —ni son justificables— al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

3. En tercer lugar, Colombia abordó la cuestión del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo prevista en los artículos 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC.

Colombia apoyó plenamente la solicitud de Malasia de que se aplique de manera más rigurosa la obligación de tener en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, como exige el texto del Acuerdo. La expresión "tendrán en cuenta", seguida del complemento "las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros", debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirsele en el contexto del Acuerdo OTC y teniendo en cuenta su objeto y fin. Además, de conformidad con el principio interpretativo de efectividad, un tratado debe interpretarse de manera que dé sentido a todos sus términos y disposiciones, armoniosamente. Por lo tanto, considerar la expresión "tendrán en cuenta", y luego un conjunto de necesidades específicas y enumeradas, como una mera formalidad privaría a la expresión de todo sentido y, por lo tanto, infringiría las normas usuales de interpretación que son obligatorias en virtud del artículo 3.2 del ESD.

Colombia observa que el artículo 12.3 no proporciona ninguna orientación específica sobre el tipo de pruebas necesarias para demostrar el cumplimiento de las obligaciones que en él se establecen. En cualquier caso, la inclusión del artículo 12.3 en el Acuerdo debería significar efectivamente algo en la práctica. Se negoció una disciplina de procedimiento adicional, lo que supone una actividad específica por parte de los Miembros que establecen medidas OTC.

Aunque la manera de aportar pruebas concretas podría ser bastante abierta y dejarse a la discreción de los Estados Miembros, cabe citar algunos ejemplos válidos de cumplimiento de la disposición: entablar consultas significativas con el Miembro en desarrollo; ofrecer una oportunidad adecuada y no general de participar en relación con el diseño, la aplicación o la modificación de las medidas; prever un diálogo específico sobre las representaciones formuladas por el Miembro regulador respecto de los hechos acaecidos en el territorio de un Miembro en desarrollo, así como la deferencia a sus propias representaciones fácticas; y tomar nota de las diferencias y especificidades de los Miembros en desarrollo afectados, ya sea geográficamente o en términos de desarrollo, y no confundirlos a unos con otros como si fueran uno solo.

Conforme a esta interpretación, Colombia considera que la UE no demostró el cumplimiento del artículo 12.3 al señalar su diálogo con Malasia en su primera comunicación escrita¹³, ni al alegar simplemente que adoptó su reglamento "con el fin de" evaluar las necesidades de los países en desarrollo. Sencillamente, Colombia no ve con claridad cómo se tuvieron en cuenta activamente las necesidades de desarrollo enumeradas de los países en desarrollo en la preparación y aplicación de la medida en litigio.

En particular, por último, la exigencia de una "falta de atractivo financiero" como requisito para la certificación (examinada a fondo en la respuesta de Colombia a la pregunta 4 del Grupo Especial) es sencillamente un caso flagrante de "no tener en cuenta las necesidades [...] que en materia de [...] finanzas [...] tengan los países en desarrollo Miembros", y constituye en sí una infracción del artículo 12.3, así como una prueba adicional de que no se cumplió la disposición durante el proceso reglamentario general.

¹³ Segunda comunicación escrita de la UE, párrafos 1.111-1.115.

4. Por último, como conclusión general, Colombia apoyó las alegaciones de Malasia, sin perjuicio de las alegaciones y argumentos de esta última.

Colombia apoya la alegación de Malasia de que las medidas impugnadas son incompatibles con el GATT de 1994, el Acuerdo OTC y el Acuerdo SMC. En particular, Colombia puso de relieve las siguientes cuestiones concretas:

- Las medidas impugnadas por la UE y los miembros de la UE infringen el artículo I.1 del GATT de 1994.
- Las medidas impugnadas por la UE infringen el artículo III.4 del GATT de 1994.
- Las medidas impugnadas por la UE no están justificadas al amparo del artículo XX del GATT de 1994.
- Las medidas impugnadas por la UE infringen el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.
- Las medidas impugnadas por la UE infringen el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
- Las medidas impugnadas por la UE infringen el artículo 12.1 y 12.3 del Acuerdo OTC.
- Las medidas impugnadas por los miembros de la UE infringen el artículo III.2 del GATT de 1994. (Sección 3.6)

ANEXO C-5**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE COSTA RICA****Observaciones generales**

1. Costa Rica participa como tercero en esta diferencia porque tiene un interés comercial en su calidad de productor y exportador de aceite de palma. En términos generales, a Costa Rica le preocupan los efectos indirectos que las medidas aplicadas por la Unión Europea puedan tener en los mercados internacionales de aceite de palma, por cuanto pueden afectar a nuestras exportaciones a terceros mercados.
2. Nuestras preocupaciones concretas en relación con las medidas en litigio pueden resumirse como sigue.
3. En primer lugar, queremos decir que coincidimos con la Unión Europea en que el uso de energías alternativas es un medio indispensable para lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París.
4. Sin embargo, nos preocupa el enfoque particular adoptado por la Unión Europea para limitar el uso de biocombustibles que utilizan la palma y el aceite de palma como materias primas. Estos productos son importantes para mi país, dadas las oportunidades de empleo que generan en las zonas rurales de bajos ingresos.
5. Entendemos que la finalidad de limitar el uso de biocombustibles es hacer frente a los posibles efectos perjudiciales del cambio indirecto del uso de la tierra, que ocurre cuando los cultivos destinados a la producción de biocombustibles desplazan los cultivos tradicionales de productos alimenticios. Se supone que la demanda adicional de tierras daría lugar a una ampliación de la superficie dedicada a la agricultura, en detrimento de los bosques y los humedales, y generaría emisiones adicionales de GEI.
6. Sin embargo, este enfoque no reconoce las situaciones particulares existentes en diferentes países y regiones. La situación real de las tierras dedicadas a la producción de palma en Costa Rica ciertamente no se corresponde con la definición de riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra propuesta por la Unión Europea.
7. Costa Rica considera que hay otras medidas menos restrictivas del comercio que la Unión Europea tiene razonablemente a su alcance y que contribuirían de forma similar a los objetivos perseguidos por las medidas en cuestión. Por ejemplo, Costa Rica ha propuesto a la Unión Europea que tenga en cuenta la existencia de certificaciones ambientales internacionales, como la Mesa Redonda sobre el Aceite de Palma Sostenible (RSPO), cuya finalidad es garantizar que la producción de palma sea compatible con los objetivos de desarrollo sostenible.
8. Tomamos nota de que Malasia ha incluido la RSPO como parte de las medidas alternativas propuestas que, a su juicio, la Unión Europea habría debido considerar y adoptar.¹ Costa Rica está de acuerdo con este enfoque.

La determinación de los objetivos de política en el marco del artículo 2.2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994

9. Costa Rica observa que existen ciertos puntos de convergencia entre las Partes en lo que respecta a la interpretación y aplicación del artículo 2.2 del Acuerdo OTC y del artículo XX del GATT de 1994 y, en particular, a la determinación de los objetivos perseguidos por las medidas impugnadas.

¹ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafos 658-666.

10. Ambas Partes parecen estar de acuerdo en las siguientes cuestiones fundamentales:
- que corresponde a cada Miembro de la OMC establecer sus propios objetivos de política dentro de los ámbitos de interés público enumerados en esas disposiciones;
 - que corresponde a cada Miembro elegir el nivel de protección que trata de obtener mediante las medidas o políticas que decida adoptar;
 - que los grupos especiales no están obligados por la caracterización que hace un Miembro de los objetivos que persigue mediante las medidas, y que los grupos especiales deben hacer una evaluación objetiva e independiente de los objetivos perseguidos por un Miembro, teniendo en cuenta todas las pruebas que se les presenten a este respecto.²
11. Costa Rica también está de acuerdo con estos principios.
12. No obstante, en cuanto a los objetivos identificados en la diferencia, observamos que existen algunas diferencias importantes entre las Partes. La Unión Europea ha identificado lo que considera "*múltiples objetivos legítimos entrelazados, ninguno de los cuales puede ser evaluado aisladamente*". Entre esos objetivos figuran la mitigación del cambio climático mediante la reducción de las emisiones de GEI, la protección y preservación de la biodiversidad, y la atención a las preocupaciones de moral pública conexas de la Unión Europea.³
13. Aunque Malasia no niega la posibilidad de que una medida pueda perseguir múltiples objetivos, considera que las medidas específicas impugnadas en esta diferencia apuntan a un objetivo primordial, que es "*evitar emisiones adicionales de GEI limitando el cambio directo e indirecto del uso de la tierra*".⁴
14. Como se ha indicado anteriormente, corresponderá al Grupo Especial hacer una evaluación objetiva e independiente de los objetivos perseguidos por las medidas en esta diferencia. Costa Rica no tiene una opinión particular sobre esta cuestión. Sin embargo, es importante mencionar que una identificación adecuada de los objetivos en cuestión es fundamental para determinar si las medidas impugnadas cumplen las prescripciones del artículo 2.2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994.
15. Además, Costa Rica observa que la Unión Europea se ha basado en los apartados a), b) y g) del artículo XX del GATT de 1994 para justificar sus medidas. Como la Unión Europea ha adoptado un enfoque basado en objetivos interrelacionados, ha indicado que se basa simultáneamente en estas disposiciones. Eso significa que, si su defensa combinada no prospera, tampoco deben prosperar las tres justificaciones en su conjunto.⁵ Esto concuerda con las opiniones de la Unión Europea de que los criterios de que las medidas sean "necesarias" y "relativas a" incluidos en esas disposiciones son muy similares.
16. Si bien Costa Rica reconoce el hecho de que un Miembro de la OMC puede basarse en varios objetivos de política diferentes al amparo del artículo XX para justificar una medida impugnada, esto no significa que un criterio que englobe esos objetivos sea adecuado o esté jurídicamente justificado con arreglo a las prescripciones del artículo XX. El artículo XX utiliza claramente términos distintos para cada uno de los diferentes objetivos de política que pueden perseguirse en el marco de cada uno de los apartados. Estas diferencias de redacción se eligieron claramente por una razón y deben someterse a un criterio separado y distinto para determinar si la medida de un Miembro demandado satisface el texto de cada apartado pertinente.
17. A este respecto, el Órgano de Apelación de la OMC ha afirmado claramente que "[n]o parece razonable dar por supuesto que la intención de los Miembros de la OMC fuera exigir, para todas

² Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 763 y 776; y segunda comunicación escrita de Malasia, párrafos 34 y 53.

³ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 159.

⁴ Segunda comunicación escrita de Malasia, párrafos 38-39.

⁵ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 1329.

y cada una de las categorías, el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar".⁶

18. Por consiguiente, el análisis exigido en relación con los párrafos a) y b) del artículo XX diferiría del exigido en el marco del párrafo g). Los párrafos a) y b) obligarían a los Miembros de la OMC a invocar el artículo XX para justificar que la medida impugnada es "necesaria para" a) proteger la moral pública y b) proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; mientras que el párrafo g) obligaría a los Miembros de la OMC a justificar que la medida impugnada es "relativa[]" a la conservación de los recursos naturales agotables.

La cuestión de la limitación territorial o jurisdiccional en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994

19. La Unión Europea ha declarado en sus comunicaciones escritas que, en contra de lo dispuesto en el Acuerdo MSF, no hay limitaciones jurisdiccionales en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC ni en el artículo XX del GATT de 1994.⁷
20. Costa Rica observa que la Unión Europea no desarrolla sus argumentos relativos a esta cuestión. Sin embargo, entendemos que la Unión Europea adoptó las medidas impugnadas principalmente para atender sus preocupaciones con respecto a la pérdida de biodiversidad y a las emisiones de GEI que pueden producirse como resultado del cambio indirecto del uso de la tierra que ocurre *fuera del territorio de los Estados miembros de la UE*.
21. Como ya hemos señalado, Costa Rica está de acuerdo en que corresponde a cada Miembro de la OMC elegir el nivel de protección que trata de lograr mediante las medidas o políticas que decida adoptar. Ciertamente, las autoridades nacionales de los Miembros de la OMC encargadas de diseñar esas medidas o políticas están sujetas a limitaciones jurisdiccionales y territoriales al establecer ese nivel de protección. A nuestro juicio, se entiende que esas limitaciones están incorporadas en las normas de la OMC, incluidas las disposiciones del artículo 2.2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994. Los Miembros de la OMC no pueden ni deben poder afectar a la soberanía de otros Miembros de la OMC imponiendo medidas que tiendan a sustituir los derechos de los Miembros de la OMC a establecer *su propio* nivel de protección en relación con *su* diversidad biológica y *sus* recursos naturales en *su propio* territorio.
22. Como señala acertadamente Indonesia en su comunicación en calidad de tercero, los principios de territorialidad y soberanía de los recursos naturales son aspectos primordiales del derecho internacional.⁸ El silencio, la ambigüedad o las simples referencias a otros Acuerdos de la OMC no deben servir de base para apartarse de esos principios fundamentales. Toda interpretación relativa a las limitaciones territoriales o jurisdiccionales del artículo 2.2 del Acuerdo OTC o del artículo XX del GATT de 1994 debe regirse por las normas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluido el artículo 31.3 c), considerado conjuntamente con el artículo 3.2 del ESD, y teniendo en cuenta el contexto en el que se redactaron esos Acuerdos.
23. Dicho esto, Costa Rica considera que el debate relacionado con las limitaciones territoriales o jurisdiccionales del artículo 2.2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994 en el presente procedimiento debe limitarse a la interpretación y aplicación de los párrafos b) y g) del artículo XX del GATT de 1994 y los objetivos legítimos conexos previstos en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.
24. Por lo que respecta a la moral pública prevista en el párrafo a) del artículo XX del GATT de 1994, este debate jurisdiccional no parece pertinente, a nuestro juicio, ya que la protección de la moral pública en el presente asunto se refiere a los valores de los ciudadanos *en* el territorio del Miembro de la OMC que diseñó las medidas, es decir, la Unión Europea.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, párrafo 17.

⁷ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 825 y 1345.

⁸ Comunicación presentada por Indonesia en calidad de tercero, párrafos 122 y 125.

25. La moral pública no puede evaluarse en abstracto. Evidentemente, la moral pública surge de la preocupación particular por diversas cuestiones, incluidas las relativas a problemas mundiales como la pérdida de biodiversidad o el cambio climático. A este respecto, Costa Rica coincide con la Unión Europea en que estos objetivos conexos pueden estar relacionados con la moral pública. Sin embargo, como hemos explicado anteriormente, esto no significa que un criterio que englobe esos objetivos sea adecuado o esté jurídicamente justificado con arreglo a las prescripciones del artículo XX del GATT de 1994. A nuestro juicio, habida cuenta de las limitaciones territoriales que parecen existir en virtud de los párrafos b) y g) del artículo XX del GATT de 1994, sería apropiado hacer un único análisis de esos objetivos conexos en el marco del párrafo a) del artículo XX del GATT de 1994, lo que significaría que sería aplicable el criterio de "necesarias para".

ANEXO C-6**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DEL ECUADOR****I. Declaración oral del Ecuador**

Como en asuntos similares en los que el Ecuador ha participado en calidad de tercero, el Ecuador presenta la siguiente declaración:

Las normas y procedimientos del sistema internacional de comercio se establecen con el acuerdo voluntario de todos los participantes y, por lo tanto, la imposición de reglamentos técnicos adoptados unilateralmente por un país o un grupo de Estados puede infringir este principio, provocar discriminación e incluso crear una restricción. Del mismo modo, puede afectar a terceros y, en última instancia, desatar una reacción en cadena de medidas unilaterales que afecten a todos.

En el caso de que las decisiones unilaterales constituyen una discriminación entre algunos países y también entre algunos productos y otros similares, si estas decisiones dan lugar a obstáculos técnicos innecesarios o discriminatorios para los productos y si no se derivaron de consultas internacionales y transparentes prescritas por las normas comerciales multilaterales, dichas decisiones no se ajustan a las normas del sistema internacional de comercio.

Si un Miembro adopta medidas unilaterales como el procedimiento de certificación de riesgo de CIUT, que no ha sido establecido por una organización internacional reconocida que elabore normas internacionales ni de conformidad con ella, ello puede afectar a las actividades industriales y comerciales de los productores agrícolas de los Miembros que cumplen las normas internacionales.

II. Los principales argumentos de la comunicación del Ecuador en calidad de tercero interesado son los siguientes:

- a. *Utilización de las normas internacionales, o de sus elementos pertinentes, como base de los reglamentos técnicos.*

El Ecuador considera que la UE no ha utilizado las normas internacionales, respecto de las cuales, de conformidad con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC, pueden identificarse tres aspectos principales: i) la existencia o formulación definitiva inminente de normas internacionales; ii) el hecho de que estas normas internacionales han sido utilizadas como base del reglamento técnico; y iii) la cuestión de si estas normas internacionales son ineficaces o inapropiadas para el logro del objetivo legítimo perseguido por el Estado miembro.

Es evidente que existen normas internacionalmente aceptadas que se han utilizado para asegurar la protección no solo del medio ambiente en general, sino que abordan también los efectos indirectos típicos de la rama de producción de aceite de palma. La Unión Europea podía haber utilizado estas normas como base para establecer, en su totalidad o parcialmente, la medida en litigio. Así pues, en el asunto que nos ocupa —suponiendo que la Unión Europea pueda demostrar que su medida queda comprendida en una norma internacional—, el Grupo Especial debe analizar si dicha norma internacional es el componente principal o principio fundamental para promulgar el reglamento técnico.

Por lo tanto, suponiendo que la UE pueda probar que el método de análisis del riesgo de CIUT es una norma internacional, el Grupo Especial debe analizar si la manera en que la Unión Europea mide el riesgo de CIUT es pertinente para lograr el objetivo perseguido.

- b. *Asegurarse de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.*

El Ecuador no tiene como objetivo determinar si la medida de la Unión Europea es o no es más restrictiva del comercio que otras, sino hacer hincapié en la importancia de verificar si existen otras medidas menos restrictivas con capacidad para lograr el objetivo último de la Unión Europea, que es la preservación del medio ambiente, según el Ecuador puede inferir. En este sentido, el Ecuador pide

al Grupo Especial que realice un análisis que estudie las posibles medidas restrictivas del comercio presentadas por Malasia.

El Ecuador considera que hay tres elementos principales que el Grupo Especial debe tener en cuenta al realizar dicho análisis: i) si la medida alternativa es menos restrictiva del comercio que la medida en litigio; ii) si la medida propuesta hará al menos una contribución equivalente al objetivo que se persigue mediante la medida en litigio; y iii) si la medida alternativa está "razonablemente disponible" para el Miembro como alternativa a la medida en litigio.

El Ecuador desearía analizar la certificación RSPO. Esta norma internacionalmente aceptada, que ha sido utilizada para preservar el medio ambiente, no es solo una medida específicamente dirigida al sector del cultivo de la palma, sino que también cumple los tres elementos en cuestión: i) es una medida menos restrictiva del comercio, ya que no establece limitaciones cualitativas en cuanto a las características del producto; de hecho, el 19% del aceite de palma producido en todo el mundo cuenta con la certificación emitida por la RSPO; ii) es una medida que contribuye de una manera equivalente al objetivo de la Unión Europea; como se ha indicado *supra*, facilita a sus Miembros un método para calcular las emisiones de gases de efecto invernadero, de modo que estas puedan controlarse en todo momento; además, aporta certidumbre a los consumidores al saber que es objeto de constantes procesos de auditoría con graves consecuencias en caso de incumplimiento, lo que garantiza que el aceite de palma sea respetuoso con el medio ambiente en TODOS los niveles de la cadena de valor; y iii) es una medida que está totalmente disponible para la Unión Europea; de hecho, se trata de una medida que ha sido utilizada en 92 países con más de 4.000 miembros en todo el mundo.

- c. *Asegurarse de que se dé a los productos importados un trato no menos favorable que el dado a productos similares de origen nacional y a los productos similares originarios de cualquier otro país.*

El Ecuador considera que el Grupo Especial debe analizar si la medida en litigio afecta a los productos similares, esto último entendido desde el punto de vista de la naturaleza y el alcance de su relación de competencia. Para ello, el Grupo Especial debe seguir los pasos que grupos especiales anteriores y del Órgano de Apelación han establecido al respecto. Una vez que el Grupo Especial determine si los productos son o no son similares, puede determinar si la medida impuesta por la Unión Europea concede un trato menos favorable a los productos importados; en el asunto que nos ocupa, el aceite de palma.

El Ecuador tiene la firme convicción de que, en el presente asunto, el Grupo Especial deberá examinar: i) la cuestión de si las medidas en litigio distorsionan las condiciones de competencia en el mercado de la UE de los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos en detrimento del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado de Malasia; y ii) si las medidas en litigio fuesen discriminatorias *de facto*, y no *de jure*, la cuestión de si el efecto perjudicial de estas medidas se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

- d. *Establecimiento de reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas.*

El Grupo Especial debe examinar si la medida establecida por la Unión Europea se ajusta al espíritu del artículo 2.8 del Acuerdo OTC o si, por el contrario, crea obstáculos técnicos al comercio innecesarios al establecer prescripciones para los productos en función de las características de los productos y no en función de las propiedades de uso y empleo.

A juicio del Ecuador, el análisis del riesgo de CIUT concierne del todo a la composición del producto y no a su uso y empleo. La UE no ha demostrado que el uso y empleo o característica (aparte de su origen) del producto final, el "biocombustible basado en cultivos de palma de aceite" sean diferentes de las del "biocombustible basado en aceite de colza" o el "biocombustible basado en aceite de soja". Así, la Unión Europea estaría creando un obstáculo técnico innecesario al comercio que podría dispensar una protección indirecta a los productos nacionales y a determinados productos similares importados.

e. *Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros*

Es un hecho que no todos los Estados miembros disfrutaban de las mismas condiciones por lo que respecta a la financiación, el comercio y el desarrollo. Por ello, el artículo 12 del Acuerdo OTC establece ciertas consideraciones que deben tenerse en cuenta al adoptar una medida que repercuta en el comercio entre los Estados.

El Ecuador desea subrayar que el Grupo Especial debe examinar la cuestión de si la Unión Europea ha cumplido o no su obligación de tener en cuenta las necesidades especiales en materia de financiación, comercio y desarrollo de todos los Estados miembros en desarrollo desde el momento en que se formuló. Si las necesidades especiales de los países en desarrollo no se han tenido en cuenta, la Unión Europea estaría incumpliendo sus obligaciones multilaterales.

Para concluir, el Ecuador sostiene que la Unión Europea no ha demostrado que su medida esté basada en una norma internacional ni que se haya utilizado un elemento pertinente de una norma internacional como base de su reglamento técnico. Además, el Ecuador sostiene que la medida aplicada se ha elaborado no solo sin tener en cuenta el principio de la prevención de obstáculos innecesarios, sino de una manera que precisamente crea un obstáculo innecesario que podría haberse prevenido mediante el uso de otras normas internacionales. La medida aplicada por la Unión Europea establece prescripciones para los productos en función de las características del producto, como los métodos de producción, y no en función de sus características de uso y empleo. Por último, la Unión Europea no ha demostrado de qué manera ha tenido en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros en materia de desarrollo, finanzas y comercio.

III. Los principales argumentos de las respuestas escritas del Ecuador en calidad de tercero a las preguntas formuladas por el Grupo Especial son los siguientes:

a. *Pregunta 3.*

- i. El Ecuador señala que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC contiene una obligación de trato nacional y una obligación de trato de la nación más favorecida (NMF). Por una parte, el trato de la nación más favorecida prohíbe la discriminación mediante la imposición de reglamentos técnicos a productos similares importados de distintos Miembros; por otra, la obligación de trato nacional prohíbe la discriminación entre los productos importados similares y los productos nacionales. Por lo tanto, ello determina que "para lograr un análisis correcto, el Grupo Especial debe establecer, en primer lugar, si los productos objeto de estas diferencias son o no similares".
- ii. El Ecuador confirma que en la presente diferencia el Grupo Especial debe examinar: i) la cuestión de si las medidas en litigio distorsionan las condiciones de competencia en el mercado de la UE de los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos en detrimento del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite importado de Malasia; y ii) si las medidas en litigio fuesen discriminatorias *de facto*, y no *de jure*, la cuestión de si el efecto perjudicial de estas medidas se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

b. *Pregunta 5.*

- i. El Ecuador entiende que una parte de los elementos que se evalúan en el marco del artículo 2.2 del Acuerdo OTC consiste en que las medidas adoptadas o aplicadas no persiguen el propósito u objeto de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional y en asegurarse de que sus reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.
- ii. El Ecuador considera que, si bien el artículo 2.1 del Acuerdo OTC exige que se evalúe la existencia de imparcialidad como elemento fundamental del diseño de una distinción reglamentaria, de manera que una medida no constituya una discriminación arbitraria e injustificada a la luz del artículo 2.1, el párrafo 2 de dicho artículo exige que la legitimidad de sus objetivos se evalúe con arreglo a

criterios como los siguientes: la identificación del objetivo, los medios para alcanzar el objetivo, la legalidad del objetivo y la idoneidad y justificación del objetivo.

c. *Pregunta 7.*

- i. En relación con esta pregunta, el Ecuador está de acuerdo con Malasia en que "en el contexto de la 'restrictividad del comercio', el debate pertinente no gira en torno a la existencia o ausencia de una prohibición ni en alegaciones infundadas sobre el fomento del comercio, sino más bien en torno a si las medidas infractoras restringen (es decir, limitan) el comercio. Las medidas en litigio (es decir, el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT) lo hacen claramente y, por lo tanto, son restrictivas del comercio".¹

d. *Pregunta 8.*

- i. Con respecto al nivel de detalle que los países Miembros de la OMC deben facilitar al justificar la aplicación de las medidas en litigio de conformidad con la obligación prevista en el artículo 2.4 del Acuerdo OTC, el Ecuador recuerda a las Partes que el Órgano de Apelación determinó en el asunto *UE - Sardinias* que deben evaluarse al menos tres elementos principales: i) la existencia o formulación definitiva inminente de una norma internacional pertinente, es decir, la norma internacional utilizada es relativa o pertinente a un reglamento técnico; ii) la cuestión de si la norma internacional ha sido utilizada como base del reglamento técnico, es decir, verificar que existe un vínculo muy estrecho y una relación no contradictoria entre la norma internacional y el reglamento técnico; y iii) la cuestión de si la norma internacional es un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, habida cuenta de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

e. *Pregunta 13.*

- i. El Ecuador reconoce que no hay ninguna prueba en la jurisprudencia de la OMC que pueda tomarse suficientemente en consideración para demostrar que un Miembro que adopta o aplica un reglamento técnico o un procedimiento de evaluación de la conformidad ha tenido en cuenta las necesidades de los países en desarrollo Miembros de conformidad con el artículo 12.3 del Acuerdo OTC, salvo la "notificación voluntaria de las necesidades de asistencia técnica y de las respuestas a esas necesidades" adoptada por el Comité OTC en noviembre de 2005.
- ii. En este contexto, la existencia de una posible notificación de las necesidades especiales, presentada en el presente asunto por Malasia, o los datos disponibles relativos a la economía, la mano de obra y otros factores que repercuten en la economía del país y cuyos preceptos han servido como insumos a la hora de elaborar un determinado reglamento técnico, servirían de prueba en el momento en que el país regulador, la Unión Europea en el presente asunto, deba constatar la conformidad con las disposiciones del artículo 12 del Acuerdo OTC.

f. *Pregunta 17.*

- i. El Ecuador afirma que puede resultar fácil suponer que la expresión "relativas a" implique el mismo cuidado que el que los Miembros deben tener al aplicar la prueba de la "necesidad". Es decir, tener en cuenta la importancia relativa del interés o el valor social de que se trate, el grado de contribución y el grado de restricción del comercio a fin de determinar si la medida es necesaria para proteger el objetivo legítimo elegido por el país regulador.

¹ (DS600). Segunda comunicación escrita de Malasia, párrafo 103.

- ii. Además, el Ecuador concluye que, según la jurisprudencia analizada, las características del mercado podrían ser importantes para determinar el alcance de una medida a la luz del artículo XX g) del GATT y que, a diferencia de las medidas incompatibles con el GATT que podrían justificarse al amparo del artículo XX a) y b), una medida impuesta al amparo de la excepción prevista en el apartado g) de dicho artículo tiene carácter cautelar. Análogamente, el Ecuador concluye que, si bien el análisis de una medida debe tener en cuenta determinados criterios de evaluación como los descritos *supra*, también es importante recordar que los objetivos legítimos que han de protegerse y los efectos en el comercio de una medida impugnada al amparo de la excepción del artículo XX del GATT deben estudiarse caso por caso.

ANEXO C-7**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE INDONESIA****I. INTRODUCCIÓN**

1. En la diferencia DS593 Indonesia ha impugnado medidas similares formulando alegaciones similares. Sin embargo, los argumentos y pruebas presentados por Indonesia en la diferencia DS593 no son los mismos que los aducidos por Malasia en la diferencia DS600. Indonesia pide al Grupo Especial que tenga presentes esas diferencias.

2. En el pasado decenio Indonesia ha adoptado medidas eficaces en materia de desarrollo sostenible, prevención de la deforestación y mitigación del cambio climático. Entre esas medidas se incluye una moratoria permanente sobre la conversión de los bosques primarios y las turberas que ha dado lugar a la protección de 66 millones de hectáreas de bosques primarios y turberas. Pese a los elevados precios del aceite de palma, la deforestación en Indonesia descendió en 2021 a menos del 5% de los niveles históricos. Indonesia también prevé restaurar 2 millones de hectáreas de turberas y rehabilitar 5,3 millones de tierras degradadas para 2030. Las medidas de Indonesia ya han dado lugar a una reducción significativa de las emisiones de gases de efecto invernadero ("GEI") procedentes del uso de la tierra y los bosques, de un 40,9% en 2019 respecto del nivel de emisiones de GEI de 2015, y a la menor tasa de deforestación de los últimos 20 años. Al adoptar las medidas en litigio en el presente procedimiento, la Unión Europea no tiene en cuenta los significativos compromisos contraídos por los países en desarrollo Miembros, como Indonesia, ni los logros efectivamente alcanzados en consecuencia.

II. LAS MEDIDAS CARECEN DE UNA EXPLICACIÓN OBJETIVA Y COHERENTE

3. A consecuencia del límite del 7% y del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de cambio indirecto de uso de la tierra ("CIUT"), la Unión Europea limita e incluso excluye el uso de biocombustibles elaborados a partir de cultivos alimentarios y forrajeros, especialmente el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, en el sector del transporte de la UE.

4. Indonesia está de acuerdo con Malasia en que las medidas en litigio carecen de una explicación objetiva y coherente, incluso de su base científica. El Grupo Especial también debe considerar debidamente el efecto de las admisiones de la Unión Europea en cuanto a las deficiencias de la modelización del CIUT y el hecho de que esta no puede ofrecer una base objetiva y coherente para determinar las emisiones de GEI procedentes del CIUT y atribuir las al biocombustible utilizado en la Unión Europea.

5. Indonesia sostiene que el artículo 11 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") exige que el Grupo Especial considere si *todas* las pruebas que tiene ante sí, consideradas en conjunto, constituyen una base razonable que respalde la tesis aducida por una de las partes. Entre esas pruebas pueden figurar, aunque no exclusivamente, testimonios científicos. Con respecto a los testimonios científicos, la tarea del Grupo Especial es tener en cuenta el rigor científico y metodológico necesario para que se consideren información científica digna de crédito con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate, así como hasta qué punto su uso en apoyo de las medidas en litigio es "objetivo y coherente". No basta con que el demandado haya presentado algunos testimonios científicos que reflejan una opinión minoritaria para que el Grupo Especial quede convencido de que las pruebas respaldan las alegaciones de esa parte.

6. En primer lugar, Indonesia coincide plenamente con Malasia en que las medidas concretas en litigio obedecen a intereses proteccionistas de la UE. Si el Grupo Especial considera, no obstante, que persiguen un objetivo legítimo, la única justificación de esas medidas es que supuestas emisiones del GEI procedentes del CIUT contrarrestan la reducción neta de emisiones de GEI. Así pues, la supuesta justificación de las medidas concretas en litigio es una justificación basada en la reducción de emisiones de GEI. No tiene que ver con el CIUT, en el sentido de efectos indirectos, como tal. Las medidas en litigio se ocupan de las supuestas emisiones de GEI procedentes del CIUT que la

Unión Europea atribuye al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite. Sin embargo, la Unión Europea acepta que las emisiones de GEI procedentes del CIUT no pueden relacionarse causalmente ni correlacionarse de otro modo con la demanda de biocombustibles de la UE. Tampoco pueden medirse o cuantificarse. Solo las emisiones procedentes del cambio directo del uso de la tierra ("CDUT") existen en términos reales y prácticos.

7. En segundo lugar, la Unión Europea acepta un riesgo significativo de emisiones de GEI procedentes del CIUT: no se necesita ninguna mitigación que garantice que las emisiones relacionadas con el uso de, por ejemplo, biocombustible basado en aceite de colza dentro del límite del 7% excedan las emisiones procedentes del uso de combustible fósil. Todo el biocombustible basado en cultivos oleaginosos presenta, según la Unión Europea, un riesgo significativo de CIUT. Ese biocombustible, *excepto* el basado en el aceite de palma, puede utilizarse hasta el 7%. Ese 7% no tiene relación alguna con dicho riesgo, sino que parece basarse en la necesidad de proteger inversiones. Además, al determinar el riesgo de emisiones de GEI procedentes del CIUT con respecto al aceite de palma, no hay ninguna explicación de cómo el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT tiene en cuenta el riesgo que ya podría ser abordado a través del límite del 7%.

8. En tercer lugar, en contradicción con el enfoque adoptado por el Reglamento Delegado de considerar cada cultivo por separado, no hay ninguna relación causal entre el cultivo utilizado para producir biocombustible de la UE y el cultivo desplazado para el que podrían roturarse nuevas tierras. Las supuestas emisiones de GEI procedentes del CIUT son, por lo tanto, emisiones procedentes del CDUT relacionadas con el cultivo de otros productos básicos agrícolas, que *no* son utilizados para satisfacer la demanda de biocombustible (de la UE), cultivados en cualquier lugar del mundo. Que esas emisiones de GEI procedentes del CDUT y el supuesto desplazamiento tengan lugar o no puede depender de diversos factores. Además, no hay una relación causal entre el país en el que se cultiva el cultivo utilizado para producir biocombustible y el país en el que podrían roturarse nuevas tierras. Del mismo modo, no hay relación causal entre el cultivo utilizado para producir biocombustible destinado al mercado de la UE y el cultivo para el que podrían roturarse nuevas tierras. De hecho, el razonamiento de la Unión Europea implica que, si la colza cultivada en la UE se redirige para producir éster metílico de colza ("EMC") para su uso en la Unión Europea, ya no puede utilizarse para fines alimentarios o para producir biocombustible destinado a Estados no pertenecientes a la UE. Para satisfacer esa demanda, el CDUT podría tener lugar en cualquier lugar para cultivar otro cultivo, por ejemplo palma de aceite, o el mismo cultivo para un uso diferente. Las emisiones de GEI resultantes de este cambio del uso de la tierra son, según la Unión Europea, emisiones de GEI procedentes del CIUT. Según el razonamiento de la Unión Europea, deberían atribuirse al EMC consumido en la Unión Europea, no al EMC consumido o producido en otro lugar, ni a productos alimenticios consumidos o producidos en cualquier lugar. En este ejemplo, el EMC que da lugar a emisiones de GEI procedentes del CDUT relacionadas con el cultivo de palma de aceite debería considerarse de riesgo elevado de CIUT. Además, el cambio del uso de la tierra causado por la demanda en otros sectores distintos de los cultivos alimentarios y forrajeros, como el maderero o el de pastoreo de ganado, es con frecuencia una etapa intermedia antes de comenzar a utilizar tierra que anteriormente estaba cubierta por bosques primarios para cultivar cultivos alimentarios y forrajeros. Si tiene lugar algún desplazamiento, no hay ninguna base para suponer que se cultivará palma de aceite en Indonesia (o en otros países tropicales) para satisfacer la demanda de alimentos o forraje.

9. En cuarto lugar, las medidas concretas en litigio se adoptan sin tener en cuenta en modo alguno la deuda climática histórica de la Unión Europea y presuponiendo ciegamente que países como Malasia e Indonesia, que también son parte en el Acuerdo de París, no adoptan ninguna medida para prevenir la deforestación, proteger y restaurar las turberas y reducir las emisiones de GEI.

10. En quinto lugar, la Unión Europea no explica por qué debe considerarse que la modelización del CIUT, y no las preferencias del Parlamento Europeo y su interés en proteger las inversiones internas, constituye un fundamento para el límite del 7%. El rechazo de la base científica del límite del 7% está implícito en la adopción por la Unión Europea de una nueva metodología para imponer el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT. De hecho, la imposibilidad de modelizar con exactitud el CIUT a causa de la incertidumbre paramétrica ya fue reconocida por la Comisión Europea en la evaluación del impacto de la Directiva 2015/1513. Indonesia sostiene que, si la Unión Europea trata de abordar las emisiones de GEI procedentes del CIUT adoptando el límite del 7% y posteriormente admite que el fundamento de esa medida está viciado, y ello la induce a buscar otra metodología, el límite del 7% no debe ser mantenido.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO EN EL MERCADO DE BIOCOMBUSTIBLES DE LA UE

11. Los objetivos de la UE en materia de energías renovables han creado, en lo esencial, el mercado para el biocombustible en la Unión Europea. No hay ninguna demanda de biocombustible que no pueda contabilizarse en relación con esos objetivos. De no existir objetivos obligatorios de la UE en materia de energías renovables, el biocombustible seguiría sin ser competitivo en el mercado de combustibles para transporte en el futuro previsible. La Unión Europea no ha presentado pruebas que demuestren lo contrario. El objetivo del 14% crea oportunidades para la comercialización del biocombustible en el mercado de energías renovables de la UE en el sector del transporte. La Unión Europea admite este hecho. La limitación del 7% limita esas oportunidades de competencia para el biocombustible basado en cultivos alimentarios y forrajeros. Además, a consecuencia del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, esas oportunidades de competencia deben desaparecer para el biocombustible basado en el cultivos de palma de aceite. Este es el modelo de reglamentación elegido por la Unión Europea.

12. Indonesia sostiene que una evaluación del alcance de los productos similares debe centrarse en los productos *presentes en el mercado del Miembro regulador*. Ese mercado es el mercado en el que se aplican las medidas en litigio. La elección de los productos similares por el reclamante está directamente ligada a ese mercado pertinente.

13. Dado que el límite del 7% "delimita cuándo cualquier incentivo para los biocarburantes procedente de la política de la UE en materia de energías renovables debe cesar", y que no hay oportunidades de competencia para el biocombustible en el mercado de la UE sin esos incentivos, tanto el límite del 7% como el límite máximo por riesgo elevado de CIUT y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT afectan a las oportunidades de competencia del biocombustible basado en cultivos alimentarios y forrajeros, y específicamente a las del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, que está siendo eliminado gradualmente del mercado de la UE.

IV. LA DEFINICIÓN DE REGLAMENTO TÉCNICO Y DE PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE LA CONFORMIDAD

A. El límite del 7% y el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT establecen las características del producto del biocombustible

14. Las partes no están de acuerdo respecto de si el límite del 7% y el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son reglamentos técnicos.

15. En primer lugar, Indonesia está de acuerdo con la posición de Malasia y sostiene que la composición del (bio)combustible es una característica del producto. Un documento que establece la composición del (bio)combustible está abarcado por la definición de reglamento técnico. En el presente asunto, el artículo 26 de la DFER II y el Reglamento Delegado prescriben que el biocarburante que *no* esté producido a partir de cultivos alimentarios o forrajeros no está sujeto al límite del 7% ni al límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT. Estas disposiciones establecen prescripciones que solo son aplicables a causa y en función de la composición del producto, a saber el biocarburante. En consecuencia, no es necesario que el Grupo Especial examine también el argumento subsidiario de Malasia de que el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT establece procesos y métodos de producción relacionados. Indonesia también está de acuerdo con Malasia en que, al determinar si una medida constituye un reglamento técnico, es indiferente que la medida impida o no la entrada de los productos en cuestión en el mercado de la UE. Indonesia sostiene además que no puede aplicarse ninguna condición que imponga de hecho al reclamante la carga de demostrar cómo una medida afecta al comercio para probar que esa medida es un reglamento técnico.

16. En segundo lugar, suponiendo que no esté de acuerdo en que el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT establece una característica del producto, el Grupo Especial tendría que considerar el argumento subsidiario de Malasia. En particular, Malasia parece aducir que, incluso cuando un proceso y método de producción no altere las características *físicas* del producto en cuestión, puede seguir estando "relacionado" con *otras* características de ese producto. Indonesia sostiene que la jurisprudencia existente señala que debe darse a la expresión "características del producto" un sentido amplio, que no está estrictamente limitado a las características físicas de un

producto. Si el Grupo Especial identificara un proceso y método de producción y estuviera de acuerdo con esta interpretación de la expresión "características del producto", podría considerar que existe un vínculo suficiente porque el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT determina si el biocombustible puede utilizarse sobre la base del método de producción del aceite de palma, que supuestamente está vinculado a las emisiones de GEI relacionadas con la producción de ese producto y el biocombustible elaborado a partir de él.

B. La certificación de bajo riesgo de CIUT es un procedimiento de evaluación de la conformidad que es incompleto

17. El límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y el límite del 7% establecidos en el artículo 26 de la DFER II son reglamentos técnicos. El primer reglamento técnico limita y en última instancia excluye del mercado de la UE al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite a causa de su composición, en concreto porque contiene aceite de palma. El biocombustible basado en cultivos de palma de aceite elaborado (exclusivamente) a partir de un rendimiento adicional de la palma de aceite puede eximirse de esa medida y pasar, por consiguiente, a ser admisible para su uso dentro de la limitación del 7% (segundo reglamento técnico), siempre que se cumplan los criterios de los artículos 4 y 5 del Reglamento Delegado y se acredite la declaración positiva de conformidad. La certificación es el procedimiento obligatorio que debe utilizarse para este fin. El procedimiento de evaluación de la conformidad en cuestión sigue estando incompleto y, contrariamente a lo que aduce la Unión Europea, no es posible obtener certificación alguna de bajo riesgo de CIUT.

V. EL CRITERIO JURÍDICO APLICABLE EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC

18. Indonesia considera que el criterio jurídico que ha de aplicarse al evaluar las medidas en litigio en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC y el artículo III.4 del GATT de 1994 no es exactamente el mismo. En particular, a diferencia de lo que sucede en el caso del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, a los efectos del artículo III.4 del GATT de 1994 no es necesario evaluar si un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. El argumento de la Unión Europea de que, en el marco del artículo 2.1 (y análogamente en el del artículo III.4), una medida no otorga un "trato menos favorable" si modifica las condiciones de competencia por razones distintas del origen ha sido rechazado anteriormente por el Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y *Estados Unidos - Atún II (México)*. Indonesia sostiene que no hay motivos para reconsiderar la interpretación firmemente arraigada de los criterios relativos al trato no menos favorable en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC y el artículo III.4 del GATT de 1994.

19. Indonesia también sostiene que la esencia de la prueba relativa a la distinción reglamentaria legítima en el marco del artículo 2.1 es que, cuando un reglamento técnico tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia de los productos importados en el mercado, es adecuado, para proteger el derecho de cada Miembro de la OMC a reglamentar, verificar si, no obstante, ese efecto perjudicial *deriva exclusivamente* de una distinción reglamentaria legítima aplicada de manera imparcial. Es decir, un efecto perjudicial en las condiciones de competencia *que no pueda explicarse por entero* sobre la base de la supuesta distinción reglamentaria legítima debe ser eliminado. La Unión Europea parece leer en el artículo 2.1 la prueba establecida en el marco del artículo 2.2 y, en esencia, funde ambas pruebas. Indonesia no está de acuerdo con este enfoque. En el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC la imparcialidad es el concepto central. Como parte del examen de la imparcialidad de la medida, un grupo especial *puede* considerar el objetivo de la medida. Aun cuando el objetivo se considere legítimo en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, ello no es determinante respecto de la cuestión de la legitimidad de la distinción reglamentaria. En el presente asunto, la falta de una explicación coherente y objetiva de las distinciones establecidas por la Unión Europea, sin necesidad de examinar con gran detalle el o los supuestos objetivos de estas medidas, constituye un indicio muy claro de que las medidas en litigio no son imparciales en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

VI. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO XI.1 DEL GATT DE 1994 Y LAS RESTRICCIONES A LAS IMPORTACIONES DE ACEITE DE PALMA EN LA UNIÓN EUROPEA

20. Prescindiendo de la necesidad de que el Grupo Especial tenga presentes las importantes diferencias entre los argumentos formulados por Malasia al amparo del artículo XI.1 en el presente procedimiento y los aducidos por Indonesia en la diferencia DS593, Indonesia sostiene que, cuando una medida interna es la medida por medio de la cual un Miembro de la OMC aplica una prohibición o restricción a la importación de un producto que no se produce y no se puede producir en el país, esa medida está comprendida en el ámbito del artículo XI.1. En primer lugar, grupos especiales anteriores han reconocido que "pueden existir circunstancias en las que medidas específicas puedan tener distintos efectos" y que, "[e]n circunstancias adecuadas, las medidas pueden tener repercusiones tanto para las condiciones de importación de un producto como para las condiciones competitivas de los productos importados en el mercado interior en el sentido del párrafo 4 del artículo III". En segundo lugar, tampoco se discute que, como confirma la jurisprudencia de la OMC, una medida de un Miembro puede tener aspectos comprendidos en el ámbito del artículo XI y otros aspectos comprendidos en el ámbito del artículo III, y que circunstancias particulares pueden justificar que se aplique a la misma medida tanto el artículo III como el artículo XI. Esas circunstancias particulares existen en el presente asunto, dado que el aceite de palma *no puede producirse en el país y se importa exclusivamente* en la Unión Europea.

21. Indonesia no está de acuerdo con la Unión Europea en que el hecho de que el aceite de palma se importe también para otros usos sea una consideración pertinente en el marco del artículo XI.1. Indonesia sostiene que el hecho de que el aceite de palma ya no vaya a ser importado para su uso *en el sector de los biocombustibles*, a consecuencia del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, es suficiente para establecer una infracción del artículo XI.1. En el presente asunto, las pruebas demuestran que el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT dará lugar a "una disminución de las importaciones netas de aceite de palma en la UE".

VII. LAS DEFENSAS DE LA UNIÓN EUROPEA DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO DEBEN SER DESESTIMADAS

22. Indonesia sostiene que, cuando un Miembro de la OMC invoca más de un apartado del artículo XX del GATT de 1994, debe satisfacer la carga de la prueba respecto de *cada uno* de los apartados y la parte introductoria, teniendo en cuenta el apartado que haya invocado. En asuntos anteriores, el demandado ha aducido en ocasiones que una medida está justificada al amparo, por ejemplo, tanto del apartado b) como del apartado g). En esos asuntos, los grupos especiales han considerado por separado cada defensa.

23. La Unión Europea pide al Grupo Especial que lleve a cabo una evaluación única en el marco de los apartados a), b) y g) del artículo XX porque en el marco de cada apartado se aplica la misma prueba para examinar el vínculo requerido entre las medidas y su objetivo u objetivos. Indonesia se opone a esta interpretación. En el texto de los diversos apartados del artículo XX del GATT de 1994 se utilizan términos diferentes para explicar la conexión requerida entre una medida y los diferentes objetivos legítimos reconocidos en virtud del artículo XX. Además, la posición de la Unión Europea no se basa en una interpretación adecuada del sentido corriente que debe darse a la expresión "necesarias para" en su contexto y a la luz de su objeto y fin. Es la estrategia de la Unión Europea en la presente diferencia lo que causa preocupaciones en relación con la elusión de las condiciones establecidas en el artículo XX. La Unión Europea también se equivoca al pretender que el sentido de "necesarias" y "relativas a" se ha unificado en la jurisprudencia, como pone de manifiesto el hecho de que el Órgano de Apelación haya considerado otras medidas que podrían haberse adoptado de conformidad con la parte introductoria. En síntesis, la necesidad incluye una evaluación de la cuestión de si podría haberse adoptado una medida diferente, mientras que la parte introductoria se centra en la cuestión de si la medida adoptada se podría haber aplicado de manera diferente. Estas pruebas no deben confundirse.

24. La Unión Europea aduce que no hay ninguna limitación territorial explícita o implícita en el artículo XX y que, como el cambio climático y la biodiversidad son fenómenos mundiales, cada Miembro tiene un interés legítimo en luchar contra el cambio climático con el fin de preservar la previsibilidad de los fenómenos meteorológicos, así como la biodiversidad. Indonesia sostiene que no es necesario que el Grupo Especial adopte una posición general sobre la cuestión de si hay o no una limitación territorial o jurisdiccional en el artículo XX del GATT de 1994 o el artículo 2.2 del Acuerdo OTC. En lugar de ello, esta cuestión debe considerarse en el contexto de los objetivos

específicos en los que se apoya la Unión Europea en el presente procedimiento. Además, en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, la cuestión debe abordarse con respecto a los apartados específicos del artículo XX invocados por la Unión Europea. Cada uno de esos apartados debe ser interpretado sobre la base de su sentido corriente y a la luz del objeto y fin del artículo XX del GATT de 1994 y teniendo en cuenta otros principios de interpretación de los tratados del derecho internacional. Las normas del derecho internacional pertinentes reconocen que corresponde a cada Miembro de la OMC la responsabilidad sobre las emisiones y la absorción de GEI que tengan lugar dentro de su territorio, así como actuar para proteger los recursos naturales de su territorio. En el derecho internacional en su forma actual, el concepto de preocupaciones comunes de la humanidad invocado por la Unión Europea no puede ser resuelto por Estados que actúen independientemente, sino que, en lugar de ello, exige cooperación. Es exactamente lo contrario de adoptar medidas unilaterales descoordinadas destinadas a responder a esas preocupaciones.

25. Corresponde al Grupo Especial hacer una evaluación independiente y objetiva del objetivo u objetivos de la medida y considerar todas las pruebas que se le han presentado. El objetivo proteccionista del límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT, así como del límite del 7%, queda demostrado por la consideración conjunta de las pruebas relativas a: i) la trayectoria de la Unión Europea, que ha venido tratando de limitar las importaciones de biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, para lo que ha utilizado, entre otros medios, obstáculos al comercio ilegales; ii) la historia legislativa de la medida y las intenciones declaradas del Parlamento Europeo; iii) el diseño y la estructura de las medidas; y iv) las medidas adoptadas con el fin de preservar el acceso a los mercados para importantes interlocutores comerciales de la UE que exportan productos de soja.

26. Indonesia también está de acuerdo con Malasia en que las medidas no tratan de hacer frente a la pérdida de biodiversidad ni de proteger la moral pública en la UE. La descripción general de la legitimidad de los objetivos de política de la Unión Europea no tiene conexión alguna con el límite del 7% ni con el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT. En particular, la Unión Europea no ha demostrado que el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT esté diseñado para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o preservar los vegetales frente a los riesgos que podrían derivarse de la pérdida de biodiversidad, ni cómo actúan las medidas para proteger la moral pública en la UE. De hecho, dados los criterios para determinar las materias primas con riesgo elevado de CIUT y los criterios para certificar el bajo riesgo de CIUT, el límite máximo y eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT ni siquiera tiene en cuenta que una zona rica en carbono también puede carecer de biodiversidad. Por último, la Unión Europea no ha establecido el contenido de la moral pública de la UE que invoca. No hay nada en el texto de la DFER II que haga referencia a la protección de la moral pública en la UE.

ANEXO C-8**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DEL JAPÓN****I. INTRODUCCIÓN**

1. El Japón agradece la oportunidad de presentar sus opiniones en calidad de tercero en la presente diferencia. El Japón participa en la presente diferencia por su interés sistémico en la interpretación y aplicación correctas y uniformes del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC"), el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC"). El Japón no adopta una posición específica con respecto a los hechos concretos presentados por las partes.

II. LOS PROCESOS Y MÉTODOS DE PRODUCCIÓN RELACIONADOS SON LOS QUE GUARDAN RELACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO

2. Debe entenderse que la expresión "productos y métodos de producción [...] relacionados" de la primera frase del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC se refiere a los procesos y métodos de producción ("PMP") que guardan relación con las características del producto. El término "relacionados" establece un vínculo entre los PMP y las características del producto. Solo los PMP que guarden relación con las características del producto están abarcados por la expresión "procesos y métodos de producción [...] relacionados". Como se confirma en *CE - Productos derivados de las focas*, los PMP relacionados deben tener un vínculo suficiente con las características de un producto.¹ Además, el Grupo Especial debe considerar en qué medida sería necesaria la segunda frase del Anexo 1.1 si se permitiera que todos los PMP quedaran comprendidos por la primera frase del Anexo 1.1. Esto se debe a que las prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un proceso o método de producción ya estarían abarcadas por la primera frase del Anexo 1.1.

3. Si finalmente el Grupo Especial constata que las medidas impugnadas no prescriben PMP, o que, si lo hacen, esos PMP no tienen un vínculo suficiente con las características de los biocombustibles o las materias primas, tendría que concluir que las medidas no establecen "procesos y métodos de producción [...] relacionados".

III. LA EVALUACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LA DISTINCIÓN REGLAMENTARIA EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC

4. La evaluación de la doble prueba² correspondiente al artículo 2.1 del Acuerdo OTC incluye la consideración de la legitimidad de la distinción reglamentaria establecida por el reglamento técnico. Al articular esta prueba, el Órgano de Apelación ha hecho referencia sistemáticamente a las distinciones reglamentarias que son "legítimas". Este requisito está en consonancia con el artículo 2.2, que hace referencia a "objetivos legítimos". También está en consonancia con el preámbulo del Acuerdo OTC, que ofrece contexto para la interpretación del artículo 2.1. El objeto y fin del Acuerdo OTC, que es establecer un equilibrio entre el objetivo de liberalización del comercio y el derecho de los Miembros a adoptar reglamentaciones³, también indica que la distinción reglamentaria, en el marco de la doble prueba, debe ser "legítima".

5. Si el artículo 2.1 no exigiera una evaluación de la legitimidad de las distinciones reglamentarias, los Miembros podrían adoptar distinciones reglamentarias por razones arbitrarias, por ejemplo para proteger su rama de producción nacional. En consecuencia, reglamentos técnicos que establecieran distinciones arbitrarias entre productos importados y productos similares de origen nacional podrían eludir las disciplinas del artículo 2.1. Ese sería un resultado irrazonable.

¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.12.

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 166-182.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 174.

6. Por lo tanto, al aplicar la doble prueba relativa al trato menos favorable, los grupos especiales pueden examinar si los objetivos perseguidos por las distinciones reglamentarias establecidas por el reglamento técnico son legítimas, en particular cuando la legitimidad es cuestionada por el reclamante.

IV. FACTORES QUE DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN AL EXAMINAR SI UN REGLAMENTO TÉCNICO DA UN TRATO "MENOS FAVORABLE" EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC

7. El artículo 2.1 del Acuerdo OTC prohíbe a los Miembros de la OMC imponer reglamentos técnicos que den a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares o productos similares procedentes de otros países. Las partes están de acuerdo en que, a los efectos de la determinación de si la medida de la UE da un trato menos favorable a los biocombustibles de aceite de palma de origen malayo, el Grupo Especial debe aplicar la doble prueba articulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*. Con arreglo a esta prueba, el Grupo Especial debe determinar primero si el reglamento técnico impugnado modifica las condiciones de competencia en detrimento del producto importado frente a los productos similares de origen nacional u originarios de cualquier otro país. Si el Grupo Especial responde a esta pregunta afirmativamente, a continuación debe "analizar con detalle" si cualquier efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Al hacer esa evaluación, el Grupo Especial "debe examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio".⁴ El Japón está de acuerdo con este enfoque.

8. Malasia cuestiona la legitimidad de la distinción reglamentaria establecida por la medida de la UE (es decir, el riesgo elevado de CIUT) aduciendo que el CIUT no puede ser observado ni medido, y alega además que las medidas en litigio están diseñadas y se aplican en una forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificada.⁵ El Japón es consciente de que el Órgano de Apelación ha declarado que, "[s]i determinamos que las distinciones reglamentarias [...] están diseñadas o se aplican en una forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificada, esas distinciones no pueden considerarse 'legítimas'".⁶ A juicio del Japón, el factor clave en el que un grupo especial debe centrarse al evaluar el trato menos favorable es si hay una conexión razonable entre las circunstancias objetivas de la medida y sus objetivos de política. El Japón se centrará, por lo tanto, en los argumentos de Malasia sobre el vínculo entre la distinción reglamentaria establecida en la medida y los objetivos de política de esta.

9. El Japón recuerda que el Órgano de Apelación declaró que la evaluación de la cuestión de si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima "probable[mente] [...] implique tomar en consideración el vínculo entre las distinciones reglamentarias establecidas en la medida y los objetivos de política de la medida"⁷, aunque "tomar en consideración otros factores [...] pued[e] ser también pertinente[] para el análisis".⁸ Como Malasia reconoce en su comunicación, los efectos reales en el comercio de determinados países resultantes de la imposición de la medida no son uno de los "otros factores" que han de tomarse en consideración.⁹ Aunque podría haber circunstancias en que los productos objeto de la medida de reglamentación en cuestión se importen principalmente desde determinado o determinados países, ese efecto desproporcionado resultante de la medida no debe ser una base para el análisis de la segunda etapa de la prueba, y la discriminación no debe inferirse de los efectos en el comercio.

10. A la luz de lo que antecede, si el Grupo Especial está de acuerdo en que la medida impugnada es un "reglamento técnico", el Japón solicita al Grupo Especial que examine cuidadosamente la relación entre las circunstancias objetivas (con inclusión del diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación) del reglamento técnico en litigio y los objetivos de política de este.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 166-182 (en particular, párrafo 182).

⁵ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafos 575-576 y 583.

⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 340.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México)*, párrafo 7.97.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México)*, párrafo 7.95.

⁹ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 562.

11. Además de este punto, el Japón desea abordar los factores que deben considerarse al determinar si se ha otorgado un trato "menos favorable". El Japón recuerda que, en *Estados Unidos - Atún II (México)*, para determinar si la medida de los Estados Unidos era "imparcial", el Órgano de Apelación consideró la cuestión de si las diferentes condiciones de etiquetado "se adapta[ba]n" en función de los riesgos para los delfines, aun cuando aceptaba que la medida se había diseñado para combatir una técnica de pesca que "es especialmente dañina para [los delfines]".¹⁰ Posteriormente, en *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - Estados Unidos) / Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México II)*, el Órgano de Apelación explicó que "la adaptación es el medio para evaluar si el efecto perjudicial de la medida en litigio en la presente diferencia se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima [...]".¹¹ En el análisis de la adaptación debe considerarse la relación racional entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida; si se adaptan debidamente, las distinciones reglamentarias "no constituirán una discriminación arbitraria o injustificada [...]".¹²

12. Así pues, el factor clave que ha de considerar el Grupo Especial es si hay una conexión racional entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida (teniendo en cuenta su diseño, estructura y funcionamiento), por un lado, y los objetivos de política de la medida, por otro. En el caso de las medidas relativas a la protección ambiental, en este análisis se deben tener en cuenta diversos factores pertinentes, por ejemplo las circunstancias de cada país, ya que la situación puede diferir según dónde se fabriquen los productos, qué productos se fabriquen, y cómo se fabriquen esos productos. A este respecto, el Japón desea subrayar que esta evaluación debe estar sólidamente basada en factores y pruebas objetivos, con inclusión del diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida, y no en la intención subjetiva del Miembro que impone la medida.

V. EL ARTÍCULO 2.2 NO PERMITE AL MIEMBRO REGULADOR COMPENSAR LOS EFECTOS DE RESTRICCIÓN DEL COMERCIO EN LAS IMPORTACIONES PROCEDENTES DE ALGUNOS MIEMBROS CON EFECTO ALGUNO DE AUMENTO DEL COMERCIO EN LAS IMPORTACIONES PROCEDENTES DE OTROS MIEMBROS

13. En general, la evaluación de la restrictividad del comercio a los efectos del artículo 2.2 debe comenzar por la estructura objetiva de las medidas, y solo en circunstancias limitadas el efecto en el comercio se ha considerado pertinente. El Órgano de Apelación ha aclarado que "la modificación perjudicial de las oportunidades de competencia puede ser evidente respecto de determinadas medidas discriminatorias *de jure*, mientras que pueden requerirse pruebas y argumentos justificantes de los efectos reales en el comercio para demostrar la existencia y la amplitud de la restricción del comercio respecto de medidas internas no discriminatorias que aborden un objetivo legítimo".¹³ Esto se debe a que los efectos en el comercio variarán según las condiciones del mercado. Además, como se señaló en *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, "no siempre será posible cuantificar un factor determinado analizado con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, o cuantificarlo con precisión".¹⁴

14. Si una medida es restrictiva del comercio en relación con productos importados procedentes de determinados Miembros, esa restrictividad del comercio no se compensa por ningún efecto de aumento del comercio en los productos importados procedentes de otros Miembros. La obligación del artículo 2.2 se contrae respecto de cada Miembro de la OMC, y se aplica respecto de los productos importados procedentes de cada Miembro de la OMC. Esta posición está en consonancia con el enfoque adoptado en *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*. Los grupos especiales encargados de ese asunto constataron que "no es necesario evaluar la 'restrictividad del comercio' de un reglamento técnico únicamente sobre la base del efecto de la medida en el comercio entre *todos* los Miembros de la OMC, de *todos los productos* objeto del reglamento técnico".¹⁵ En lugar de ello, consideraron que un Miembro podía demostrar la existencia de una restricción del comercio respecto

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - Estados Unidos) / Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México II)*, párrafo 6.13.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - Estados Unidos) / Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 21.5 - México II)*, párrafo 6.13.

¹³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (artículo 21.5 - Canadá y México)*, nota 643 al párrafo 5.208 (con resalte en el original).

¹⁴ Informes del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párrafo 7.1076.

¹⁵ Informes del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, párrafo 7.1088 (con resalte en el original).

de un producto concreto con el que dicho Miembro comercie, aun cuando el comercio de otro u otros Miembros haya aumentado.

VI. ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

15. En el presente asunto se ha planteado una cuestión en relación con las similitudes y diferencias entre las pruebas jurídicas implícitas en el término "necesarias" de los apartados a) y b) del artículo XX del GATT de 1994 y en la expresión "guardar relación con" [*sic*] del apartado g) de la misma disposición.

16. Ante todo, el Japón cree que las pruebas jurídicas deben deducirse de la interpretación basada en el sentido corriente de los términos de las disposiciones con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y que categorizar y comparar los términos exclusivamente a la luz de su función no es productivo.

17. Aunque las pruebas relativas al término "necesarias" y la expresión "guardar relación con" tienen ambas en común que su función es distinguir medidas que pueden estar justificadas al amparo del artículo XX del GATT de 1994, los dos conceptos son distintos. Por lo tanto, debe interpretarse que los apartados a) y b) del artículo XX, por un lado, y el apartado g), por otro, exigen una relación diferente entre el objetivo de política y la medida que se pretende justificar. De hecho, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina* el Órgano de Apelación observó que "[n]o parece razonable dar por supuesto que la intención de los Miembros de la OMC fuera exigir, para todas y cada una de las categorías, el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar".¹⁶

18. En el apartado g) del artículo XX se emplean los términos "*relate to*" (guardar relación con), cuyo sentido corriente es "*to have some connection with*" (tener alguna conexión con)¹⁷ y ha sido interpretado por el Órgano de Apelación.¹⁸ Por otro lado, la evaluación de la "necesidad" entraña sopesar y confrontar una serie de factores, entre los que se incluyen la importancia del interés social o valor en cuestión, la contribución de la medida al objetivo que persigue y la restrictividad del comercio de la medida.

19. Aunque puede haber alguna coincidencia entre los factores analizados, y el resultado de la evaluación puede ser similar en determinados casos, las dos pruebas no son idénticas. Por lo tanto, el Japón opina que se ha invitado al Grupo Especial a examinar por separado los motivos de la justificación al amparo de cada apartado del artículo XX, incluido el vínculo entre la medida en litigio y el interés que esta persigue, sobre la base de argumentos y pruebas específicos para cada caso.

VII. INGRESOS CONDONADOS QUE EN OTRO CASO SE PERCIBIRÍAN EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1.1 A) 1) II) DEL ACUERDO SMC

20. En informes anteriores de grupos especiales y del Órgano de Apelación se ha constatado que eximir determinados productos industrializados de impuestos de aplicación general cuando se satisfacen determinadas condiciones constituye una contribución financiera. Por ejemplo, en *Canadá - Automóviles* el grupo especial y el Órgano de Apelación examinaron una medida que eximía a los vehículos de motor de derechos de importación cuando eran importados en el Canadá por fabricantes de coches que cumplían determinadas condiciones, como una "prescripción en materia de proporción" que exigía producir en el país una determinada proporción mínima de los vehículos de motor vendidos en el Canadá, así como una prescripción relativa al valor añadido en el Canadá ("VAC") que exigía mantener o reducir el nivel del valor añadido nacional en la producción de vehículos de motor correspondiente al año anterior.¹⁹ El Órgano de Apelación constató que esa exención condicional de los impuestos de importación constituía una contribución financiera en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, al declarar:

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 20.

¹⁷ *Oxford English Dictionary*, www.oed.com, "*relating [to]*", verbo, acepción 6.a.

¹⁸ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.90 ("para que una medida guarde 'relación' con la conservación en el sentido del apartado g) del artículo XX tiene que haber 'una auténtica y estrecha relación de medios y fines' entre la medida y el objetivo de conservación del Miembro que mantiene la medida").

¹⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 9.

[...] el Canadá ha establecido un tipo arancelario normal NMF del 6,1 por ciento para las importaciones de vehículos de motor. De no ser por la exención de derechos de importación, se pagaría ese derecho sobre las importaciones de vehículos de motor. En consecuencia, en virtud de la medida en litigio, el Gobierno del Canadá, en los términos utilizados en el asunto *Estados Unidos - Empresas de ventas en el extranjero*, "ha renunciado a la facultad de percibir ingresos que 'en otro caso' podría haber percibido". Más concretamente, con la exención de derechos de importación, el Canadá ha prescindido del "punto de referencia normativo, definido" que estableció para los derechos de importación sobre vehículos de motor en sus aranceles normales NMF y, al hacerlo, ha condonado "ingresos públicos que en otro caso se percibirían".²⁰

21. Así pues, si un impuesto que en otro caso se percibiría se condona cuando se cumplen determinados objetivos de producción y/o adición de valor nacionales, ello constituye una contribución financiera de un Gobierno en el sentido del artículo 1.

22. En una diferencia posterior, el Órgano de Apelación expuso las tres etapas analíticas que se indican a continuación al comparar el trato fiscal otorgado a los supuestos receptores de la subvención con el trato fiscal otorgado a ingresos comparables de contribuyentes que se encuentren en situaciones comparables: 1) identificar el trato fiscal otorgado a los ingresos de los supuestos receptores; 2) identificar un punto de referencia que permita hacer una comparación, es decir el trato fiscal otorgado a ingresos comparables de contribuyentes que se encuentren en situaciones comparables; y 3) comparar las razones que explican el trato fiscal impugnado con el trato fiscal de referencia que se haya identificado después de examinar minuciosamente el régimen fiscal del Miembro de que se trate.²¹

VIII. FACTORES QUE DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN AL EXAMINAR LOS EFECTOS DE LAS SUBVENCIONES EN EL MARCO DE LOS ARTÍCULOS 5 Y 6.3 DEL ACUERDO SMC

23. Malasia alega que la reducción del impuesto sobre los combustibles de Francia es una subvención recurrible en el sentido del artículo 5 c) del Acuerdo SMC. En particular, Malasia aduce que el efecto de la reducción del impuesto sobre los combustibles de Francia es una pérdida de ventas significativa del aceite de palma como materia prima para biocombustibles, así como del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite, en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC.²² La UE aduce que la medida de Francia ni es una subvención ni es específica con arreglo al artículo 2 del Acuerdo SMC, y que, además, Malasia no ha demostrado que la medida haya causado efectos desfavorables para Malasia en forma de un perjuicio grave para sus intereses en el sentido de los artículos 6.3 a) y 6.3 c) del Acuerdo SMC.²³

24. El Japón solicita al Grupo Especial que considere la naturaleza, diseño y funcionamiento de la subvención en litigio al examinar el efecto de esta. El Órgano de Apelación ha puesto de relieve repetidamente la importancia de la naturaleza de las subvenciones en el análisis de la relación causal. Por ejemplo:

- En *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, el Órgano de Apelación subrayó en un pasaje decisivo que "[l]a naturaleza de una subvención desempeña un papel importante en todo análisis acerca de si dicha subvención tiene un efecto significativo de contención de la subida de los precios de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 6".²⁴
- En *CE - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación sostuvo que, para determinar si el efecto de la subvención es una de las situaciones descritas en el artículo 6.3 del Acuerdo SMC:

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 91 (no se reproducen las notas de pie de página).

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 811-814.

²² Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 1167.

²³ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 1677-1679.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 450.

La idoneidad de un determinado método puede tener que establecerse caso por caso, en función de una serie de factores y circunstancias tales como la naturaleza, el diseño y el funcionamiento de las subvenciones en litigio, los supuestos fenómenos de mercado, y la medida en que las subvenciones se otorgan en relación con un determinado producto o productos, entre otros factores.²⁵

25. La pertinencia de la naturaleza, diseño y funcionamiento de las subvenciones puede ilustrarse con los siguientes ejemplos. El Japón cree que, cuando determinadas subvenciones tienen efectos positivos no solo en los receptores, sino también en cualquier entidad privada de la rama de producción pertinente, cabe constatar, según las circunstancias fácticas, incluida la "naturaleza" de las subvenciones, que estas no causan un perjuicio grave, como demuestra el asunto *Estados Unidos - Algodón americano* (upland). Por ejemplo, es probable que las actividades de investigación y desarrollo de una empresa comercial generen efectos secundarios en la rama de producción pertinente o en otras ramas de producción. Subvencionar tales actividades para recompensar esos efectos secundarios ayudará a alcanzar el nivel óptimo de las actividades. Tales subvenciones garantizan, en lugar de perjudicar, el correcto funcionamiento del mercado competitivo.

26. Por el contrario, si las pruebas demuestran que los actores no necesitan actuar sobre la base de consideraciones de carácter comercial a causa de las subvenciones que reciben, ello sería un indicio claro de que las condiciones de competencia en el mercado están distorsionadas y, por lo tanto, cabe constatar que hay un efecto desfavorable.

27. Así pues, el Grupo Especial debería considerar la naturaleza, diseño y funcionamiento de la reducción del impuesto sobre los combustibles de Francia al considerar el efecto de la subvención y, en particular, al determinar si el efecto de la subvención impugnada es una pérdida de ventas *significativa* en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC.

IX. CONCLUSIÓN

28. El Japón espera que su contribución a la presente diferencia sea útil para el Grupo Especial en su evaluación del asunto que se le ha sometido y al formular interpretaciones jurídicas de las disposiciones pertinentes del Acuerdo OTC, el GATT de 1994 y el Acuerdo SMC.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1376.

ANEXO C-9**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA REPÚBLICA DE COREA*****I. Introducción**

1. Señor Presidente y distinguidos miembros del Grupo Especial, la República de Corea ("Corea") agradece la oportunidad de participar como tercero en la presente diferencia y presentar sus opiniones al Grupo Especial.

2. Antes de formular su declaración oral en la presente diferencia, Corea desea expresar su profunda preocupación por la incapacidad de Ucrania de participar plenamente en el sistema de solución de diferencias de la OMC, incluida la participación en calidad de tercero. El Gobierno de Corea se suma a los demás Gobiernos que han condenado la invasión armada de Ucrania por Rusia como una violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional. Cuando el uso de la fuerza causa víctimas inocentes ninguna circunstancia puede justificarlo. La soberanía, la integridad territorial y la independencia de Ucrania deben ser respetadas. También compartimos la profunda preocupación de la comunidad internacional por el deterioro de la situación humanitaria en Ucrania.

3. Paso ahora a la declaración de Corea. Corea interviene en calidad de tercero por su interés sistémico en la correcta interpretación de las disposiciones de los acuerdos de la OMC considerados en la presente diferencia.

4. En su declaración de hoy, Corea abordará las cuestiones relativas al artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, deseamos destacar que Corea se limitará a formular observaciones sobre las cuestiones de derecho y que no adopta una posición general sobre la diferencia entre Malasia y la Unión Europea.

II. Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

5. Malasia afirma que determinadas medidas de la UE son incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC porque: i) el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra (CIUT) y la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT son "reglamentos técnicos"; ii) estas medidas restringen el comercio; iii) alcanzan sus supuestos objetivos en una medida que es muy difícil, si no imposible, de determinar, y que, en cualquier caso es bastante limitada; y iv) y, por último, en cualquier caso, "restring[en] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo".¹

6. La Unión Europea sostiene que, aun en el caso de que el Grupo Especial constatará que las medidas en litigio son reglamentos técnicos, la alegación de Malasia al amparo del artículo 2.2 del Acuerdo OTC debe ser desestimada porque las medidas en litigio persiguen objetivos legítimos y no restringen el comercio más de lo necesario.²

7. Grupos especiales anteriores han constatado que, al evaluar la incompatibilidad con el artículo 2.2, debe considerarse: i) si las medidas en litigio persiguen el objetivo legítimo, y ii) si no restringen el comercio más de lo necesario (prueba de la necesidad).³ Corea examinará individualmente estas dos cuestiones.

* La República de Corea ha solicitado que su declaración oral constituya su resumen integrado.

¹ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 591.

² Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 770-771.

³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.133; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.387.

8. Con respecto a los objetivos legítimos, Corea señala que el Grupo Especial primero debe identificar el objetivo perseguido por la medida aducido por el Miembro y después determinar si ese objetivo es "legítimo".⁴

9. A este respecto, Corea coincide con Malasia y la UE⁵ en que el Grupo Especial debe evaluar "de manera independiente y objetiva" el objetivo perseguido por las medidas impugnadas, aunque ello no impide que la caracterización del objetivo realizada por el Miembro sea un punto de partida.⁶ Al llevar a cabo esa evaluación independiente y objetiva, el Grupo Especial puede tener en cuenta el texto de instrumentos jurídicos, los antecedentes legislativos y otras pruebas relativas a la estructura y aplicación de la medida.⁷

10. En *Estados Unidos - Atún II (México)* el Órgano de Apelación explicó que la expresión "objetivo legítimo" designa un fin u objeto que es lícito, justificable o apropiado.⁸ A este respecto, Corea observa que el artículo 2.2 del Acuerdo OTC contiene una lista de "objetivos legítimos" y da ejemplos de los mismos, tales como los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error, y la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.

11. Corea entiende que el uso de la expresión "entre otros" en el artículo 2.2 indica que la lista de ejemplos no es exhaustiva y que, por lo tanto, constituye un punto de referencia para otros objetivos que puedan considerarse.⁹ Además, los objetivos reconocidos en las disposiciones de otros acuerdos abarcados pueden orientar e informar el análisis de lo que cabe considerar un objetivo legítimo con arreglo al artículo 2.2 del Acuerdo OTC.¹⁰

12. A este respecto, Corea recuerda que el artículo 2.2 del Acuerdo OTC ofrece orientación sobre la manera de interpretar el artículo 2.1.¹¹ En concreto, se tomará en consideración el "objetivo legítimo" en el sentido del artículo 2.2 cuando se examine la discriminación *de facto* y se evalúe la distinción reglamentaria legítima en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.¹²

13. Esto se debe a que, al evaluar la prueba de la distinción reglamentaria legítima determinando el "trato menos favorable", el Grupo Especial ha de basar su determinación en la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí, incluidos el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico de que se trate.¹³ Por último, el órgano examinador pregunta si la distinción reglamentaria en cuestión se aplica de una manera legítima teniendo en cuenta el objetivo perseguido.¹⁴ El objetivo legítimo considerado en el contexto del artículo 2.2 cumple una función a este respecto.

14. A continuación, Corea aborda la segunda cuestión correspondiente a la prueba de la necesidad, que es evaluar si "no [se] restring[e] el comercio más de lo necesario". Al discernir obstáculos innecesarios al comercio internacional en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, en asuntos anteriores se han considerado los tres factores siguientes para determinar si un reglamento "restring[e] el comercio más de lo necesario":

- i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión;
- ii) la restrictividad del comercio de la medida; y

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 314; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 371-372.

⁵ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 776, 790; y primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 600.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 314; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 371-372.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 314; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 395.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 313.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 313.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 313.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 212.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 212.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 216, 347-350.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 225; e informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 349.

- iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida.¹⁵

15. En la mayoría de las ocasiones debe realizarse una comparación entre las medidas impugnadas y posibles medidas alternativas.¹⁶ En aras de la aplicación uniforme del Acuerdo OTC, Corea entiende que el Grupo Especial debe considerar cuidadosamente si las alternativas propuestas "haría[n] una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y si está razonablemente disponible".¹⁷

III. Conclusión

16. Con esto concluye la declaración oral de Corea. Gracias por su atención.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322; e informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 471.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

ANEXO C-10**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA*****Introducción**

1. Les agradecemos que hayan brindado a la Federación de Rusia la oportunidad de presentar sus opiniones en la presente diferencia. Subrayamos que no adoptaremos ninguna posición en relación con aspectos fácticos concretos del asunto, y que nuestra intervención se ceñirá exclusivamente a determinadas cuestiones de interpretación relativas al artículo XX del GATT de 1994.
2. En primer lugar deseamos abordar el argumento preliminar de la UE relativo a la justificación acumulativa al amparo del artículo XX a), b) y g) del GATT de 1994. En segundo lugar, nos referiremos a las pruebas jurídicas pertinentes y apropiadas en el marco de cada uno de los apartados del artículo XX del GATT de 1994 invocados. Por último, concluiremos con nuestras opiniones sobre la limitación territorial en el artículo XX del GATT de 1994.

Determinados aspectos de la interpretación del artículo XX del GATT de 1994 realizada por la UE

3. En la presente diferencia la UE invoca concurrentemente tres apartados de las excepciones generales previstas en el GATT, y alega que las medidas en litigio están "justificadas acumulativamente al amparo del artículo XX a), b) y g) del GATT de 1994".¹ Aduce que esas medidas "forman parte de un amplio conjunto de políticas para hacer frente a la crisis climática y el colapso de la biodiversidad, y proteger el medio ambiente y la moral pública en la UE".² Según la UE, esos objetivos compuestos están estrechamente entrelazados y, por lo tanto, el Grupo Especial debe proceder a un análisis único.
4. A juicio de la Federación de Rusia, este enfoque no está en consonancia ni con la letra y el espíritu del artículo XX del GATT de 1994 ni con la jurisprudencia firmemente arraigada de la OMC.
5. Las alegaciones formuladas en la presente diferencia son relativamente sencillas. Malasia no impugna la política ambiental general (el conjunto del régimen de biocarburantes de la UE) establecida por la UE, sino medidas individuales específicas. Cada una de esas medidas debe ser evaluada individualmente con arreglo al mandato del Grupo Especial. El hecho de que esas medidas puedan haberse adoptado en el contexto de un cierto régimen de políticas nacional no es determinante para su evaluación. Por lo tanto, como le ha instado a hacer el reclamante, el Grupo Especial no debe extender su análisis más allá de las medidas previstas en la solicitud de establecimiento del grupo especial.
6. Correspondía a la UE establecer si cada una de las medidas en litigio está comprendida en el ámbito de aplicación de uno u otro de los apartados del artículo XX del GATT de 1994 y puede considerarse justificada. Sin embargo, el enfoque de las llamadas "excepciones de los tres pilares" no pone de manifiesto la debida relación entre cada una de las medidas impugnadas y los objetivos concretos que protege. No obstante, Rusia no excluye la posibilidad de que una medida pueda abordar múltiples objetivos. En el presente asunto, creemos que el Miembro demandado debe establecer y justificar por separado la relación entre la medida y cada uno de los objetivos perseguidos.
7. Sin embargo, en la presente diferencia la UE realiza extensos análisis sobre la correlación entre los apartados del artículo XX del GATT de 1994. En particular, la UE cree que la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales (artículo XX b)) y la conservación de los recursos naturales agotables (artículo XX g)) son valores similares, y que, de no existir el apartado g), el apartado b)

* La Federación de Rusia ha solicitado que su declaración oral constituya su resumen integrado.

¹ Segunda comunicación escrita de la UE, párrafos 1328-1329.

² *Ibid.*, párrafo 1296.

también abarcaría las especies raras y amenazadas.³ Además, cree que estos valores también están entrelazados con la protección de la moral pública, ya que "suscitan preocupaciones de orden moral".⁴ Por lo tanto, según la UE, "aplicar una prueba de diferente intensidad a los mismos valores" resultaría extraño e improcedente. Este razonamiento de la UE está viciado.

8. Los apartados pertinentes del artículo XX del GATT de 1994 prevén requisitos diferentes. Si se acepta el enfoque de "justificación acumulativa" de la UE, cada medida introducida para proteger la moral pública también preservaría los vegetales, por ejemplo. Obviamente, ese no es el caso.
9. Además, los apartados invocados por la UE establecen diferentes tipos de conexión entre los diferentes valores protegidos y la medida adoptada, a saber, la prueba de la "necesidad" para los apartados a) y b) y la prueba de la "relación" para el apartado g). Esto fue confirmado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina*. El Órgano de Apelación concluyó explícitamente que, como en el artículo XX se utilizan términos diferentes con respecto a categorías diferentes, parece irrazonable considerar que se exige el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar.⁵
10. Según la práctica firmemente arraigada de la OMC, la prueba de la "necesidad" conlleva un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores, entre los que se incluye el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido, la importancia relativa del interés que está en juego, y la restrictividad del comercio de la medida impugnada.⁶ Además, en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación aclaró que "necesarias" se sitúa más cerca de "indispensables" que del polo opuesto del continuo, es decir, el de lo que "contribuye a".⁷ Así pues, la "contribución" es un grado mínimo de la prueba de la necesidad en el marco de los apartados a) y b).
11. La prueba concerniente a la expresión "relativas a" exige demostrar "una estrecha relación de medios y fines", es decir, evaluar si la medida tiene por objeto un objetivo de conservación.⁸
12. La UE trató de explicar que las pruebas son en esencia iguales, remitiendo, entre otras cosas, a determinadas explicaciones del Órgano de Aplicación según las cuales en ambos casos debe haber una relación de medios y fines entre la medida y el objetivo perseguido.⁹ Este argumento es trivial. Tanto las palabras "necesarias para" como las palabras "relativas a" exigen de hecho "una relación de medios y fines", ya que su finalidad es establecer una relación entre la parte introductoria y los apartados. Sin embargo, la naturaleza/carácter de esta conexión es diferente, porque el sentido de las palabras empleadas es diferente. A este respecto, Rusia invoca la jurisprudencia previamente citada y el sentido diferente de las palabras "contribuye a" (utilizadas para la prueba de la "necesidad") y "tiene por objeto" (utilizadas para la prueba de la "relación").
13. Según el diccionario Merriam Webster, la palabra "*contribute*" (contribuir) significa "*to play a significant part in making something happen*" (tener una participación significativa en hacer que algo suceda). Por su parte, la forma transitiva del verbo "*aim*" (tener por objeto) significa "*to direct toward a specified object or goal*" (dirigir hacia un objeto o meta específico). En este sentido, "necesarias para" establece el tipo de disposición en el que el resultado es determinante, es decir, aquel en el que la medida adoptada conduce a la protección de un determinado tipo de política. En cambio, "relativas a" indica un cierto grado de intención para influir en el resultado final.

³ *Ibid.*, párrafos 1259-1264.

⁴ *Ibid.*, párrafos 1325-1333.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 20.

⁶ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *India - Células solares*, párrafo 5.59; los informes del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafos 5.67-5.70; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas arancelarias*, párrafo 7.125.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 161.

⁸ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.90.

⁹ Segunda comunicación escrita de la UE, párrafo 1266.

14. Por lo tanto, no resulta claro cómo llegó la Unión Europea a sus alegaciones sobre la ausencia de diferencia "en la práctica" entre estas dos pruebas.¹⁰
15. Además, la UE alega que no solicita un "salto revolucionario en la jurisprudencia".¹¹ Al mismo tiempo, pide de hecho al Grupo Especial que reduzca tanto la prueba relativa a la expresión "necesarias para" como la concerniente a la expresión "relativas a", prescindiendo por completo de la letra del artículo, y que limite su evaluación "a determinar si la medida es racional y razonable tanto en su diseño como en su aplicación".¹²
16. A la luz de lo que antecede, Rusia cree que no hay ninguna razón para confundir los criterios jurídicos emanados del artículo XX del GATT de 1994; la nueva visión de la UE sobre la manera de proceder del Grupo Especial no tiene fundamento en el texto. Por lo tanto, a nuestro juicio, el Grupo Especial debe evaluar sistemáticamente cada medida impugnada en el marco de cada uno de los apartados de que se trate. Si una medida es incompatible, total o parcialmente, con el apartado considerado, el Grupo Especial debe proceder a evaluar la compatibilidad de esa parte incompatible en el marco del siguiente apartado, etc. De esta manera, el Grupo Especial hará pasar la medida por el filtro de las excepciones. Si, tras esta operación, toda la medida en litigio, o cada una de sus partes, está amparada por un determinado objetivo de política —y solo entonces—, podría llegarse a la conclusión global de que es compatible.
17. Por último, Rusia desea hacer unas breves observaciones sobre la supuesta aplicación "extraterritorial" del artículo XX del GATT de 1994.¹³
18. A este respecto, remitimos al asunto *CE - Focas*, en el que el Órgano de Apelación puso de relieve la importancia de determinar la limitación jurisdiccional del artículo XX del GATT de 1994, así como su naturaleza y alcance.¹⁴ Así pues, el Órgano de Apelación, como mínimo, consideró la opción de que haya una limitación territorial en dicho artículo. Es una opción lógica, ya que la ausencia de tales limitaciones deja margen para diferentes tipos de abusos. Yendo más allá del texto del artículo (estamos de acuerdo con la UE en que no hay indicaciones territoriales en él), y siguiendo las orientaciones de los principios de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe concluir que el Acuerdo de Marrakech en su conjunto y el GATT en particular no están diseñados de manera que se eludan los derechos y obligaciones de los Miembros. Las excepciones previstas en los Acuerdos sirven para lograr un equilibrio entre las políticas soberanas de los Miembros y el derecho de estos al libre comercio.
19. Además, cabe observar que, aunque en la jurisprudencia previa no se ha abordado explícitamente la cuestión, sí se han dado algunas orientaciones útiles sobre esta materia. En particular, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación estableció la existencia de "un vínculo suficiente entre las poblaciones migratorias y marinas amenazadas del caso y los Estados Unidos a los efectos del párrafo g) del artículo XX", ya que se sabía que algunas especies de tortugas se desplazaban por aguas sometidas a la jurisdicción de los Estados Unidos.¹⁵ En *CE - Focas* el Órgano de Apelación también estableció la existencia de tal vínculo entre la medida y el territorio, ya que señaló que "el régimen de la UE para las focas está diseñado para abordar las actividades de la caza de focas que se llevan a cabo dentro y fuera de la Comunidad".¹⁶
20. Así pues, a la luz de la jurisprudencia previa, el artículo XX del GATT de 1994 parece exigir un vínculo territorial. En el presente asunto en concreto, creemos que corresponde a la UE demostrar la existencia de efectos ambientales concretos en su territorio dependientes de la producción de aceite de palma en Malasia.

Conclusión

21. Con esto concluye la declaración oral de la Federación de Rusia. Les damos las gracias por su atención.

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 1265.

¹¹ *Ibid.*, párrafo 1333.

¹² *Ibid.*, párrafos 1265-1272.

¹³ *Ibid.*, párrafo 1345.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Focas*, párrafo 5.173.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 133.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Focas*, párrafo 5.173.

ANEXO C-11**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE UCRANIA*****Comunicación en calidad de tercero****1. INTRODUCCIÓN**

1. Ucrania agradece la oportunidad de participar en calidad de tercero en el asunto *DS600 Unión Europea y determinados Estados miembros - Determinadas medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite* y de exponer sus opiniones sobre determinadas cuestiones planteadas por las partes en esta diferencia.

2. Las cuestiones planteadas en esta diferencia tienen importantes implicaciones para Ucrania debido a su interés sistémico en la interpretación y la aplicación correctas y coherentes de los acuerdos abarcados de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"). Ucrania desea centrarse en algunas cuestiones relacionadas con los análisis y la aplicación de los artículos I.1, III.4 y XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994").

3. Ucrania aclara que no formulará observaciones sobre los aspectos fácticos específicos presentados por las partes en esta diferencia y no adoptará una posición específica. Ucrania también desea reservarse el derecho de plantear otras cuestiones en la sesión destinada a los terceros con el Grupo Especial.

2. ALEGACIONES RELATIVAS A LOS ARTÍCULOS I.1 Y III.2 DEL GATT DE 1994 CON RESPECTO A LAS MEDIDAS DE LA UNIÓN EUROPEA

En su primera comunicación escrita, Malasia indicó que el marco reglamentario que la Unión Europea ("UE") está estableciendo actualmente, y que se basa parcialmente en el concepto de cambio indirecto del uso de la tierra ("CIUT"), es manifiestamente discriminatorio y no es ni mucho menos la medida menos restrictiva del comercio que la UE tiene a su alcance, y, por consiguiente, no está en consonancia con los compromisos que corresponden a la UE en virtud de diversos Acuerdos de la OMC.¹

4. Como ha indicado Malasia, la Directiva sobre fuentes de energía renovables de la UE ("DFER II") introduce un nuevo enfoque para abordar la cuestión del riesgo de CIUT identificado para los biocombustibles, los biolíquidos y los combustibles de biomasa producidos a partir de materias primas para las que se observe una expansión significativa de la superficie de producción en tierras con elevadas reservas de carbono. Con este fin, la DFER II exige que los Estados miembros de la UE fijen un límite específico y decreciente para los biocombustibles con riesgo elevado de CIUT.² Malasia supone que algunos Estados miembros de la UE han adoptado medidas que ya reducen considerablemente el uso de biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite en el sector del transporte, con mucha antelación a la eliminación progresiva para 2030 prevista en la DFER II.³

5. El principal argumento de Malasia en el sentido de que su cultivo de aceite de palma no entraña un riesgo de CIUT es que Malasia ha aplicado importantes procedimientos para garantizar la protección de sus bosques y otros entornos naturales. En particular, las leyes de Malasia exigen que se realice una evaluación del impacto ambiental en el marco del procedimiento de autorización de la mayoría de las actividades económicas.⁴ Por lo tanto, en opinión de Malasia, dado que la superficie cultivada de palma de aceite ya no puede expandirse de manera significativa, los requisitos de la UE relativos al CIUT y a la certificación de bajo riesgo de CIUT no deberían imponerse a Malasia.

* De conformidad con el párrafo 27 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial, la comunicación presentada por Ucrania en calidad de tercero y su declaración oral sirven como resumen de sus argumentos.

¹ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 3.

² *Ibid.*, párrafo 42.

³ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 12.

⁴ *Ibid.*, párrafo 24.

6. Por consiguiente, Malasia sostiene que las medidas en litigio, entre otras cosas, son incompatibles con las obligaciones que corresponden a la UE en virtud del artículo I.1.⁵

7. De acuerdo con la primera comunicación escrita de Malasia y el informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, para establecer la existencia de una incompatibilidad con el artículo I.1 del GATT de 1994 deben demostrarse los siguientes elementos:

- a) que la medida en litigio está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo I.1;
- b) que los productos importados en litigio son productos "similares" en el sentido del artículo I.1;
- c) que la medida en litigio confiera una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" a un producto originario del territorio de cualquier país;
- d) que la ventaja así concedida no se ha concedido "inmediata" e "incondicionalmente" a todo producto "similar" originario de los territorios de todos los Miembros.⁶

8. Malasia respalda su posición haciendo hincapié en la "similitud" de los productos de origen extranjero y de los productos producidos a partir de las materias primas de la UE. Por consiguiente, Ucrania desea prestar atención a este criterio a efectos de la determinación del cumplimiento de las disposiciones del artículo I.1 del GATT de 1994.

9. Según Malasia, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT discriminan entre los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos "similares" y sus materias primas originarios de terceros países y, por consiguiente, son incompatibles con el artículo I.1 del GATT de 1994. En particular, al limitar y eliminar progresivamente el uso únicamente del biocombustible basado en cultivos de palma de aceite para el cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables, las medidas en litigio discriminan entre el biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y el aceite de palma malasios y los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos similares y sus materias primas de otro origen extranjero.⁷

10. Además, Malasia sostiene que las medidas de la UE en litigio, a saber, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT, conceden ventajas a los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos y sus materias primas importados de algunos Miembros que no se conceden a todos los Miembros, y en particular no a Malasia.⁸ Al mismo tiempo, las medidas en litigio no limitan y finalmente excluyen los biocombustibles "similares", a saber, otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos, como los producidos a partir de aceite de colza, aceite de soja o aceite de girasol.⁹ Además, Malasia supone que esos biocombustibles no están sujetos a certificación para contabilizarse a efectos del cumplimiento de los objetivos de la UE en materia de energías renovables.¹⁰

11. A los efectos del artículo I.1 del GATT de 1994, Malasia considera que los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite y otros biocombustibles basados en cultivos oleaginosos son "productos similares", y que sus respectivas materias primas son "productos similares".

12. En su primera comunicación escrita, la UE declaró que Malasia no había demostrado los fundamentos de su argumentación sobre los productos "similares". Se remite a esas afirmaciones y mantiene su posición de que Malasia no ha fundamentado adecuadamente sus alegaciones al respecto.¹¹ Asimismo, la UE observa que, en cualquier caso, sus medidas están justificadas al amparo del artículo XX del GATT de 1994.¹²

⁵ *Ibid.*, párrafo 886.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.86.

⁷ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 890.

⁸ *Ibid.*, párrafo 898.

⁹ *Ibid.*, párrafo 899.

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 900.

¹¹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 1133.

¹² *Ibid.* 1128.

13. El artículo I.1 del GATT de 1994 establece, entre otras cosas, que cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

14. El Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Aves de corral (China)* indicó que el concepto de producto similar ha sido objeto de numerosas interpretaciones en decisiones anteriores de grupos especiales y del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación ha explicado que, cualquiera que sea la disposición en litigio, el análisis de un producto similar debe realizarse siempre caso por caso.¹³

15. Ucrania se adhiere a esta opinión y, por ende, está convencida de que cada asunto en el marco de la OMC debe ser examinado por el grupo especial etapa por etapa y en detalle, en razón de la naturaleza única de cada asunto. Así pues, el Grupo Especial debería analizar cuidadosamente los criterios o factores que pueden determinar la conformidad de las medidas de la UE con el artículo I.1 del GATT de 1994, incluida la "similitud" de los biocombustibles basados en cultivos oleaginosos y sus respectivas materias primas que pueden entrañar o no un riesgo de CIUT.

16. El último elemento que debe demostrarse para establecer la existencia de una incompatibilidad con lo dispuesto en el artículo I.1 del GATT de 1994 es que la ventaja concedida se conceda "inmediata" e "incondicionalmente" a los productos "similares" originarios de los territorios de todos los Miembros. Ucrania considera que el Grupo Especial debería constatar en primer lugar si se puede considerar que las medidas de la UE infringen el artículo I.1 del GATT de 1994 en su conjunto y solo entonces comenzar a examinar en qué medida las mismas ventajas se concedieron inmediatamente o no a Malasia.

17. Por su parte, Ucrania cree que en la presente diferencia el Grupo Especial debería utilizar el enfoque tradicional para determinar la "similitud", que consiste principalmente en emplear cuatro criterios generales:

- a) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos;
- b) los usos finales de los productos;
- c) los gustos y hábitos de los consumidores —más ampliamente denominados percepciones y conducta de los consumidores— con respecto a los productos; y
- d) la clasificación arancelaria de los productos.¹⁴

18. Según Malasia, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT otorgan un trato menos favorable al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y al aceite de palma importados que el que otorgan a las materias primas y sus biocombustibles derivados nacionales "similares" y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo III.4 del GATT de 1994.¹⁵

19. Como se explica en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, para que se establezca que ha habido una infracción del artículo III.4 del GATT de 1994 deben darse tres elementos: que los productos importado y nacional en cuestión sean "productos similares"; que la medida en cuestión sea una "ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior"; y que los productos importados reciban "un trato menos favorable" que el concedido a los productos similares de origen nacional.¹⁶

20. Tras haberse abordado *supra* la cuestión de la determinación de la "similitud" del producto, Ucrania desea prestar atención al segundo elemento de la prueba.

¹³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafo 7.424.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafo 7.425.

¹⁵ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 921.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 133.

21. En referencia a lo dispuesto en el artículo III.1 del GATT de 1994, que reza que "[l]as partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional", Ucrania sugiere que el Grupo Especial tenga en cuenta lo siguiente.

22. En su primera comunicación escrita, Malasia citó el informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá - Automóviles*, según el cual se ha interpretado que la palabra "afecte" en el artículo III.4 del GATT de 1994 abarca no solo las leyes y reglamentos que rigen directamente las condiciones de venta o uso, sino también cualquier ley o reglamento que pueda modificar desfavorablemente las condiciones de competencia entre los productos nacionales y los importados.¹⁷

23. Asimismo, en su primera comunicación escrita Malasia señaló un hecho importante, a saber, que no hay mercado en la UE para los biocombustibles o las materias primas de los biocombustibles que no reúnen las condiciones necesarias para que se contabilicen a efectos de los objetivos de la UE en materia de energías renovables.¹⁸

24. La UE no está de acuerdo con la opinión de Malasia de que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT otorgan un trato menos favorable al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y al aceite de palma importados que el que otorgan a las materias primas y sus biocombustibles derivados nacionales "similares", y sostiene que Malasia no ha demostrado que las "medidas" identificadas tienen el presunto efecto discriminatorio. Además, en cualquier caso, las medidas están justificadas al amparo del artículo XX del GATT de 1994.¹⁹

25. A nuestro juicio, el Grupo Especial debería analizar cuidadosamente la situación actual en el mercado interno de la UE para determinar si hay una competencia leal en ese mercado o si, mediante esas medidas, la UE trata de proteger los biocombustibles producidos a partir de materias primas internas, teniendo en cuenta el régimen de biocarburantes de la UE, con inclusión de la DFER II y el Reglamento Delegado.

26. El siguiente elemento de la prueba y de los argumentos de Malasia se refiere a los productos importados que reciben un trato "menos favorable" que el que se concede a los productos nacionales similares, en concreto, que el límite del 7%, el límite máximo por riesgo elevado de CIUT, la eliminación progresiva por riesgo elevado de CIUT y la certificación de bajo riesgo de CIUT otorgan al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite y al aceite de palma importados de Malasia un trato menos favorable que el concedido a los productos similares originarios de la UE.

27. Malasia supone que al establecer si existe un "trato menos favorable" lo que hay que comparar es el trato concedido al grupo de productos importados en su conjunto y el trato dado al grupo de productos nacionales similares en su conjunto. Respecto de una medida que no concede un trato menos favorable a algunos productos del grupo de productos importados, puede constatar, no obstante, que concede un "trato menos favorable" al grupo de productos importados en su conjunto.²⁰

28. Por su parte, la UE cree que para demostrar que existe un "trato menos favorable" en el sentido del artículo III.4 del GATT de 1994, el reclamante debe establecer el alcance adecuado de los productos sobre cuya base se debe realizar la comparación y demostrar además que el "trato menos favorable" que ha identificado es atribuible a la medida en litigio.²¹

29. A juicio de Ucrania, para determinar correctamente si los productos reciben un "trato menos favorable", el Grupo Especial debería determinar en primer lugar si los productos importados y los productos internos mencionados pueden considerarse "similares".

¹⁷ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 924.

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 624.

¹⁹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 1140 y 1142.

²⁰ Primera comunicación escrita de Malasia, párrafo 933.

²¹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 1159.

30. Ucrania supone que la principal tarea del Grupo Especial en el marco de los artículos especificados del GATT de 1994 consiste en determinar la "similitud" de los productos exportados a la UE desde Malasia y de los productos producidos a partir de materias primas cultivadas en la UE. Esta conclusión puede ayudar al Grupo Especial a especificar si las medidas de la UE son compatibles con los artículos I.1 y III.4 del GATT de 1994 en particular.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA UE AL AMPARO DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

31. En su primera comunicación escrita, la UE justifica sus medidas al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

32. El artículo XX del GATT de 1994 reza en particular que, a reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición de ese Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; [...]
- g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; [...].

33. Según la UE, el régimen de biocarburantes de la UE tiene por objeto contribuir al logro de los objetivos de mitigación del cambio climático de la UE por lo que respecta a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyendo al mismo tiempo al logro de objetivos ambientales más amplios, en particular la prevención de la pérdida de biodiversidad. La contribución a estos objetivos es necesaria para proteger la moral pública de la UE, pues la lucha contra el cambio climático y la destrucción de la biodiversidad constituyen preocupaciones morales profundas y de larga data para el público de la UE y el legislador de la UE.²²

34. El Órgano de Apelación, en el informe sobre el asunto *Estados Unidos - Medidas arancelarias*, señaló que los Miembros pueden recurrir al artículo XX como una excepción para justificar medidas que en caso contrario serían incompatibles con sus obligaciones en el marco del GATT de 1994. Concretamente, en los apartados del artículo XX se enumeran varias categorías de políticas que los Miembros de la OMC pueden invocar para justificar la posible incompatibilidad de sus medidas (impugnadas) con las obligaciones sustantivas dimanantes del GATT de 1994.²³

35. El Grupo Especial mencionó que, tradicionalmente, los grupos especiales han examinado las alegaciones de justificación al amparo del artículo XX utilizando un análisis doble: los grupos especiales han examinado primero si la medida en litigio está comprendida provisionalmente en una de las excepciones enumeradas en los apartados del artículo XX, antes de considerar si la aplicación de la medida impugnada satisface las prescripciones de la parte introductoria del artículo XX.²⁴

36. Por consiguiente, Ucrania considera que el Grupo Especial debería constatar en primer lugar si las medidas de la UE, en particular su régimen de biocarburantes, se introdujeron de conformidad con la disposición del artículo XX del GATT de 1994, a saber, para proteger la moral pública, la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, o en relación con la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. Asimismo, Ucrania supone que el Grupo Especial debería investigar en detalle si las pruebas presentadas por la UE están efectivamente en consonancia con las disposiciones de ese artículo. Si esas medidas pueden justificarse al amparo de la disposición mencionada, el Grupo Especial debería estudiar si satisfacen las prescripciones que figuran en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

²² Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 4.

²³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas arancelarias*, párrafo 7.103.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 7.107.

4. CONCLUSIONES

37. Ucrania agradece al Grupo Especial la oportunidad de dar a conocer su opinión y espera que su contribución a la presente diferencia resulte de utilidad al Grupo Especial para evaluar objetivamente el asunto que se le ha sometido y llevar a cabo las respectivas interpretaciones jurídicas de los acuerdos de la OMC.

Declaración oral

1. Señor Presidente, distinguidos miembros del Grupo Especial, Ucrania agradece la oportunidad de participar en calidad de tercero en la presente diferencia y, en términos más generales, en el sistema de solución de diferencias en forma pacífica entre los Miembros.

2. Ucrania tiene un interés sistémico en asegurar la interpretación coherente de los acuerdos abarcados de la OMC y ya ha abordado algunas cuestiones en su comunicación en calidad de tercero y no repetirá sus observaciones al respecto.

3. Sin embargo hoy, mientras los Miembros trabajan juntos para apoyar el sistema multilateral de comercio y mantener el sistema de solución pacífica de diferencias de la OMC, Rusia, por su lado, comete un flagrante acto de agresión contra Ucrania por medio de su brutal invasión militar no provocada e injustificable.

4. Ucrania está convencida de que la agresión militar de un Miembro de la OMC con respecto a otro Miembro de la OMC sitúa al sistema multilateral de comercio en una situación sin precedentes. Las medidas de Rusia no son compatibles con los principios fundamentales de la Organización, y el hecho de que Ucrania deba ejercer sus derechos en las circunstancias actuales en las que se ve privada por la fuerza de su derecho a participar plenamente en los procedimientos de solución de diferencias no debería pasarse por alto.

5. Entendemos la naturaleza jurídica de las diferencias en la OMC y la importancia que tiene para las partes en la diferencia el examen oportuno de los aspectos de fondo, por lo que Ucrania respeta toda decisión del Grupo Especial y todas las posiciones de las partes en la diferencia.

6. No obstante, nos gustaría invitar a los Miembros a que se pregunten si la posición de un país que comenzó una guerra contra un Miembro de la OMC puede tenerse en cuenta dentro de la Organización, en la que uno de los principios fundamentales es actuar de buena fe.

7. Estamos muy agradecidos a todos los Miembros que no permanecen al margen y que condenan la agresión de Rusia contra Ucrania.

ANEXO C-12

RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DEL REINO UNIDO

1. A continuación figura un resumen integrado de la comunicación presentada por el Reino Unido en calidad de tercero y su respuesta a determinadas preguntas del Grupo Especial.

1. EXCEPCIONES GENERALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO XX

2. El artículo XX del GATT de 1994 prevé excepciones respecto de las medidas adoptadas para perseguir determinados objetivos de política. Una medida por lo demás incompatible con el GATT puede justificarse al amparo del artículo XX cuando: a) cumple los requisitos específicos de uno de los apartados; y b) satisface las condiciones de la parte introductoria.

3. La Unión Europea trata de justificar sus medidas mediante la aplicación acumulativa de los apartados a), b) y g) del artículo XX. Según la Unión Europea, las medidas impugnadas forman parte de un amplio conjunto de políticas que abordan el cambio climático, la protección del medio ambiente (incluida la preservación de la biodiversidad), preocupaciones de orden moral y la búsqueda de energías sostenibles. La Unión Europea aduce que los objetivos de las medidas impugnadas están "interrelacionados", y sostiene que, de no prosperar su defensa, "no deben prosperar las tres justificaciones en conjunto".¹ El Reino Unido aborda la defensa "compuesta" de la Unión Europea y presenta algunas observaciones sobre el criterio jurídico que ha de aplicarse en el marco de los apartados a), b) y g).

a. ARTÍCULO XX - CRITERIO JURÍDICO "COMPUESTO"

4. Los apartados del artículo XX proporcionan distintas vías para defender una medida, cada una basada en un objetivo de política diferente. Esto se refleja en los diferentes criterios jurídicos de los apartados. Por ejemplo, en los apartados se utilizan términos distintos para describir el grado de conexión exigido entre la medida en cuestión y el interés u objetivo de política. Como señaló el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*:

No parece razonable dar por supuesto que la intención de los Miembros de la OMC fuera exigir, para todas y cada una de las categorías, el mismo tipo o grado de conexión o relación entre la medida sometida a examen y el interés o política estatal que se pretenda promover o realizar.²

5. Examinando los apartados invocados por la Unión Europea en la presente diferencia, los apartados a) y b) exigen que la medida sea "necesaria[]" para "proteger el objetivo de política pertinente, mientras que el apartado g) exige que la medida sea una medida "relativa[]" a" lo mismo. El Órgano de Apelación ha constatado que el análisis de la necesidad entraña "sopesar y confrontar" varios factores³ y, en la mayoría de los casos, requerirá una comparación de la medida con otras posibles alternativas, menos restrictivas del comercio.⁴ En cambio, en el marco del apartado g), se ha constatado que la expresión "relativas a" exige que la medida esté "destinada principalmente a"⁵ la conservación de los recursos naturales; no hay que "sopesar y confrontar" nada y no hay que considerar alternativas menos restrictivas del comercio.

6. Además, una defensa compuesta confundiría los criterios jurídicos y privaría pues a los términos específicos de cada uno de los distintos apartados del artículo XX de su *effet utile*. Tomando el ejemplo expuesto *supra*, dicha defensa efectivamente reduciría el criterio impuesto por el término "necesarias" o aumentaría el criterio impuesto por el término "relativas a". Así pues, los apartados del artículo XX no deben invocarse acumulativamente. Para evitar dudas, el Reino Unido reconoce

¹ Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 1329.

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 20.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 178. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 306; y *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 178.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 21.

que pueden invocarse varios apartados a fin de justificar una medida, siempre que se cumplan plenamente los requisitos de cada uno de ellos.

b. ARTÍCULO XX A) - MORAL PÚBLICA

7. Para justificar provisionalmente una medida al amparo de este apartado, el demandado debe demostrar que su medida: i) está "destinada" a proteger la moral pública; y ii) es "necesaria" para alcanzar su objetivo de moral pública.

8. **Interpretación de la expresión "moral pública".** Grupos especiales de la OMC han interpretado que la expresión "moral pública" denota "normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación".⁶ La cuestión de si un interés social equivale a una "norma de buena y mala conducta" en una comunidad o nación particular es en última instancia una determinación basada en hechos específicos.⁷ Por consiguiente, el significado y el alcance de la expresión "moral pública" se fundamentarán en los "valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan" en esa comunidad o nación.⁸ Debe darse a los Miembros libertad para definir la moral pública "en su territorio, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores".⁹

9. El Reino Unido considera que las preocupaciones sobre el cambio climático, la destrucción del medio ambiente y/o la pérdida de biodiversidad pueden caracterizarse como moral pública a los efectos del apartado a). Como se ha señalado, la cuestión de si estos intereses alcanzan el nivel de moral pública en un Miembro dado debe determinarse sobre la base de los valores que prevalezcan en ese Miembro, teniendo presente la libertad concedida a los Miembros para definir su propia moral pública.

10. **Elemento de "contribución" de la prueba de necesidad.** El análisis de la "necesidad" entraña "sopesa[r] y [...] confronta[r]" una serie de factores, entre los que figuran la contribución de la medida a los objetivos perseguidos, la importancia de los valores que persigue la medida, y el grado de restrictividad del comercio de la medida.¹⁰ Si un grupo especial llega a la conclusión preliminar de que la medida es necesaria, debe confirmar ese resultado comparando la medida con alternativas razonablemente disponibles menos restrictivas del comercio.

11. Al evaluar la contribución de una medida al objetivo perseguido, el Órgano de Apelación ha reconocido que para hacer frente a problemas complejos ambientales pueden hacer falta políticas globales que comprendan una "pluralidad de medidas en interacción" y que, a corto plazo, podría resultar por tanto difícil separar la contribución de una medida concreta de la contribución de la política más amplia.¹¹

12. El Órgano de Apelación aceptó que la contribución al objetivo puede demostrarse de diferentes maneras. Los Miembros pueden demostrar que la medida "genera" una contribución recurriendo a pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente. Pero los Miembros pueden igualmente demostrar que una medida "es adecuada para" hacer una contribución al objetivo perseguido (es decir, en el futuro).¹² Es importante señalar que el Órgano de Apelación reconoció que los Miembros tienen facultades discrecionales en cuanto a la manera de probar esa contribución.¹³

⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 6.465. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 7.380, 7.631; y *Brasil - Tributación*, párrafo 7.520.

⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 6.461.

⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 6.461. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 7.380-7.381, 7.631; y *Brasil - Tributación*, párrafo 7.520.

⁹ Informes de los Grupos Especiales, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 7.383; y *Brasil - Tributación*, párrafo 7.520 (donde se recurre al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 6.461).

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164 (donde se aborda el artículo XX d)); véanse también los informes del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 240; y *Colombia - Textiles*, párrafo 5.70 (donde se aborda el artículo XX a)).

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

13. Al hacerlo, el Órgano de Apelación "dej[ó] abierta la posibilidad de que una medida 'necesaria' contribuya al" objetivo "como parte de un marco de política que comprenda distintas medidas, que dé lugar a posibles sinergias entre dichas medidas".¹⁴ Estas constataciones son de particular importancia para las medidas adoptadas con el fin de combatir el cambio climático, que formarán necesariamente parte de marcos de política de amplio alcance, y requerirán acciones en una serie de sectores y sistemas complejos e interconectados, y que tal vez no tengan efectos inmediatamente observables.

C. ARTÍCULO XX b) - PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA VIDA DE LAS PERSONAS Y DE LOS ANIMALES O PRESERVACIÓN DE LOS VEGETALES

14. Para justificar provisionalmente una medida al amparo de este apartado, el demandado debe demostrar que su medida: i) está "destinada" a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales; y ii) que es "necesaria".

15. **"[P]roteger la salud y la vida de las personas y de los animales o [...] preservar los vegetales"**. Para demostrar que una medida está destinada a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales, un grupo especial debe, en primer lugar, establecer "la existencia de un riesgo para la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales" y, en segundo lugar, examinar "si la política en que se basa la medida tiene como objetivo reducir ese riesgo".¹⁵ Está claramente establecido que "los Miembros tienen derecho a determinar el nivel de protección que consideren apropiado".¹⁶ Al determinar si una medida está destinada a reducir el riesgo identificado para la vida o la salud, un grupo especial debe evaluar las pruebas relativas al diseño, la estructura y la aplicación de la medida.¹⁷

16. Se ha reconocido que varias políticas ambientales protegen la salud y la vida de las personas y de los animales o preservan los vegetales.¹⁸ Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el grupo especial convino en que "una política destinada a reducir la contaminación del aire resultante del consumo de gasolina" era una política comprendida en el grupo de las políticas que tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales.¹⁹ Más recientemente, el grupo especial que se ocupó del asunto *Brasil - Tributación* constató que un conjunto de políticas destinadas a reducir las emisiones de CO₂ en el marco de un plan de transporte para "la mitigación del cambio climático y la adaptación a él" perseguía objetivos de política que estaban "comprendid[os] en la gama de políticas que protegen la vida o la salud de las personas" y que por lo tanto estaban abarcados por el apartado b) del artículo XX.²⁰

17. El Reino Unido observa que el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático ("IPCC") ha constatado que el aumento de las temperaturas mundiales dará lugar a cambios ambientales que pondrán en peligro la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales. Se ha constatado que las repercusiones del cambio climático ponen en peligro "la salud, los medios de subsistencia, la seguridad alimentaria, el abastecimiento de agua, la seguridad humana y el crecimiento económico".²¹

18. Los argumentos sobre el análisis de la prueba de necesidad y la contribución en el marco del artículo XX a) son igualmente aplicables al análisis de la necesidad en el marco del artículo XX b).

¹⁴ Informes de los Grupos Especiales, *China - Tierras raras*, párrafo 7.146, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, *Brasil - Tributación*, párrafo 7.859.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Brasil - Tributación*, párrafo 7.859.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, *Brasil - Tributación*, párrafo 7.884.

¹⁸ Informes del Grupo Especial, *China - Materias primas*, párrafo 7.479.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.21. Las constataciones del grupo especial con respecto al artículo XX b) no fueron objeto de apelación.

²⁰ Informe del Grupo Especial, *Brasil - Tributación*, párrafos 7.878-7.881. Las constataciones del grupo especial con respecto al artículo XX b) no fueron objeto de apelación.

²¹ IPCC Special Report, Summary for Policymakers, 2018, B.5.

d. ARTÍCULO XX g) - CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES AGOTABLES

19. Para justificar provisionalmente una medida al amparo de este apartado, el demandado debe demostrar que su medida: i) tiene por objeto conservar los "recursos naturales agotables", ii) es una medida "relativa[]" a la conservación de esos recursos, y iii) se "apli[ca] conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales".

20. **Sentido de la expresión "recursos naturales agotables".** Se ha interpretado que esta expresión incluye los recursos vivos y no vivos, que son unos y otros "finitos" en la medida en que estén expuestos a la disminución, el agotamiento o la extinción.²² En particular, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el grupo especial reconoció que el "aire puro" es un recurso natural agotable porque puede agotarse.²³ El hecho de que el recurso fuera renovable y se definiera en función de sus propiedades (es decir, la pureza del aire) no impedía que fuera un recurso natural agotable.²⁴

21. Al interpretar la expresión "recursos naturales agotables" resultan pertinentes la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ("CMNUCC"), el Acuerdo de París y el Pacto de Glasgow por el Clima. Estos convenios y decisiones internacionales confirman que una atmósfera mundial con niveles seguros de gases de efecto invernadero es un recurso que corre el riesgo de agotarse. Por ejemplo, la CMNUCC destaca que el aumento sustancial de las "concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera" dará como resultado, "en promedio, un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra" y que su objetivo es "lograr [...] la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático".²⁵ El Acuerdo de París²⁶ y el Pacto de Glasgow por el Clima²⁷ apoyan la consecución de ese objetivo a través de su meta de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a menos de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales, asegurando reducciones sostenidas de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero.

22. Sobre la base de lo anterior, el Reino Unido sostiene que una atmósfera mundial con niveles seguros de gases de efecto invernadero, es decir, una composición atmosférica segura, es un recurso natural agotable en el sentido del artículo XX g). De la misma manera que la calidad del aire puede agotarse por la contaminación, una composición atmosférica segura también se agotará por un exceso de gases de efecto invernadero.

²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 128 y 131.

²³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.37. Las constataciones del grupo especial sobre esta cuestión no fueron objeto de apelación.

²⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafos 6.36-6.37. Las constataciones del grupo especial sobre esta cuestión no fueron objeto de apelación.

²⁵ CMNUCC, preámbulo y artículo 2, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsq3&clang=en (consultado el 27 de junio de 2022).

²⁶ Acuerdo de París, artículos 2.1 y 4.1, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsq_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en (consultado el 27 de junio de 2022); El examen de 2013-2015, Decisión 10/CP.21 de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en la CMNUCC, documento FCCC/CP/2015/10/Add.2 de las Naciones Unidas, párrafo 4, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a02.pdf#page=23> (consultado el 27 de junio de 2022).

²⁷ Pacto de Glasgow por el Clima, con inclusión de la Decisión 1/CP.26 de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en la CMNUCC, párrafos 15-17, disponible en: <https://unfccc.int/documents/310475> (consultado el 27 de junio de 2022), y la Decisión 1/CMA.3 de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París, párrafos 20-22, disponible en: <https://unfccc.int/documents/310497> (consultado el 27 de junio de 2022).

ANEXO C-13**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LOS ESTADOS UNIDOS****RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS EN CALIDAD DE TERCERO****I. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC**

1. Malasia alega que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT infringe el artículo 2.1 del Acuerdo OTC porque da "al biocombustible basado en cultivos de palma de aceite de Malasia importado en la UE un trato menos favorable que el otorgado a 'productos similares' importados en la UE procedentes de otros países y a 'productos similares' nacionales". Para establecer una infracción del artículo 2.1, el reclamante debe probar tres elementos: i) que la medida en litigio es un reglamento técnico; ii) que los productos importados y nacionales son "similares"; y iii) que el trato dado a los productos importados es menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares o a productos similares procedentes de otros países.

2. Con respecto al tercer elemento, un reclamante puede tratar de establecer hechos suficientes para demostrar que la medida, *de facto*, da a las importaciones un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares (o a otros productos extranjeros). Al igual que el artículo III.4 del GATT de 1994, el artículo 2.1 no prohíbe a los Miembros establecer distinciones reglamentarias entre productos diferentes que puedan estar comprendidos en un único grupo de "productos similares". El artículo 2.1 tampoco prohíbe las medidas que puedan dar lugar a ciertos efectos perjudiciales en los productos importados en comparación con algunos productos nacionales similares. Lo que sí prohíbe el artículo 2.1 son las medidas que den a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares *sobre la base del origen*.

3. La conclusión de que el artículo 2.1 va dirigido a controlar la discriminación en función del origen se basa en su texto, en su contexto. En la propia disposición se compara el trato otorgado a diferentes productos sobre la base del origen: "productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros", "productos [...] de origen nacional" y "productos [...] originarios de cualquier otro [Miembro]". Análogamente, el preámbulo del Acuerdo refleja que las medidas no deben "apli[carse] en forma tal que constituyan un medio de *discriminación* arbitrario o injustificado *entre los países* en que prevalezcan las mismas condiciones".

4. El examen de las razones en que se basan cualesquiera distinciones establecidas entre un grupo de productos similares es especialmente importante en el contexto de los reglamentos técnicos, en el que las medidas pueden necesariamente establecer distinciones entre productos sobre la base de las "características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados". Si un demandado demuestra que el trato diferente y perjudicial se basa, por ejemplo, en el objetivo ambiental o de salud pública perseguido —y no en el origen extranjero de un producto—, entonces la medida no constituye un trato menos favorable en el sentido del artículo 2.1.

5. En informes recientes, el Órgano de Apelación ha constatado que, en el contexto del Acuerdo OTC, cualquier efecto perjudicial cuya existencia se haya constatado con respecto a productos importados constituirá una infracción del artículo 2.1 a menos que el "efecto perjudicial para las importaciones *deriv[e] exclusivamente de* distinciones reglamentarias legítimas". Este requisito —que cualquier efecto perjudicial "deriv[e] exclusivamente de" una distinción reglamentaria legítima— carece de fundamento en el texto del Acuerdo OTC y reduce significativamente el alcance de las medidas reglamentarias permitidas en virtud del Acuerdo.

6. El enfoque erróneo del Órgano de Apelación puede invitar a los grupos especiales a tratar de confrontar el efecto perjudicial de una medida con su contribución al objetivo en cuestión: una evaluación que se refiere más a la proporcionalidad (sopesar los costos y beneficios) que a la discriminación basada en el origen.

7. El enfoque del Órgano de Apelación, en esencia, impone al reclamante la obligación de demostrar el grado de restrictividad del comercio de la medida en cuestión. Sin embargo, esta "obligación adicional" no figura en el artículo 2.1 ni es necesaria para evaluar la discriminación basada en el origen. Los Estados Unidos están de acuerdo en que es importante en el marco del

Acuerdo OTC evaluar la restrictividad del comercio de una medida. No obstante, de una manera que es *exclusiva* del Acuerdo OTC, la restrictividad del comercio ya comprende una obligación positiva en el marco del artículo 2.2. Es decir, cuando un reglamento técnico no discrimina de forma incompatible con el artículo 2.1, por ejemplo, esa medida puede incumplir por separado las obligaciones de un Miembro si restringe no obstante el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo OTC.

8. Al debilitar estas dos disposiciones, el Órgano de Apelación no solo ha reducido el alcance de las medidas que de otro modo superarían un examen del trato menos favorable (en el marco de la disposición equivalente del artículo III.4), sino que ha reducido el alcance de las medidas que podrían superar un examen de la restrictividad del comercio (en el marco de lo que debería ser el artículo 2.2). Así pues, aunque es posible que el Órgano de Apelación tuviera la intención de permitir que las medidas reglamentarias justificadas tuvieran un amplio alcance al crear su criterio de la "distinción reglamentaria legítima", al mezclar las obligaciones establecidas en los artículos 2.1 y 2.2 combinó de hecho interpretaciones más restrictivas de cada disposición en un solo criterio en el marco del artículo 2.1. Este Grupo Especial no debe repetir el mismo error. En lugar de ello, debe interpretar el artículo 2.1 sobre la base de su texto y, como grupos especiales y el Órgano de Apelación han interpretado la misma obligación en el marco del GATT durante decenios, evaluar si cualquier efecto diferente y perjudicial se basa en factores no relacionados con el origen extranjero de un producto. De ese modo, el Grupo Especial restablecería en la OMC el equilibrio "entre la promoción de la liberalización del comercio, de un lado, y el derecho a reglamentar de los Miembros, de otro".

9. La cuestión de si un efecto perjudicial se basa en factores no relacionados con el origen de los productos de que se trate es una cuestión a la que debe responderse teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes. Por ejemplo, si la finalidad reglamentaria invocada guarda una relación racional con la medida en litigio, ello sería indicativo de no discriminación. Análogamente, si la medida es adecuada para promover la finalidad reglamentaria identificada por el Miembro regulador, ello también sería indicativo de no discriminación. Un grupo especial evaluaría esto como parte de la evaluación general de si una medida modificaba las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados u otros productos extranjeros. Si una evaluación de la medida no respaldara la tesis de que el efecto perjudicial no se basaba en el origen, o si un examen de los hechos revela que la distinción reglamentaria es un elemento sustitutivo del origen, por ejemplo, entonces la medida infringiría la obligación de trato nacional o trato NMF.

10. Por las razones expuestas *supra*, el Grupo Especial debe interpretar y aplicar el artículo 2.1 del Acuerdo OTC de acuerdo con su texto en el sentido de que prohíbe la discriminación basada en el origen. Como se concluyó en informes anteriores sobre el artículo III.4, un trato diferente y perjudicial de las importaciones constituirá un incumplimiento de la obligación cuando el supuesto detrimento no se explique por factores que no guarden relación con el origen extranjero del producto, por ejemplo cuando la medida y la distinción en cuestión no guarden una relación racional con la finalidad reglamentaria invocada. En este caso, la Unión Europea aduce que la finalidad reglamentaria del límite máximo por riesgo elevado de CIUT es limitar el cambio climático, proteger la biodiversidad y atender las preocupaciones de moral pública. Si, teniendo en cuenta todos los hechos, el Grupo Especial constata que la repercusión en las importaciones malasias no se basa en el origen, debe entonces concluir que Malasia no ha satisfecho la carga que le corresponde de demostrar la existencia de un "trato menos favorable" en el sentido del artículo 2.1.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2.2 DEL ACUERDO OTC

11. Malasia también aduce que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT infringe el artículo 2.2 del Acuerdo OTC al crear obstáculos innecesarios al comercio internacional de aceite de palma y biocombustible basado en cultivos de palma de aceite. La Unión Europea sostiene que "las medidas en litigio no tienen ni la finalidad ni el efecto de crear 'obstáculos innecesarios al comercio', dado que: persiguen objetivos legítimos; y no restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar esos objetivos".

12. La primera frase del artículo 2.2 establece la regla general de que los Miembros se asegurarán de que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional, mientras que su segunda frase hace operativa esta regla general al explicar que "[a] tal fin" "los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo".

13. Si la medida contribuye, o es adecuada para contribuir, a un objetivo legítimo, entonces solo es incompatible con el artículo 2.2 si "restring[e] el comercio más de lo necesario para alcanzar" ese objetivo legítimo. A fin de establecer que sucede tal cosa, el Miembro reclamante debe probar que: 1) existe una medida alternativa razonablemente disponible; 2) que alcance el objetivo legítimo del Miembro al nivel que ese Miembro considera apropiado; y 3) sea significativamente menos restrictiva del comercio. Como ocurre en el caso de la disposición paralela del Acuerdo MSF, la cuestión jurídica clave por lo que respecta al artículo 2.2 es si el Miembro importador podría haber adoptado una medida menos restrictiva del comercio para alcanzar su objetivo al nivel escogido.

14. El primer paso es que el grupo especial examine el grado en que la medida impugnada contribuye, o es adecuada para contribuir, al "objetivo legítimo" del Miembro. Según Malasia, la Unión Europea adoptó la medida para abordar "el objetivo principal declarado de ... evitar emisiones adicionales de GEI limitando el cambio directo e indirecto del uso de la tierra". La Unión Europea aduce que las medidas en litigio tienen por objeto abordar los objetivos "compuestos" de "combatir el cambio climático y la pérdida de biodiversidad y proteger la moral pública de la UE", y alega que estos objetivos están "interrelacionados". Los Estados Unidos observan que corresponde al demandado —no al reclamante— identificar los objetivos legítimos que motivan la imposición de una determinada medida. Si un reclamante desea impugnar la autenticidad del objetivo declarado por un demandado, puede hacerlo demostrando que la medida no contribuye (o contribuye poco) al supuesto objetivo y que, por lo tanto, existen opciones menos restrictivas del comercio para alcanzar el objetivo en cuestión.

15. Por consiguiente, el Grupo Especial debe basar su análisis en la medida en que el límite máximo por riesgo elevado de CIUT contribuye, o es adecuado para contribuir, al objetivo identificado por la Unión Europea; y en si está a disposición de la Unión Europea otra medida menos restrictiva del comercio identificada por Malasia que haga, o sea adecuada para hacer, una contribución similar.

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2.4 DEL ACUERDO OTC

16. Con respecto a la cuestión de si existe una norma internacional pertinente de conformidad con el artículo 2.4, el Acuerdo OTC no define el término "norma internacional". Sin embargo, este término se define en la Guía 2 de la ISO/CEI como "[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público". Además, el Acuerdo OTC define el término "norma" como "[d]ocumento aprobado por una institución reconocida" y especifica que una "[i]nstitución ... internacional" es una "[i]nstitución ... abiert[a] a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros".

17. Por lo que respecta a la cuestión de si una determinada norma internacional es "ineficaz o inapropiada" para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, el término "ineficaz" se refiere a algo que no "cumple la función necesaria", "no obtiene un resultado", o "no se aplica en la práctica", mientras que el término "inapropiada" se refiere a algo que no es "especialmente idóneo", "adecuado" o "conveniente". Si el Grupo Especial coincide con la Unión Europea en que las normas de la ISO que cita Malasia no son eficaces ni adecuadas para abordar los objetivos específicos que ha identificado la Unión Europea, ello indicaría que no se ha acreditado un elemento de una alegación formulada al amparo del artículo 2.4.

IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 5.1 DEL ACUERDO OTC

18. Malasia alega que el procedimiento de evaluación de la conformidad para el límite máximo por riesgo elevado de CIUT infringe el artículo 5.1 del Acuerdo OTC. A efectos de establecer que una medida es incompatible con el artículo 5.1.1, un Miembro reclamante debe demostrar la existencia de tres elementos: 1) la medida se refiere a un "procedimiento de evaluación de la conformidad"; 2) los productos en cuestión son "productos similares"; y 3) el acceso al límite máximo por riesgo elevado de CIUT se concede en condiciones "menos favorables" a los proveedores de productos originarios del territorio de un Miembro que a los "proveedores de productos similares de origen nacional u originarios de cualquier otro país, en una situación comparable".

19. Al evaluar esta alegación, el Grupo Especial debe determinar si la diferencia de trato en el marco de los procedimientos de evaluación de la conformidad constituye una base suficiente para constatar que los productos similares no están no obstante "en una situación comparable" o si la diferencia de trato es tal que los productos importados reciben un trato menos favorable que los productos nacionales similares.

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS**I. LA CUESTIÓN DE SI LAS DEFENSAS DEL ARTÍCULO XX PUEDEN INVOCARSE EN RELACIÓN CON EL DAÑO EXTRATERRITORIAL**

20. Según Malasia y Colombia (que expone sus argumentos en calidad de tercero), un Miembro no puede invocar el artículo XX para proteger valores e intereses fuera del territorio de ese Miembro. No hay en el texto del artículo XX nada que respalde el tipo de limitación territorial respecto del objetivo del Miembro que impone la medida que proponen Colombia y Malasia. Además, muchas medidas que entrañan intereses extraterritoriales han sido impugnadas en el pasado, y se ha constatado que esas mismas medidas satisfacen los requisitos de los apartados del artículo XX.

II. CONFIDENCIALIDAD

21. En esta diferencia, Malasia ha presentado varios documentos y extractos de documentos de la diferencia DS593, el asunto Indonesia/UE - Aceite de palma. Esos documentos —entre los que figuran un informe de expertos y partes de la comunicación de Indonesia y de una comunicación de un tercero— debían tratarse como confidenciales con arreglo al artículo 18.2 del ESD. Aunque estas diferencias se refieren ambas a las mismas medidas de la UE, se trata de dos diferencias distintas. Además, los terceros en la diferencia DS593 (el asunto Indonesia/UE - Aceite de palma) y DS600 (el asunto Malasia/UE - Aceite de palma) no son idénticos y, por lo tanto, la divulgación de documentos confidenciales de la diferencia DS593 (el asunto Indonesia/UE - Aceite de palma) en la presente diferencia DS600 (el asunto Malasia/UE - Aceite de palma) es más que teórica.

22. Los Estados Unidos se toman muy en serio sus obligaciones en materia de confidencialidad en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, y confían en que otros Miembros hagan lo mismo. Advierten a los Miembros de que deben seguir siendo conscientes de sus obligaciones y cumplirlas, y de que deben mantener en todo momento protocolos de confidencialidad rigurosos. Ello incluye casos como el de la situación actual, en la que hay varias diferencias en curso que entrañan cuestiones de hecho y de derecho que se solapan.

RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL A LOS TERCEROS

23. Respuesta a la pregunta 3: El artículo 2.1 del Acuerdo OTC prohíbe las medidas que den a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares *sobre la base del origen*. Por lo tanto, la Unión Europea tiene razón en que el ejercicio adecuado *no* consiste en comparar la repercusión de la medida en las importaciones procedentes de diversos países, sino en examinar la medida en litigio para determinar si esa medida otorga a productos similares un trato menos favorable sobre la base del origen. El examen de las razones en que se basan cualesquiera distinciones establecidas entre un grupo de productos similares es especialmente importante en el contexto de los reglamentos técnicos, en el que las medidas pueden necesariamente establecer distinciones entre productos sobre la base de las "características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados". Así pues, si un grupo especial determina que el trato diferente y perjudicial se basa, por ejemplo, en el objetivo ambiental o de salud pública perseguido —y no en el origen extranjero de un producto—, entonces la medida no constituye un trato menos favorable en el sentido del artículo 2.1.

24. Respuesta a la pregunta 4: Estamos de acuerdo en parte, y en desacuerdo en parte, con la descripción que hace la Unión Europea del análisis adecuado en el marco del artículo 2.1, citado en la pregunta 4 del Grupo Especial. Discrepamos de que sea función del Grupo Especial "examinar la naturaleza de los objetivos perseguidos por las medidas" para determinar si esos objetivos son "legítimos". El análisis del Grupo Especial a este respecto debe limitarse a una determinación de si el efecto perjudicial se basa en el origen del producto en cuestión. Coincidimos con la Unión Europea en que un grupo especial debe examinar "la relación entre los objetivos legítimos de la medida y los efectos perjudiciales". Para llevar a cabo ese examen, un grupo especial debe tener en cuenta todos los hechos pertinentes. Por ejemplo, si la finalidad reglamentaria invocada guarda una relación racional con la medida en litigio, ello sería indicativo de no discriminación. Análogamente, si la medida es adecuada para promover la finalidad reglamentaria identificada por el Miembro regulador, ello también sería indicativo de no discriminación.

25. Respuesta a las preguntas 8 y 9: El artículo 2.2 no exige que un Miembro de la OMC actualice constantemente, como dan a entender las preguntas del Grupo Especial, sus reglamentos para reflejar la "información científica y técnica" más reciente. El contexto que ofrece el artículo 2.3 tampoco parece exigir tal cosa. De conformidad con el artículo 2.3, los Miembros de la OMC deben vigilar las medidas existentes, y pueden tener que modificar esas medidas si cambian las "circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción". Aunque puede ocurrir que la información "más reciente disponible" sobre una determinada cuestión afecte a las circunstancias u objetivos de un reglamento técnico, de ello no se deduce que siempre deba hacerlo.

26. Respuesta a la pregunta 16: El artículo 12.3 del Acuerdo OTC solo exige que los Miembros tengan en cuenta las necesidades de los países en desarrollo Miembros, cuando "preparen y apliquen" una medida, "*con el fin*" de asegurarse de que dicha medida no cree obstáculos innecesarios al comercio. El sentido corriente de la expresión "*with a view*" (con el fin) es "*with the aim of attaining or accomplishing*" (con la finalidad de lograr o conseguir) o "*with the hope or intention of*" (con la esperanza o la intención de). A ese respecto, el artículo 12.3 no requiere que el país desarrollado Miembro acepte todas las recomendaciones que presente el país en desarrollo Miembro, sino más bien que proceda con la finalidad de asegurarse de que su medida no cree un obstáculo innecesario para las exportaciones.

27. Respuesta a la pregunta 17: El artículo XI.1 del GATT se refiere únicamente a las "prohibiciones o restricciones" a la importación o exportación de productos. Además, el artículo XI.1 prohíbe las restricciones "a la importación" o "a la exportación" de cualquier producto, pero no las restricciones al nivel de las importaciones o exportaciones. En cambio, los términos utilizados —"importación" y "exportación"— alcanzan al *proceso* de importar o exportar.

28. Respuesta a la pregunta 19: La UE aduce que las medidas en litigio forman parte de un amplio conjunto de políticas adoptadas para abordar múltiples objetivos que están "comprendidos en el marco de los valores reconocidos como objetivos legítimos por el artículo XX a), b) y g) del GATT de 1994". También indica que, dado que los requisitos jurídicos de cada uno de estos apartados son "*en la práctica* muy similares", el Grupo Especial puede realizar un único análisis mediante el cual evalúe si la medida es "racional y razonable tanto en su diseño como en su aplicación". Si bien un demandado podría caracterizar el objetivo de una medida como un objetivo general y comprendido en múltiples apartados, eso no significa que quede eximido de la carga que le corresponde de articular y justificar la relación entre la medida y el objetivo identificado en cada uno de los diversos apartados de la manera requerida. El hecho de que el texto en cuestión de esos apartados —es decir, "necesarias para" frente a "relativas a"— difiera, hace pensar que esas disposiciones formulan requisitos diferentes.
