



**CANADÁ - DETERMINADAS MEDIDAS QUE AFECTAN AL
SECTOR DE GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE**

**CANADÁ - MEDIDAS RELATIVAS AL PROGRAMA
DE TARIFAS REGULADAS**

AB-2013-1

Informes del Órgano de Apelación

Nota de la Secretaría:

El Órgano de Apelación emite los presentes informes en forma de un documento único que constituye dos informes del Órgano de Apelación distintos: WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R. La portada, las páginas preliminares, las secciones 1 a 5 y los anexos son comunes para ambos informes. En el encabezado de página de todo el documento figuran las dos firmas, WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, con las siguientes excepciones: las páginas JPN-161 y JPN-162 de la sección 6, que llevan la firma del informe del Órgano de Apelación WT/DS412/AB/R y contienen las constataciones y conclusiones formuladas por el Órgano de Apelación en dicho informe; y las páginas EU-163 y EU-164 de la sección 6, que llevan la firma del informe del Órgano de Apelación WT/DS426/AB/R y contienen las constataciones y conclusiones formuladas por el Órgano de Apelación en dicho informe.

Índice

1 INTRODUCCIÓN	18
2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES Y TERCEROS PARTICIPANTES	29
2.1 Alegaciones de error formuladas por el Canadá - Apelante	29
2.1.1 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	29
2.1.2 Artículo 11 del ESD - "Reventa comercial"	31
2.2 Argumentos del Japón - Apelado.....	35
2.2.1 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	35
2.2.2 Artículo 11 del ESD - "Reventa comercial"	36
2.3 Argumentos de la Unión Europea - Apelado	38
2.3.1 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	38
2.3.2 Artículo 11 del ESD - "Reventa comercial"	40
2.4 Alegaciones de error formuladas por el Japón - Otro apelante	43
2.4.1 El orden en que el Grupo Especial trató las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo SMC y sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994	43
2.4.2 Alegaciones al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	44
2.4.2.1 La constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados"	44
2.4.2.2 La interpretación por el Grupo Especial de la palabra "para" que figura en la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos"	45
2.4.2.3 La interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "para su reventa comercial"	46
2.4.3 La decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994	47
2.4.4 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC	49
2.4.4.1 Párrafo 1 a) del artículo 1 - "Contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios"	49
2.4.4.2 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"	51
2.4.4.3 Artículo 11 del ESD - "Beneficio"	54
2.5 Alegaciones de error formuladas por la Unión Europea - Otro apelante	56
2.5.1 La relación entre el Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994	56
2.5.2 Alegaciones al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	57
2.5.2.1 La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de contenido nacional "rigen" la adquisición de electricidad	57
2.5.2.2 La interpretación por el Grupo Especial de la expresión " <i>governmental purposes</i> " ("necesidades de los poderes públicos")	59
2.5.3 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC	60
2.5.3.1 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"	60
2.5.3.2 Artículo 11 del ESD - "Beneficio"	63
2.6 Argumentos del Canadá - Apelado	64
2.6.1 El orden en que el Grupo Especial trató las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo SMC y sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994	64
2.6.2 La relación entre el Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994	65
2.6.3 Alegaciones al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	66
2.6.3.1 La constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados"	66

2.6.3.2 La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de contenido nacional "rigen" la adquisición de electricidad	66
2.6.3.3 La interpretación por el Grupo Especial de la expresión " <i>governmental purposes</i> " ("necesidades de los poderes públicos")	67
2.6.3.4 La interpretación por el Grupo Especial de la palabra " <i>for</i> " ("para") en la expresión " <i>for governmental purposes</i> " ("para cubrir las necesidades de los poderes públicos")	68
2.6.3.5 La interpretación por el Grupo Especial de la expresión "para su reventa comercial"	68
2.6.3.6 Solicitud del Canadá de que se complete el análisis	69
2.6.4 La decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994	70
2.6.5 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC	71
2.6.5.1 Párrafo 1 a) del artículo 1 - "Contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios"	71
2.6.5.2 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"	73
2.6.5.3 Artículo 11 del ESD - "Beneficio"	75
2.7 Argumentos de los terceros participantes	76
2.7.1 Australia	76
2.7.2 Brasil	77
2.7.3 China	78
2.7.4 India	79
2.7.5 Noruega	80
2.7.6 Arabia Saudita	80
2.7.7 Turquía	81
2.7.8 Estados Unidos	81
3 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN	83
4 ANTECEDENTES Y PANORAMA GENERAL DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO	85
4.1 Redes de electricidad	85
4.2 El mercado de electricidad de Ontario	87
4.3 El Programa TR	93
5 ANÁLISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN	95
5.1 El orden en que el Grupo Especial trató las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo SMC y sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994	95
5.2 La aplicabilidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa anexa a dicho Acuerdo	98
5.2.1 Las constataciones del Grupo Especial	98
5.2.2 Alegaciones y argumentos formulados en apelación	99
5.2.3 ¿Es el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 aplicable a medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa anexa a dicho Acuerdo?	100
5.3 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	104
5.3.1 Las constataciones del Grupo Especial	104
5.3.2 Alegaciones y argumentos en apelación	107
5.3.3 Interpretación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994	109
5.3.4 Aplicación del párrafo 8 a) del artículo III a los hechos de estas diferencias	115

5.4 ¿Aplicó debidamente el Grupo Especial el principio de economía procesal cuando se abstuvo de hacer una constatación respecto a la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994?.....	118
5.5 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC	123
5.5.1 Párrafo 1 a) del artículo 1 - "Contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios".....	123
5.5.1.1 Las constataciones del Grupo Especial.....	124
5.5.1.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Programa y los contratos TR son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC	126
5.5.1.3 ¿Incurrió en error el Grupo Especial al aplicar el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios"?.....	132
5.5.2 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"	134
5.5.2.1 Las constataciones del Grupo Especial.....	135
5.5.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la Unión Europea y el Japón no habían logrado establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.....	137
5.5.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que la Unión Europea y el Japón no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC	152
5.5.2.4 Compleción del análisis.....	152
6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES FORMULADAS EN EL INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN WT/DS412/AB/R.....	JPN-161
6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES FORMULADAS EN EL INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN WT/DS426/AB/R.....	EU-163
 ANEXO 1 NOTIFICACIÓN DE LA APELACIÓN DEL CANADÁ.....	 165
ANEXO 2 NOTIFICACIÓN DE OTRA APELACIÓN DEL JAPÓN	167
ANEXO 3 NOTIFICACIÓN DE OTRA APELACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA	171
ANEXO 4 RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO DEL ÓRGANO DE APELACIÓN	172

ASUNTOS CITADOS EN LOS PRESENTES INFORMES

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Australia - Salmón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Canadá - Aeronaves</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
<i>Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
<i>Canadá - Energía renovable</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable</i> , WT/DS412/R y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 19 de diciembre de 2012
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , WT/DS276/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS276/AB/R
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
<i>Canadá - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos</i> , WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adoptado el 27 de octubre de 1999
<i>Canadá - Programa de tarifas reguladas</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas</i> , WT/DS426/R y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 19 de diciembre de 2012
<i>Canadá - Publicaciones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones</i> , WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Banano III</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos</i> , WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>CE - Banano III</i>	Informes del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, (Ecuador) WT/DS27/R/ECU, (Guatemala y Honduras) WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, (México) WT/DS27/R/MEX, (Estados Unidos) WT/DS27/R/USA</i> , adoptados el 25 de septiembre de 1997, modificados por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE - Determinadas cuestiones aduaneras</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras</i> , WT/DS315/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS315/AB/R
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
<i>CE - Sardinas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas</i> , WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>CE - Subvenciones a la exportación de azúcar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar</i> , WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/AB/R, adoptado el 1º de junio de 2011
<i>Chile - Sistema de bandas de precios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas</i> , WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>China - Derechos de propiedad intelectual</i>	Informe del Grupo Especial, <i>China - Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual</i> , WT/DS362/R, adoptado el 20 de marzo de 2009
<i>China - Materias primas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptados el 22 de febrero de 2012
<i>China - Partes de automóviles</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles</i> , WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R, adoptados el 12 de enero de 2009
<i>China - Publicaciones y productos audiovisuales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento</i> , WT/DS363/R y Corr.1, adoptado el 19 de enero de 2010, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS363/AB/R
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999
<i>Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/R y Add.1, Add.2 y Corr.1 y Add.3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
<i>Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998</i> , WT/DS176/AB/R, adoptado el 1º de febrero de 2002
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China</i> , WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011
<i>Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS165/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - EPO</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
<i>Estados Unidos - Gluten de trigo</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS257/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Filipinas - Aguardientes</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Filipinas - Impuestos sobre los aguardientes</i> , WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptados el 20 de enero de 2012
<i>India - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>India - Medidas que afectan al sector del automóvil</i> , WT/DS146/R, WT/DS175/R y Corr.1, adoptado el 5 de abril de 2002
<i>Indonesia - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y 4
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
<i>Japón - DRAM (Corea)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea</i> , WT/DS336/AB/R y Corr.1, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Turquía - Arroz</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Turquía - Medidas que afectan a la importación de arroz</i> , WT/DS334/R, adoptado el 22 de octubre de 2007

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LOS PRESENTES INFORMES

Abreviatura	Descripción
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Acuerdo sobre la OMC	Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
Acuerdo sobre las MIC	Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
Acuerdo sobre los ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AG	ajuste global
CES	suministro de energía limpia
CHP	cogeneración de energía térmica y eléctrica
Definiciones normalizadas TR	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Appendix 1 - Standard Definitions (Apéndice 1 sobre tarifas reguladas - Definiciones normalizadas) (versión 1.5.1), 15 de julio de 2011 (Prueba documental 135 presentada por el Japón al Grupo Especial)
Directiva TR del Ministro de 2009	Direction dated 24 September 2009 from the Deputy Premier and Minister of Energy and Infrastructure to the Chief Executive Officer, Ontario Power Authority to develop a feed-in tariff (FIT) program (Directiva de 24 de septiembre de 2009 del Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructuras al Director Ejecutivo del Organismo de Energía de Ontario, por la que se le encomienda que elabore un Programa de tarifas reguladas (TR)) (Prueba documental 102 presentada por el Japón al Grupo Especial)
Documento sobre interpretación del Programa TR	FIT Program Interpretations of the Domestic Content Requirements (Documento sobre interpretación de las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR) (Prueba documental 7 presentada por la UE al Grupo Especial)
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
Exposición del OPA sobre la lista de precios TR propuesta	OPA, Presentation on "Proposed Feed-in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement - Session 4" (Exposición del OPA, "Participación de las partes interesadas en relación con la lista de tarifas TR propuesta - Sesión 4"), 7 de abril de 2009 (Prueba documental 46 presentada por el Canadá al Grupo Especial)
FV	fotovoltaica
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
HCI	Iniciativa sobre contratos hidroeléctricos
HEPCO	Comisión de Energía Hidroeléctrica de Ontario
HOEP	precio horario de la energía de Ontario
IESO	Administración Independiente del Sistema Eléctrico
informe del Grupo Especial correspondiente a la UE	informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas relativas al programa de tarifas reguladas</i> (WT/DS426/R)
informe del Grupo Especial correspondiente al Japón	informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable</i> (WT/DS412/R)

Abreviatura	Descripción
Informe Hogan	Profesor William W. Hogan, Universidad de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario" (Panorama general del sistema eléctrico en la provincia de Ontario), 21 de diciembre de 2011 (Prueba documental 2 presentada por el Canadá al Grupo Especial)
informes del Grupo Especial	informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable</i> (WT/DS412/R) e informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas relativas al programa de tarifas reguladas</i> (WT/DS426/R)
Interconexión PJM	región del Atlántico Medio de los Estados Unidos
IPP	productor de energía independiente
kW	kilovatios
kWh	kilovatios hora
Ley de electricidad de 1998	Electricity Act, 1998 (Ley de electricidad de 1998), <i>Service Ontario 1998</i> , capítulo 15, anexo A, modificada (Prueba documental 5 presentada por el Japón al Grupo Especial)
Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004	An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts (Ley de modificación de la Ley de electricidad de 1998 y la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998 y de modificación consiguiente de otras leyes), <i>Service Ontario 2004</i> , capítulo 23 (Pruebas documentales 18 del Canadá y 8 del Japón presentadas al Grupo Especial)
Ley sobre energía verde y economía verde de 2009	An Act to enact the Green Energy Act, 2009 and to build a green economy, to repeal the Energy Conservation Leadership Act, 2006 and the Energy Efficiency Act and to amend other statutes (Ley de promulgación de la Ley sobre energía verde de 2009 y de desarrollo de una economía verde, de derogación de la Ley de liderazgo en materia de conservación de la energía de 2006 y de la Ley de rendimiento energético y de modificación de otras leyes), <i>Service Ontario 2009</i> , capítulo 12 (Prueba documental 101 presentada por el Japón al Grupo Especial)
Manual de mercado de la IESO	Manual de mercado de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico
Memorándum de Acuerdo	Memorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc. (Memorándum de Acuerdo entre Su Majestad la Reina en nombre de la Provincia de Ontario, representada por el Ministro de Energía, e Hydro One Inc.), 27 de marzo de 2008 (Prueba documental 107 presentada por el Canadá al Grupo Especial)
MIC	medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio
MW	megavatios
Normas de mercado de la IESO	Normas de mercado de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico para el mercado de Ontario
NUG	productor sin vocación de servicio público
OEB	Comisión de la Energía de Ontario
OEFC	Ontario Electricity Financial Corporation
OMC	Organización Mundial del Comercio
OPA	Organismo de Energía de Ontario
OPG	Ontario Power Generation

Abreviatura	Descripción
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PEM	precio de equilibrio de mercado
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010
Programa TR	Programa de tarifas reguladas del Organismo de Energía de Ontario
reclamantes	el Japón y la Unión Europea
RES	suministro de energía renovable
RESOP	Programa de oferta normalizada de energía renovable
RPP	Plan de precios regulados
SSS	servicio de suministro normalizado
TR	tarifas reguladas

**PRUEBAS DOCUMENTALES PRESENTADAS AL GRUPO ESPECIAL
CITADAS EN LOS PRESENTES INFORMES**

Prueba documental	Designación
Canadá-2	Profesor William W. Hogan, Universidad de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario" (Panorama general del sistema eléctrico en la provincia de Ontario), 21 de diciembre de 2011
Canadá-6	Gobierno de Ontario, <i>Ontario's Long-Term Energy Plan</i> (Plan energético a largo plazo de Ontario) (Queen's Printer for Ontario, 2010)
Canadá-16	Página Web de la Comisión de la Energía de Ontario, "Electricity Prices: ... OEB's Role in Electricity Prices" (Precios de la electricidad: ... la función de la OEB en los precios de la electricidad), que puede consultarse en: < http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Consumers/Electricity/Electricity+Prices#role >
Canadá-18	An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts (Ley de modificación de la Ley de electricidad de 1998 y la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998 y de modificación consiguiente de otras leyes), <i>Service Ontario 2004</i> , capítulo 23
Canadá-46	Organismo de Energía de Ontario, Presentation on "Proposed Feed-in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement - Session 4" (Exposición: "Participación de las partes interesadas en relación con la lista de tarifas TR propuesta - Sesión 4"), 7 de abril de 2009
Canadá-52	Ministerio de Energía de Ontario, Request for Proposals for 300 MW of Renewable Energy Supply (Solicitud de propuestas para el suministro de 300 MW de energía renovable) (RES I), emitida el 24 de junio de 2004
Canadá-53	Ministerio de Energía de Ontario, Request for Proposals for 1,000 MW of Renewable Energy Supply (Solicitud de propuestas para el suministro de 1.000 MW de energía renovable) (RES II), emitida el 17 de junio de 2005
Canadá-54	Ministerio de Energía de Ontario, Request for Proposals for approximately 500 MW of Renewable Energy Supply (Solicitud de propuestas para el suministro de 500 MW aproximadamente de energía renovable) (RES III), emitida el 22 de agosto de 2008
Canadá-55	Organismo de Energía de Ontario, Joint Report to the Minister of Energy: Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System (Informe conjunto al Ministro de Energía - Recomendaciones sobre un programa de oferta normalizada para los pequeños productores conectados con un sistema de distribución), 17 de marzo de 2006
Canadá-59	Grupo de trabajo sobre la conservación y el suministro de electricidad, Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs (Decisiones difíciles: examen de las necesidades de Ontario en materia de energía), Informe final al Ministro de Energía (enero de 2004)
Canadá-64	Comisión de la Energía de Ontario, EB-2009-0084, Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities (Informe de la Comisión sobre el costo de capital de los servicios públicos regulados de Ontario), 11 de diciembre de 2009
Canadá-85	S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO" (La contratación pública en la OMC), <i>Studies in Transnational Economic Law</i> , volumen 16 (Kluwer Law International, 2002), página 53
Canadá-106	Administración Independiente del Sistema Eléctrico, Market Rules for the Ontario Market (Normas de mercado para el mercado de Ontario), capítulo 11 del número de 7 de marzo de 2012

Prueba documental	Designación
Canadá-107	Memorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc. (Memorandum de Acuerdo entre Su Majestad la Reina en nombre de la Provincia de Ontario, representada por el Ministro de Energía, e Hydro One Inc.), 27 de marzo de 2008
Canadá-128	S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO" (La contratación pública en la OMC), <i>Studies in Transnational Economic Law</i> , volumen 16 (Kluwer Law International, 2002), página 51
Canadá-129	A. La Chimia y S. Arrowsmith, "Addressing Tied Aid: Towards a More Development-Oriented WTO?" (Examen de la ayuda vinculada: ¿hacia una OMC más orientada al desarrollo?), <i>Journal of International Economic Law</i> , volumen 12 (septiembre de 2009), páginas 707-747
Japón-5	Electricity Act of 1998 (Ley de electricidad de 1998), <i>Service Ontario 1998</i> , capítulo 15, anexo A, modificada
Japón-7	Página Web de Blake, Cassels & Graydon, "Overview of Electricity Regulation in Canada" (Panorama sobre la regulación de la electricidad en el Canadá), consultado en: http://www.blakes.com/english/legal_updates/reference_guides/Overview%20of%20Electricity%20in%20Canada.pdf (ya no está disponible)
Japón-8	An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts (Ley de modificación de la Ley de electricidad de 1998 y la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998 y de modificación consiguiente de otras leyes), <i>Service Ontario 2004</i> , capítulo 23
Japón-11	Página Web de la IESO, "Global Adjustment Archive" (Archivo relativo al ajuste global), que puede consultarse en: http://www.ieso.ca/imoweb/b100/ga_archive.asp
Japón-26	Organismo de Energía de Ontario, A Progress Report on Electricity Supply: Fourth Quarter 2010 (Informe de situación sobre el suministro de electricidad: cuarto trimestre de 2010)
Japón-30	FIT Price Schedule (lista de precios TR), 3 de junio de 2011
Japón-31	microFIT Price Schedule (lista de precios microTR), 13 de agosto de 2010
Japón-32	FIT Price Schedule (lista de precios TR), 13 de agosto de 2010
Japón-33	FIT Price Schedule (lista de precios TR), 2 de julio de 2010
Japón-34	FIT Price Schedule (lista de precios TR), 24 de septiembre de 2009
Japón-38	Organismo de Energía de Ontario, Micro Feed-in Tariff Program: Program Overview (Programa microTR: Panorama general del Programa) (2010)
Japón-41	Hydro One, Comunicado de prensa, "Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results" (Hydro One hace públicos sus resultados financieros correspondientes al final del año 2010), 10 de febrero de 2011, que puede consultarse en: http://www.hydroone.com/OurCompany/MediaCentre/Documents/NewsReleases2011/02_10_2011_Year-End_Financials.pdf
Japón-43	Página Web de Hydro, "Our Subsidiaries" (Nuestras filiales), que puede consultarse en: http://www.hydroone.com/OurCompany/Pages/OurSubsidiaries.aspx
Japón-44	Página Web de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico, "The Power System" (El sistema de energía), que puede consultarse en: http://www.ieso.ca/imoweb/siteShared/power_system.asp

Prueba documental	Designación
Japón- 46	Página Web de Electricity Distributors Association, "Delivering Safe, Reliable and Environmentally Responsible Electricity to Ontarians" (Suministro seguro, fiable y ambientalmente responsable de electricidad a los habitantes de Ontario), julio de 2010, que puede consultarse en: < http://www.eda-on.ca/eda/edaweb.nsf/0/762d9f4c8b3b490385257331004c49ba/\$FILE/DELIVERING_ECONOMIC_BENEFITS.pdf >
Japón-47	Página Web de la IESO, "Find Your Local Utility" (Encuentre su empresa de servicios públicos local), que puede consultarse en: < http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/local_dist.asp?sid=ic >
Japón-48	Departamento de Justicia del Canadá, Leyes constitucionales, 1867 a 1982, Parte VI - Distribución de las facultades legislativas, artículos 91-95
Japón-49	Página Web del Gobierno de Ontario, "All Agencies List" (Lista de todos los organismos), que puede consultarse en: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp >
Japón-50	Página Web del Gobierno de Ontario, "Agency Details, Ontario Power Authority" (Detalles sobre el organismo, Organismo de Energía de Ontario), que puede consultarse en: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=141181 >
Japón-51	Página Web del Gobierno de Ontario, "Agencies: Boards, Commissions, Councils, Authorities and Foundations" (Organismos: juntas, comisiones, consejos, autoridades y fundaciones), que puede consultarse en: < http://www.ontario.ca/en/your_government/ONT06_018949.html >
Japón-52	Página Web del Gobierno de Ontario, "About the Ministry of Energy" (Sobre el Ministerio de Energía), que puede consultarse en: < http://www.energy.gov.on.ca/en/about/ >
Japón-55	Página Web del Organismo de Energía de Ontario, "Directives to OPA from Minister of Energy" (Directivas del Ministro de Energía al OPA), que puede consultarse en: < http://www.powerauthority.on.ca/about-us/directives-opa-minister-energy-and-infrastructure >
Japón-57	Página Web del Gobierno de Ontario, "Agency Details, Independent Electricity System Operator" (Detalles sobre el organismo, Administración Independiente del Sistema Eléctrico), que puede consultarse en: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=128220 >
Japón-59	Página Web de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico, "About the IESO" (Sobre la IESO), que puede consultarse en: < http://www.ieso.ca/imoweb/about/about_the_ieso.asp >
Japón-62	Administración Independiente del Sistema Eléctrico, Settlement Statements and Invoices: Marketplace Training (Documentos de liquidación y facturas: formación sobre mercados) (diciembre de 2010)
Japón-63	Página Web del Gobierno de Ontario, "Agency Details, Ontario Energy Board" (Detalles sobre el organismo, Comisión de la Energía de Ontario), que puede consultarse en: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=764 >
Japón-64	Página Web de la Comisión de la Energía de Ontario, "What We Do" (Qué hacemos), que puede consultarse en: < http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Industry/About+the+OEB/What+We+Do >
Japón-71	Comisión de la Energía de Ontario, Retail Settlement Code (Código de liquidación por suministro minorista), revisión de 1° de octubre de 2011
Japón-75	Página Web de la IESO, "Global Adjustment" (Ajuste global), que puede consultarse en: < http://www.ieso.ca/imoweb/b100/b100_ga.asp >

Prueba documental	Designación
Japón-79	Administración Independiente del Sistema Eléctrico, Market Rules for the Ontario Market (Normas de mercado para el mercado de Ontario), capítulos 7 y 9 del número de 12 de octubre de 2011
Japón-80	Administración Independiente del Sistema Eléctrico, Introduction to Ontario's Physical Markets: IESO Training (Introducción a los mercados físicos de Ontario: formación de la IESO) (octubre de 2011)
Japón-82	Administración Independiente del Sistema Eléctrico, Market Manual, Part 5.5 (Manual de mercado, parte 5.5)
Japón-84	Administración Independiente del Sistema Eléctrico, <i>HST Guide for IESO Transactions</i> (Guía sobre el HST en las transacciones de la IESO), número 26.0 (12 de octubre de 2011)
Japón-90	Página Web de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico, "Retail Contracts" (Contratos minoristas), que puede consultarse en: < http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/retailers.asp >
Japón-91	Folleto de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico, "What You Need to Know About Changes to Electricity Prices Coming November 1, 2009: A Guide For Ontario's Public Sector" (Lo que necesita saber sobre los cambios en los precios de la electricidad que se introducirán el 1° de noviembre de 2009: Guía para el sector público de Ontario)
Japón-101	An Act to enact the Green Energy Act, 2009 and to build a green economy, to repeal the Energy Conservation Leadership Act, 2006 and the Energy Efficiency Act and to amend other statutes (Ley de promulgación de la Ley sobre energía verde de 2009 y de desarrollo de una economía verde, de derogación de la Ley de liderazgo en materia de conservación de la energía de 2006 y de la Ley de rendimiento energético y de modificación de otras leyes), <i>Service Ontario 2009</i> , capítulo 12
Japón-102	Direction dated 24 September 2009 from the Deputy Premier and Ontario Minister of Energy and Infrastructure to the Chief Executive Officer, Ontario Power Authority to develop a feed-in tariff (FIT) program (Directiva de 24 de septiembre de 2009 del Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructuras de Ontario al Director Ejecutivo del Organismo de Energía de Ontario, por la que se le encomienda que elabore un Programa de tarifas reguladas (TR))
Japón-119	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.5.1), 15 de julio de 2011
Japón-120	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.1), 30 de septiembre de 2009
Japón-121	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.2), 19 de noviembre de 2009
Japón-122	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.3.0), 9 de marzo de 2010
Japón-123	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.3.1), 2 de julio de 2010
Japón-124	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.3.2), 29 de octubre de 2010
Japón-125	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.4), 8 de diciembre de 2010
Japón-126	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.5), 3 de junio de 2011
Japón-127	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.5.1), 15 de julio de 2011

Prueba documental	Designación
Japón-128	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.1), 30 de septiembre de 2009
Japón-129	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.2), 19 de noviembre de 2009
Japón-130	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.3.0), 9 de marzo de 2010
Japón-131	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.3.1), 2 de julio de 2010
Japón-132	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.3.2), 29 de octubre de 2010
Japón-133	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.4), 8 de diciembre de 2010
Japón-134	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.5), 3 de junio de 2011
Japón-135	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Appendix 1 - Standard Definitions (apéndice 1 sobre tarifas reguladas, definiciones normalizadas) (versión 1.5.1), 15 de julio de 2011
Japón-145	Organismo de Energía de Ontario, FIT Application Form (Formulario de solicitud TR), 1° de diciembre de 2009
Japón-154	Ontario Regulation 578/05 made under the Ontario Energy Board Act, 1998, entitled "Prescribed Contracts Re Sections 78.3 and 78.4 of the Act" (Reglamento de Ontario 578/05, dictado en virtud de la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998, titulado "Contratos prescritos en relación con los párrafos 3 y 4 del artículo 78 de la Ley"), modificado
Japón-157	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.6.1), 10 de agosto de 2011
Japón-158	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.1), 30 de septiembre de 2009
Japón-159	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.2), 19 de noviembre de 2009
Japón-160	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.3), 10 de diciembre de 2009
Japón-161	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.4), 2 de julio de 2010
Japón-162	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.5), 25 de agosto de 2010
Japón-163	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.6), 8 de diciembre de 2010
Japón-164	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.6.1), 10 de agosto de 2011
Japón-165	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.1), 30 de septiembre de 2009
Japón-166	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.2), 19 de noviembre de 2009
Japón-167	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.3), 10 de diciembre de 2009

Prueba documental	Designación
Japón-168	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.4), 2 de julio de 2010
Japón-169	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.5), 25 de agosto de 2010
Japón-170	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.6), 8 de diciembre de 2010
Japón-171	Organismo de Energía de Ontario, Conditional Offer of microFIT Contract (Oferta condicionada del contrato microTR) (versión 1.6.1)
Japón-229	Página Web de Canada Energy, "Mid and Peak Tier Time-of-Use Rate Rises 8% on May 1" (La tarifa por tiempo de utilización durante el período de consumo medio y alto aumenta un 8% el 1° de mayo", artículo de prensa, <i>The Toronto Star</i> , 19 de abril de 2012, que puede consultarse en: < http://www.canadaenergy.ca/ >
Japón-230	My Rate Energy Ontario, página Web del Canadá, "Price Protection for Electricity" (Protección de los precios de la electricidad), que puede consultarse en: < http://myrateenergy.ca/electricity-info.php >
UE-4	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program Rules (Reglamento del Programa de tarifas reguladas) (versión 1.5.1), 31 de octubre de 2011
UE-5	Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract (Contrato de tarifas reguladas) (versión 1.5.1), 31 de octubre de 2011
UE-6	Organismo de Energía de Ontario, microFIT Contract (contrato microTR) (versión 1.6.1), 31 de octubre de 2011
UE-7	FIT Program Interpretations of the Domestic Content Requirements (Documento sobre interpretación de las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR)
UE-20	Asociación Europea de la Energía Eólica, <i>The Economics of Wind Energy</i> (Los aspectos económicos de la energía eólica) (marzo de 2009) (fragmentos)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN**Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable (DS412)**

AB-2013-1

Sección del Órgano de Apelación:

Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas (DS426)Ramírez-Hernández, Presidente de la Sección
Bhatia, Miembro
Unterhalter, MiembroCanadá, *apelante/apelado*Japón, *otro apelante/apelado/tercero participante*Unión Europea, *otro apelante/apelado/tercero participante*Arabia Saudita, *tercero participante*Australia, *tercero participante*Brasil, *tercero participante*China, *tercero participante*Corea, *tercero participante*El Salvador, *tercero participante*Estados Unidos, *tercero participante*Honduras, *tercero participante*¹India, *tercero participante*México, *tercero participante*Noruega, *tercero participante*

Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu,

Kinmen y Matsu, *tercero participante*Turquía, *tercero participante*²**1 INTRODUCCIÓN**

1.1. El Canadá, el Japón y la Unión Europea apelan, cada uno, respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en los informes del Grupo Especial, *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*³ y *Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas*⁴ (informes del Grupo Especial).⁵ El Grupo Especial se estableció⁶ para examinar las reclamaciones del Japón⁷ y la Unión Europea⁸ (los reclamantes) con respecto a determinadas prescripciones en materia de

¹ En la diferencia DS412 únicamente.

² En la diferencia DS426 únicamente.

³ WT/DS412/R, 19 de diciembre de 2012 (informe del Grupo Especial correspondiente al Japón (DS412)).

⁴ WT/DS426/R, 19 de diciembre de 2012 (informe del Grupo Especial correspondiente a la UE (DS426)).

⁵ El Grupo Especial emitió sus constataciones en forma de un documento único que contenía dos informes distintos, con la portada, el índice y las secciones I a VII (incluidas las constataciones del Grupo Especial) comunes, y con conclusiones y recomendaciones separadas con respecto a la diferencia iniciada por el Japón y con respecto a la diferencia iniciada por la Unión Europea.

⁶ En sus reuniones de 20 de julio de 2011 y 20 de enero de 2012, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció dos Grupos Especiales en respuesta, respectivamente, a la solicitud presentada por el Japón en el documento WT/DS412/5 y a la solicitud presentada por la Unión Europea en el documento WT/DS426/5, de conformidad con el artículo 6 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). (Informes del Grupo Especial, párrafo 1.4)

El 6 de octubre de 2011, el Director General procedió a establecer la composición del Grupo Especial en la diferencia DS412. En cuanto a la diferencia DS426, tras el acuerdo de las partes, el 23 de enero de 2012 se estableció la composición del Grupo Especial con las mismas personas que en la diferencia DS412. Después de celebrar consultas con las partes, los Grupos Especiales encargados de ambas diferencias decidieron armonizar sus calendarios en la mayor medida posible, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 del ESD. Al igual que en los informes del Grupo Especial, los Grupos Especiales encargados de las diferencias DS412 y DS426 se denominan aquí colectivamente el "Grupo Especial". (Véase *ibid.*, párrafos 1.6 y 1.7 y nota 5 a dicho párrafo)

⁷ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón, WT/DS412/5.

⁸ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea, WT/DS426/5.

contenido nacional del Programa de tarifas reguladas (Programa TR), establecido por la provincia canadiense de Ontario.

1.2. Las medidas en litigio en estas diferencias, identificadas por el Grupo Especial⁹, son las siguientes:

- a. el Programa TR, como lo demuestran las medidas siguientes:
 - i. la Ley de electricidad de 1998¹⁰, modificada, en particular la parte II - Administración Independiente del Sistema Eléctrico, la parte II.1 - Organismo de Energía de Ontario, y la parte II.2 - Gestión del suministro, la capacidad y la demanda de electricidad, incluido el artículo 25.35 - Programa de tarifas reguladas;
 - ii. la Ley de promulgación de la Ley sobre energía verde de 2009 y de desarrollo de una economía verde, de derogación de la Ley de liderazgo en materia de conservación de la energía de 2006 y de la Ley de rendimiento energético y de modificación de otras leyes¹¹ (la Ley sobre energía verde y economía verde de 2009), en particular el anexo B, por el que se modifica la Ley de electricidad de 1998;
 - iii. la Ley de modificación de la Ley de electricidad de 1998 y la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998 y de modificación consiguiente de otras leyes¹² (la Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004), en particular el anexo A, artículos 29 a 32, por los que se promulga la parte II.1 de la Ley de electricidad de 1998, y los artículos 33 a 38 por los que se promulga la parte II.2 de la Ley de electricidad de 1998, y el anexo B, artículos 17 y 18, por los que se promulgan los artículos 78.3 y 78.4 de la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998;
 - iv. el Reglamento de Ontario 578/05, dictado en virtud de la Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998, titulado "Contratos prescritos en relación con los párrafos 3 y 4 del artículo 78 de la Ley"¹³;
 - v. el Manual de mercado de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico (IESO), en particular la parte 5.5 - Documentos de liquidación para los mercados físicos¹⁴;
 - vi. las Normas de mercado de la IESO, en particular el capítulo 7 - Operaciones del sistema y mercados físicos, el capítulo 9 - Liquidaciones y facturación, y el capítulo 11 - Definiciones¹⁵;
 - vii. la Directiva de 24 de septiembre de 2009, dirigida por George Smitherman, Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructuras, a Colin Andersen, Director Ejecutivo del Organismo de Energía de Ontario (OPA), por la que se encomienda a este Organismo que elabore un Programa de tarifas reguladas (TR) e incluya el requisito de que el solicitante presente un plan de cumplimiento de los objetivos de

⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 2.1.

¹⁰ *Service Ontario 1998*, capítulo 15, anexo A (Prueba documental 5 presentada por el Japón al Grupo Especial).

¹¹ *Service Ontario 2009*, capítulo 12 (Prueba documental 101 presentada por el Japón al Grupo Especial).

¹² *Service Ontario 2004*, capítulo 23 (Pruebas documentales 18 del Canadá y 8 del Japón presentadas al Grupo Especial).

¹³ Modificado (Prueba documental 154 presentada por el Japón al Grupo Especial).

¹⁴ IESO, Market Manual (Manual de mercado), parte 5.5 (Prueba documental 82 presentada por el Japón al Grupo Especial).

¹⁵ IESO, Market Rules for the Ontario Market (Normas de mercado para el mercado de Ontario), capítulos 7 y 9 del número de 12 de octubre de 2011 (Prueba documental 79 presentada por el Japón al Grupo Especial), y capítulo 11 del número de 7 de marzo de 2012 (Prueba documental 106 presentada por el Canadá al Grupo Especial).

contenido nacional (es decir, de Ontario) que figuran en el Reglamento TR¹⁶ (Directiva TR del Ministro de 2009);

- viii. todas las versiones del Reglamento TR¹⁷ y el Reglamento microTR¹⁸ publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR;
 - ix. todas las versiones del contrato TR, incluidos los términos y condiciones generales, los anexos y las definiciones normalizadas¹⁹, y del contrato microTR, incluidos los apéndices y la Oferta condicionada del contrato microTR²⁰, publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR;
 - x. todas las versiones del Formulario de solicitud TR²¹ y de la solicitud en línea de microTR, publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR;
 - xi. todas las versiones de la lista de precios TR²² y de la lista de precios microTR²³ publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR; y
 - xii. todas las versiones del Documento sobre interpretación de las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR²⁴ (Documento sobre interpretación del Programa TR) publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR;
- b. los contratos TR individuales para fuentes de energía eólica o solar fotovoltaica (FV) celebrados por el OPA desde que se inició el Programa TR; y
 - c. los contratos microTR individuales para la fuente de energía solar FV celebrados por el OPA desde que se inició el Programa TR.

1.3. El Programa TR es un plan puesto en práctica en 2009 por el Gobierno de la provincia de Ontario y sus organismos mediante el cual se paga a los productores de electricidad a partir de determinadas formas de energía renovable un precio garantizado por kilovatios hora (kWh) de electricidad suministrados al sistema eléctrico de Ontario en el marco de contratos de 20 ó 40 años.²⁵ La participación en el Programa TR está abierta a las instalaciones ubicadas en Ontario que producen electricidad exclusivamente a partir de una o varias de las siguientes fuentes de energía renovables: viento, energía solar FV, biomasa renovable, biogás, gas de vertederos o energía hidráulica.²⁶ El Programa TR es administrado por el OPA y se ejecuta mediante la aplicación de un conjunto de reglas normalizado, contratos normalizados y, para cada clase de tecnología de producción, precios normalizados.²⁷ Está dividido en dos partes: i) la parte TR, para los proyectos con una capacidad de producción de electricidad superior a 10 kilovatios (kW) pero no superior a 10 megavatios (MW) en el caso de los proyectos basados en energía solar FV o 50 MW en el caso de los proyectos basados en energía hidráulica; y ii) la parte microTR, para los proyectos con una capacidad de producción de hasta 10 kW de electricidad.²⁸ La parte microTR tiene por objeto proporcionar "un enfoque simplificado para permitir el desarrollo de proyectos de microgeneración de energía renovable en Ontario", con el fin de atraer participantes como

¹⁶ Prueba documental 102 presentada por el Japón al Grupo Especial.

¹⁷ Pruebas documentales 119 a 126 del Japón y 4 de la UE presentadas al Grupo Especial.

¹⁸ Pruebas documentales 157 a 163 presentadas por el Japón al Grupo Especial.

¹⁹ Pruebas documentales 127 a 134 del Japón y 5 de la UE presentadas al Grupo Especial.

²⁰ Pruebas documentales 164 a 171 del Japón y 6 de la UE presentadas al Grupo Especial.

²¹ Véase la Prueba documental 145 presentada por el Japón al Grupo Especial.

²² Pruebas documentales 30, 32, 33 y 34 presentadas por el Japón al Grupo Especial.

²³ Véase la Prueba documental 31 presentada por el Japón al Grupo Especial.

²⁴ Véase la Prueba documental 7 presentada por la UE al Grupo Especial.

²⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

²⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.66 (donde se hace referencia al FIT Rules (Reglamento TR) (versión 1.5.1), artículo 2.1(a); y a OPA, Feed-in Tariff Appendix 1 - Standard Definitions (Apéndice 1 sobre tarifas reguladas - Definiciones normalizadas) (versión 1.5.1), 15 de julio de 2011 (FIT Standard Definitions) (Definiciones normalizadas TR) (Prueba documental 135 presentada por el Japón al Grupo Especial), Definiciones N^{os} 215 y 216).

²⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.67.

²⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.66 (donde se hace referencia al FIT Rules (versión 1.5.1), artículo 2.1(a)(iii); y al microFIT Rules (Reglamento microTR) (versión 1.6.1), artículo 2.1(a)(iv)).

propietarios de viviendas, agricultores y pequeñas empresas".²⁹ El OPA sólo ofrecerá un contrato TR o microTR que les permita participar en el Programa TR a los proyectos que cumplan todos los requisitos específicos para ser habilitados y que puedan conectarse con el sistema eléctrico de Ontario.³⁰

1.4. En el marco de la parte TR, las instalaciones de producción de electricidad que utilizan tecnologías solar FV y eólica deben alcanzar "niveles mínimos obligatorios de contenido nacional", en su desarrollo y construcción.³¹ La parte microTR también impone niveles mínimos obligatorios de contenido nacional, pero únicamente a las instalaciones de producción que utilizan tecnología solar FV.³² El "nivel de contenido nacional" de una instalación que participa en cualquiera de las dos partes del Programa TR se calcula de conformidad con un método que identifica una gama de "actividades designadas" diferentes y un "porcentaje habilitador" conexo.³³ Para cada actividad designada que se realice en relación con una instalación, se alcanzará un porcentaje habilitador conexo. El nivel de contenido nacional de un proyecto "se determinará sumando los porcentajes habilitadores asociados con la totalidad de las actividades designadas ejecutadas en relación con ese proyecto determinado".³⁴ En el cuadro 1 se indican los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco de ambas partes del Programa TR.

Cuadro 1 - Niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco del Programa TR

	Energía eólica (TR)		Energía solar FV (TR)		Energía solar FV (microTR)	
Fecha de base de la operación comercial	2009-2011	2012-	2009-2010	2011-	2009-2010*	2011-
Nivel mínimo obligatorio de contenido nacional	25%	50%	50%	60%	40%	60%

* Las solicitudes microTR en relación con energía solar FV recibidas por el OPA el 8 de octubre de 2010 o antes de esa fecha pueden cumplir la prescripción del 40% de contenido nacional.

Fuente: Informes del Grupo Especial, párrafo 7.158, cuadro 1, y nota 310 al mismo.

1.5. En los párrafos 2.1 y 7.9 a 7.68 de los informes del Grupo Especial y en la sección 4 de los presentes informes se ofrece información más detallada sobre los elementos de hecho de estas diferencias.

1.6. Ambos reclamantes alegaron que las medidas impugnadas son incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC) y el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994). Más concretamente, el Japón formuló las siguientes alegaciones:

- a. mediante el Programa TR, así como mediante los contratos TR y microTR individualmente celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV, el Canadá otorga y mantiene subvenciones prohibidas que están supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, infringiendo así los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC;
- b. las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR, así como de los contratos TR y microTR individualmente celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV, otorgan al equipo japonés de producción de energía renovable un trato menos

²⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.209 (donde se cita OPA, Micro Feed-in Tariff Program: Program Overview (Programa microTR: Panorama general del Programa) (2010) (Prueba documental 38 presentada por el Japón al Grupo Especial), página 1 y artículo 1.2(a); y microFIT Rules (versión 1.6.1), artículo 1.1).

³⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.68 (donde se hace referencia al FIT Rules (versión 1.5.1), artículos 2, 3 y 5.2; y al microFIT Rules (versión 1.6.1), artículos 2, 3 y 4.1).

³¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.9.

³² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

³³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.159.

³⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.160.

favorable que el concedido a los productos similares originarios de Ontario, infringiendo así el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y

- c. el Programa TR y los contratos TR y microTR individualmente celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV constituyen medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC) incompatibles con las disposiciones del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, infringen el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.³⁵

1.7. Por su parte, la Unión Europea alegó lo siguiente:

- a. el Canadá infringe lo dispuesto en los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC porque el Programa TR y los contratos conexos establecidos por el Gobierno de Ontario son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC que se proporcionan con supeditación al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, es decir, con supeditación al empleo de equipo y componentes para las instalaciones de producción de energía renovable fabricados en Ontario con preferencia al equipo y los componentes de ese tipo importados de otros Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluida la Unión Europea;
- b. el Canadá infringe lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, conjuntamente con el párrafo 1 a) del Anexo de ese Acuerdo, porque el Programa TR y los contratos conexos establecidos por el Gobierno de Ontario son MIC que exigen la compra o el empleo por las empresas de equipo y componentes para instalaciones de producción de energía renovable que tengan su origen o su fuente en Ontario; y
- c. el Canadá infringe lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque el Programa TR y los contratos conexos establecidos por el Gobierno de Ontario son MIC incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC y, en cualquier caso, porque imponen a los productores de electricidad eólica y solar FV prescripciones en materia de contenido nacional que afectan a la venta, la compra o el uso en el mercado interior de equipo y componentes de producción de energía renovable, concediendo un trato menos favorable a los productos similares originarios de la Unión Europea.³⁶

1.8. Los informes del Grupo Especial se distribuyeron a los Miembros de la OMC el 19 de diciembre de 2012.

1.9. En sus informes, el Grupo Especial explicó que había decidido evaluar en primer lugar las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994, antes de ocuparse de las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo SMC. El Grupo Especial explicó, a ese respecto, que "los reclamantes afirman que las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que afectan a las importaciones de equipo y componentes de producción de energía renovable, y el Canadá no lo niega".³⁷ A juicio del Grupo Especial, esto parecía indicar que, "en comparación con el Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, es el Acuerdo sobre las MIC el que trata más directa y específicamente y de forma detallada los aspectos del Programa TR y los contratos TR y microTR que se sitúan en el centro de las preocupaciones de los reclamantes".³⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial indicó que procedería de la siguiente manera:

Teniendo esto en cuenta, comenzaremos nuestra evaluación de las alegaciones de los reclamantes centrándonos en las formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC. No obstante, es evidente según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC que, al realizar esta evaluación, tendremos que formarnos también necesariamente una opinión sobre el fondo de las alegaciones de los reclamantes acerca de la compatibilidad de las medidas impugnadas con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Por ello, en la sección que figura a continuación

³⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 3.1.

³⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 3.4.

³⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70.

³⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204).

evaluaremos simultáneamente el fondo de las alegaciones de los reclamantes tanto al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC como al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.³⁹

1.10. En respuesta a las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994, el Canadá invocó el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, aduciendo que el Programa TR no está sujeto a las obligaciones prescritas en el artículo III. El Canadá adujo que ello se debe a que las leyes y prescripciones que crean y aplican el Programa TR son leyes y prescripciones que rigen la adquisición de electricidad de fuentes renovables para cubrir la necesidad de los poderes públicos de garantizar el suministro de electricidad de fuentes limpias a los consumidores de Ontario y "no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".⁴⁰ El Japón y la Unión Europea discreparon de la afirmación del Canadá de que las medidas en litigio están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.⁴¹ La Unión Europea replicó además que el párrafo 8 a) del artículo III no es aplicable a las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa anexa al mismo.⁴²

1.11. El Grupo Especial consideró por tanto que debía resolver las tres cuestiones siguientes:

- a. si las medidas en litigio son MIC en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC⁴³;
- b. en caso de que lo sean, si el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC excluye la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas impugnadas⁴⁴; y
- c. en la medida en que el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa no elimine la posibilidad de aplicar el párrafo 8 a) del artículo III a las medidas impugnadas, si esas medidas son del tipo descrito en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.⁴⁵

1.12. En primer lugar, el Grupo Especial constató que "el Programa TR y los contratos TR y microTR, en la medida en que prevén e imponen un 'nivel mínimo obligatorio de contenido nacional', constituyen MIC en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC".⁴⁶ En segundo lugar, el Grupo Especial rechazó el argumento de la Unión Europea relativo a la aplicabilidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa anexa al Acuerdo sobre las MIC. El Grupo Especial consideró que, "[h]abida cuenta del texto del párrafo 1 del artículo 2, no sería apropiado ... inferir del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa que las MIC que poseen las características descritas en ese párrafo *siempre* serán incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con independencia de si pueden ser abarcadas por los términos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994".⁴⁷

1.13. A continuación, el Grupo Especial analizó las medidas a la luz de los diversos elementos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Grupo Especial constató: i) que "las compras de electricidad del Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR constituyen 'adquisición' en el sentido de ese término en el párrafo 8 a) del artículo III"; y ii) que "el 'nivel mínimo obligatorio de contenido nacional' prescrito de conformidad con el Programa TR y llevado a la práctica mediante los contratos TR y microTR es una de las 'prescripciones que ri[gen]' la 'adquisición' de electricidad por el Gobierno de Ontario".⁴⁸ El Grupo Especial constató no obstante que "la 'adquisición' de

³⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.86 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 67).

⁴¹ Véanse los informes del Grupo Especial, párrafos 7.74-7.77 y 7.81-7.85.

⁴² Véanse los informes del Grupo Especial, párrafo 7.80.

⁴³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.108.

⁴⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.113.

⁴⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.113.

⁴⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.112.

⁴⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.120. (las cursivas figuran en el original)

⁴⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.152.

electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza 'para su reventa comercial'".⁴⁹ En vista de la última constatación intermedia, el Grupo Especial concluyó:

[C]onstatamos que las medidas en litigio no están abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III y que, por consiguiente, el Canadá no puede basarse en ese párrafo del GATT de 1994 para excluir la aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 al "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" que impugnan los reclamantes.⁵⁰

1.14. Tras haber constatado que las medidas en litigio no están abarcadas por los términos del párrafo 8 a) del artículo III, el Grupo Especial pasó a examinar esas medidas en el marco del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC. El Grupo Especial concluyó que:

... el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" no sólo implica la "compra o utilización" de productos de una fuente nacional en el sentido del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, sino que implica también que ese cumplimiento "es necesario" para que los productores de electricidad que utilicen tecnologías de energía solar FV y energía eólica puedan participar en el Programa TR y, de este modo, "obtener una ventaja" en el sentido del párrafo 1 de la Lista ilustrativa. Por lo tanto, estamos convencidos de que las medidas impugnadas son MIC que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa y de que, a la luz del párrafo 2 del artículo 2 y la parte introductoria del punto 1 a) de la Lista ilustrativa, son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, son también incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.⁵¹

1.15. Por consiguiente, en lo que concierne a las alegaciones formuladas por el Japón y la Unión Europea al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

A la luz de las constataciones que hemos realizado en esta sección de estos informes, concluimos que el Programa TR y los contratos TR y microTR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁵²

1.16. En cuanto a las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo SMC, el Grupo Especial tomó nota de la posición del Japón de que las medidas en litigio son "transferencia[s] directa[s] de fondos" y "posibles transferencias directas de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Subsidiariamente, el Japón sostuvo que las medidas constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1.⁵³ El argumento "primario" de la Unión Europea fue que las medidas impugnadas constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios". La Unión Europea adujo también que las medidas en litigio podían caracterizarse como "transferencia[s] directa[s] de fondos". De manera subsidiaria, la Unión Europea sostuvo que las medidas en litigio son "posibles transferencias directas de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1, o "una encomienda o una orden" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.⁵⁴ Por el contrario, el Canadá afirmó que la única caracterización jurídica adecuada del Programa TR y los contratos conexos es como contribuciones financieras en forma de "compras de bienes" por el gobierno.⁵⁵

1.17. El Grupo Especial determinó que la caracterización jurídica adecuada del Programa TR y los contratos TR y microTR es la de "contribuci[ón] financier[a]" en forma de "compra de bienes" por un gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁶ Por otra parte, el Grupo Especial discrepó del argumento de los reclamantes de que también podían caracterizarse

⁴⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.151.

⁵⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.152.

⁵¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.166.

⁵² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.167.

⁵³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.169.

⁵⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.176.

⁵⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.181.

⁵⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.222.

jurídicamente como "transferencias directas de fondos" a los efectos del Acuerdo SMC.⁵⁷ El Grupo Especial concluyó asimismo que las medidas en litigio no pueden ser "posibles transferencias directas de fondos" de conformidad con el párrafo 1 a) 1) i) ni una forma de contribución financiera que implica que el gobierno encomienda o encarga algo en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.⁵⁸ Además, en aplicación del principio de economía procesal, el Grupo Especial decidió no formular constataciones relativas a si las medidas en litigio pueden caracterizarse jurídicamente como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁹

1.18. Tras haber determinado que las medidas constituyen una contribución financiera, el Grupo Especial procedió a examinar si otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En este sentido, el Grupo Especial observó que el principal argumento de los reclamantes era que si no existiera el Programa TR, un mercado mayorista de electricidad competitivo en Ontario no podría sustentar operaciones comercialmente viables de los productores TR afectados. Para respaldar ese argumento, los reclamantes presentaron varias referencias (*benchmarks*) para el precio de la electricidad en un mercado mayorista competitivo, o valores representativos (*proxies*) de esa referencia, que en su opinión demostraban que el Programa TR ofrece "una remuneración superior a la adecuada" para las compras de electricidad por el OPA en el marco de los contratos TR y microTR.⁶⁰

1.19. El Grupo Especial coincidió con los reclamantes en que "a efectos del análisis del beneficio sólo puede haber *un* mercado pertinente, a saber, el mercado de electricidad generada a partir de todas las fuentes de energía, incluidas la solar y la eólica".⁶¹ A continuación, examinó la alegación de los reclamantes de que el mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO sería la referencia adecuada para el "mercado" a efectos del análisis en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1. En este contexto, el Grupo Especial había constatado que "el mercado mayorista administrado por la IESO no llega a su precio de equilibrio (el HOEP) en virtud de fuerzas de oferta y demanda no afectadas por las políticas del Gobierno de Ontario".⁶² Por consiguiente, el Grupo Especial constató que:

... el mercado mayorista de electricidad que actualmente existe en Ontario no es un mercado donde haya una competencia efectiva. Antes bien, tal vez sea mejor caracterizar el mercado mayorista de electricidad de Ontario como parte de un sistema eléctrico que está definido en casi todos sus aspectos por las decisiones de política del Gobierno de Ontario y los reglamentos concernientes a la combinación de suministro necesaria para garantizar que Ontario disponga de una oferta de electricidad segura, fiable y sostenible a largo plazo, así como a la manera en que los costos de ese sistema se recuperarán.⁶³

1.20. En consecuencia, el Grupo Especial constató que el "precio horario de la energía de Ontario" (HOEP) y todos los derivados del HOEP a que habían hecho referencia los reclamantes⁶⁴ no podían servir como referencias adecuadas a efectos del análisis del beneficio.⁶⁵ El Grupo Especial rechazó también cuatro mercados de electricidad extraprovinciales, a saber, Alberta, en el Canadá, y el Estado de Nueva York, Nueva Inglaterra y la región del Atlántico Medio (la Interconexión PJM), en los Estados Unidos -que los reclamantes habían propuesto como posibles elementos representativos del precio de mercado mayorista en Ontario-.⁶⁶

1.21. El Grupo Especial constató después que la utilización de un criterio de mercado mayorista competitivo no tendría en cuenta que un mercado mayorista de electricidad competitivo no lograría atraer el grado de inversión necesario para garantizar un suministro fiable de electricidad, y que

⁵⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.243.

⁵⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.248.

⁵⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.249.

⁶⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.276.

⁶¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.318. (las cursivas figuran en el original)

⁶² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.298.

⁶³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

⁶⁴ Concretamente, el promedio ponderado de la "tarifa mayorista" en 2010 para productores distintos de los productores de los Programas de oferta normalizada de energía renovable (RESOP) y TR, y el precio minorista pagado por los consumidores con arreglo al "Plan de precios regulados" (RPP) en 2010.

⁶⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308 y nota 610 a dicho párrafo.

⁶⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

actualmente ese objetivo sólo podía alcanzarse por medio de intervención gubernamental sobre lo que de otro modo constituirían resultados de mercado competitivo inaceptables. Sobre la base de este razonamiento, el Grupo Especial constató que no sería adecuado determinar si el Programa TR y los contratos TR y microTR otorgan un beneficio, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, comparando los términos y condiciones de la participación en el Programa TR con los que podrían obtener los productores participantes en un mercado mayorista de electricidad en el que hubiera competencia efectiva.⁶⁷ Por consiguiente, el Grupo Especial constató que el Japón y la Unión Europea no habían logrado establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶⁸

1.22. Tras haber rechazado las referencias propuestas por los reclamantes y haber constatado que los reclamantes no habían logrado establecer la existencia de un beneficio, el Grupo Especial presentó su propia sugerencia en cuanto a lo que a su juicio podría ser una referencia adecuada en las circunstancias de ese caso. El Grupo Especial afirmó que "una manera de determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio ... consistiría en ponerlas a prueba comparándolas con los tipos de transacciones de compra en condiciones de libre competencia que existirían en un mercado mayorista de electricidad cuyos amplios parámetros hubieran sido definidos por el Gobierno de Ontario".⁶⁹ A juicio del Grupo Especial, este criterio podría utilizarse para determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio comparando "la tasa de rentabilidad obtenida por los productores TR con arreglo a los términos y condiciones de los contratos TR y microTR con el costo medio en el Canadá del capital para proyectos con un perfil de riesgo comparable en el mismo período".⁷⁰ Sin embargo, el Grupo Especial afirmó que "el expediente de estas diferencias no contiene información adecuada" para llevar a cabo este análisis.⁷¹

1.23. A la luz de las constataciones expuestas anteriormente, el Grupo Especial concluyó, en su informe correspondiente al Japón (DS412):

- a. que el Japón había establecido que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el Programa TR, y aplicados mediante los contratos TR y microTR individuales celebrados desde la creación del Programa TR, hacían que el Canadá incumpliera las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁷²; y
- b. que el Japón no había logrado establecer que el Programa TR, y los contratos TR y microTR individuales para proyectos de energía solar FV y eólica celebrados desde la creación del Programa TR, constituyeran subvenciones, o previeran el otorgamiento de subvenciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y en consecuencia que el Canadá hubiera actuado de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁷³

1.24. En su informe correspondiente a la UE (DS426), el Grupo Especial concluyó:

- a. que la Unión Europea había establecido que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el Programa TR, y aplicados mediante los contratos TR y microTR individuales celebrados desde la creación del Programa TR, hacían que el Canadá incumpliera las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁷⁴; y
- b. que la Unión Europea no había logrado establecer que el Programa TR, y los contratos TR y microTR individuales para proyectos de energía solar FV y eólica celebrados desde la creación del Programa TR, constituyeran subvenciones, o previeran el otorgamiento de subvenciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del

⁶⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.312.

⁶⁸ Informes del Grupo Especial, apartado ii) del párrafo 7.328.

⁶⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.322. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.323.

⁷¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.326.

⁷² Informe del Grupo Especial correspondiente al Japón (DS412), párrafo 8.2.

⁷³ Informe del Grupo Especial correspondiente al Japón (DS412), párrafo 8.3.

⁷⁴ Informe del Grupo Especial correspondiente a la UE (DS426), párrafo 8.6.

Acuerdo SMC, y en consecuencia que el Canadá hubiera actuado de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁷⁵

1.25. Tanto en su informe correspondiente al Japón (DS412) como en su informe correspondiente a la UE (DS426), el Grupo Especial hizo la siguiente recomendación:

Recomendamos que el Canadá ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994.⁷⁶

1.26. El 5 de febrero de 2013, el Canadá notificó al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en los informes del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y presentó un anuncio de apelación⁷⁷ y una comunicación del apelante, en virtud de lo dispuesto en la Regla 20 y la Regla 21, respectivamente, de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación⁷⁸ (Procedimientos de trabajo). El 11 de febrero de 2013, el Japón y la Unión Europea notificaron cada uno al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe respectivo del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste y presentaron cada uno un anuncio de otra apelación⁷⁹ y una comunicación en calidad de otro apelante, en virtud de lo dispuesto en la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. El 25 de febrero de 2013, el Canadá, el Japón y la Unión Europea presentaron sendas comunicaciones del apelado.⁸⁰ El 26 de febrero de 2013, Australia presentó una comunicación en calidad de tercero participante, y el 27 de febrero de 2013, la Arabia Saudita, el Brasil, China y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones en calidad de terceros participantes.⁸¹ Ese mismo día, Corea, El Salvador, Honduras⁸², la India, México, Noruega, el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, y Turquía⁸³ notificaron cada uno su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.⁸⁴ Asimismo, el 27 de febrero de 2013, el Japón y la Unión Europea notificaron cada uno su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante en la diferencia iniciada por el otro.⁸⁵

1.27. El 12 de febrero de 2013, el Órgano de Apelación recibió cartas del Canadá, el Japón y la Unión Europea en las que se le solicitaba que permitiera la observación de la audiencia por el público en este procedimiento de apelación. El Canadá solicitó al Órgano de Apelación que permitiera la observación por el público de las declaraciones orales y las respuestas a las preguntas de los participantes, así como las de los terceros participantes que acordaran hacer públicas sus declaraciones y sus respuestas a las preguntas. El Canadá propuso que se permitiera la observación por el público mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión, con la opción de que la transmisión se interrumpiera si los participantes estimasen necesario examinar información confidencial, o si un tercero participante hubiera indicado su deseo de mantener la confidencialidad de su declaración oral. En su carta, el Japón respaldó la solicitud del

⁷⁵ Informe del Grupo Especial correspondiente a la UE (DS426), párrafo 8.7.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial correspondiente al Japón (DS412), párrafo 8.5; informe del Grupo Especial correspondiente a la UE (DS426), párrafo 8.9.

⁷⁷ WT/DS412/10, WT/DS426/9 (adjunto como anexo 1 de los presentes informes).

⁷⁸ WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010.

⁷⁹ WT/DS412/11 (Japón) (adjunto como anexo 2 de los presentes informes); WT/DS426/10 (Unión Europea) (adjunto como anexo 3 de los presentes informes). El 12 de febrero de 2013, la Unión Europea envió una carta a la Secretaría del Órgano de Apelación en la que indicaba que había un "error material" en su anuncio de otra apelación, y solicitaba autorización para rectificarlo. De conformidad con el párrafo 5 de la Regla 18 de los Procedimientos de trabajo, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación dio al Canadá, al Japón y los terceros la oportunidad de formular observaciones por escrito sobre esta petición. No se recibieron objeciones a la petición de la Unión Europea. El 15 de febrero, la Sección autorizó la corrección del anuncio de otra apelación de la Unión Europea, como ésta había pedido en su carta de 12 de febrero de 2013.

⁸⁰ De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

⁸¹ De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁸² En la diferencia DS412 únicamente.

⁸³ En la diferencia DS426 únicamente.

⁸⁴ De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁸⁵ De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

Canadá, e indicó que también deseaba hacer públicas sus declaraciones y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Órgano de Apelación en el curso de la audiencia, y que estaba de acuerdo con la solicitud del Canadá de que el Órgano de Apelación celebrara una audiencia abierta al público en esta apelación. Además, se mostró de acuerdo en que se permitiera la observación por el público mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión. Por su parte, la Unión Europea dijo que estaba de acuerdo con la solicitud del Canadá de celebrar una audiencia abierta al público y se sumó a ella.

1.28. El 13 de febrero de 2013, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación invitó a los terceros a que formularan observaciones por escrito sobre las solicitudes de los participantes de abrir la audiencia a la observación por el público. El 18 de febrero de 2013, la Sección recibió respuestas de la Arabia Saudita, Australia, el Brasil, China, El Salvador, los Estados Unidos, la India, México, Noruega y Turquía. En sus respectivas observaciones, la Arabia Saudita, el Brasil, China, El Salvador, la India, México y Turquía dijeron que no se oponían a permitir la observación por el público de la audiencia en las presentes diferencias. El Brasil, China, la India, México y Turquía subrayaron que ello se entendía sin perjuicio de las opiniones sistémicas que tuviera cada uno sobre la cuestión de la observación por el público de las audiencias de los grupos especiales y el Órgano de Apelación. La Arabia Saudita afirmó que no se oponía a que se permitiera la observación por el público de la audiencia en estas diferencias. Australia, los Estados Unidos y Noruega indicaron su apoyo a la solicitud de los participantes de que se permitiera la observación por el público de la audiencia. La Arabia Saudita, China y la India indicaron su deseo de mantener la confidencialidad de sus declaraciones y sus respuestas a las preguntas durante la audiencia.

1.29. El 19 de febrero de 2013, la Sección emitió una resolución de procedimiento en la que accedía a las solicitudes del Canadá, el Japón y la Unión Europea de abrir la audiencia a la observación por el público y adoptaba procedimientos adicionales para el desarrollo de la audiencia. La resolución de procedimiento se adjunta como anexo 4 de los presentes informes.

1.30. Los días 7 y 12 de marzo de 2013, el Órgano de Apelación recibió escritos *amicus curiae* no solicitados de una empresa de energía y un miembro de la comunidad académica, respectivamente. Se dio a los participantes y terceros participantes la oportunidad de expresar sus opiniones sobre estos escritos en la audiencia. La Sección no consideró necesario basarse en dichos escritos al emitir su decisión.

1.31. La audiencia de esta apelación se celebró los días 14 y 15 de marzo de 2013.⁸⁶ La observación por el público tuvo lugar mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión en una sala separada. La transmisión se interrumpió durante las declaraciones hechas por los terceros participantes que habían indicado su deseo de mantener la confidencialidad de sus comunicaciones. Los participantes y ocho de los terceros participantes (la Arabia Saudita, Australia, el Brasil, China, los Estados Unidos, la India, Noruega y Turquía⁸⁷) hicieron declaraciones iniciales.⁸⁸ Los participantes y terceros participantes respondieron a las preguntas formuladas por los miembros de la Sección que se ocupó de la apelación.

1.32. El 30 de abril de 2013, el Japón y la Unión Europea solicitaron al Órgano de Apelación que publicara dos informes en un documento único con secciones separadas en las que figurasen las constataciones y conclusiones respecto de cada reclamante.⁸⁹ El 1º de mayo de 2013, se ofreció al

⁸⁶ El 5 de febrero de 2013, el Órgano de Apelación recibió una carta del Japón en la que se pedía que la audiencia no se programara durante el período del 11 al 13 de marzo de 2013. Puesto que el plan de trabajo de la apelación elaborado por la Sección preveía que la audiencia se celebrara los días 14 y 15 de marzo de 2013, no fue necesario que la Sección continuara ocupándose de la solicitud del Japón.

⁸⁷ Dado que Turquía había sido tercero únicamente en las actuaciones del Grupo Especial en la diferencia DS426, se le pidió que limitara su declaración a esa diferencia. Honduras había sido tercero únicamente en las actuaciones del Grupo Especial en la diferencia DS412, y por consiguiente se le pidió que limitara su declaración a esa diferencia. Sin embargo, Honduras no hizo una declaración oral.

⁸⁸ El 6 de marzo de 2013, el Japón envió una carta a la Secretaría del Órgano de Apelación en la que indicaba que el límite temporal de 20 minutos que la Sección había asignado al Japón para que pronunciara su declaración oral no era suficiente para abordar las numerosas cuestiones planteadas por el Canadá en su comunicación del apelado. La Sección decidió conceder 5 minutos más al Japón, así como al Canadá y a la Unión Europea, para que pronunciaran sus declaraciones orales.

⁸⁹ En una carta de fecha 13 de febrero de 2013, el Japón indicó que estaba de acuerdo en que se acumularan los procedimientos de apelación en estas dos diferencias, en los que se había invitado a participar

Canadá la oportunidad de formular observaciones sobre las solicitudes del Japón y de la Unión Europea, y no planteó objeciones al respecto.

2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES Y TERCEROS PARTICIPANTES

2.1 Alegaciones de error formuladas por el Canadá - Apelante

2.1.1 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

2.1. El Canadá solicita al Órgano de Apelación que revoque la conclusión del Grupo Especial de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, y constatare en cambio que el Programa y los contratos TR cumplen los requisitos previos del párrafo 8 a) del artículo III y por consiguiente no están sujetos a las obligaciones que se establecen en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 o en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.⁹⁰ El Canadá alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas en litigio no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 porque las compras por el Gobierno de Ontario de electricidad producida a partir de fuentes renovables en el marco de ese Programa son "para su reventa comercial", y formula dos alegaciones de error con respecto a la interpretación que hace el Grupo Especial de esta frase.

2.2. En primer lugar, el Canadá afirma que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 a) del artículo III al centrarse en la cuestión de si hay una "reventa comercial" de electricidad por el Gobierno de Ontario al tiempo que no interpretó debidamente la expresión "*with a view to*" ("para") que figura en el párrafo 8 a) del artículo III. El Canadá alega que el Grupo Especial no examinó el sentido corriente de esa expresión y por consiguiente no le dio efecto. El Canadá señala que el sentido corriente de "*with a view to*" ("para") es "*with the aim or object of attaining, effecting, or accomplishing something*" (con la finalidad o el objetivo de lograr, efectuar o conseguir algo).⁹¹ A juicio del Canadá, este sentido corriente no fue impugnado nunca por los reclamantes o por el Grupo Especial. Por lo tanto, el Canadá afirma que una compra "para su reventa comercial" es una compra con la finalidad de su "reventa comercial".

2.3. Por otra parte, el Canadá aduce que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la expresión "necesidades de los poderes públicos" como contexto inmediato de la frase "no para su reventa comercial". El Canadá hace referencia a la afirmación del Grupo Especial de que la expresión "y no para su reventa comercial" sirve para informar concretamente y limitar el sentido corriente que, de lo contrario, sería relativamente amplio de la expresión "necesidades de los poderes públicos", y aduce que esa expresión sólo puede afectar al significado de la expresión "necesidades de los poderes públicos" si se interpreta en el sentido de que requiere una "investigación del 'propósito' y la 'finalidad' de la compra".⁹² El Canadá sostiene que, en el marco del Programa y los contratos TR, el Gobierno de Ontario compra electricidad para "ayudar a garantizar un suministro de electricidad suficiente y fiable para los habitantes de Ontario y proteger el medio ambiente"⁹³, y que no compra electricidad para su reventa comercial.

2.4. En segundo lugar, el Canadá alega que el Grupo Especial interpretó erróneamente la expresión "reventa comercial" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III. El Canadá afirma que el Grupo Especial basó su examen únicamente en las interpretaciones propuestas por las partes, en lugar de realizar su propio análisis. Además, alega que, al hacerlo, el Grupo Especial expuso erróneamente las interpretaciones propuestas por las partes. En particular, mientras que en un principio el Grupo Especial reconoció acertadamente la posición de los reclamantes de que la expresión "para su reventa comercial" significa "con miras a su venta o su introducción en la

a todos los terceros. Sin embargo, el Japón dijo que entendía que la Sección había invitado a todos los terceros en ambas diferencias a participar en estos procedimientos de apelación acumulados a condición de que, en sus comunicaciones y declaraciones orales, los terceros participantes únicamente abordaran las cuestiones objeto de apelación en la diferencia o diferencias en las que habían sido terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 7, 8 y 83.

⁹¹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 34 (donde cita *The Oxford English Dictionary Online*, <<http://www.oed.com/viewdictionaryentry/Entry/223303>>, página 5, N° III.17.b).

⁹² Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 32.

⁹³ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 34.

corriente del comercio o el mercado, con independencia de cualquier beneficio"⁹⁴, posteriormente, en su aplicación, se centró en la cuestión de si Hydro One Inc.⁹⁵ y las "empresas de distribución local" (distribuidores) compiten con los proveedores minoristas. El Grupo Especial también expuso erróneamente la interpretación por el Canadá de la expresión "reventa comercial". Mientras que el Canadá había explicado que por "reventa comercial" se entiende una reventa con la intención subyacente de obtener un beneficio, el Grupo Especial afirmó incorrectamente que el Canadá interpretaba la "reventa comercial" como una reventa para obtener un beneficio. El Canadá sostiene que, si el Grupo Especial hubiera interpretado adecuadamente esta expresión, habría concluido que por "reventa comercial" se entiende una reventa con la intención subyacente de obtener un beneficio.

2.5. En opinión del Canadá, la interpretación por el Órgano de Apelación del término "comercial" en el contexto del apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC en la diferencia *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, la interpretación por el Grupo Especial de la expresión "a escala comercial" del artículo 61 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) en la diferencia *China - Derechos de propiedad intelectual* y la interpretación por el Grupo Especial de la expresión "consideraciones de carácter comercial" del párrafo 1 b) del artículo XVII del GATT de 1994 en la diferencia *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano* confirman que el significado de "reventa comercial" es una reventa con la intención subyacente de obtener un beneficio.⁹⁶ El Canadá sostiene que este significado es también compatible con la observación académica, según la cual, en el contexto del párrafo 8 a) del artículo III, una reventa es comercial si la actividad se realiza para obtener un beneficio, y no cuando sólo se cobra una cantidad simbólica.⁹⁷

2.6. Por lo que respecta al Programa y los contratos TR, el Canadá sostiene que no hay nada que indique que el Gobierno de Ontario compre electricidad con la finalidad de revenderla para obtener un beneficio. Antes bien, el Gobierno de Ontario compra electricidad en el marco del Programa TR para ayudar a garantizar un suministro de electricidad suficiente y fiable para los consumidores de Ontario y proteger el medio ambiente. El Canadá sostiene además que la Ley de electricidad de 1998 impide al OPA hacer algo con la finalidad de obtener un beneficio, porque establece que las operaciones y actividades del OPA se realizarán sin fines de lucro.⁹⁸ En consecuencia, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el marco del Programa TR "para su reventa comercial" y constate en cambio que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario no se efectúan "para su reventa comercial".

2.7. Por último, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis en el marco del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 con respecto a la prescripción de "no ... para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial"; constate que el Gobierno de Ontario compra electricidad "no ... para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta

⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 37 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.146).

⁹⁵ Observamos que Hydro One Inc. es totalmente propiedad del Gobierno de Ontario, está bajo su control y se encarga del funcionamiento del 97% del sistema de transmisión de Ontario. (Véanse los informes del Grupo Especial, párrafo 7.34)

⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 40-44 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafos 465-490; y a los informes del Grupo Especial, *China - Derechos de propiedad intelectual*, párrafos 7.534, 7.535, 7.544 y 7.577; y *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 6.87-6.89, 6.96, 6.123 y 6.129).

⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 44-46 (donde se hace referencia a las observaciones del Canadá sobre las respuestas de la Unión Europea y el Japón a las preguntas formuladas por el Grupo Especial (segunda serie), párrafo 108, donde a su vez se hace referencia a A. La Chimia y S. Arrowsmith, "Addressing Tied Aid: Towards a More Development-Oriented WTO?" (Examen de la ayuda vinculada: ¿hacia una OMC más orientada al desarrollo?), *Journal of International Economic Law*, volumen 12, Nº 3 (2009) (Prueba documental 129 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 719); a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 90; y a las observaciones del Canadá sobre las respuestas de la Unión Europea y el Japón a las preguntas formuladas por el Grupo Especial (segunda serie), párrafo 86, donde a su vez se hace referencia a S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO" (La contratación pública en la OMC), *Studies in Transnational Economic Law*, volumen 16 (Kluwer Law International, 2002), página 51 (Prueba documental 128 presentada por el Canadá al Grupo Especial)).

⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 47 (donde se hace referencia a la Ley de electricidad de 1998, artículo 25.2(2)).

comercial"; y revoque la conclusión del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. El Canadá afirma que el Gobierno de Ontario no utiliza la electricidad comprada por el OPA para producir mercancías, puesto que el Gobierno de Ontario no produce ninguna mercancía. Además, independientemente de lo que se haga con la electricidad comprada, el Gobierno de Ontario no compra esa electricidad con la finalidad de producir mercancías destinadas a la venta para obtener un beneficio. A juicio del Canadá, las medidas en litigio satisfacen todos los elementos del párrafo 8 a) del artículo III y por lo tanto están comprendidas en el ámbito de aplicación de ese párrafo. En consecuencia, no están sujetas a las obligaciones prescritas en el artículo III del GATT de 1994 o en el Acuerdo sobre las MIC.

2.8. Respondiendo a una pregunta formulada en la audiencia, el Canadá aclaró su posición con respecto a la interpretación de la expresión "necesidades de los poderes públicos" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III. En su opinión, el contexto que proporcionan los términos "no para su reventa comercial" indica que la investigación de las "necesidades de los poderes públicos" ha de ir más allá del objetivo declarado de un gobierno, e incluir la determinación de si ese gobierno ha suministrado tradicionalmente un determinado producto y si tiene un mandato constitucional para hacerlo, y debe tener en cuenta el papel del gobierno en el país de que se trate, centrándose en la historia, la constitución y la legislación de dicho gobierno.

2.9. Por otra parte, también en respuesta a una pregunta formulada en la audiencia, el Canadá abordó la objeción de la Unión Europea a la solicitud del Canadá de que el Órgano de Apelación completase el análisis y revocase la conclusión del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC porque el Canadá no lo había pedido expresamente en su anuncio de apelación. El Canadá adujo que esas peticiones guardan relación con la "naturaleza de la decisión o resolución solicitada" y que, de conformidad con el párrafo 2 b) iv) de la Regla 22 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, deben incluirse en la comunicación del apelante, pero no en el anuncio de apelación. El Canadá adujo también que su anuncio de apelación y su comunicación del apelante habían sido facilitados a la Unión Europea simultáneamente, y que, cuando se leen conjuntamente ambos documentos, son evidentes los errores que alega el Canadá y la reparación que solicita.

2.1.2 Artículo 11 del ESD - "Reventa comercial"

2.10. El Canadá alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD, al constatar que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el marco del Programa TR "para su reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

2.11. En primer lugar, el Canadá afirma que el Grupo Especial no "examin[ó] las pruebas que se le ha[bía]n sometido en su totalidad" ni "'evalu[ó] la pertinencia y el valor probatorio' de todas las pruebas" cuando concluyó que Hydro One Inc. y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas de electricidad.⁹⁹ El Canadá explica que Hydro One, los distribuidores y los proveedores minoristas desempeñan funciones muy diferentes en el sistema eléctrico de Ontario y no compiten entre sí. Hydro One y los distribuidores suministran el servicio de transmisión y distribución física de electricidad. Por el contrario, los proveedores minoristas no transmiten ni distribuyen electricidad; más bien, venden un producto financiero: una protección de los precios de la electricidad. Los proveedores minoristas conciertan contratos con los consumidores en los que se establece un precio fijo para la porción de su factura de electricidad correspondiente al HOEP durante un período determinado.¹⁰⁰ El Canadá subraya que explicó al Grupo Especial que "[l]os proveedores minoristas obtienen sus beneficios mediante sus contratos financieros

⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 54 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 299). (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 50 (donde se hace referencia a los sitios Web de los dos minoristas siguientes: Canada Energy, "Mid and Peak Tier Time-of-Use Rate Rises 8% on May 1" (La tarifa por tiempo de utilización durante el período de consumo medio y máximo aumenta un 8% el 1º de mayo), artículo de prensa, *The Toronto Star*, 19 de abril 2012 (Prueba documental 229 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.canadaenergy.ca/>>, página 2; y Muy Rate Energy Ontario, "Price Protection for Electricity" (Protección de los precios de la electricidad) (Prueba documental 230 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://myrateenergy.ca/electricity-info.php>>, página 2).

independientes con los usuarios finales" y "garantiza[n] cierta certidumbre con respecto a los precios".¹⁰¹ El Canadá observa además que el Grupo Especial reconoció que "los proveedores minoristas 'venden *contratos* a empresas y consumidores'".¹⁰² Por consiguiente, a juicio del Canadá, los proveedores minoristas desempeñan una función diferente de la de Hydro One y los distribuidores.

2.12. Además, el Canadá afirma que Hydro One y los distribuidores continúan prestando sus servicios a los consumidores independientemente de si éstos optan por concertar un contrato con un proveedor minorista. Hydro One sigue transmitiendo electricidad y los distribuidores siguen distribuyéndola a los consumidores que han concertado contratos con proveedores minoristas.¹⁰³ Los distribuidores siguen facturando a los consumidores, que deben seguir pagando una cantidad por la transmisión (a cargo de Hydro One) y la distribución (a cargo del distribuidor) de la electricidad.¹⁰⁴ El Canadá aduce que, puesto que los consumidores deben seguir pagando a Hydro One y los distribuidores por la transmisión y el suministro de electricidad, independientemente de si optan por concertar un contrato de protección de los precios con un proveedor minorista, esta opción no afecta a los ingresos de Hydro One y los distribuidores. En consecuencia, para Hydro One y los distribuidores resulta indiferente que los consumidores concierten contratos con proveedores minoristas, con los que no compiten.

2.13. En segundo lugar, el Canadá afirma que las pruebas en que se basó el Grupo Especial no justifican su conclusión de que Hydro One y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas. Por otra parte, el Canadá aduce que el Grupo Especial no proporcionó en su informe "'explicaciones razonadas y adecuadas y un razonamiento coherente' que apoyen sus constataciones".¹⁰⁵

2.14. El Canadá identifica tres pruebas documentales en las que el Grupo Especial basó supuestamente su conclusión sobre la competencia entre Hydro One y los distribuidores, por un lado, y los proveedores minoristas, por otro. El Canadá ha examinado cada una de las pruebas documentales y observa que ninguna de ellas menciona a Hydro One. Además, aunque las pruebas documentales mencionan a los distribuidores, ninguna de ellas indica que éstos compitan con los proveedores minoristas.

2.15. La primera prueba documental identificada por el Canadá es el artículo 29 de la Ley de electricidad de 1998.¹⁰⁶ El Canadá observa que en el artículo 29 simplemente se dice que los distribuidores deben vender electricidad a los consumidores en el caso de que los proveedores minoristas con los que éstos hayan concertado un contrato no puedan hacerlo. A juicio del Canadá, esta afirmación pone de relieve el papel que desempeñan los distribuidores para garantizar un suministro estable de electricidad y es incompatible con la conclusión de que los distribuidores compiten con los proveedores minoristas. El Canadá señala además que la única mención del artículo 29 a la competencia figura en el párrafo 4, donde se aborda la "competencia *entre*

¹⁰¹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 51 (donde se citan, respectivamente, la declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 56; y las observaciones sobre las respuestas de la Unión Europea y el Japón a las preguntas formuladas por el Grupo Especial (segunda serie), párrafo 51).

¹⁰² Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 51 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.147, donde a su vez se cita Gobierno de Toronto, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Plan de energía a largo plazo de Ontario) (Queen's Printer for Ontario, 2010) (Prueba documental 6 presentada por el Canadá al Grupo Especial), apéndice 1). (las cursivas son del Canadá)

¹⁰³ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 52 (donde se hace referencia a la Ley de electricidad de 1998, artículo 26(1): "Los transmisores o distribuidores proporcionarán a los productores, proveedores minoristas y consumidores acceso sin discriminación a sus sistemas de transmisión o distribución en Ontario con arreglo a su licencia"; y artículo 29(1): "Los distribuidores venderán electricidad a toda persona conectada a su sistema de distribución, a no ser que una persona comunique por escrito al distribuidor que no desea comprarle electricidad"). El Canadá hace también referencia al sitio Web de Canada Energy (Prueba documental 229 presentada por el Japón al Grupo Especial), *supra*, nota 100, página 2.

¹⁰⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.57.

¹⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 55 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 299, donde a su vez se cita con aprobación el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), nota 618 al párrafo 293).

¹⁰⁶ Prueba documental 5 presentada por el Japón al Grupo Especial.

proveedores minoristas".¹⁰⁷ En este párrafo no se aborda la competencia entre proveedores minoristas y distribuidores.

2.16. La segunda prueba documental es el Código de liquidación por suministro minorista de la Comisión de la Energía de Ontario (OEB)¹⁰⁸, en particular los artículos 1.1, 2.7, 10.1 y 12. El Canadá reconoce que en el artículo 1.1 se hace referencia a un "proveedor minorista competidor". Sin embargo, el Canadá afirma que no se trata de un proveedor minorista que compita con los distribuidores. Explica que por "proveedor minorista competidor" se entiende "una persona que suministra electricidad al por menor a consumidores que no reciben un SSS"¹⁰⁹; y por "SSS" o "servicio de suministro normalizado" se entiende "el servicio aprobado por la [OEB] ... que ... establece las condiciones mínimas que debe satisfacer un distribuidor para cumplir su obligación de vender electricidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29 de la *Ley de electricidad*".¹¹⁰ Por consiguiente, el Canadá afirma que un "proveedor minorista competidor" es simplemente un proveedor minorista, es decir, una entidad que ofrece precios fijos por la porción de la factura de electricidad de un consumidor correspondiente al HOEP durante un período de tiempo determinado (la duración del contrato entre el consumidor y el proveedor minorista), en lugar de precios regulados fluctuantes. En cuanto al artículo 2.7, el Canadá señala que obliga a los distribuidores a concertar contratos con los proveedores minoristas cuando éstos lo soliciten. Este hecho debilita, y no respalda, la conclusión de que los distribuidores compiten con los proveedores minoristas. Además, el Canadá hace notar que el artículo 10.1 identifica las solicitudes de transacciones relativas a servicios a las que se aplica el Código de liquidación por suministro minorista. Subraya que los consumidores pueden optar por concertar un contrato con un proveedor minorista y pagar un precio fijo por la porción de su factura de electricidad correspondiente al HOEP durante un período determinado en lugar de pagar un precio fluctuante. Por consiguiente, ese artículo no indica que haya competencia entre distribuidores y proveedores minoristas. Por último, el Canadá dice que el artículo 12 simplemente confirma la obligación de los distribuidores de concertar contratos con los proveedores minoristas y es por tanto incompatible con la afirmación de que están en competencia.

2.17. La tercera prueba documental identificada por el Canadá es un fragmento de una página del sitio Web de la IESO.¹¹¹ A juicio del Canadá, esta página Web meramente confirma que, a diferencia de los distribuidores, los proveedores minoristas venden un contrato de protección de los precios. En resumen, el Canadá afirma que ni el sitio Web de la IESO, ni los artículos 1.1, 2.7, 10.1 y 12 del Código de liquidación por suministro minorista, ni el artículo 29 de la Ley de electricidad de 1998 respaldan la afirmación del Grupo Especial de que los distribuidores compiten con los proveedores minoristas. El Canadá considera por tanto que, al basarse en estas pruebas documentales para justificar su conclusión, el Grupo Especial no hizo "una evaluación objetiva de los hechos", como prescribe el artículo 11 del ESD, "al no 'cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en [las] pruebas'".¹¹²

2.18. En consecuencia, el Canadá afirma que el Grupo Especial incurrió en error al basarse en las constataciones de que Hydro One y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas y que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa de la electricidad adquirida en el marco del Programa TR para concluir que hay una "reventa comercial" de electricidad de fuentes renovables en Ontario.

2.19. El Canadá impugna también la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR. El Canadá explica que Hydro One "tiene como principal mandato garantizar una 'transmisión y distribución de electricidad segura, fiable y eficaz en función de los

¹⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 60. (las cursivas son del Canadá)

¹⁰⁸ Versión revisada de 1º de octubre de 2011 (Prueba documental 71 presentada por el Japón al Grupo Especial).

¹⁰⁹ Retail Settlement Code (Código de liquidación por suministro minorista), artículo 1.2, página 7.

¹¹⁰ Retail Settlement Code, artículo 1.2, página 11.

¹¹¹ Página Web de la IESO, "Retail Contracts" (Contratos minoristas) (Prueba documental 90 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/retailers.asp>.

¹¹² Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 71 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 254 (no se reproduce la nota de pie de página); y se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; y *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 161 y 162).

costos a los consumidores de electricidad de Ontario¹¹³ y que "debe 'dar prioridad a las inversiones en capacidad de transmisión y distribución para apoyar los proyectos necesarios para mantener la seguridad y fiabilidad actual de la red'".¹¹⁴ El mantenimiento de esta red es lo que permite a Hydro One obtener sus ingresos. La OEB, que regula determinados aspectos del sistema eléctrico de Ontario¹¹⁵, calcula el costo del mantenimiento de los activos y le añade una tasa de rentabilidad.¹¹⁶ Esta suma se recupera después de los consumidores mediante el componente de suministro de sus facturas de electricidad.¹¹⁷ Por consiguiente, aduce el Canadá, los beneficios de Hydro One no guardan relación con la cantidad de electricidad que transmite a la red de distribución o a los consumidores.

2.20. El Canadá añade que los distribuidores se benefician igualmente del mantenimiento de sus activos. La OEB determina el costo del mantenimiento de los activos de distribución y añade luego una tasa de rentabilidad.¹¹⁸ Esta suma también se recupera después de los usuarios finales mediante cargos por entrega de sus facturas de electricidad. Por consiguiente, como en el caso de Hydro One y la transmisión de electricidad, los ingresos de las empresas de distribución no guardan relación con la cantidad de electricidad que suministran.¹¹⁹

2.21. El Canadá sostiene que, incluso si Hydro One y los distribuidores se beneficiaran de la reventa de electricidad, no se beneficiarían de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR. Hydro One y los distribuidores reciben un pago por el mantenimiento de sus activos, cualquiera que sea la fuente de la electricidad que se transmite y distribuye mediante esos activos. Por lo tanto, a juicio del Canadá, sus ingresos no resultan afectados por el Programa TR y la compra por el Gobierno de Ontario de electricidad de fuentes renovables en el marco de ese Programa.

2.22. Por estas razones, el Canadá considera que, al constatar que Hydro One y los distribuidores se benefician de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR, el Grupo Especial no hizo "una evaluación objetiva de los hechos". El Grupo Especial incumplió por tanto lo dispuesto en el artículo 11 del ESD al no "cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en [las] pruebas"¹²⁰, al no "examinar las pruebas que se le ha[bía]n sometido en su totalidad"¹²¹ y al no "evaluar la pertinencia y el valor probatorio" de todas las pruebas".¹²²

¹¹³ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 74 (donde se cita el Memorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc., 27 de marzo de 2008 (Memorandum of Agreement (Memorándum de Acuerdo)) (Prueba documental 107 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 1 (citado también en la respuesta del Canadá a la pregunta 13 a) del Grupo Especial (segunda serie), párrafos 41 y 42)).

¹¹⁴ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 74 (donde se cita el Memorandum of Agreement, página 2).

¹¹⁵ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 74 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 23).

¹¹⁶ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 74 (donde se hace referencia a la respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial (primera serie), párrafo 80; y OEB, EB-2009-0084, Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities (Informe de la Comisión sobre el costo de los servicios regulados de Ontario), 11 de diciembre de 2009 (Prueba documental 64 presentada por el Canadá al Grupo Especial)).

¹¹⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.57.

¹¹⁸ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 75 (donde se hace referencia a la respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial (primera serie), párrafo 81).

¹¹⁹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 75 (donde se hace referencia a las observaciones del Canadá sobre los informes provisionales del Grupo Especial, página 3; y a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.149).

¹²⁰ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 76 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 254 (no se reproduce la nota de pie de página); y se hace referencia, en la nota 109, a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142: "Tampoco pueden los grupos especiales formular constataciones afirmativas que no tengan fundamento en las pruebas contenidas en el expediente" (no se reproduce la nota de pie de página); y *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 161 y 162).

¹²¹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 76 (donde se citan, como ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 299).

¹²² Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 76 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 299). (no se reproduce la nota de pie de página)

2.2 Argumentos del Japón - Apelado

2.2.1 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

2.23. El Japón solicita al Órgano de Apelación que confirme, si bien sobre la base de un razonamiento diferente, la constatación del Grupo Especial de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos implican la adquisición de electricidad "para su reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Japón sostiene que la apelación del Canadá será superflua si el Órgano de Apelación constata, de conformidad con las alegaciones formuladas por el Japón en calidad de otro apelante, que el Programa y los contratos TR no constituyen la "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" prevista en el párrafo 8 a) del artículo III. La razón de ello es que una evaluación del elemento "para su reventa comercial", objeto de apelación por el Canadá, presupone una constatación afirmativa por el Órgano de Apelación sobre la existencia de una "adquisición" por el Gobierno de Ontario "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". El Japón sostiene, por tanto, que el Órgano de Apelación, siguiendo la estructura y la lógica fundamentales del párrafo 8 a) del artículo III, debería comenzar su análisis por un examen de las alegaciones formuladas por el Japón en relación con la existencia de una "adquisición" por el Gobierno de Ontario "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". Si el Órgano de Apelación conviniera con el Japón o bien en que el Programa y los contratos TR no implican la "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados" o bien en que esas compras no son "para" cubrir las necesidades de los poderes públicos, toda la apelación del Canadá sería superflua.

2.24. En respuesta a las alegaciones de error formuladas por el Canadá, el Japón discrepa, en primer lugar, de la interpretación que hace el Canadá del término "para" y, en segundo lugar, de su interpretación de la expresión "reventa comercial". En primer lugar, el Japón aduce que, de conformidad con la posición del Canadá de que la expresión "para su reventa comercial" requiere una intención de obtener un beneficio, un Miembro de la OMC podría excluir de las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo III del GATT de 1994 cualquier reventa de mercancías compradas con anterioridad declarando simplemente que esa reventa no estaba destinada a generar ganancias o beneficios. El Japón alega que este enfoque pasaría por alto el contexto del artículo III, porque permitiría a los Miembros de la OMC eludir la obligación de trato nacional y por consiguiente privaría de sentido al párrafo 4 de dicho artículo. Además, en la medida en que se hubiera obtenido un beneficio, el Miembro en cuestión podría aducir que lo había obtenido realizando actividades para cubrir las necesidades de los poderes públicos, y no actividades de reventa comercial. Esto proporcionaría a los Miembros una capacidad ilimitada para hacer caso omiso de las disciplinas de trato nacional que se establecen en el artículo III simplemente afirmando que las medidas en litigio no se habían adoptado para obtener un beneficio.

2.25. En segundo lugar, respondiendo a la afirmación del Canadá de que el Grupo Especial interpretó erróneamente la expresión "reventa comercial", el Japón sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que una "reventa comercial" no entraña necesariamente un beneficio. El Japón afirma que, independientemente de si se obtiene o no un beneficio, la expresión "para su reventa comercial" significa que el producto de que se trata es comprado con miras a su venta o su introducción en la corriente del comercio o el mercado. El Japón aduce que grupos especiales de la OMC han constatado que por "*commercial*" ("comercial") se entiende "*engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce*" (dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio)¹²³, y que nada en ese sentido implica una prescripción de que haya intención de obtener un beneficio. Respondiendo al hecho de que el Canadá invoque el informe del Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Japón aduce que el término "comercial" fue examinado en el contexto de la interpretación de la expresión "préstamo comercial", que figura en el apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC, y que el contexto del presente asunto es muy diferente. Lo que hace que la reventa de la electricidad comprada por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR sea "comercial" es el hecho de que esa electricidad se incorpora a la red de transmisión, se mezcla con el resto de la electricidad producida en Ontario y se suministra a los consumidores en Ontario. A juicio del

¹²³ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 35 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.84; y *China - Derechos de propiedad intelectual*, párrafo 7.534, donde a su vez en ambos se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary*, cuarta edición, L. Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), volumen 1, página 451).

Japón, la observación del Grupo Especial de que el hecho fundamental que justifica la conclusión de que la electricidad es comprada por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR "para su reventa comercial" es que "la electricidad comprada en el marco del Programa TR se consume exactamente a través de los mismos canales que la electricidad suministrada por otras fuentes de producción".¹²⁴

2.2.2 Artículo 11 del ESD - "Reventa comercial"

2.26. Si el Órgano de Apelación considera que la competencia con otras entidades es pertinente a los efectos de determinar si existe una "reventa comercial", el Japón sostiene que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que Hydro One Inc. y los distribuidores se enfrentan a la competencia del sector privado en el mercado de electricidad de Ontario.

2.27. El Japón aduce que el hecho de que el Grupo Especial reconociera y tuviera en cuenta que los proveedores minoristas del sector privado "venden contratos"¹²⁵ no resta valor ni objetividad a la conclusión del Grupo Especial de que esos proveedores minoristas compiten con Hydro One y los distribuidores para vender electricidad a los consumidores de Ontario. Como indicó el Grupo Especial en su examen de los antecedentes de hecho, "[l]os consumidores minoristas o bien compran electricidad sobre la base de su uso a sus empresas de distribución local o conciertan contratos para recibir electricidad con una empresa de distribución local o un proveedor minorista de electricidad con licencia" del sector privado.¹²⁶ En otras palabras, los consumidores de Ontario pueden elegir a quién compran su electricidad: a los distribuidores o a los proveedores minoristas del sector privado. Por consiguiente, el Japón afirma que los distribuidores y los proveedores minoristas del sector privado compiten para vender electricidad a los consumidores de Ontario.

2.28. El Japón recuerda la constatación del Grupo Especial de que cuatro empresas privadas son propietarias del 3% del sistema de transmisión y se encargan de su funcionamiento¹²⁷, y que 3 de los 80 distribuidores son empresas privadas.¹²⁸ Por consiguiente, el Japón sostiene que Ontario ha establecido un sistema eléctrico en el que Hydro One y los distribuidores de propiedad municipal pueden competir con empresas privadas de transmisión y distribución para revender electricidad a los consumidores. El Grupo Especial reconoció estos hechos al examinar la cuestión de si la electricidad se compra en el marco del Programa TR "para su reventa comercial".

2.29. Además, si el Órgano de Apelación conviniera con el Canadá en que la expresión "reventa comercial" entraña un elemento de beneficio, el Japón sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que el Gobierno de Ontario obtiene rentabilidad financiera de su "reventa" de electricidad a los consumidores de Ontario, lo que hace que la "reventa" sea "comercial" según la definición que hace el propio Canadá de este término. El Japón observa que, en su apelación, el Canadá se limita a repetir su argumento anterior de que el OPA está concebido para realizar sus funciones sin fines de lucro, lo que el Grupo Especial rechazó al señalar que, "aunque el OPA no se beneficia de la reventa de electricidad por conducto de Hydro One y las empresas de distribución local, es evidente que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales de Ontario se beneficiarán de esas operaciones".¹²⁹ Además, el Grupo Especial señaló que este hecho se desprendía de las propias respuestas del Canadá a sus preguntas.¹³⁰ El Japón señala que el propio

¹²⁴ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 35 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.147).

¹²⁵ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 37 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 51, donde a su vez se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.147).

¹²⁶ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 37 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.57).

¹²⁷ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 38 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.34 y nota 104 a dicho párrafo).

¹²⁸ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 38 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.35).

¹²⁹ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 40 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.150).

¹³⁰ Véanse los informes del Grupo Especial, párrafo 7.149.

Canadá se muestra de acuerdo en su apelación con este aspecto del análisis del Grupo Especial al afirmar que "Hydro One se beneficia" y que "los distribuidores también se benefician".¹³¹

2.30. El Japón afirma que las pruebas obrantes en el expediente demuestran también que Hydro One actúa como una empresa "comercial" que obtiene "beneficios comerciales", aun cuando su único accionista sea el Gobierno de Ontario. Por ejemplo, el informe financiero de Hydro One correspondiente al año 2010 (citado por el Grupo Especial) indica que obtuvo los siguientes resultados financieros: i) ingresos totales de 5.124 millones de dólares canadienses; ii) ganancias netas de 232 millones de dólares canadienses; iii) ingresos netos de 591 millones de dólares canadienses; y iv) pago de dividendos de 28 millones de dólares canadienses a su accionista, la provincia de Ontario.¹³² Los beneficios obtenidos por Hydro One, si no se reinvierten en la empresa, terminarán por retornar al Gobierno, por lo que el Grupo Especial estuvo en lo cierto al concluir que el Gobierno de Ontario se beneficia de la reventa de electricidad de fuentes renovables.

2.31. El Japón observa que, en su apelación, el Canadá intenta excluir a Hydro One y los distribuidores locales de su propia definición del término "comercial" al caracterizar sus beneficios no como beneficios derivados de sus actividades de transmisión o distribución (es decir, de la reventa comercial de electricidad de fuentes renovables), sino como beneficios derivados del "mantenimiento de sus activos".¹³³ Sin embargo, el Canadá admite al mismo tiempo que esos beneficios se obtienen mediante "cargos por entrega" en las facturas de electricidad que pagan los consumidores. El Japón recuerda que su argumento principal es que esos hechos indican que Hydro One no "compra" electricidad "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". No obstante, si el Órgano de Apelación discrepara de este argumento del Japón, debería constatar lógicamente que esos "cargos por entrega" se calculan sobre la base de los kWh, y que por tanto se considera que están indisolublemente unidos a la cantidad de electricidad suministrada a los consumidores y consumida por éstos. Las fuentes citadas por el Canadá también especifican que estos cargos o tarifas tienen por objeto permitir que los servicios de distribución "recuperen sus costos de distribución"¹³⁴ (es decir, el costo de distribuir electricidad a los consumidores). El Japón considera por tanto que este hecho no puede conciliarse con la afirmación del Canadá de que "los beneficios de Hydro One y las empresas de distribución local 'no dependen de la cantidad de electricidad que transmiten y distribuyen y, por consiguiente, ... no se benefician de ninguna reventa de electricidad'".¹³⁵

2.32. El Japón solicita por tanto al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no omitió hacer una evaluación objetiva de los hechos, como prescribe el artículo 11 del ESD, al concluir que Hydro One y los distribuidores se enfrentan a la competencia del sector privado, incluidos los proveedores minoristas de electricidad del sector privado, en la reventa de electricidad de fuentes renovables en Ontario y que el Gobierno de Ontario se beneficia de la reventa de electricidad supuestamente comprada en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR.

¹³¹ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 40 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 74 y 75, respectivamente).

¹³² Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 41 (donde se cita Hydro One, Comunicado de prensa, "Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results" (Hydro One hace públicos sus resultados financieros correspondientes al final del año 2010), 10 de febrero de 2011 (Prueba documental 41 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: http://www.hydroone.com/OurCompany/MediaCentre/Documents/NewsReleases2011/02_10_2011_Year-End_Financials.pdf).

¹³³ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 42 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 74-76).

¹³⁴ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 42 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 20, donde a su vez se cita la página Web de la OEB, "Electricity Prices: ... OEB's Role in Electricity Prices" (Precios de la electricidad: ... papel de la OEB en los precios de la electricidad) (Prueba documental 16 presentada por el Canadá al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Consumers/Electricity/Electricity+Prices#role>).

¹³⁵ Comunicación del apelado presentada por el Japón (DS412), párrafo 42 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 76).

2.3 Argumentos de la Unión Europea - Apelado

2.3.1 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

2.33. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que confirme la constatación del Grupo Especial de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos implican la adquisición de electricidad "para su reventa comercial", en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea discrepa, en primer lugar, de la interpretación que hace el Canadá del término "para" y, en segundo lugar, de la lectura que hace el Canadá de la expresión "reventa comercial". Además, la Unión Europea se opone a la solicitud del Canadá de que el Órgano de Apelación complete el análisis y revoque la conclusión del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

2.34. En primer lugar, en respuesta a la alegación del Canadá de que el Grupo Especial omitió interpretar debidamente el término "para" en el contexto del párrafo 8 a) del artículo III, la Unión Europea sostiene que el análisis del Grupo Especial demuestra que éste interpretó las expresiones "reventa comercial" y "no para" conjuntamente, y que la conclusión del Grupo Especial se refiere a las compras de productos "para su reventa comercial".¹³⁶ A juicio de la Unión Europea, la descripción que hace el Grupo Especial del Programa TR muestra que el objeto mismo del Programa es el suministro de un determinado tipo de electricidad al mercado de electricidad de Ontario. En particular, el Programa TR y las operaciones que el OPA realiza en virtud de éste están encaminados específicamente a garantizar la introducción de electricidad procedente de fuentes renovables en el mercado de electricidad, con el fin de sustituir electricidad procedente de otras fuentes de generación.

2.35. La Unión Europea está de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que la intención declarada respecto del motivo por el que el Gobierno de Ontario compra electricidad no puede ser concluyente por lo que respecta a la cuestión de si esa electricidad se compró "para su reventa comercial", ya que ese criterio sería puramente subjetivo y, por lo tanto, inadecuado. En lugar de ello, la interpretación debería basarse en un criterio objetivo centrado en las circunstancias que efectivamente se den en cada caso. Un gobierno puede caracterizar una determinada transacción como transacción que responde a múltiples objetivos de política, pero, para caracterizar una transacción como compra de productos "para su reventa comercial", basta con establecer que, en el momento de su compra, los productos están destinados al mercado.

2.36. Además, la Unión Europea no está de acuerdo con la afirmación del Canadá de que el Grupo Especial se basó exclusivamente en interpretaciones propuestas por las partes, en lugar de elaborar un análisis adecuado del término "para". El Grupo Especial estuvo de acuerdo con la interpretación sugerida por la Unión Europea, aunque discrepó explícitamente de la propuesta por el Canadá.¹³⁷ La Unión Europea reconoce que el Grupo Especial podría haber desarrollado su razonamiento con más detalle; sin embargo, es evidente que el Grupo Especial sí interpretó el término "para" en el presente asunto.

2.37. En segundo lugar, la Unión Europea no está de acuerdo con la interpretación que hace el Canadá de la expresión "reventa comercial". La Unión Europea mantiene que la cláusula "no para su reventa comercial" ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" del párrafo 8 a) del artículo III sirve para evitar la elusión de las disciplinas del artículo III del GATT de 1994, prohibiendo que los gobiernos hagan compras de forma discriminatoria cuando el producto comprado va a volver al mercado, ya sea directa o indirectamente como insumo de otro producto. La Unión Europea sostiene que ese objetivo, así como las versiones en español y francés del texto del párrafo 8 a) del artículo III -en particular las expresiones "reventa comercial" y "*revendus dans le commerce*"-, respaldan su tesis de que la expresión "*commercial resale*" ("reventa comercial") de la versión inglesa no exige necesariamente que el producto en cuestión sea revendido para obtener un beneficio, sino simplemente que el producto adquirido sea vendido o introducido en el mercado por los canales de comercio normales. La Unión Europea añade que las ventas a pérdida no son menos comerciales que las ventas para obtener un beneficio, y que el

¹³⁶ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 21 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.146 y 7.151).

¹³⁷ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 26 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.148 y 7.151).

hecho de que un producto sea revendido a un precio inferior al de su compra no implica que la primera transacción tenga un carácter "no comercial".

2.38. Además, la Unión Europea sostiene que la palabra "comercial" se emplea en el párrafo 8 a) del artículo III para distinguir las compras que se hacen para uso de los poderes públicos de las que se hacen con miras a una posterior comercialización e introducción en el comercio. El término "comercial" no se añadió a la disposición para incluir la idea de "beneficio", sino para poner de relieve que el párrafo 8 a) del artículo III abarcaría las compras hechas para cubrir las necesidades de los poderes públicos. Si se interpretara que la expresión "reventa comercial" exige la existencia de un beneficio, se permitiría que los Miembros de la OMC eludieran las disciplinas del artículo III, ya que los gobiernos podrían dar un trato discriminatorio a los productos importados e introducir en el mercado el producto nacional comprado, causando resultados que el principio de trato nacional tiene por objeto evitar. Por lo que respecta a las referencias que hace el Canadá al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el informe del Grupo Especial en el asunto *China - Derechos de propiedad intelectual* y el informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, la Unión Europea responde que en esos informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación no se interpretó la palabra "comercial" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III, y que un mismo término puede tener significados diferentes según el contexto específico en el que aparezca.

2.39. Además, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que rechace las peticiones del Canadá de que complete el análisis en el marco del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y revoque la constatación de que el Programa y los contratos TR infringen el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. La razón que aduce la Unión Europea es que en el anuncio de apelación del Canadá no figura una solicitud de que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial según la cual el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, ni de que el Órgano de Apelación complete el análisis en lo que respecta a los dos elementos "para su reventa comercial" y "para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" del párrafo 8 a) del artículo III.

2.40. La Unión Europea afirma que el hecho de que el Canadá no incluyera esas peticiones en su anuncio de apelación implica que quedan fuera de la jurisdicción del Órgano de Apelación. Explica que el Canadá no presentó un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de una referencia al párrafo 7.167 de los informes del Grupo Especial y el párrafo 8.6 del informe del Grupo Especial correspondiente a la UE, y que tampoco indicó la naturaleza de la decisión o resolución solicitada con respecto a esos párrafos, en contravención del párrafo 2) d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación. La Unión Europea afirma además que el Órgano de Apelación debería abstenerse de examinar la petición del Canadá de que complete el análisis en el marco del párrafo 8 a) del artículo III, puesto que no se ha formulado como solicitud de compleción del análisis, sino como alegación de que el Grupo Especial ha omitido hacer una determinada constatación.

2.41. La Unión Europea afirma que, en el caso de que decida completar el análisis como ha solicitado el Canadá, el Órgano de Apelación debería constatar que el Gobierno de Ontario compra electricidad "para [que sirva] a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" y que, por lo tanto, no se satisfacen los requisitos del párrafo 8 a) del artículo III. La Unión Europea mantiene que la electricidad comprada por el Gobierno de Ontario se inyecta a la red para ser utilizada por los consumidores en Ontario. Muchos de esos consumidores son consumidores industriales que, a su vez, utilizando esa electricidad, fabrican otros productos, destinados a su venta en el mercado. La Unión Europea no está de acuerdo con el Canadá en que debe entenderse que la frase "para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" hace referencia a los actos del gobierno, y no a los de otros operadores, ya que el texto del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no dice "servir al gobierno", sino "servir", sin más calificación.

2.3.2 Artículo 11 del ESD - "Reventa comercial"

2.42. La Unión Europea afirma que son infundadas las alegaciones del Canadá de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que incluyera los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, al constatar i) que Hydro One Inc. y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas privados y ii) que Hydro One y los distribuidores se benefician de la reventa de electricidad renovable.

2.43. En primer lugar, la Unión Europea observa que el Órgano de Apelación únicamente tendría que examinar la alegación del Canadá fundada en el artículo 11 del ESD si, como consecuencia de esos errores, resulta insostenible la constatación última del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario compra electricidad mediante el Programa TR "para su reventa comercial". La Unión Europea considera que la constatación del Grupo Especial no depende de ninguna de las constataciones fácticas impugnadas por el Canadá. Observa a este respecto que el Grupo Especial determinó acertadamente que una "reventa comercial" no siempre implicará necesariamente un beneficio. Según esa misma interpretación, el Órgano de Apelación puede considerar innecesario un examen de la segunda cuestión de hecho planteada por el Canadá, a saber, si Hydro One y los distribuidores se benefician de la reventa de electricidad renovable.

2.44. La Unión Europea sostiene que puede alcanzarse la misma conclusión en relación con la primera cuestión de hecho impugnada por el Canadá, a saber, la constatación de que Hydro One y los distribuidores se encuentran en situación de competencia con los proveedores minoristas. La Unión Europea señala que el Canadá no cuestiona la constatación del Grupo Especial de que la electricidad comprada en el marco del Programa TR se consume exactamente a través de los mismos canales que la electricidad suministrada por todas las demás fuentes de producción. Del mismo modo, el Canadá tampoco cuestiona la constatación del Grupo Especial de que las compras de electricidad del Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR "pueden considerarse un primer paso en la reventa de electricidad a consumidores minoristas y, por lo tanto, en la introducción de la electricidad en el comercio".¹³⁸ El Grupo Especial estuvo de acuerdo en que los hechos en cuestión (en particular el hecho de que la electricidad comprada en el marco del Programa TR se consume a través de los mismos canales que la suministrada por todas las demás fuentes de producción y, por lo tanto, se reintroduce en el comercio) respaldan la caracterización de las medidas en litigio como compras de productos "para su reventa comercial", no comprendidas, por consiguiente, en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En consecuencia, la Unión Europea aduce que la constatación última del Grupo Especial no dependía de las cuestiones de hecho que el Canadá impugna en su apelación.

2.45. Dicho esto, la Unión Europea recuerda que el Órgano de Apelación ha aclarado que un grupo especial está "facultado para determinar que de[be] atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros".¹³⁹ Al hacerlo, el Órgano de Apelación ha señalado además que los grupos especiales "no están obligados a analizar en su informe todos y cada uno de los elementos de prueba"¹⁴⁰, y que, "habida cuenta de la distinción entre los respectivos papeles que incumben al Órgano de Apelación por una parte y a los grupos especiales por otra", el Órgano de Apelación no "interferirá sin motivos bien fundados" en el ejercicio de las facultades que corresponden al grupo especial como órgano encargado de averiguar los hechos¹⁴¹ y "no p[uede] basar una constatación de incompatibilidad en relación con el artículo 11 simplemente en la conclusión de que pod[ría] haber llegado a una constatación fáctica diferente de aquella a la que llegó el Grupo Especial".¹⁴² Por lo tanto, la Unión Europea subraya que no todo error supuestamente cometido por un grupo especial equivale a una infracción del artículo 11 del ESD.

¹³⁸ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 44 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.148).

¹³⁹ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 45 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161).

¹⁴⁰ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 45 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202).

¹⁴¹ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 45 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151; *CE - Sardinas*, párrafo 299; y *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142).

¹⁴² Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 45 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151).

2.46. La Unión Europea considera que el Grupo Especial concluyó acertadamente que, de hecho, i) Hydro One y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas privados y ii) Hydro One y los distribuidores se benefician de la reventa de electricidad renovable.

2.47. La Unión Europea afirma que la constatación fáctica del Grupo Especial de que Hydro One y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas privados está bien respaldada por las pruebas del expediente y que, por consiguiente, el Órgano de Apelación no debe interferir en las facultades discrecionales que corresponden al Grupo Especial como órgano encargado de juzgar los hechos. En primer lugar, en contra de lo que alega el Canadá, los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia no venden simplemente contratos de protección de precios, sino también la electricidad que llevan aparejada. La Unión Europea observa que el Grupo Especial señaló en otro lugar que había "pruebas que sugieren que un 'comercializador' de electricidad adquiere la titularidad de la electricidad (y por consiguiente, a nuestro juicio, su posesión), al comprar electricidad a los productores de energía y los mayoristas para su reventa".¹⁴³ Además, como observó la IESO, los proveedores minoristas compran la electricidad en el mercado y mediante contratos con los productores. La OEB publica en su sitio Web una lista de los proveedores de energía con licencia para vender electricidad en la provincia¹⁴⁴, en la que los contratos minoristas se describen como otra forma de comprar la electricidad, pero no abarcan otros cargos, como los cargos por entrega.¹⁴⁵ De manera similar, el propio Canadá reconoció que "[e]n el caso de los clientes que contratan con proveedores minoristas de electricidad competidores, el proveedor minorista de electricidad compra la electricidad al por mayor y los productos y servicios conexos por cuenta de esos clientes, que están sujetos a las tarifas estipuladas en sus contratos minoristas".¹⁴⁶ Ello da a entender que los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia de hecho adquieren la titularidad de la electricidad que compran a los productores/distribuidores para revenderla a los consumidores finales. En cualquier caso, hay reventa de electricidad (posiblemente acompañada de servicios de electricidad) a los consumidores finales.

2.48. La Unión Europea explica además que, en la sección de antecedentes de los informes del Grupo Especial, éste observó que los consumidores minoristas no acogidos al "Plan de precios regulados" (RPP) pueden concertar un contrato de compra al por menor con un distribuidor o un proveedor minorista de electricidad con licencia, pagando un precio contractual por la electricidad durante un período fijo.¹⁴⁷ De hecho, en Ontario los consumidores finales pueden optar entre pagar el RPP de la OEB y comprar su electricidad a los distribuidores, o comprarla a proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia.¹⁴⁸ Es decir, los consumidores finales pueden elegir entre comprar a distribuidores (y pagar los precios regulados que fluctúan con arreglo al RPP) o a proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia (y pagar, durante un período determinado, precios fijos asegurados que no dependen del RPP). La Unión Europea afirma, por lo tanto, que, en ese sentido, los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia compiten con Hydro One y otros distribuidores en la venta de electricidad y servicios de electricidad a los consumidores.

2.49. En consecuencia, la Unión Europea aduce que, de hecho, los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia no se limitan a vender contratos de protección de precios a los consumidores. Lo cierto es que los proveedores minoristas compiten con Hydro One y los distribuidores en la venta de electricidad y servicios de electricidad a los consumidores finales,

¹⁴³ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 49 (donde se citan los informes del Grupo Especial, nota 462 al párrafo 7.239).

¹⁴⁴ Página Web de la IESO, "The Power System" (El sistema de energía) (Prueba documental 44 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: http://www.ieso.ca/imoweb/siteShared/power_system.asp.

¹⁴⁵ Folleto de la IESO, "What You Need to Know About Changes to Electricity Prices Coming November 1, 2009: A Guide For Ontario's Public Sector" (Lo que necesita saber sobre los cambios en los precios de la electricidad que se introducirán el 1º de noviembre de 2009: Guía para el sector público de Ontario) (Prueba documental 91 presentada por el Japón al Grupo Especial).

¹⁴⁶ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 49 (donde se cita al Profesor William W. Hogan, Universidad de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 de diciembre de 2011 (Hogan Report) (Informe Hogan) (Prueba documental 2 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 29).

¹⁴⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.59.

¹⁴⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.42.

quienes pueden elegir entre comprar esa electricidad a los precios regulados fluctuantes del RPP, o a los precios fijos ofrecidos por los minoristas.

2.50. La Unión Europea afirma asimismo que las pruebas que cita el Grupo Especial en la nota 297 de sus informes -a saber, el artículo 29 de la Ley de electricidad de 1998¹⁴⁹, el Código de liquidación por suministro minorista¹⁵⁰, y la página del sitio Web de la IESO¹⁵¹- respaldan adecuadamente su constatación de que Hydro One y los distribuidores venden electricidad en competencia con los proveedores minoristas del sector privado con licencia. El artículo 29 de la Ley de electricidad de 1998 de Ontario establece la obligación del distribuidor de vender electricidad. En contra de lo que alega el Canadá, el artículo 29 no se limita a reforzar el papel de los distribuidores en la garantía de un suministro estable de electricidad, sino que muestra también que hay una competencia efectiva entre los distribuidores y los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia. En concreto, el artículo 29 contempla la posibilidad de que un consumidor no compre electricidad al distribuidor, sino a proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia, y, sin embargo, al mismo tiempo impone al distribuidor la obligación de vender electricidad al consumidor final en el caso de que el proveedor minorista de electricidad del sector privado con licencia por alguna razón no pueda hacerlo. Es decir, el artículo 29 refleja el hecho, mencionado *supra*, de que los consumidores de Ontario pueden elegir entre comprar electricidad y servicios de electricidad a los distribuidores o a los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia.

2.51. La Unión Europea añade que los artículos 1.1, 2.7, 10.1 y 12 del Código de liquidación por suministro minorista, a los que hizo referencia el Grupo Especial, respaldan igualmente la conclusión de éste acerca de la existencia de competencia entre Hydro One y los distribuidores, por un lado, y los proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia, por otro. De esas disposiciones se desprende claramente que en Ontario los consumidores pueden elegir entre comprar electricidad y servicios de electricidad a los distribuidores (en el marco del servicio de suministro normalizado (SSS), quedando luego sujetos al RPP de la OEB) y comprar la electricidad a proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia. En particular, en el artículo 10 se explica cómo tramitar las solicitudes presentadas por los consumidores para pasar del suministro de electricidad con arreglo al SSS al suministro de electricidad por un proveedor minorista competidor. En este sentido, es evidente que Hydro One y los distribuidores compiten con los proveedores minoristas privados para vender electricidad y suministrar servicios de electricidad.

2.52. Por último, la Unión Europea afirma que, en la página del sitio Web de la IESO, a la que hizo referencia el Grupo Especial, se explica que en Ontario los consumidores también pueden comprar su electricidad a proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia y se ofrece información detallada sobre los casos en que esa opción podría resultar atractiva para los consumidores finales.

2.53. En resumen, la Unión Europea considera que las pruebas citadas por el Grupo Especial en la nota 297 de sus informes respaldan adecuadamente su constatación fáctica de que Hydro One y los distribuidores venden electricidad en competencia con proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia. Por consiguiente, en contra de lo que el Canadá alega, el Grupo Especial no cometió un error.

2.54. En lo que respecta a la segunda constatación del Grupo Especial impugnada por el Canadá al amparo del artículo 11 del ESD -a saber, que el Gobierno de Ontario se beneficia de la reventa de electricidad-, la Unión Europea responde que el Grupo Especial rechazó el argumento del Canadá porque "[l]os distribuidores se benefician de su servicio de distribución de electricidad a los usuarios finales más que de cualquier venta propiamente dicha de electricidad de fuentes renovables".¹⁵² Según el Grupo Especial, en la medida en que el servicio de distribución de electricidad está necesariamente vinculado a la venta de electricidad como "producto básico" y es

¹⁴⁹ Prueba documental 5 presentada por el Japón al Grupo Especial.

¹⁵⁰ Prueba documental 71 presentada por el Japón al Grupo Especial.

¹⁵¹ Página Web de la IESO, "Retail Contracts" (Prueba documental 90 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/retailers.asp>>.

¹⁵² Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea (DS426), párrafo 59 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.150, donde a su vez se cita la declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 55).

inseparable de ésta, no había ninguna base para concluir que las actividades de reventa de Hydro One y de casi todos los distribuidores no tenían como resultado la obtención de beneficios. Es decir, el Grupo Especial concluyó que, de hecho, no era posible distinguir entre la remuneración (y los beneficios) generados por los servicios de distribución de electricidad (para los que es necesario el mantenimiento de la red) y la remuneración (y los beneficios) generados por la venta de la electricidad propiamente dicha (que fluye a través de esa red). La Unión Europea observa que el Canadá no ha indicado ningún elemento de hecho que el Grupo Especial haya desatendido o deliberadamente distorsionado que contradiga las observaciones del Grupo Especial a este respecto.

2.55. Por consiguiente, a juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que Hydro One y los distribuidores se beneficiaron de la reventa de la electricidad comprada por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR.

2.56. Por todo ello, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no omitió hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD, y concluyó acertadamente i) que Hydro One y los distribuidores venden la electricidad a los consumidores en competencia con los proveedores minoristas privados, y ii) que el Gobierno de Ontario se beneficia de la reventa de electricidad renovable. En cualquier caso, la Unión Europea sostiene que esas constataciones fácticas no eran esenciales para la constatación última del Grupo Especial de que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario mediante el Programa TR se llevan a cabo "para su reventa comercial". Aun si fueran esenciales, el Grupo Especial presentó un razonamiento adecuado y apoyó su conclusión en las pruebas obrantes en el expediente.

2.4 Alegaciones de error formuladas por el Japón - Otro apelante

2.4.1 El orden en que el Grupo Especial trató las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo SMC y sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994

2.57. El Japón sostiene que el Grupo Especial decidió indebidamente comenzar su evaluación por las alegaciones del Japón fundadas en el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994, en lugar de por las formuladas al amparo del Acuerdo SMC.

2.58. El Japón reconoce que en *Chile - Sistema de bandas de precios*, el Órgano de Apelación declaró que "los argumentos ... con respecto al orden del análisis que ha elegido el Grupo Especial [no] equivalen a una 'alegación de error' distinta".¹⁵³ Sin embargo, observa que el Órgano de Apelación indicó en esa diferencia que un orden de análisis inadecuado puede dar lugar a que el grupo especial haga una apreciación inadecuada de las cuestiones de hecho y de derecho en una determinada diferencia.

2.59. El Japón recuerda que ante el Grupo Especial adujo que la evaluación debía comenzar por las alegaciones del Japón fundadas en el Acuerdo SMC, porque ese Acuerdo "se ocupa específicamente y de forma detallada" de las medidas en litigio en esta diferencia.¹⁵⁴ Según el Japón, la razón por la que ello es así es que el objeto de la impugnación del Japón en esta diferencia ha sido la concesión de subvenciones a los productores TR supeditadas al empleo de equipo de producción de energía renovable producido en Ontario con preferencia al equipo de esa índole importado del extranjero.

2.60. El Japón señala que el Grupo Especial desestimó el argumento del Japón porque ninguna de las partes había cuestionado que "las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que afectan a las importaciones de equipo ... de producción de energía renovable".¹⁵⁵ El Grupo Especial concluyó que, por consiguiente, el Acuerdo sobre las MIC es el que "trata más directa y específicamente y de forma detallada"¹⁵⁶ las medidas en litigio. El

¹⁵³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 10 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 182).

¹⁵⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 11 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204).

¹⁵⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 12 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.70).

¹⁵⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70. (no se reproduce la nota de pie página)

Japón no ve de qué manera el hecho de que ninguna de las partes hubiera cuestionado que las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio hace que el Acuerdo sobre las MIC sea el que "trata más directa y específicamente y de forma detallada" esas medidas. El Japón sostiene que el Grupo Especial no llevó a cabo ningún análisis de cuál es el acuerdo que trata más específicamente y de forma detallada las medidas en litigio. Al no haber llevado a cabo ese análisis, el Grupo Especial incurrió en error.

2.61. El Japón señala que el Grupo Especial al parecer estaba de acuerdo en que el Acuerdo SMC es el que se ocupa más específicamente de las medidas en litigio, ya que basó la interpretación de la expresión "compras" por el gobierno en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 en su constatación sobre "la debida caracterización jurídica de las medidas en litigio de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo SMC".¹⁵⁷ Por ello "desconcierta"¹⁵⁸ al Japón la decisión del Grupo Especial de no comenzar su evaluación por las alegaciones del Japón fundadas en el Acuerdo SMC, ya que ello le habría conducido a una apreciación correcta de las cuestiones de hecho y de derecho en esta diferencia.

2.62. Además, el Japón aduce que el Grupo Especial debería haber comenzado por el Acuerdo SMC porque una medida correctiva en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC resolvería la presente diferencia con más rapidez que la medida correctiva prevista en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD que se derivaría de una infracción del GATT de 1994 o del Acuerdo sobre las MIC. De conformidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el objetivo de la solución de diferencias es "hallar una solución positiva a las diferencias", y el párrafo 3 del artículo 3 dispone además que la "pronta solución" de las diferencias es "esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC". En la presente diferencia, esa "pronta solución" se lograría con una medida correctiva basada en el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, que obliga al Miembro demandado a actuar "sin demora" y dentro del plazo que el grupo especial especifique, obligaciones que no establece el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, el cual exige al Miembro demandado que ponga en conformidad las medidas que se declaren incompatibles.

2.63. Por estas razones, el Japón solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial comenzó indebidamente su evaluación por las alegaciones del Japón fundadas en el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994. El Japón afirma además que, en lugar de seguir el enfoque del Grupo Especial, el Órgano de Apelación debería comenzar su evaluación por las alegaciones del Japón fundadas en el Acuerdo SMC.

2.64. En la audiencia, el Japón reconoció que no considera que el Grupo Especial esté legalmente obligado a comenzar su evaluación por el Acuerdo SMC. También confirmó que no está solicitando al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial incurrió en error, ni que revoque una constatación del Grupo Especial. Por consiguiente, la única solicitud del Japón es que el propio Órgano de Apelación comience la evaluación por sus alegaciones al amparo del Acuerdo SMC.

2.4.2 Alegaciones al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

2.65. El Japón solicita al Órgano de Apelación que confirme la conclusión del Grupo Especial de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, y que modifique, revoque o declare superfluas y sin efecto jurídico varias constataciones intermedias del Grupo Especial.

2.4.2.1 La constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados"

2.66. El Japón alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad. El Japón alega también que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad en el contexto de la alegación del Japón relativa al párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Japón mantiene que, si el Órgano de Apelación está de acuerdo con la tesis del Japón en el contexto de su alegación de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Gobierno de Ontario "compra" bienes en el

¹⁵⁷ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 13 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.136).

¹⁵⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 13.

sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, ha de revocar, por los mismos motivos, la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, a saber, que las medidas en litigio implican la "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

2.67. El Japón aduce que la estructura del sistema de energía de Ontario -en particular el desglose de la generación, la transmisión y la distribución de electricidad y la atribución de cada una de esas funciones, junto con las correspondientes funciones de regulación, a entidades distintas- indica que el Gobierno de Ontario no participa en el suministro o venta físicos de electricidad. En particular, el Japón sostiene que el OPA sirve de entidad de financiación para prestar apoyo financiero a los productores que el gobierno desea promover. En contraste, las cuestiones relacionadas con el suministro estable de electricidad son abordadas por otras entidades, pero no mediante compras de electricidad por el gobierno.¹⁵⁹ El Japón aduce además que el hecho de que el gobierno permita que entidades de propiedad privada tengan un papel en la generación, transmisión y distribución de electricidad respalda la tesis de que el Gobierno de Ontario "no necesita"¹⁶⁰ comprar electricidad para lograr un suministro de electricidad estable en la provincia de Ontario.

2.4.2.2 La interpretación por el Grupo Especial de la palabra "para" que figura en la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos"

2.68. En el caso de que el Órgano de Apelación no revoque la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio implican la "adquisición por organismos públicos de productos comprados", el Japón apela, de forma condicional, contra la interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos", y solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y constate que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no implican "compra[s] para cubrir las necesidades de los poderes públicos". El Japón alega que el Grupo Especial no interpretó el significado de esa expresión porque concluyó simplemente que la compra de bienes por un organismo gubernamental para cubrir las necesidades de los poderes públicos no podía constituir al mismo tiempo una compra de bienes por el gobierno para su reventa comercial, y aplicó la disposición basándose en esa suposición, en lugar de en una interpretación adecuada de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

2.69. El Japón sostiene que, al suponer que una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" no podía equivaler al mismo tiempo a una compra por el gobierno de bienes "para su reventa comercial", en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, el Grupo Especial omitió analizar si las compras realizadas en el marco del Programa TR se hicieron "para" cubrir las necesidades de los poderes públicos. En consecuencia, el Grupo Especial no analizó si había "una conexión verdadera y auténtica entre la 'compra' ... y 'la[] necesidad[] de los poderes públicos' de que se trataba", ni si, de hecho, las compras de electricidad se hacían "auténtica y verdaderamente" para obtener o lograr que se garantizara un suministro estable de electricidad procedente de fuentes limpias.¹⁶¹

2.70. El Japón aduce que la electricidad se "compra[] para cubrir las necesidades de los poderes públicos" únicamente cuando la compra se hace "con el fin de conseguir cubrir determinadas necesidades de los poderes públicos o con el objetivo de lograr cubrir esas necesidades de los poderes públicos".¹⁶² El Japón cita la tesis del Canadá de que la necesidad de los poderes públicos que subyace al Programa y los contratos TR es "contribuir a garantizar el suministro en Ontario de electricidad suficiente y fiable procedente de fuentes limpias".¹⁶³ Por consiguiente, el Japón sostiene que, para que las compras de electricidad del Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR estén comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, el Grupo Especial tendría que haber constatado que esas compras se hicieron auténtica y

¹⁵⁹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 167, 165 y 40.

¹⁶⁰ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 41.

¹⁶¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 171 y 174, respectivamente.

¹⁶² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 174.

¹⁶³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 174 (donde se cita la primera comunicación escrita presentada por el Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 88).

verdaderamente para conseguir o lograr que se garantizara un suministro estable de electricidad procedente de fuentes limpias. Sin embargo, el Japón aduce que, en el marco del mercado de electricidad de Ontario, en el que la generación, transmisión y distribución de electricidad son llevadas a cabo por entidades gubernamentales distintas, el Gobierno de Ontario no tiene que comprar electricidad para lograr un suministro estable de electricidad. A juicio del Japón, la necesidad de garantizar un suministro de electricidad estable no exige, de por sí, que una entidad gubernamental genere, suministre o venda electricidad a los consumidores. El Japón sostiene además que el hecho de que Ontario permita el funcionamiento de entidades de propiedad privada que distribuyen la electricidad a los consumidores confirma que el Gobierno de Ontario no necesita tomar posesión de la electricidad para lograr cubrir su necesidad declarada de garantizar un suministro estable de electricidad a los consumidores de Ontario.

2.71. El Japón se remite también a los informes del Órgano de Apelación en *Filipinas - Aguardientes* y *Corea - Bebidas alcohólicas* para sostener que el objeto y fin del GATT de 1994, tal como se refleja en el artículo III, es "evitar el proteccionismo, que exige igualdad de condiciones de competencia y protección de las expectativas de relaciones de competencia en condiciones de igualdad".¹⁶⁴ A juicio del Japón, una interpretación del párrafo 8 a) del artículo III congruente con ese objeto y fin ha de garantizar que la exclusión de la obligación del artículo III en el caso de los productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos no sea tan amplia que permita a los Miembros de la OMC eludir las obligaciones que establece dicho artículo simplemente atribuyendo una "necesidad de los poderes públicos" a una determinada medida. El Japón sostiene que, por consiguiente, el párrafo 8 a) del artículo III ha de interpretarse de manera que exija que la compra de productos por un gobierno se haga "auténtica y verdaderamente" para conseguir o lograr cubrir una determinada necesidad de los poderes públicos.¹⁶⁵

2.72. Por último, el Japón afirma que las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR dificultan cubrir la necesidad de los poderes públicos de garantizar un suministro de electricidad procedente de fuentes limpias, porque esas prescripciones tienen el efecto de limitar el acceso de los productores a la mejor tecnología disponible en el mercado mundial.

2.4.2.3 La interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "para su reventa comercial"

2.73. En el caso de que el Órgano de Apelación rechace tanto la apelación del Japón relativa a la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad, como la apelación del Japón respecto de que las medidas en litigio implican "compra[s] para cubrir las necesidades de los poderes públicos", el Japón solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no interpretó adecuadamente la expresión "reventa comercial" cuando concluyó que el beneficio obtenido por el gobierno como consecuencia de la "reventa" era una prueba pertinente del carácter "comercial" de ésta. En lugar de esa conclusión errónea, el Órgano de Apelación debería constatar que la expresión "para su reventa comercial" significa "con miras a su venta en la corriente de comercio"¹⁶⁶ y que, en la medida en que el Programa y los contratos TR implican la realización de compras de electricidad por el Gobierno de Ontario, esas compras son "para su reventa comercial" porque la electricidad se compra con miras a su venta o su introducción en la corriente de comercio o el mercado, con independencia de que el gobierno obtenga un beneficio de la reventa.

2.74. El Japón discrepa de la manera en que el Grupo Especial consideró el "beneficio" cuando concluyó que "el Gobierno de Ontario compra electricidad en el marco del Programa TR 'para su reventa comercial', basándose en parte en el hecho de que 'el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales ... se benefici[a]n de la reventa de electricidad'".¹⁶⁷ Remitiéndose a definiciones de diccionario de las palabras "*commercial*" ("comercial") y "*commerce*" ("comercio"), el Japón sostiene que en ellas no figura ningún elemento de beneficio. El Japón se remite además a los informes de los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *Canadá - Exportaciones de trigo e*

¹⁶⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 175 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 221, donde a su vez se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 120).

¹⁶⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 175.

¹⁶⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 188. (no se reproducen las cursivas)

¹⁶⁷ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 184 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.151).

importaciones de grano y China - Derechos de propiedad intelectual para respaldar su tesis de que la palabra "commercial" significa "engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce" (dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio)¹⁶⁸ y que en esas definiciones no figura ningún elemento de "beneficio".

2.75. Además, el Japón se remite al informe del Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas II* en respaldo de su tesis de que el objetivo del artículo III del GATT de 1994 es evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores, y sostiene que interpretar que "no para su reventa comercial" significa "sin el objetivo de revender para obtener un beneficio" permitiría que los Miembros adoptaran medidas proteccionistas en contravención del objetivo del artículo III.¹⁶⁹ Según esa interpretación, un Miembro que deseara excluir un producto extranjero determinado de su mercado interno podría declarar el objetivo de garantizar un suministro estable de ese producto en beneficio del bienestar de sus consumidores, a continuación establecer un organismo gubernamental sin fines de lucro que comprara grandes cantidades de ese producto a condición de que éste fuera de producción nacional y, por último, revender ese producto a los consumidores sin obtener beneficio de la reventa.

2.4.3 La decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

2.76. El Japón sostiene que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al no examinar por separado la alegación del Japón de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. El Japón señala que el Grupo Especial constató que las medidas impugnadas son MIC que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, por lo que son incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Habiendo formulado esa constatación, el Grupo Especial denegó la solicitud del Japón de que llevara a cabo un análisis separado de los elementos del párrafo 4 del artículo III. El Japón aduce que esa aplicación del principio de economía procesal por el Grupo Especial fue indebida y contravino el deber que el artículo 11 del ESD impone al Grupo Especial en dos sentidos.

2.77. En primer lugar, el Japón afirma que el Grupo Especial no tenía derecho a aplicar el principio de economía procesal, ya que era necesaria una constatación separada en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 para garantizar la pronta solución de esta diferencia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD en el caso de que el Órgano de Apelación discrepara de la caracterización que el Grupo Especial hizo del Programa y los contratos TR como MIC, o como MIC comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa.

2.78. En segundo lugar, el Japón señala que los términos del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 son diferentes, por lo que el Grupo Especial no examinó la alegación primaria del Japón, a saber, que, al incentivar el uso de partes y componentes nacionales con preferencia a los importados, las prescripciones en materia de contenido nacional establecidas en el Programa y los contratos TR otorgan a los productos importados un trato menos favorable que el concedido a los productos similares nacionales, lo cual es incompatible con el párrafo 4 del artículo III. El Japón explica que el Grupo Especial analizó si la aplicación de los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional en el marco del Programa y los contratos TR requiere, en todas las situaciones, que se utilicen al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario, y concluyó que esa exigencia efectivamente existe.¹⁷⁰ Aunque está de acuerdo con esa conclusión, el Japón señala que el criterio que establece el párrafo 4 del

¹⁶⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 186 (donde se citan los informes del Grupo Especial, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.84; y *China - Derechos de propiedad intelectual*, párrafo 7.534; donde, en ambos casos, se cita a su vez el diccionario *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Lesley Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), volumen 1, página 451).

¹⁶⁹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 187 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 20).

¹⁷⁰ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 149 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.158-7.163).

artículo III es diferente y, de hecho, más amplio. El Japón sostiene, a este respecto, que el incentivo del uso de suministros nacionales derivado de una prescripción en materia de contenido nacional que puede satisfacerse utilizando bienes o servicios, como la que se establece en el Programa y los contratos TR, es suficiente para satisfacer el criterio más amplio de "trato menos favorable" que se establece en el párrafo 4 del artículo III. Según el Japón, el hecho de que el Grupo Especial no formulara una conclusión en el marco del párrafo 4 del artículo III afecta a la aplicación que pueda exigirse, por lo que puede dar lugar a que se "lleg[ue] a una solución solamente parcial del asunto debatido".¹⁷¹

2.79. El Japón solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y formule la constatación en el marco del párrafo 4 del artículo III que el Grupo Especial omitió indebidamente. Para ayudar al Órgano de Apelación a llegar a una constatación separada en el marco del párrafo 4 del artículo III, el Japón repasa brevemente los argumentos que expuso en las actuaciones del Grupo Especial, al tiempo que señala que el Canadá no negó que, en el supuesto de que no sea aplicable el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, el Programa y los contratos TR son incompatibles con las obligaciones que corresponden al Canadá en virtud del párrafo 4 del artículo III.

2.80. En lo que respecta a la cuestión de si el equipo de producción de energía renovable fabricado internamente en Ontario y el importado del Japón son "productos similares", el Japón aduce que esos productos están en relación de competencia directa en el mercado. El Japón sostiene que no hay una diferencia sustancial entre el equipo nacional y el importado en lo que se refiere a sus características físicas, usos finales, percepciones de los consumidores y clasificaciones arancelarias, por lo que comparten las cuatro categorías de "características" que el Órgano de Apelación identificó como pertinentes en un análisis de la "similitud".¹⁷²

2.81. A continuación, el Japón sostiene que las normas relativas al contenido nacional del Programa y los contratos TR son "prescripciones". El Japón explica que un productor de energía renovable que desee obtener las tarifas subvencionadas ofrecidas por el Programa TR acepta voluntariamente, mediante la solicitud y celebración de un contrato TR o microTR, la obligación de cumplir diversas condiciones, entre ellas la del nivel mínimo obligatorio de contenido nacional pertinente a su proyecto de energía solar FV (TR y microTR) o eólica (TR).

2.82. El Japón afirma además que las prescripciones relativas al contenido nacional del Programa y los contratos TR "afect[an]" a la "venta", la "compra" y el "uso" de equipo de producción de energía renovable "en el mercado interior".¹⁷³ Ello se debe a que las prescripciones relativas al contenido nacional incentivan a los productores de energía eólica y solar FV ubicados en Ontario a elegir equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario con preferencia a equipo de esa índole fabricado en el extranjero. Esas prescripciones modifican por lo tanto las condiciones de competencia en favor de esos productos fabricados en Ontario y tienen "un efecto sobre"¹⁷⁴ la venta, la compra o el uso de esos productos en Ontario.

2.83. Por último, el Japón aduce que las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa y los contratos TR otorgan un trato menos favorable al equipo de generación de energía renovable importado que el que conceden a los productos similares originarios de Ontario. El Japón observa que este análisis se centra en si el Programa y los contratos TR modifican las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados.¹⁷⁵ A continuación explica que, al exigir la utilización de bienes o servicios originarios de Ontario para poder obtener tarifas eléctricas superiores a las del mercado, el Programa TR crea necesariamente incentivos, o una preferencia de compra, entre los productores de energía eólica o solar FV establecidos en Ontario a favor del equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario, lo que a su vez estimula la producción nacional de ese equipo. Las "plantillas de contenido

¹⁷¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 143 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 403).

¹⁷² Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 99 y 101.

¹⁷³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 147.

¹⁷⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 147 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Turquía - Arroz*, párrafos 7.221 y 7.222; y *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.80; y al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 158).

¹⁷⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante, párrafo 148 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 135; y a los informes de los Grupos Especiales, *Turquía - Arroz*, párrafo 7.232; y *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.1532).

nacional" exigen que todos esos productores utilicen al menos algunos productos originarios de Ontario para alcanzar los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional, lo que confirma la preferencia por los productos de fabricación nacional frente a los de origen extranjero. El Japón observa que el propio Grupo Especial estuvo de acuerdo con este último punto en su análisis en el marco del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC.¹⁷⁶

2.84. Por lo tanto, el Japón solicita al Órgano de Apelación que constate que la aplicación por el Grupo Especial del principio de economía procesal con respecto a la alegación del Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 fue indebida y contraria al artículo 11 del ESD. El Japón solicita además al Órgano de Apelación que complete el análisis y constate que, dado que el Programa y los contratos TR imponen a los productores de electricidad eólica y solar FV prescripciones en materia de contenido nacional que afectan a la venta, la compra o el uso en el mercado interior de equipo de producción de energía renovable, dando lugar a un trato menos favorable para los productos similares originarios del Japón, dichas medidas son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, independientemente de la conclusión a que se llegue en el marco del Acuerdo sobre las MIC.

2.85. En la audiencia, el Japón aclaró la manera en que las obligaciones de aplicación del Canadá podrían ser diferentes si el Grupo Especial hubiera constatado la existencia de una infracción en el marco de la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III. Según el Japón, el Canadá podría haber reducido el nivel de exigencia de las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR hasta el punto en que pudieran ser satisfechas utilizando exclusivamente servicios nacionales. El Japón expresó la opinión de que esa situación no se habría abordado en la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 4 del artículo III y el Acuerdo sobre las MIC, pero sí habría quedado abarcada si el Grupo Especial hubiera formulado una constatación "autónoma" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

2.4.4 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC

2.4.4.1 Párrafo 1 a) del artículo 1 - "Contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios"

2.86. El Japón aduce que el Grupo Especial erró en su interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC al caracterizar el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno. El Japón no discute las constataciones del Grupo Especial de que: i) el OPA paga por "electricidad suministrada"; ii) el Gobierno de Ontario (a través de su agente Hydro One Inc., que opera el 97% de las líneas de transmisión en Ontario) toma posesión de la electricidad durante su transmisión a los consumidores finales; y iii) las leyes, reglamentos y contratos de Ontario caracterizan las medidas impugnadas como "adquisiciones" o "compras [de] electricidad".¹⁷⁷ Sin embargo, el Japón sostiene que el Grupo Especial no determinó la caracterización jurídica adecuada de las medidas impugnadas basándose en una evaluación de sus características más principales y pertinentes. Para identificar y elucidar la verdadera naturaleza o las características principales de una medida, un grupo especial debe tener en cuenta plenamente todos los hechos pertinentes y las circunstancias que los rodean, lo cual puede incluir, entre otras cosas, si esa medida puede contribuir, y hasta qué punto, al logro de un objetivo de política declarado. En particular, el Japón alega que el Grupo Especial pasó por alto la decisión de política del Gobierno de Ontario de desglosar la generación, transmisión y distribución de electricidad para alcanzar su objetivo de garantizar un suministro estable de energía en Ontario, así como el diseño y el funcionamiento del Programa y los contratos TR en el marco del mercado de electricidad de Ontario. El Japón añade que ni el OPA ni el Gobierno de Ontario pagan por la electricidad generada en el marco del Programa TR para el consumo del propio gobierno o para uso en la prestación de servicios públicos a los residentes de Ontario.

2.87. El Japón aduce que las medidas en litigio no pueden caracterizarse debidamente como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno por tres razones. En primer lugar, el OPA actúa como una entidad financiera, en lugar de una entidad de compra, porque nunca toma posesión de la electricidad. Hydro One, una entidad gubernamental distinta, es la que recibe la electricidad

¹⁷⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 148 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.163).

¹⁷⁷ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 30 y 31.

suministrada. En segundo lugar, los objetivos del Gobierno de Ontario por lo que respecta a su sistema eléctrico se tratan de alcanzar mediante las funciones asignadas a las distintas entidades de los programas y el sistema eléctrico de Ontario, y no mediante compras de electricidad por el gobierno. En ese sentido, la promoción de una tecnología de generación que respete el medio ambiente se consigue mediante financiación proporcionada en el marco del Programa de oferta normalizada de energía renovable (RESOP) y el Programa TR. En tercer lugar, el hecho de que el Gobierno de Ontario permita a entidades de propiedad privada suministrar electricidad a los consumidores de Ontario revela que el Gobierno de Ontario no necesita tomar posesión de la electricidad (es decir, comprarla) para alcanzar su objetivo de garantizar un suministro estable de electricidad a los consumidores de Ontario.

2.88. El Japón sostiene que lo adecuado es caracterizar las medidas en litigio como "transferencia[s] directa[s] de fondos" y "posibles transferencias directas de fondos", en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En primer lugar, el Japón detalla que las medidas constituyen "transferencia[s] directa[s] de fondos" porque el OPA recauda de los consumidores, mediante el "ajuste global" (AG), los "pagos en virtud de contratos" que debe en el marco de los contratos TR y microTR, y los distribuye a los productores TR. En segundo lugar, el Japón especifica que las medidas son "posibles transferencias directas de fondos", dado que los productores TR tienen derecho a obtener pagos garantizados por el suministro de electricidad durante toda la duración de un contrato TR o microTR. Subsidiariamente, el Japón aduce que el Programa y los contratos TR pueden también caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios", en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque el Gobierno de Ontario contribuye a los precios y los ingresos que obtienen los productores TR e incentiva la producción nacional de los equipos utilizados para producir energía por los productores TR.

2.89. Por consiguiente, el Japón aduce que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC al determinar que la caracterización jurídica adecuada del Programa y los contratos TR era la de "compr[as] [de] bienes" por el gobierno, en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1. El Japón solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial y en su lugar concluya que el Programa y los contratos TR deben caracterizarse adecuadamente como "la práctica de un gobierno [que implique] una transferencia directa de fondos ... [o] posibles transferencias directas de fondos" o "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios".¹⁷⁸ Subsidiariamente, si el Órgano de Apelación conviniera con el Grupo Especial en que esas medidas deben caracterizarse debidamente como "compr[as] [de] bienes", el Japón solicita al Órgano de Apelación que modifique la constatación del Grupo Especial a ese respecto y constataste que esas medidas pueden caracterizarse, además, como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios", en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.90. El Japón aduce además que el Grupo Especial, al rechazar los argumentos de los reclamantes de que las medidas en litigio también pueden caracterizarse como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos", constató de hecho que los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC son mutuamente excluyentes. A juicio del Japón, esa constatación deriva de la observación del Grupo Especial de que: "[n]o vemos forma de interpretar los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en una forma que nos permita concluir que las 'compras de bienes' por el gobierno puedan también caracterizarse jurídicamente como 'transferencias directas de fondos'".¹⁷⁹ El Japón afirma que nada impide a un grupo especial determinar que una medida puede caracterizarse de múltiples maneras en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, siempre que las constataciones del Grupo Especial se basen en una interpretación adecuada de las características pertinentes de la medida y en una evaluación objetiva de los hechos. El Japón alega que esa conclusión se sigue del informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, en el que el Órgano de Apelación afirmó que "el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no enuncia expresamente la relación que se quiere exista entre los incisos constitutivos" y que la estructura de esa disposición "no excluye expresamente que una *transacción* pueda estar contemplada en

¹⁷⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 48.

¹⁷⁹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 49 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.246).

más de un inciso".¹⁸⁰ El Japón aduce que, a pesar de esas constataciones del Órgano de Apelación, la constatación del Grupo Especial en la presente diferencia equivale a una conclusión de que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 sí excluye expresamente la posibilidad de que las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno se caractericen como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos".

2.91. Además, el Japón rechaza el recurso del Grupo Especial al principio de interpretación efectiva de los tratados para excluir la posibilidad de que las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno puedan también caracterizarse como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos". A juicio del Japón, el propio Grupo Especial reconoció que "hay situaciones específicas en las que una compra de bienes puede no ser también una transferencia directa de fondos, a saber, los casos en que el pago por la compra de los bienes es de naturaleza no monetaria".¹⁸¹ El Japón sostiene asimismo que el principio de interpretación efectiva de los tratados no excluye el uso del texto de un tratado en forma confirmatoria. De hecho, si los redactores hubieran omitido la expresión "compre bienes" en el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1, ello "habría dejado abierta la posibilidad de que algunos Miembros adujeran que la omisión de las 'compr[as] [de] bienes', especialmente en una lista exhaustiva como la del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, debía interpretarse en el sentido de que *no* debe considerarse que las transferencias de fondos por el gobierno a cambio de la recepción de bienes constituyen contribuciones financieras".¹⁸²

2.92. Según el Japón, la constatación del Grupo Especial de que no podía concluir que las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno podían también caracterizarse jurídicamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos" es un error de derecho, y el Japón solicita al Órgano de Apelación que la declare nula y sin efectos jurídicos. Así pues, el Japón solicita al Órgano de Apelación que constate que el Programa y los contratos TR pueden caracterizarse como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos", con independencia de que también puedan caracterizarse como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno.

2.93. Por último, el Japón aduce que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal a la alegación del Japón de que el Programa y los contratos TR constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y en consecuencia no hizo una evaluación objetiva del asunto como prescribe el artículo 11 del ESD. En particular, el Japón aduce que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal porque no explicó por qué sus constataciones (es decir, sus razonamientos y su conclusión) concernientes al argumento relativo al beneficio formulado por el Japón en relación con sus alegaciones sobre la "contribución financiera" son exactamente aplicables al argumento relativo al beneficio formulado por el Japón en relación con su alegación sobre "sostenimiento de los ingresos o de los precios". El Japón solicita al Órgano de Apelación que constate que las medidas impugnadas pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios", y que constate que existe un beneficio en virtud de esa caracterización del Programa TR y sus contratos TR y microTR.

2.4.4.2 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"

2.94. El Japón alega en apelación que el Grupo Especial erró en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y no hizo una evaluación objetiva, como prescribe el artículo 11 del ESD, al constatar que los reclamantes no establecieron una referencia o hipótesis teórica adecuada que permitiera evaluar el "beneficio", y al descartar varias referencias propuestas por el Japón, así como otra alternativa descrita por el Grupo Especial.

2.95. El Japón afirma que el Grupo Especial concluyó que diversas alternativas propuestas no eran referencias adecuadas porque el mercado pertinente "debe ser 'un mercado en el que haya una

¹⁸⁰ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 50 (donde se citan, respectivamente, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 613 y la nota 1287 a dicho párrafo). (las cursivas son del Japón)

¹⁸¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 53 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.246).

¹⁸² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 54. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

competencia efectiva' en el que los precios se deben 'establece[r] en virtud de la operación de fuerzas de oferta y demanda libres de trabas, y no por medio de una intervención gubernamental'¹⁸³, y que determinados objetivos -a saber, garantizar un sistema eléctrico fiable y alcanzar objetivos relacionados con la salud y el medio ambiente- sólo pueden conseguirse en un mercado con "intervención gubernamental", lo cual, a su vez, hace que los mercados competitivos sean inadecuados para uso como referencia. El Japón sostiene que esto, además de constituir una interpretación y aplicación erróneas del párrafo 1 b) del artículo 1, da lugar a un examen prejuiciado (es decir, no objetivo) de la cuestión del beneficio, lo cual es incompatible con el artículo 11 del ESD.

2.96. El Japón considera que la hipótesis adecuada es simplemente la que refleja la situación que se daría "de no ser por" la política en cuestión. En opinión del Japón, el historial del mercado de electricidad de Ontario, así como el diseño, la estructura y el funcionamiento del Programa TR, sólo permiten una conclusión: el Programa TR permite que en el mercado de Ontario operen productores de electricidad eólica y solar FV que de otro modo no operarían. Esto por sí solo constituye un beneficio. El Japón afirma que la mayoría del Grupo Especial no abordó por qué no era así.

2.97. A juicio del Japón, el que las medidas estén o no contribuyendo a determinados objetivos de política no debería ser pertinente para determinar la referencia adecuada. El Japón considera que, como sugirió el miembro disidente del Grupo Especial, una subvención puede permitir a un gobierno alcanzar determinadas metas de política que no se alcanzarían en las condiciones de mercado que prevalecerían de no existir esa subvención. El Japón observa que "los gobiernos utilizan habitualmente subvenciones u otras formas de beneficios para conseguir resultados que 'el mercado' no puede lograr por sí solo".¹⁸⁴ Coincide con la opinión disidente en que el hecho de que las medidas en litigio sean necesarias para que los productores puedan siquiera operar confirma que esas medidas constituyen un beneficio en las condiciones reinantes en el mercado. El Japón aduce que el criterio aplicado por la mayoría del Grupo Especial permitiría otorgar subvenciones no reglamentadas para lograr una finalidad gubernamental, creando así una "gran laguna"¹⁸⁵ en el Acuerdo SMC. Observa asimismo que obligaciones como la prohibición de conceder subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales establecida en el artículo 3 del Acuerdo SMC no limitan la capacidad de los Miembros para conceder subvenciones por fines ambientales o relacionados con la salud.

2.98. El Japón afirma que el Grupo Especial, al constatar que no se había establecido la existencia de beneficio únicamente a la luz de las directrices enunciadas en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, se centró erróneamente en el grado o la cuantía del beneficio en lugar de centrarse en su existencia. Observa que el apartado d) del artículo 14 no excluye una constatación de existencia de un beneficio, sino que establece un método en particular para calcular la cuantía del beneficio que los Miembros tienen que especificar en su propio derecho interno a efectos de la imposición de derechos compensatorios. Según el Japón, la mayoría del Grupo Especial aparentemente reconoció los límites del apartado d) del artículo 14 y el hecho de que puede haber más de una manera de demostrar la existencia de un beneficio.¹⁸⁶ El Japón considera que, aun sobre la base de la estructura del apartado d) del artículo 14, una comparación de las tarifas TR con el promedio ponderado de la tarifa al por mayor o los precios en el marco del RPP establecería por sí misma la existencia de un beneficio.

2.99. El Japón aduce que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la significativa diferencia entre lo que los productores de energía no renovable esperan recibir y lo que los productores TR reciben. Sostiene, por ejemplo, que actualmente los productores TR obtienen tarifas 2 a 11 veces más elevadas que el promedio ponderado de la tarifa al por mayor. A juicio del Japón, la magnitud de la diferencia entre las tarifas recibidas por los productores TR y los productores no TR no arroja duda alguna sobre la existencia de un beneficio. Según el Japón, no hay motivos para creer que en un mercado "competitivo", menos reglamentado, las tarifas que no son TR podrían siquiera acercarse a las tarifas TR.

¹⁸³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 65 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.275).

¹⁸⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 84.

¹⁸⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 72.

¹⁸⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 99 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.271 y 7.272).

2.100. El Japón alega, además, que el Grupo Especial, tras decidir de manera inadecuada apoyarse exclusivamente en la estructura del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, escogió una referencia de mercado inadecuada. Mantiene que esto dio lugar a un examen prejuiciado de la cuestión del beneficio, incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el artículo 11 del ESD.

2.101. En primer lugar, el Japón sostiene que la referencia hipotética o de mercado adecuada sería el actual mercado de electricidad de Ontario, sin productores TR de energía eólica y solar FV, ya que éstos "no existirían" a falta del Programa TR.¹⁸⁷ Mantiene que el rechazo por el Grupo Especial de esta posible referencia como algo distorsionado por la reglamentación gubernamental se basa en una interpretación incorrecta de la constatación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*. En aquella diferencia, observa el Japón, la principal cuestión a determinar concernía a la magnitud de un beneficio, no a su existencia. Señala que para medir la magnitud de beneficio es claramente importante determinar si el precio de mercado con el que el precio actual se compara está en sí mismo influido por políticas gubernamentales. Sin embargo, para demostrar la existencia de un beneficio basta con que el precio de venta alternativo sea inferior al precio actual. El Japón considera que la comparación sólo sería "circular" si el precio de mercado estuviera distorsionado únicamente debido al Programa TR o cualquier otra intervención gubernamental destinada a productores TR. A juicio del Japón, esto "claramente no es así" en la presente diferencia.¹⁸⁸

2.102. En lo que respecta a la referencia alternativa de la mayoría del Grupo Especial, el Japón aduce que esa referencia también requeriría que se hubiera otorgado una subvención. Mantiene que la "opinión errónea sobre la referencia adecuada" de la mayoría del Grupo Especial lo llevó a sugerir un enfoque alternativo del beneficio basado en "un mercado artificial para la energía eólica y solar FV", es decir, un mercado en el que los distribuidores comerciales actuarían sujetos a una obligación impuesta por el gobierno de adquirir electricidad a productores que operan centrales solares FV y eólicas.¹⁸⁹ El Japón, aunque considera que ese método llevaría pese a ello a concluir que existe un beneficio, se opone a la utilización de un mercado artificial de esa naturaleza. A juicio del Japón, esto simplemente sustituye la actual intervención gubernamental por otra: una obligación de que los distribuidores comerciales compren electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV.

2.103. El Japón aduce también que no hay en el texto del párrafo 1 b) del artículo 1 fundamento alguno para tener en cuenta la protección del medio ambiente en un análisis del beneficio. Afirma que en el Acuerdo SMC no hay fundamento jurídico que justifique una subvención por lo demás prohibida por el párrafo 1 del artículo 3 por razones como la protección del medio ambiente, lo cual, según el Japón, "es comprensible porque las prescripciones en materia de contenido nacional son irrelevantes a efectos de la protección del medio ambiente o la promoción de la salud de las personas".¹⁹⁰ El Japón aclara que "no tiene objeción alguna a que el Canadá promueva la energía renovable, que puede ser un instrumento crucial para reducir los gases de efecto invernadero y otras emisiones", pero que "la promoción de la energía renovable debe ser compatible con las obligaciones asumidas por los Miembros en el marco de la OMC".¹⁹¹ El Japón considera que la consideración por la mayoría del Grupo Especial de la protección del medio ambiente en su evaluación de la referencia adecuada fue un error de derecho a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.104. Además, según el Japón, el criterio aplicado por el Grupo Especial se basa fundamentalmente en los costos, y pasa por alto erróneamente la demanda en el mercado de electricidad. El Japón sostiene que la mayoría del Grupo Especial pasó erróneamente por alto la "realidad del mercado" de que "no existe necesariamente demanda para cualquier bien o servicio a un precio superior a su costo, o incluso igual a él".¹⁹² El Japón considera que, con arreglo a ese criterio, los distribuidores comerciales tendrían que pagar un precio que cubriera los costos de producción de los productores más una rentabilidad razonable, pero la mayoría del Grupo Especial

¹⁸⁷ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 104.

¹⁸⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 104 (donde se cita y se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 93).

¹⁸⁹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 108.

¹⁹⁰ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 107.

¹⁹¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 107.

¹⁹² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 109.

(las cursivas figuran en el original)

pasó por alto si la demanda en Ontario realmente sustentaría un precio que cubriera plenamente esos costos. A juicio del Japón, en la práctica ningún consumidor racional compraría jamás electricidad a precios superiores a los costos de los productores de energía solar FV y eólica. El Japón aduce, además, que una interpretación del "beneficio" "basada en el costo" "subvertiría la idea central de cómo se reglamentan las subvenciones en el Acuerdo SMC y llevaría a resultados absurdos".¹⁹³

2.105. El Japón señala asimismo que el criterio hipotético alternativo aplicado por el Grupo Especial depende de mercados separados creados artificialmente, en contradicción con su propia constatación relativa a la existencia de un solo mercado de electricidad en Ontario. El Japón considera que esa contradicción equivale a una infracción del artículo 11 del ESD.

2.106. Por último, el Japón sostiene que el Grupo Especial hizo constataciones contradictorias en el marco del Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre las MIC. Por un lado, afirmó que podía considerarse que la mera participación en el Programa TR era una "ventaja" en el sentido de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC.¹⁹⁴ Por otro lado, no constató que la participación en el Programa TR garantizaría por sí misma operaciones económicamente viables y constituiría un "beneficio" a los efectos del Acuerdo SMC. El Japón sostiene que esa contradicción pone de manifiesto que la mayoría del Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como prescribe el artículo 11 del ESD.

2.4.4.3 Artículo 11 del ESD - "Beneficio"

2.107. El Japón presenta otra apelación condicional al amparo del artículo 11 del ESD en caso de que el Órgano de Apelación rechazara su principal argumento relativo al beneficio formulado al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva, como prescribe el artículo 11 del ESD, cuando concluyó que no podía resolver la cuestión del beneficio con arreglo al enfoque alternativo que sugería con respecto a la cuestión.¹⁹⁵

2.108. Aunque considera que la referencia alternativa de la mayoría del Grupo Especial está viciada porque de hecho da lugar a un análisis del beneficio basado en los costos, el Japón sostiene que el Grupo Especial podría haber constatado la existencia de beneficio realizando un análisis con arreglo a la referencia alternativa que proponía. A ese respecto, mantiene que el expediente del Grupo Especial contenía pruebas suficientes para que el Grupo Especial completara el análisis que proponía. Aduce que el Grupo Especial determinó que, con arreglo a las condiciones de los contratos TR y microTR, los proyectos solares FV y eólicos recibirán una corriente regular de ingresos a lo largo de un período de 20 años a no ser que el Gobierno de Ontario deje de hacer los pagos requeridos en los contratos. El Japón sostiene que el "principal riesgo"¹⁹⁶ bajo el que los productores TR operan es el riesgo soberano de impago por el Gobierno de Ontario, que permitiría una comparación con el rendimiento del bono a largo plazo de dicho Gobierno. Aunque el Grupo Especial reconoció que la tasa de rentabilidad del capital antes de impuestos utilizada para elaborar la lista de precios TR en 2009 era del 15,8%, se abstuvo de comparar el 15,8% con el rendimiento del bono a largo plazo del Gobierno de Ontario, que en 2009 fue del 4,25%.¹⁹⁷

2.109. El Japón observa que, en lugar de ello, el análisis del Grupo Especial se centró en una comparación de las tasas de rentabilidad previstas para los productores TR y los servicios públicos reglamentados de Ontario (instalaciones de carga básica nucleares e hidroeléctricas). Mantiene que incluso con arreglo a ese análisis el Grupo Especial debería haber constatado la existencia de un beneficio. En primer lugar, señala que el Grupo Especial afirmó que la tasa de rentabilidad de otros servicios públicos regulados "podría ser de hasta el 12,96%", lo cual, indica el Japón, es "inferior al objetivo del OPA de una tasa de rentabilidad antes de impuestos del 15,8%" para los

¹⁹³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 113.

¹⁹⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 117.

¹⁹⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 119 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.322-7.327).

¹⁹⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 122.

¹⁹⁷ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 123 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.325 y 7.326 y a las notas 636 y 641 a los mismos).

productores TR.¹⁹⁸ En segundo lugar, la cifra del 12,96% se basa en la estimación *más extrema* de una prima de riesgo adecuada para los servicios públicos de electricidad".¹⁹⁹ El Japón considera que el 9,75% -el cálculo por la OEB de una prima de riesgo media para todas las tecnologías de generación de electricidad- sería la referencia adecuada. Destaca que esto es incluso más bajo que la tasa de rentabilidad del capital del 11% después de impuestos fijada por el OPA para los productores TR.²⁰⁰ En tercer lugar, el Japón rechaza la conclusión del Grupo Especial de que una comparación de la tasa de rentabilidad de los productores de electricidad eólica y solar FV con la de los servicios públicos de electricidad regulados de Ontario "no es adecuada debido a las 'importantes diferencias técnicas' entre las operaciones".²⁰¹ El Japón sostiene que el Grupo Especial constató lo siguiente: las instalaciones de energía solar FV y eólica "se parecen a las productoras de carga básica"²⁰²; los servicios públicos regulados de Ontario tienen un riesgo mayor que los proyectos TR de energía eólica y solar FV porque no reciben precios garantizados respaldados por el gobierno durante 20 años; y los servicios públicos regulados obtienen una rentabilidad inferior a la de los proyectos TR de energía eólica y solar FV. A juicio del Japón, la existencia de un beneficio es en este caso innegable. En su opinión, el hecho de que el Grupo Especial no concluyera que existe un beneficio con arreglo a su enfoque alternativo constituye una omisión de hacer un examen objetivo del asunto, como prescribe el artículo 11 del ESD.²⁰³ El Japón solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis si rechaza el principal argumento relativo al beneficio formulado por el Japón al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.110. El Japón solicita al Órgano de Apelación que, en caso de que constate que las medidas impugnadas constituyen subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, complete el análisis y constate que las medidas impugnadas son incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

2.111. El Japón afirma que el Canadá en ningún momento ha negado que, si el Programa y los contratos TR son "subvenciones", serán incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3. Pese a ello, el Japón recuerda que ante el Grupo Especial adujo que como las medidas impugnadas son subvenciones prohibidas en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC, se "considera que son específicas" conforme al párrafo 3 del artículo 2 de dicho Acuerdo. El Japón mantiene que las subvenciones TR están "supeditadas ... al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados", tanto de derecho como de hecho, porque están condicionadas a que se satisfagan las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR (específicamente, los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional) o dependen de ello.²⁰⁴

¹⁹⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 124 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.326 y nota 641 a dicho párrafo).

¹⁹⁹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 124. (las cursivas figuran en el original)

²⁰⁰ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 124 (donde se hace referencia a OEB, EB-2009-0084, Report on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities (Informe sobre el costo de capital de los servicios públicos regulados de Ontario) (Prueba documental 64 presentada por el Canadá al Grupo Especial), cuadro 1, página 38).

²⁰¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 124 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.326).

²⁰² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 124 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.19).

²⁰³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 124 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.19 y 7.326 y nota 641 a dicho párrafo; y OEB, EB-2009-0084, Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities, 11 de diciembre de 2009 (Prueba documental 64 presentada por el Canadá al Grupo Especial), cuadro 1, página 38).

²⁰⁴ El Japón observa que esto se afirma expresamente en, entre otras cosas, la Ley sobre energía verde y economía verde de 2009, la Directiva TR del Ministro de 2009, y todas las versiones de las Normas TR y microTR y los contratos TR y microTR. (Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 128-130)

2.5 Alegaciones de error formuladas por la Unión Europea - Otro apelante

2.5.1 La relación entre el Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

2.112. La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, leídos en conjunción con el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo de dicho Acuerdo, al constatar que esas disposiciones no excluyen la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas impugnadas.

2.113. La Unión Europea considera que el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC tienen que interpretarse de manera armoniosa y como un todo integral a fin de dar sentido y efecto a todas sus disposiciones. Como señaló el Grupo Especial²⁰⁵, el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 es una disposición sobre el "alcance". El párrafo 8 a) del artículo III excluye a determinadas medidas adoptadas por los gobiernos de la obligación de trato nacional establecida en el artículo III del GATT de 1994. En otras palabras, nunca puede afirmarse que medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III son incompatibles con alguna parte del artículo III (incluido el párrafo 4 del artículo III), porque el artículo III no es aplicable a esas medidas.

2.114. Según la Unión Europea, la caracterización del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 como una disposición sobre el "alcance" tiene consecuencias significativas cuando se examina el texto del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. En ese sentido, la Unión Europea destaca la diferencia entre el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. El párrafo 1 del artículo 2 hace referencia al artículo III del GATT de 1994, y al hacerlo incluye el artículo III "en su totalidad".²⁰⁶ El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, por su parte, contiene una Lista ilustrativa de medidas que son necesariamente incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC no alude al artículo III del GATT de 1994 "en su totalidad", ni matiza en modo alguno la expresión "que son incompatibles con" (por ejemplo, no dice "incompatibles con los términos del párrafo 4 del artículo III"). La Unión Europea entiende que esta diferencia del texto significa que el razonamiento del Grupo Especial sólo es sostenible en relación con MIC distintas de las medidas específicas definidas en la Lista ilustrativa. La cuestión de si las medidas comprendidas en el ámbito de la Lista ilustrativa pueden eludir una infracción debido a la aplicabilidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 ya no se plantea, porque el Acuerdo sobre las MIC ha resuelto la cuestión de manera concluyente. A juicio de la Unión Europea, el párrafo 1 de la Lista ilustrativa expresa el entendimiento de los Miembros de que el tipo de medidas allí enumeradas en ningún caso eludiría una infracción en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

2.115. La Unión Europea alega que la interpretación del Grupo Especial "altera la naturaleza y función"²⁰⁷ de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC. Esto es así porque el criterio del Grupo Especial anula en gran medida los efectos del párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa en relación con la obligación general establecida en el párrafo 1 del artículo 2. La Unión Europea explica que el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa tienen por objeto detallar y especificar la obligación general establecida en el párrafo 1 del artículo 2. Al ser más específicos y precisos, el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa informan la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 (y no a la inversa, como sostiene el Grupo Especial). En contraste, la Unión Europea observa que la interpretación que propone no es "incompatible con el claro texto del párrafo 1 [del artículo 2]"²⁰⁸, porque la aplicación de una norma específica encaminada a identificar expresamente un subconjunto de medidas que son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994 (especialmente en relación con el cuarto párrafo del artículo III) no es en modo alguno incompatible con la naturaleza del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC en cuanto obligación horizontal aplicable a todas las MIC.

²⁰⁵ Informes del Grupo Especial, nota 263 al párrafo 7.113.

²⁰⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 31 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.61).

²⁰⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 33.

²⁰⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.119.

2.116. La Unión Europea afirma, además, que la interpretación del Grupo Especial "hace caso omiso" del objeto y fin del Acuerdo sobre las MIC, que es "'elaborar' disposiciones 'nuevas' o 'adicionales' a las ya existentes".²⁰⁹ La Unión Europea señala que el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa, si se interpretaran en el sentido de que "simplemente afirman lo evidente"²¹⁰ -es decir, que los tipos de medidas enumerados en el Anexo discriminan contra los productos importados-, sin más consecuencias, serían en gran medida redundantes.

2.117. En suma, la Unión Europea aduce que una interpretación adecuada de los párrafos 1 y 2 del artículo 2, leídos en conjunción con el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, debería llevar a concluir que las MIC enumeradas en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En esos casos el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable.

2.118. Basándose en lo anterior, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial interpretó y aplicó erróneamente los párrafos 1 y 2 del artículo 2, leídos en conjunción con el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, al constatar que esas disposiciones no excluyen la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas impugnadas. Por consiguiente, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque esa constatación del Grupo Especial.

2.119. La Unión Europea solicita adicionalmente al Órgano de Apelación que complete el análisis y aplique correctamente la interpretación jurídica arriba expuesta a las constataciones fácticas del Grupo Especial y los hechos no controvertidos que figuran en el expediente. Afirma que las medidas en litigio en la presente diferencia se ajustan con exactitud a la descripción que figura en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, a saber, que se trata de medidas "cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja y que prescriben ... la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales".²¹¹ La Unión Europea observa que el Grupo Especial llegó a la misma conclusión. Por consiguiente, solicita al Órgano de Apelación que constate que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable en el presente caso. Además, como consecuencia de esa constatación, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que confirme, si bien modificando el razonamiento, la constatación definitiva del Grupo Especial de que las medidas impugnadas son MIC comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, y que, a la luz del párrafo 2 del artículo 2 y la cláusula introductoria del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y por ende también incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

2.5.2 Alegaciones al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

2.120. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que confirme la conclusión del Grupo Especial de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, pero también que modifique, revoque o declare nulas y sin efectos jurídicos varias constataciones intermedias del Grupo Especial.

2.5.2.1 La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de contenido nacional "rigen" la adquisición de electricidad

2.121. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de contenido nacional relacionadas con los equipos de producción de energía eólica y solar FV establecidas en los contratos TR y microTR "rigen" la supuesta adquisición de electricidad a los efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Alega que el Grupo Especial erró en la interpretación y aplicación del párrafo 8 a) del artículo III al hacer esa constatación. Solicita además al Órgano de Apelación que complete el análisis y constate, en su lugar, que las prescripciones en materia de contenido nacional no "rigen"

²⁰⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 35. (no se reproduce la nota de pie de página)

²¹⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 35.

²¹¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 38 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial (DS426), párrafos 148-153).

la adquisición de electricidad. A juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta el vínculo entre las palabras "adquisición" y "productos comprados". A juicio de la Unión Europea, las "leyes, reglamentos o prescripciones", en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, tienen que estar relacionadas con el objeto de la adquisición -es decir, los "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos"- para que "rijan" esa adquisición. El párrafo 8 a) del artículo III no abarca las prescripciones o condiciones no relacionadas con las "características intrínsecas" o la naturaleza del producto comprado.²¹² De lo contrario, el párrafo 8 a) del artículo III permitiría establecer prescripciones discriminatorias que fueran mucho más allá del objetivo real de la adquisición de que se trata y afectarían a amplias esferas de la actividad económica, eludiendo así el objetivo del artículo III del GATT de 1994.

2.122. La Unión Europea mantiene que las prescripciones en materia de contenido nacional de las medidas en litigio no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III porque están relacionadas con equipos de generación, un producto que es distinto y "está completamente desconectado" del producto comprado por el gobierno, que es la electricidad.²¹³ Alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que hay una relación estrecha entre las prescripciones en materia de contenido nacional y la electricidad comprada por el gobierno porque las prescripciones en materia de contenido nacional se refieren "al mismo equipo que se necesita y se utiliza" para producir la electricidad comprada por el gobierno, y porque el cumplimiento de las prescripciones en materia de contenido nacional es un "requisito previo necesario" para la supuesta adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario.²¹⁴ El Grupo Especial no tuvo en cuenta que las prescripciones en materia de contenido nacional impuestas en relación con equipos de producción no tienen nada que ver con las características intrínsecas o la naturaleza de los productos finales.

2.123. En su declaración inicial en la audiencia, la Unión Europea mantuvo que no todas las condiciones relacionadas con la adquisición están automáticamente comprendidas en los términos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Adujo que las normas que rigen la actividad de adquisición, como las que imponen plazos o umbrales, o determinan el tipo de procedimiento que ha de seguirse en el contexto de un proceso de licitación, están abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III. Además, las condiciones que regulan el producto y sus características, como las "especificaciones técnicas", están también abarcadas. No obstante, la Unión Europea aduce que condiciones exógenas al objeto del contrato, como la prescripción relativa al origen del equipo utilizado para producir electricidad adquirida en el marco del Programa TR, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III porque "no tienen un vínculo racional" con los atributos de la electricidad adquirida.²¹⁵ En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, la Unión Europea respondió al argumento del Canadá, basado en el artículo XVI del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), de que como los signatarios de dicho Acuerdo están todos sujetos a las obligaciones establecidas en el GATT, no habrían tenido necesidad de prohibir las prescripciones en materia de contenido nacional concernientes a insumos para productos comprados por los gobiernos si esas prescripciones no estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III y, en consecuencia, estuvieran en cualquier caso prohibidas por el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea respondió que la referencia del Canadá a los "insumos" está fuera de lugar, porque el Programa TR y los contratos conexos no afectan a insumos incorporados al producto final (electricidad). En lugar de ello, las prescripciones en materia de contenido nacional en litigio se refieren a equipos y componentes utilizados para producir electricidad. La Unión Europea añade que el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y el artículo XVI del ACP son distintos, porque la segunda disposición abarca no sólo productos y proveedores, sino también servicios, y porque su alcance va más allá de la cuestión de contenido nacional.

²¹² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 51.

²¹³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 53.

²¹⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 56 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.127).

²¹⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 53.

2.5.2.2 La interpretación por el Grupo Especial de la expresión "governmental purposes" ("necesidades de los poderes públicos")

2.124. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque o declare nula y sin efectos jurídicos la declaración del Grupo Especial de que la expresión "necesidades de los poderes públicos" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III puede interpretarse en el sentido de que abarca cualquier compra gubernamental "para un objetivo declarado del gobierno".²¹⁶ En caso de que el Órgano de Apelación, en respuesta a la apelación del Canadá, revoque la constatación del Grupo Especial de que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realizan "para su reventa comercial", la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque o modifique el razonamiento del Grupo Especial por lo que respecta al sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos", que complete el análisis, y que constate que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no se realiza para cubrir "necesidades de los poderes públicos".²¹⁷

2.125. La Unión Europea mantiene que la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III alude únicamente a "compras por el gobierno de bienes necesarios para sustentar la labor y las funciones gubernamentales".²¹⁸ Por tanto, esos productos tendrán que "ser realmente utilizados o consumidos por el gobierno en el contexto de sus tareas administrativas o en el contexto del ejercicio de sus funciones públicas".²¹⁹ La Unión Europea señala que la palabra "purposes" que figura en la versión inglesa del párrafo 8 a) del artículo III corresponde a las palabras "necesidades" y "besoins" en las versiones española y francesa de los acuerdos abarcados. El sentido de esos términos no es del todo idéntico, y en consecuencia, a fin de interpretar la disposición de manera que respete el párrafo 3 del artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²²⁰ (Convención de Viena), debe entenderse que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 se refiere a compras para "fines" o "necesidades" del gobierno, o compras de bienes que un gobierno utilizará para su propio consumo o en el desempeño de sus funciones.²²¹

2.126. En opinión de la Unión Europea, el factor decisivo es si los bienes comprados serán o no utilizados de alguna manera por el gobierno. Debe entenderse que la palabra "necesidades" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III alude a los casos en que distintos órganos y estructuras gubernamentales no podrían desempeñar sus funciones sin utilizar realmente el bien comprado. Esos fines o necesidades pueden incluir compras de bienes por el gobierno que permitan a éste prestar servicios públicos a los ciudadanos. La Unión Europea mantiene que las funciones que un gobierno normalmente desempeña están delimitadas por sus propias facultades constitucionales. Distintos gobiernos pueden tener distintos fines o necesidades, en función de los distintos papeles que pueden desempeñar en distintas sociedades. Aunque el ámbito de las funciones gubernamentales abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III no debe definirse en abstracto, tal vez sea útil tener en cuenta las funciones gubernamentales propias del Miembro de que se trate. La Unión Europea mantiene que el Órgano de Apelación aplicó un criterio similar en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* con respecto a si una entidad ejerce facultades otorgadas por el gobierno al interpretar el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.²²²

2.127. Los fines o necesidades del gobierno no pueden incluir compras encaminadas a cumplir algún objetivo de política pública declarado, con independencia de si los bienes serán o no utilizados por el gobierno, porque de lo contrario las compras gubernamentales encaminadas a "proteger a los productores locales frente a las importaciones" en aplicación de una política pública declarada eludirían la obligación de trato nacional que impone el artículo III del GATT de 1994.²²³ La Unión Europea sostiene que el párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994 ofrece un contexto

²¹⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 60 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.138). (no se reproduce la nota de pie de página)

²¹⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 61.

²¹⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 60.

²¹⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 60.

²²⁰ Hecha en Viena, 23 de mayo de 1969, Documento de las Naciones Unidas A/CONF. 39/27.

²²¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 74 y 75.

²²² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 77 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 297).

²²³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 80.

pertinente, y que los antecedentes de negociación sugieren que el párrafo 8 a) del artículo III y el párrafo 2 del artículo XVII deben interpretarse de manera armoniosa, en el sentido de que las expresiones "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" y "necesidades del gobierno" son sinónimas de la expresión "productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos".²²⁴

2.128. Por último, en el caso de que el Órgano de Apelación revocara la constatación del Grupo Especial de que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR son "para su reventa comercial", como solicita el Canadá, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y constataste que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no se realizan "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". En ese sentido, la Unión Europea aduce que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario no se realizan "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" porque la electricidad no es utilizada por el Gobierno de Ontario. Si la electricidad comprada por el gobierno no es utilizada para su propio consumo, o en desempeño de funciones gubernamentales como la prestación de servicios públicos, esas compras no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea sostiene que la creación de un sistema eléctrico con un suministro estable, fiable y suficiente de electricidad procedente de fuentes renovables es un objetivo de política legítimo, pero no constituye de por sí una prestación de un servicio público.

2.5.3 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC

2.129. La Unión Europea no ha apelado contra la constatación del Grupo Especial de que las medidas impugnadas equivalen a "compr[as] [de] bienes" por el gobierno, en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.5.3.1 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"

2.130. La Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En particular, pone en entredicho el análisis del Grupo Especial de si había un "beneficio" en relación con una referencia de mercado. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea no logró establecer la existencia de un beneficio, y declare nulas y sin efectos jurídicos las constataciones y observaciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.276-7.327 de sus informes. La Unión Europea solicita también al Órgano de Apelación que complete el análisis para constatar que, como de no existir el Programa TR los productores TR no obtendrían una remuneración en el mercado, las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. La Unión Europea sostiene que como las constataciones del Grupo Especial con respecto al beneficio son erróneas, también lo es su conclusión definitiva de que la Unión Europea no logró establecer que el Programa y los contratos TR constituyen subvenciones o contemplan el otorgamiento de subvenciones incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial y complete el análisis para constatar que las medidas impugnadas equivalen a subvenciones prohibidas en virtud de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, y recomiende al Canadá que retire sin demora sus subvenciones prohibidas, como prescribe el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

2.131. La Unión Europea objeta a la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no podía establecer si la remuneración proporcionada a los productores TR era "adecuada" en relación con un "criterio de mercado" -es decir, un mercado mayorista competitivo para la electricidad-. El Grupo Especial determinó que los precios reales constatados en Ontario no podían utilizarse como referencia de mercado pertinente, ya que estaban distorsionados por la intervención del gobierno. Así pues, una hipótesis "de mercado" basada en un mercado mayorista competitivo para la electricidad tampoco podría utilizarse, ya que no alcanzaría los objetivos gubernamentales establecidos en Ontario.²²⁵ La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial procedió indebidamente a examinar determinadas hipótesis de mercado a fin de hacer una comparación

²²⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 85.

²²⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 146 y 147 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.313 b) y c)).

para determinar la adecuación de la remuneración, cuando en realidad la determinación del beneficio era mucho más sencilla.

2.132. Según la Unión Europea, el Grupo Especial pasó por alto las verdaderas "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario que ya demostraban que, de no existir el Programa TR, la remuneración proporcionada por el Programa TR a los productores TR no se obtenía y no podría obtenerse. La Unión Europea mantiene que la "mera justificación de la existencia" del Programa TR "demostraba de manera manifiesta" que esos incentivos públicos eran necesarios en un mercado como el de Ontario, en el que el suministro de electricidad producida mediante tecnologías eólica y solar FV no puede conseguirse únicamente en virtud de las fuerzas del mercado, y en consecuencia necesita ayuda pública.²²⁶ Así pues, según la Unión Europea, el Grupo Especial constató erróneamente que la Unión Europea no había establecido si la remuneración proporcionada a los productores TR era "adecuada".

2.133. La Unión Europea recuerda que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, que puede ser pertinente en los casos en que las medidas impugnadas equivalen a una contribución financiera en forma de "compr[a] [de] bienes" por un gobierno, dispone que no se considerará que la "compr[a] [de] bienes" por un gobierno otorga un beneficio a menos que se haga por una remuneración superior a la adecuada. Aduce que al hacer una comparación en el marco del apartado d) del artículo 14 puede no ser necesario recurrir a hipótesis o valores representativos del mercado cuando no se discute que, de no existir la compra por el gobierno, las "condiciones reinantes en el mercado" demuestran que el producto de que se trate no podría venderse, ya que, por ejemplo, hay productos idénticos o similares sustituibles que se venden a precios mucho más bajos.

2.134. En lo que respecta a los hechos de la presente diferencia, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial no aplicó la norma pertinente correctamente al examinar las "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario. Observa que el Grupo Especial constató que el mercado de productos pertinente a efectos de determinar la existencia de un beneficio debe ser el mercado de electricidad, y no el segmento correspondiente a la electricidad generada mediante tecnologías eólica y solar FV. La Unión Europea afirma que "'lo que el receptor hubiera obtenido del mercado' en Ontario era simplemente ninguna remuneración (de ahí la necesidad de ayuda pública a través del Programa TR)", y que esto "se desprendía sin ambigüedad del expediente del asunto".²²⁷ La Unión Europea aduce que, al estar mucho menos remunerados los mismos bienes, o bienes sustituibles, producidos mediante otras tecnologías de generación, el Grupo Especial debería haber llegado "con pocas dificultades" a una conclusión en cuanto a la existencia de un beneficio.²²⁸

2.135. En opinión de la Unión Europea, la naturaleza misma del Programa TR indica que éste se estableció para alcanzar un objetivo público consistente en una combinación específica del suministro de energía que incluyera fuentes de producción renovables que las "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario no permitían alcanzar. Según la Unión Europea, las comunicaciones del Canadá indican que el Programa TR se creó para incentivar la producción de más energía de fuentes renovables, ya que la estructura de mercado establecida en Ontario no inducía una entrada suficiente de nuevos productores, especialmente productores que utilizaran fuentes de energía alternativas y renovables. La Unión Europea destaca que los objetivos declarados del Programa TR incluyen "aumentar la capacidad de suministro de energía renovable para asegurar una producción suficiente y reducir las emisiones", "proporcionar incentivos para la inversión en tecnologías de energía renovable" y "habilitar nuevas industrias verdes mediante nuevas inversiones y creación de empleo", así como "facilitar el mayor desarrollo de instalaciones de producción de energía renovable de diversos tamaños, tecnologías y configuraciones".²²⁹ La Unión Europea observa que el Grupo Especial reconoció que "las condiciones de la oferta y la demanda que prevalecen en Ontario indican que un mercado mayorista de electricidad competitivo no lograría atraer el grado de inversión en capacidad de producción necesario para garantizar un suministro fiable de electricidad, y que actualmente ese objetivo sólo puede alcanzarse por medio

²²⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 147.

²²⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 160.

²²⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 162.

(no se reproduce la nota de pie de página)

²²⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 161 (donde se citan, respectivamente, la Directiva TR del Ministro de 2009, página 1; y las Normas TR (versión 1.5.1), sección 1.1).

de una intervención gubernamental sobre lo que de otro modo constituirían resultados en un mercado competitivo inaceptables".²³⁰

2.136. En relación con el apartado d) del artículo 14, la Unión Europea afirma que lo que el receptor hubiera obtenido del mercado no se limita únicamente al nivel de los precios, sino que incluye todos los términos y condiciones de la transacción como parte de la "remuneración". Afirma que, por un lado, el Programa TR proporciona una remuneración a los productores TR en forma de "tarifas garantizadas a un cierto nivel y ... por un período de 20 años, con inclusión de condiciones generosas de revisión de los precios, protegiendo así a los productores TR frente a cualquier riesgo de mercado".²³¹ La Unión Europea destaca que esas condiciones se ofrecen con independencia de la escala o capacidad de producción del proyecto, y observa que se garantiza comprar cuanto los productores TR puedan producir. Por otro lado, aduce la Unión Europea, esa remuneración no podía obtenerse en el mercado pertinente de Ontario, habida cuenta de que hay también otras tecnologías de producción de electricidad competidoras con costos de explotación más bajos. La Unión Europea aduce que de no existir el Programa TR los productores TR no podrían obtener en el mercado los elementos incluidos en la remuneración TR. Considera que al parecer la opinión disidente convino en ello.

2.137. La Unión Europea señala además que en los casos concernientes a subvenciones prohibidas por el artículo 3 del Acuerdo SMC no es necesario cuantificar la cuantía del beneficio. Observa que el Órgano de Apelación no necesita identificar la referencia pertinente para establecer la cuantía del beneficio otorgado por el Programa TR, sino que le basta con realizar un análisis que permita determinar la existencia de un beneficio, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, con independencia de su cuantía.

2.138. La Unión Europea considera que la opinión disidente coincide con la suya de que el hecho de que el mercado de Ontario no pueda por sí solo alcanzar todos los objetivos de política (como las externalidades ambientales positivas que el mercado no capta) no significa que ese "mercado" deba descartarse como punto de comparación pertinente para determinar la existencia de un beneficio. Según la Unión Europea, es precisamente ese "mercado" el que es pertinente para determinar la existencia de un beneficio.²³² La Unión Europea señala que el párrafo 2 c) del artículo 8 del Acuerdo SMC refleja la intención de los redactores del Acuerdo de que las contribuciones financieras proporcionadas por el gobierno para alcanzar un objetivo de política determinado que las fuerzas del mercado no pueden alcanzar por sí mismas pueden constituir subvenciones en el sentido del Acuerdo SMC.

2.139. Por último, la Unión Europea hace referencia a la constatación del Grupo Especial, en el contexto de las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC, de que "se puede considerar que con la *mera participación* en el Programa TR se obtiene una 'ventaja'".²³³ La Unión Europea no entiende en qué se apoyó el Grupo Especial para constatar que las condiciones de remuneración proporcionadas por el Programa TR equivalen *per se* a una "ventaja" en el sentido de la cláusula introductoria del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, pero no a un "beneficio" en el sentido del Acuerdo SMC, habida cuenta de que el Órgano de Apelación ha afirmado que el término "beneficio" comprende alguna forma de "ventaja".²³⁴ A juicio de la Unión Europea, el mismo análisis que permitió al Grupo Especial constatar que el Programa TR otorgaba una ventaja en el sentido del Acuerdo sobre las MIC debería haber llevado al Grupo Especial a concluir que el Programa TR otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.140. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis basándose en que, de no existir el Programa TR, en las "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario, los productores TR no obtendrían la remuneración proporcionada por dicho Programa.

²³⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 161 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.312).

²³¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 163.

²³² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 166.

²³³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 168 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.165). (las cursivas figuran en el original)

²³⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 169 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 153).

2.5.3.2 Artículo 11 del ESD - "Beneficio"

2.141. Subsidiariamente, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como prescribe el artículo 11 del ESD. Mantiene que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas, tal como las presentó y argumentó la Unión Europea, al constatar que, incluso sobre la base de su hipótesis alternativa, la Unión Europea no logró establecer la existencia de "beneficio". Según la Unión Europea, la negativa del Grupo Especial a tener en cuenta los argumentos y pruebas de la Unión Europea que le habrían permitido completar su análisis en el marco de su propia hipótesis "de mercado" se basó en un razonamiento incoherente y en una aplicación errónea del principio de economía procesal.

2.142. La Unión Europea recuerda que el Grupo Especial, en sus observaciones acerca de un posible criterio alternativo para determinar el beneficio con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, "se apoyó en una hipótesis 'de mercado' en la que el objetivo de asegurar una combinación de suministros adecuada se lograba en virtud de una obligación impuesta por el gobierno a los distribuidores de comprar electricidad a productores que operaran centrales de energía solar FV y eólica"²³⁵, pero en la que la reglamentación no impediría una competencia efectiva entre los productores de electricidad eólica y solar FV.

2.143. La Unión Europea considera que en el expediente hay pruebas suficientes para que el Grupo Especial hubiera constatado la existencia de un beneficio, incluso en la hipótesis de mercado sugerida por el Grupo Especial u otra hipótesis basada en negociaciones de precios entre los posibles productores y el gobierno. La Unión Europea señala que en sus comunicaciones al Grupo Especial indicó que cuando el Estado puede seleccionar productores, podrá "obtener el precio más bajo posible de cada productor mediante negociación directa o mediante un proceso de licitación que garantizará que se hagan compras a un precio no superior a los costos específicos, más las expectativas de beneficios, de cada licitador"²³⁶, y que "los antecesores del Programa TR se administraban sobre la base de los mejores precios ofrecidos por los productores mediante un proceso de licitación".²³⁷

2.144. Según la Unión Europea, lo anteriormente expuesto, así como otras pruebas obrantes en el expediente, demuestran que la remuneración proporcionada como consecuencia de un proceso de licitación en Ontario dio lugar a precios mucho más bajos. En particular, la Unión Europea destaca que el antecesor del Programa TR (las iniciativas sobre suministro de energía renovable) en 2004-2008 siguió un proceso de adquisición competitivo. Los precios competitivos más altos propuestos en el contexto de esas licitaciones (una media dada a conocer de 8,4 centavos por kWh y una oferta máxima estimada de 9,4 centavos por kWh) estuvieron "muy por debajo de cualquiera de los precios garantizados en el marco del Programa TR".²³⁸

2.145. La Unión Europea destaca que el Programa TR "garantiza un beneficio mínimo para los productores TR con independencia del mercado, en contraste con lo que ocurre con cualquier productor, que tiene que ofrecer precios competitivos".²³⁹ La Unión Europea considera que un análisis de los "elementos estructurales" del Programa TR (a saber, las condiciones sobre tarifas uniformes y garantías) deberían haber permitido al Grupo Especial completar el análisis y constatar la existencia de "beneficio" con arreglo a la hipótesis alternativa del propio Grupo Especial. La Unión Europea recuerda que en la etapa intermedia de reexamen puso de manifiesto

²³⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 182.

²³⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 186 (donde se hace referencia a la declaración final de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial (DS426), párrafo 11).

²³⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 185 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial (DS426), párrafo 85).

²³⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 189 y 190 (donde se cita el OPA, Joint Report to the Minister of Energy: Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System (Informe conjunto al Ministro de Energía: Recomendaciones sobre un programa de oferta normalizada para los pequeños productores conectados con un sistema de distribución), 17 de marzo de 2006 (Prueba documental 55 presentada por el Canadá al Grupo Especial), páginas 17 y 20; y el Informe Hogan, página 34).

²³⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 187 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 17 del Grupo Especial (segunda serie), párrafo 19).

que, incluso con arreglo al criterio sugerido por el Grupo Especial, en el expediente había información suficiente para determinar la existencia de un beneficio, y pidió al Grupo Especial que completara su análisis sobre la base sugerida por la Unión Europea, "o sobre cualquier otra base alternativa", "habida cuenta de la información ya disponible en el expediente".²⁴⁰

2.146. Además, la Unión Europea alega que el hecho de que el Grupo Especial no tuviera en cuenta la totalidad de las pruebas fue consecuencia de un razonamiento incoherente y una aplicación errónea del principio de economía procesal. Afirma que el único razonamiento del Grupo Especial sobre por qué no tuvo en cuenta las pruebas de la Unión Europea fue que como había rechazado el argumento del Canadá de que existía un mercado separado para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV, no era necesario evaluar la validez de los argumentos alternativos que la Unión Europea había presentado para demostrar que, incluso con arreglo a la argumentación del Canadá, los contratos TR y microTR equivalían a contribuciones financieras que otorgan un beneficio.²⁴¹

2.147. La Unión Europea aduce, asimismo, que el Grupo Especial, por un lado, constató que un mercado mayorista separado para la electricidad producida mediante tecnologías de energía eólica y solar FV "no sería el núcleo adecuado" del análisis del beneficio en la presente diferencia, mientras que, por otro lado, aplicó un criterio que obligaría a hacer una comparación entre la remuneración en virtud del Programa TR y la remuneración que los productores de energía solar FV y eólica obtendrían concretamente en una hipótesis "de mercado".²⁴² La Unión Europea considera que esto constituye un razonamiento incoherente y una aplicación errónea del principio de economía procesal, incompatibles con las obligaciones que el artículo 11 del ESD imponía al Grupo Especial. Solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no logró establecer la existencia de un beneficio, que complete el análisis basándose en los argumentos y pruebas no controvertidos presentados por la Unión Europea, y que constate que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.²⁴³

2.148. La Unión Europea alega que, como consecuencia de los errores del Grupo Especial por lo que respecta al "beneficio", la conclusión definitiva del Grupo Especial de que la Unión Europea no logró establecer que las medidas impugnadas constituyen subvenciones o contemplan el otorgamiento de subvenciones incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC es también errónea. La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque esa constatación, que complete el análisis, y que constate que las medidas equivalen a subvenciones prohibidas. Solicita además al Órgano de Apelación que recomiende que el Canadá retire sin demora sus subvenciones prohibidas, como prescribe el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En caso de que el Órgano de Apelación no pudiera completar el análisis en el marco de cualquiera de las solicitudes formuladas por la Unión Europea, ésta solicita al Órgano de Apelación que declare nulas y sin efectos jurídicos las constataciones y conclusiones del Grupo Especial que figuran en el párrafo 7.328 ii) de sus informes y en el párrafo 8.7 del informe del Grupo Especial correspondiente a la UE (DS426).²⁴⁴

2.6 Argumentos del Canadá - Apelado

2.6.1 El orden en que el Grupo Especial trató las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo SMC y sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994

2.149. El Canadá no abordó en su comunicación del apelado la alegación del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al comenzar su evaluación por las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994, en lugar de sus alegaciones al amparo del Acuerdo SMC.

²⁴⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 191 y 192 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre el informe provisional del Grupo Especial, páginas 6 y 7).

²⁴¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 197.

²⁴² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 198 y 199.

²⁴³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 204.

²⁴⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 206.

2.6.2 La relación entre el Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

2.150. El Canadá afirma que el Grupo Especial constató correctamente que el Acuerdo sobre las MIC no excluye la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR.

2.151. El Canadá toma nota del argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial "hizo caso omiso" de la diferencia en el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.²⁴⁵ Según el Canadá, la referencia al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 que figura en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, lejos de respaldar la interpretación de la Unión Europea, la socava. El Canadá explica que el párrafo 2 del artículo 2, al caracterizar las medidas que figuran en la Lista ilustrativa de MIC del Anexo del Acuerdo sobre las MIC como incompatibles con "la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III" del GATT de 1994, en lugar del "artículo III", no aborda la compatibilidad de las medidas enumeradas en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC con el artículo III del GATT de 1994 en su conjunto, incluido el párrafo 8 a) de dicho artículo.

2.152. El Canadá rechaza también el argumento de la Unión Europea de que la interpretación del Grupo Especial hace que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa sean "en lo fundamental redundantes".²⁴⁶ Sostiene que "el mero hecho de que una medida evidentemente discrimine contra productos importados no significa que esa medida satisfaga todos los elementos del párrafo 4 del artículo III".²⁴⁷ El Canadá añade que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC identifica no sólo medidas que son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, sino, más concretamente, medidas que son incompatibles con ese artículo y que también pueden caracterizarse como MIC. Observa, además, que la Lista es "ilustrativa", y que, por tanto, aparte de cualquier otra función, proporciona un ejemplo de los tipos de medidas que son tanto MIC como medidas incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

2.153. El Canadá aduce, además, que la Unión Europea "pasa por alto"²⁴⁸ que el contexto del párrafo 1 de la Lista ilustrativa socava su interpretación de ese párrafo. Destaca que la Lista ilustrativa también contiene, en el párrafo 2, ejemplos de MIC que son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Señala asimismo que el párrafo 2 del artículo XI contiene una disposición sobre el "alcance" similar al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Canadá destaca la analogía entre el párrafo 2 del artículo XI y el párrafo 8 a) del artículo III en su relación con la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC. Sostiene, por consiguiente, que si la interpretación que la Unión Europea hace del efecto de la Lista ilustrativa de MIC que son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III es correcta, ese deberá también ser el efecto de la Lista ilustrativa de MIC que son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. En otras palabras, con arreglo al razonamiento de la Unión Europea, las MIC enumeradas en la Lista ilustrativa como incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI tienen que estar excluidas del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo XI. El Canadá sostiene, sin embargo, que una comparación entre el párrafo 2 del artículo XI y las MIC enumeradas en la Lista ilustrativa como incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 pone de manifiesto que esa proposición "es insostenible".²⁴⁹ El Canadá destaca que la Lista ilustrativa contiene medidas que podrían "claramente"²⁵⁰ estar comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo XI del GATT de 1994. Como ejemplo, el Canadá alude a medidas que "restringen la importación por una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta". Aduce que esas medidas pueden estar "claramente"²⁵¹ comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 c) ii) del artículo XI, que establece que "[l]as disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a ... [r]estricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero ... cuando sean necesarias para la ejecución de medidas

²⁴⁵ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 28 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 31 y 32).

²⁴⁶ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 30 (donde se cita la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 27).

²⁴⁷ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 30.

²⁴⁸ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 32.

²⁴⁹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 33.

²⁵⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 33.

²⁵¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 33.

gubernamentales que tengan por efecto ... eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar".

2.154. El Canadá afirma, por consiguiente, que la interpretación que la Unión Europea hace del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC es incompatible con el texto y con su contexto. Sostiene, por tanto, que la Unión Europea no ha dado motivos para revocar la decisión del Grupo Especial de que el Acuerdo sobre las MIC no excluye la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR.

2.6.3 Alegaciones al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

2.155. El Canadá solicita al Órgano de Apelación que confirme las constataciones del Grupo Especial relativas a las cuestiones planteadas en el marco del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 en las apelaciones presentadas por la Unión Europea y el Japón en calidad de otro apelante.

2.6.3.1 La constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados"

2.156. El Canadá mantiene que el Grupo Especial constató correctamente que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad en el marco del Programa TR. A juicio del Canadá, el Grupo Especial tuvo debidamente en cuenta que los fondos transferidos a los proveedores tienen por objeto pagar por la electricidad que se suministra a la red eléctrica de Ontario; que el Gobierno de Ontario toma "posesión" de la electricidad porque orienta el movimiento de esa electricidad a la red y a través de ella por medio de las instrucciones de la IESO; y que la Ley de electricidad de 1998, la Directiva TR del Ministro de 2009, los contratos TR y microTR y otros documentos conexos caracterizan todos ellos las medidas impugnadas como una "adquisición" o "compra" de electricidad.

2.157. En respuesta al argumento del Japón de que la asignación de la generación, transmisión y distribución de electricidad a distintas entidades de Ontario sugiere que el Gobierno de Ontario no "compra" electricidad, el Canadá aduce que en nada importa cuál sea el organismo del Gobierno de Ontario que concretamente toma posesión física de la electricidad, siempre que el Gobierno de Ontario tome posesión. Sostiene, además, que el Japón pasa por alto que el Grupo Especial constató que una entidad puede comprar un producto aunque no tome "posesión física" de él. Según el Grupo Especial, aunque no haya una transferencia de posesión física de un producto, puede haber una "compra" si el comprador obtiene "la titularidad"²⁵² del producto, y el Canadá afirma que el Grupo Especial constató efectivamente que el OPA tiene la titularidad de la electricidad proporcionada en el marco de los contratos TR y microTR.

2.6.3.2 La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de contenido nacional "rigen" la adquisición de electricidad

2.158. El Canadá mantiene que el Grupo Especial constató correctamente que las prescripciones en materia de contenido nacional "rigen" la adquisición de electricidad. A juicio del Canadá, el Grupo Especial consideró correctamente que como los productores que deseen participar en el Programa TR tienen que cumplir las prescripciones en materia de contenido nacional, esas prescripciones "rigen" la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR. La Unión Europea aduce que la interpretación del Grupo Especial permite la adopción de prescripciones discriminatorias que van mucho más allá del objeto real de la adquisición de que se trata y afectan a amplias esferas de la actividad económica y que serían inconciliables con el objetivo del artículo III del GATT de 1994. En respuesta a este argumento, el Canadá afirma que la Unión Europea pasa por alto el objetivo del párrafo 8 a) del artículo III, que respalda la inclusión de prescripciones en materia de contenido nacional sobre los insumos para productos comprados por el gobierno. El Canadá mantiene que esta disposición se incluyó en el artículo III para que los Miembros pudieran ejecutar su política pública mediante contrataciones públicas.

²⁵² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 38 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.228 y 7.229).

2.159. El Canadá alude también al párrafo 1 del artículo XVI del ACP, que prohíbe establecer condiciones sobre los insumos para el producto que se compra. Aduce que los signatarios del ACP, al estar todos sujetos a las obligaciones establecidas en el GATT, no habrían tenido la necesidad de prohibir las prescripciones en materia de contenido nacional sobre insumos para productos comprados por los gobiernos si esas prescripciones no estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, y en consecuencia estuvieran en todo caso prohibidas por el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. El Canadá alude también al párrafo 2 del artículo XVI del ACP, que permite a los países en desarrollo negociar exenciones de las disciplinas que regulan las prescripciones en materia de contenido nacional sobre insumos para productos comprados por el gobierno. Aduce que no habría sido necesario incluir esa excepción si los países en desarrollo hubieran pese a ello estado sujetos a esas disciplinas en virtud del GATT de 1994. El Canadá alega, además, que la Unión Europea pasa por alto la opinión de los especialistas, que sugiere que "es claro"²⁵³ que las prescripciones impuestas a los insumos para productos comprados por el gobierno están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

2.6.3.3 La interpretación por el Grupo Especial de la expresión "*governmental purposes*" ("*necesidades de los poderes públicos*")

2.160. El Canadá sostiene que el Grupo Especial interpretó correctamente la expresión "*governmental purposes*" ("*necesidades de los poderes públicos*"). En particular, respalda la declaración del Grupo Especial de que el sentido corriente de "*governmental purposes*" es relativamente "amplio"²⁵⁴ y puede abarcar los tres sentidos propuestos por las partes, entre ellos el propuesto por el Canadá de que una compra para cubrir "las necesidades de los poderes públicos" es una compra para un objetivo declarado del gobierno. El Canadá mantiene que las definiciones en los diccionarios de la palabra "*purpose*" no respaldan la interpretación que la Unión Europea hace del término "*purposes*" como "necesidades". A juicio del Canadá, la expresión "necesidades de los poderes públicos" debe interpretarse en contexto con las palabras "y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", y que esas palabras confirman que la expresión "necesidades de los poderes públicos" guarda también relación con las "miras" o el "objetivo de la compra". Así pues, el Canadá aduce que el objeto de la indagación debe ser la "finalidad", las "miras" o el "objetivo" de la compra, y si ésta es de carácter gubernamental o comercial.

2.161. El Canadá sostiene también que aun en el caso de que la expresión "*governmental purposes*" aluda a "necesidades" del gobierno, como aduce la Unión Europea, no está claro por qué sólo son compras para las "necesidades" del gobierno las destinadas a consumo o uso físico por el gobierno. Por lo que respecta a la referencia de la Unión Europea a los antecedentes de negociación del párrafo 8 a) del artículo III, y a su argumento de que la disposición originalmente se refería a compras para "uso del gobierno", el Canadá afirma que la Unión Europea no ha explicado por qué los negociadores de la disposición escogieron en última instancia la palabra "*purposes*" en lugar de "*use*" (uso).

2.162. Además, en respuesta al argumento de la Unión Europea de que el contexto del párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994 respalda su interpretación de la expresión "necesidades de los poderes públicos", el Canadá aduce que la inclusión de la palabra "utilizados" en el párrafo 2 del artículo XVII pone de manifiesto que los negociadores optaron por no incluir esa palabra al describir las compras comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

²⁵³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 54 (donde se cita a S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO", *Studies in Transnational Economic Law*, volumen 16 (Kluwer Law International, 2002), página 53 (Prueba documental 85 presentada por el Canadá al Grupo Especial)).

²⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 59 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.140).

2.6.3.4 La interpretación por el Grupo Especial de la palabra "for" ("para") en la expresión "for governmental purposes" ("para cubrir las necesidades de los poderes públicos")

2.163. El Canadá mantiene que el Grupo Especial interpretó correctamente la palabra "para" en la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". En respuesta al argumento del Japón de que el Grupo Especial no quiso analizar si había una "conexión verdadera y genuina entre la 'compra' ... y las 'necesidades de los poderes públicos' en cuestión"²⁵⁵, el Canadá mantiene que el Japón está planteando un argumento nuevo, y que en consecuencia no está impugnando una "cuestión de derecho tratada[] en el informe del Grupo Especial" ni una "interpretación[] jurídica[] formulada[] por éste", como prescribe el artículo 17 del ESD. El Canadá afirma que esta cuestión no está comprendida en el mandato del Órgano de Apelación basado en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, porque en ningún momento se pidió al Grupo Especial que definiera la palabra "para" en la forma ahora propuesta por el Japón. El Canadá sostiene que la apelación relativa a esta cuestión también queda fuera del ámbito de aplicación del párrafo 6 del artículo 17 porque en el expediente del Grupo Especial no figuran hechos suficientes para que el Órgano de Apelación la pueda evaluar, dado que no se planteó ante el Grupo Especial.

2.164. Subsidiariamente, si el Órgano de Apelación constata que esta cuestión está debidamente sometida a su consideración, el Canadá afirma que la definición en los diccionarios de la palabra "para" propuesta por el Japón no respalda su interpretación de esa palabra tal como figura en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En respuesta al argumento del Japón de que el objeto y fin del GATT de 1994 sugiere que una interpretación del párrafo 8 a) del artículo III debe "garantizar que la exclusión para los productos 'comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos' no sea tan amplia que permita a los Miembros de la OMC eludir las obligaciones que les impone el artículo III simplemente asignando una 'finalidad gubernamental' a una medida restrictiva del comercio en particular"²⁵⁶, el Canadá afirma que está de acuerdo. A juicio del Canadá, "el párrafo 8 a) del artículo III debe interpretarse en el sentido de que 'requiere que las compras de productos por el gobierno se hagan verdadera y genuinamente *con el fin de obtener o alcanzar* un fin gubernamental en particular', como aduce el Japón".²⁵⁷ Sin embargo, a juicio del Canadá, esto no significa que sólo las compras que sean necesarias para alcanzar una finalidad gubernamental en particular estén comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III. El Canadá mantiene que la decisión de los negociadores del GATT de no incluir una prueba de la necesidad en el párrafo 8 a) del artículo III fue una opción deliberada.

2.6.3.5 La interpretación por el Grupo Especial de la expresión "para su reventa comercial"

2.165. El Canadá alega que tanto el Japón como el Grupo Especial interpretaron indebidamente la expresión "reventa comercial". Hace referencia a los argumentos expuestos en su apelación contra la interpretación de las palabras "para su reventa comercial" en los que sostiene que una "reventa comercial" es una reventa con la intención subyacente de obtener un beneficio. El Canadá aduce que el informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*²⁵⁸ respalda su interpretación de la expresión "reventa comercial". En respuesta a la impugnación por el Japón de la interpretación por el Grupo Especial de esta expresión, el Canadá aduce que la interpretación del Japón de una "reventa comercial" como una reventa "en la corriente del comercio o el mercado"²⁵⁹ es incorrecta, porque las definiciones de la palabra "comercio" en los diccionarios incluyen las transacciones con intención de obtener un beneficio.

2.166. El Canadá afirma, además, que la interpretación del Japón "pasa por alto"²⁶⁰ que en el párrafo 8 a) del artículo III la palabra "comercial" matiza la palabra "reventa". Una "reventa" de un

²⁵⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 171.

²⁵⁶ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 71 (donde se cita la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 175).

²⁵⁷ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 71 (donde se cita la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 175). (las cursivas figuran en el original)

²⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 478. (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁵⁹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 10 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 182-188).

²⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 77.

producto significa necesariamente que el producto se "venderá en la corriente del comercio". Así pues, una "reventa comercial" no puede significar lo mismo. La adición de la palabra "comercial" tiene que matizar de algún modo la palabra "reventa". A juicio del Canadá, la palabra "comercial" matiza la palabra "reventa" en el sentido de que estipula que esa reventa ha de ser con la intención subyacente de obtener un beneficio. El Canadá alega asimismo que la interpretación del Japón hace caso omiso del contexto pertinente que ofrece la expresión "necesidades de los poderes públicos". La intención de introducir un producto "en la corriente del comercio" puede también ser intención de "los poderes públicos". El Canadá pone el ejemplo de un gobierno que compra libros para bibliotecas comunitarias y vacunas. El hecho de que el gobierno recupere parte del costo de la compra de esos productos no obra en menoscabo de la naturaleza gubernamental de esa compra. A juicio del Canadá, la compra sólo pierde su carácter gubernamental y se convierte en una compra comercial si el gobierno trata de obtener un beneficio con ella.

2.167. El Canadá aduce que tanto el Japón como el Grupo Especial interpretaron erróneamente la expresión "*with a view to*" que figura en la versión inglesa del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Canadá alude a los argumentos expuestos en su apelación contra la interpretación por el Grupo Especial de las palabras "*with a view to commercial resale*" ("para su reventa comercial"). Mantiene que tanto el Japón como el Grupo Especial se abstuvieron de examinar el sentido o efecto de la expresión "*with a view to*", y en lugar de ello se centraron únicamente en el sentido de la expresión "reventa comercial". Como consecuencia de ello, el Japón y el Grupo Especial se centraron indebidamente en si la electricidad comprada en el marco del Programa TR es objeto de reventa comercial, en lugar de centrarse en la finalidad de esa compra de electricidad.

2.168. El Canadá hace referencia al argumento del Japón de que la interpretación del Canadá es contraria al objeto y fin del GATT de 1994 porque permitiría que un Miembro que deseara excluir un producto extranjero determinado de su mercado nacional declarara el objetivo de garantizar un suministro estable de ese producto en pro del bienestar de sus consumidores, establecer un organismo gubernamental sin ánimo de lucro para comprar cantidades de ese producto con sujeción a la prescripción de que el producto se produjera en el país, y después revender ese producto a los consumidores sin obtener un beneficio de esa reventa. El Canadá sostiene que esto no es correcto, porque el Japón no tiene en cuenta que una compra debe ser "para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial", y que la exclusión de un producto extranjero de un mercado nacional no puede tener por finalidad cubrir las necesidades de los poderes públicos.

2.169. El Canadá sostiene además que el carácter gubernamental de la compra dependerá en parte de la función que un gobierno desempeñe en un país en particular y del papel del gobierno en el suministro del producto de que se trate. Mantiene que, si el gobierno tradicionalmente no ha suministrado el producto y no tiene un mandato constitucional para hacerlo, ello indicará que la compra del producto, supuestamente en beneficio de los consumidores, no tiene realmente por objeto cubrir las necesidades de los poderes públicos.

2.6.3.6 Solicitud del Canadá de que se complete el análisis

2.170. En el caso de que el Órgano de Apelación complete el análisis en el marco del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, el Canadá sostiene que las pruebas obrantes en el expediente demuestran que el Gobierno de Ontario compra electricidad producida a partir de energía solar FV y eólica en el marco del Programa TR "para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial". El Canadá mantiene que los factores pertinentes para caracterizar el objetivo de la compra son la función que el gobierno desempeña en un país en particular (incluido su mandato constitucional y legislativo), los objetivos de la compra declarados por el gobierno, y si el gobierno tiene intención de obtener un beneficio de la reventa o utilización del producto. A juicio del Canadá, la aplicación de esos tres elementos demuestra que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR son "para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

2.171. Por lo que respecta al primer elemento, el Canadá mantiene que el objetivo de la compra de electricidad en el marco del Programa TR es el objetivo del gobierno de contribuir a garantizar a los ciudadanos de Ontario un suministro suficiente y fiable de electricidad procedente de fuentes limpias. Por lo que respecta al segundo elemento, el Canadá aduce que el Gobierno de Ontario

desempeña una función significativa asegurando un suministro suficiente y fiable de electricidad procedente de fuentes limpias. El Canadá afirma que la Ley Constitucional Canadiense de 1982²⁶¹ otorga a las provincias canadienses, entre ellas Ontario, la facultad de "promulgar leyes relativas al ... desarrollo, la conservación y la gestión de sitios e instalaciones en la provincia para la generación y producción de energía eléctrica"²⁶², y añade que el Gobierno de Ontario ha obrado en ejercicio de esas facultades al comprometerse expresamente a legislar con el fin de procurar a los ciudadanos de Ontario un suministro fiable y suficiente de electricidad procedente de fuentes limpias. El Canadá aduce que el Gobierno de Ontario desempeña una función significativa en todos los aspectos del sistema eléctrico de la provincia. El Gobierno de Ontario, junto con los gobiernos locales, es propietario de la inmensa mayoría de la red de transmisión y distribución que suministra físicamente electricidad a los consumidores de Ontario. Controla el flujo de la electricidad por medio de su agente, la IESO, y regula el precio de la electricidad y el costo del suministro físico de electricidad a través de su agente, la OEB. El Canadá sostiene además que el Gobierno de Ontario es propietario de la mayoría de los activos para la producción de electricidad de Ontario a través de su agente Ontario Power Generation (OPG), y que el Gobierno también complementa su producción de electricidad comprando electricidad a través de su agente, el OPA.

2.172. En cuanto al tercer elemento, el Canadá sostiene que el OPA no puede beneficiarse de ningún aspecto de sus operaciones, incluida la compra de electricidad en el marco del Programa TR. Observa a ese respecto que el artículo 25.2(2) de la Ley de electricidad de 1998, titulado "Sin ánimo de lucro", dispone que "las funciones y actividades del OPA se desarrollarán sin ánimo de lucro". En suma, a juicio del Canadá, la función del Gobierno de Ontario, los objetivos declarados del gobierno cuando compra electricidad de fuentes renovables, y el mandato "sin ánimo de lucro" del gobierno por lo que respecta a la compra y a cualquier reventa o utilización de la electricidad confirman todos que el objetivo del Gobierno de Ontario cuando éste compra electricidad en el marco del Programa TR es de carácter gubernamental y no comercial.

2.173. El Canadá mantiene que varias constataciones del Grupo Especial respaldan esa conclusión. Señala que el Grupo Especial no abordó directamente la finalidad de la compra de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR, pero sí reconoció que el Programa TR sirve a dos objetivos fundamentales, a saber, fomentar la participación de nuevas instalaciones de producción que utilizan fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico de Ontario, e incentivar las inversiones locales en la producción de equipos de generación de energía de fuentes renovables. El Canadá hace también referencia a las constataciones del Grupo Especial de que los objetivos del Programa TR "se persiguen mediante la celebración de contratos TR y microTR"²⁶³ y a la constatación del Grupo Especial de que "uno de los objetivos fundamentales del Programa TR es lograr inversiones en nuevas instalaciones de producción a efectos de diversificar la composición del suministro en Ontario y contribuir a cubrir el déficit de oferta previsto debido al cierre de las instalaciones alimentadas por carbón no más tarde de 2014".²⁶⁴

2.6.4 La decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

2.174. En su comunicación del apelado, el Canadá no abordó la alegación del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al no formular una constatación por lo que respecta a la alegación "autónoma" del Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En la audiencia, el Canadá observó que el Grupo Especial no hizo una constatación en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y afirmó que no veía por qué hubiera sido necesario que el Grupo Especial formulara una constatación adicional sobre la alegación "autónoma" del Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III.

²⁶¹ La Ley Constitucional de 1982 se promulgó como Anexo B de la Ley del Canadá de 1982 (Reino Unido) 1982, Capítulo 11, que entró en vigor el 17 de abril de 1982.

²⁶² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 90 (donde se hace referencia a Departamento de Justicia del Canadá, Constitution Acts (Leyes constitucionales), 1867 a 1982, Parte VI - Distribution of Legislative Powers (Distribución de las facultades legislativas) (Prueba documental 48 presentada por el Japón al Grupo Especial), artículo 92A(1c)).

²⁶³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 96 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.216).

²⁶⁴ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 96 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.223). (las cursivas figuran en el original)

2.6.5 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC

2.6.5.1 Párrafo 1 a) del artículo 1 - "Contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios"

2.175. Por lo que respecta a la impugnación por el Japón de la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio constituyen "compr[as] [de] bienes" por el gobierno, el Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos constituyen una "contribución financiera" en forma de "compr[as] [de] bienes" por el gobierno. El Canadá sostiene que esa constatación del Grupo Especial está en conformidad con el criterio jurídico pertinente, que dispone que se realice una evaluación fáctica de la transacción de que se trate para determinar su "cualidad intrínseca o esencial".²⁶⁵ En ese sentido, el Canadá se remite al "amplio análisis [por el Grupo Especial] del Programa TR, sus fundamentos jurídicos, el mandato y las facultades del OPA, los contratos TR y microTR, la naturaleza intangible de la electricidad y el papel de Hydro One Inc. y la IESO para constatar que el OPA paga por 'electricidad suministrada' al sistema eléctrico de Ontario".²⁶⁶ El Canadá destaca que el Grupo Especial constató que para los contratos TR y microTR era "fundamental" un "intercambio" de determinadas obligaciones básicas entre los productores y el OPA.²⁶⁷ En particular, los proveedores TR y microTR tienen que suministrar electricidad al sistema eléctrico de Ontario, y el OPA, en compensación, se compromete a efectuar los pagos requeridos con arreglo a los contratos TR y microTR.

2.176. El Canadá discrepa de los argumentos del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al caracterizar las medidas en litigio como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno. En respuesta a la alegación del Japón de que "quienes realmente toman posesión de la electricidad producida en el marco del Programa TR son otras entidades gubernamentales, y no el OPA"²⁶⁸, el Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que la posesión por la entidad que realmente compra no era necesaria para una constatación de existencia de "compr[as] [de] bienes" por el gobierno. Según el Grupo Especial, puede haber una compra aunque no haya una transferencia de la posesión física de un producto si el comprador obtiene "la titularidad"²⁶⁹ de dicho producto. A juicio del Canadá, el Grupo Especial constató efectivamente que el OPA es titular de la electricidad producida en el marco de los contratos TR y microTR que dispone se introduzca en el sistema. Carece de importancia cuál sea la entidad gubernamental que toma posesión física de la electricidad, ya que a los efectos de realizar una compra no es necesaria la posesión física.

2.177. Por lo que respecta a los argumentos del Japón de que "el objetivo declarado de Ontario de asegurar un suministro estable de electricidad no requiere que el gobierno compre la electricidad"²⁷⁰, y de que la presencia de entidades privadas en el sistema eléctrico de Ontario "demuestra que Ontario no necesita tomar posesión de la electricidad o comprarla para satisfacer la necesidad de asegurar un suministro estable"²⁷¹, el Canadá aduce que a efectos de la caracterización jurídica adecuada del Programa y los contratos TR en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC el que una compra por el gobierno sea o no necesaria o el que entidades privadas suministren o no electricidad es irrelevante.²⁷²

2.178. Por lo que respecta a la afirmación del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 son mutuamente excluyentes, el Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que el Programa TR no podía caracterizarse debidamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos" y también como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno. A juicio del Canadá, las normas consuetudinarias de interpretación no permiten difuminar la distinción entre "transferencia[s] directa[s] de fondos" y

²⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 108.

²⁶⁶ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 111 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.223 y 7.224).

²⁶⁷ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafos 103 y 104.

²⁶⁸ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 113 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 39).

²⁶⁹ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.228 y 7.229.

²⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 113 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 40).

²⁷¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 113 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 41).

²⁷² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafos 39 y 114.

"compr[as] [de] bienes" por el gobierno, ya que ello privaría de todo sentido a la referencia expresa a las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el inciso iii). El Canadá recuerda la conclusión del Grupo Especial de que la declaración del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* no equivale a una constatación de que "transacciones debidamente caracterizadas como 'compras de bienes' pueden también constituir 'transferencias directas de fondos'".²⁷³ A juicio del Canadá, la constatación del Grupo Especial es plenamente compatible con la declaración del Órgano de Apelación. En particular, el Canadá destaca que si bien, en sentido general, "la estructura del [párrafo 1 a) 1) del artículo 1] no excluye que una transacción pueda estar abarcada por más de un apartado"²⁷⁴, en el presente caso, cuando están en litigio los mismos aspectos de la misma medida, no es posible caracterizar debidamente ambos como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno y "transferencia[s] directa[s] de fondos".

2.179. El Canadá sostiene que el Grupo Especial aplicó debidamente el principio de economía procesal con respecto a la caracterización por el Japón de las medidas en litigio como "sostenimiento de los ingresos o de los precios". Observa que el Órgano de Apelación ha aclarado que los grupos especiales no están obligados a examinar todas y cada una de las alegaciones de derecho formuladas por un reclamante. La aplicación del principio de economía procesal es procedente cuando no se necesita una constatación para resolver plenamente la cuestión de que se trate. El Canadá aduce que la apelación del Japón concerniente a esta cuestión debe rechazarse porque los argumentos relativos al "beneficio" de los reclamantes eran, con respecto al "sostenimiento de los ingresos o de los precios", "esencialmente los mismos" que los relativos a la "contribución financiera". Señala a ese respecto que el argumento del Japón relativo al "beneficio" se basa enteramente, por lo que respecta al "sostenimiento de los ingresos o de los precios", en las supuestas referencias "de mercado" propuestas en el contexto de establecer si una "contribución financiera" había otorgado un "beneficio".²⁷⁵ Dado que la mayoría del Grupo Especial rechazó en su totalidad la alegación del Japón relativa al "beneficio" por lo que respecta a la "contribución financiera", incluidas todas las supuestas referencias "de mercado", toda la base en la que se apoya la alegación del Japón relativa al "sostenimiento de los ingresos o de los precios" como "beneficio" fue rechazada por el Grupo Especial. Por consiguiente, el resultado de la diferencia no habría cambiado si el Grupo Especial no hubiera aplicado el principio de economía procesal por lo que respecta a la alegación del Japón relativa al "sostenimiento de los ingresos o de los precios".

2.180. Subsidiariamente, si el Órgano de Apelación decide revocar la aplicación por el Grupo Especial del principio de economía procesal, el Canadá aduce que el Japón no ha logrado establecer que el Programa TR constituya una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios". A juicio del Canadá, la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios" no sólo significa que los ingresos o los precios tienen que mantenerse por medio de medidas gubernamentales, sino que también implica que los niveles de ingresos o precios estaban determinados por la oferta y la demanda (es decir, por un mercado) antes de la intervención del gobierno. El Canadá destaca que el OPA no está respondiendo a alguna señal del mercado que le indique cuándo debe intervenir en él para comprar suficiente electricidad procedente de energías renovables para mantener un determinado nivel de precios en el marco del Programa TR.²⁷⁶ Por último, en el contexto de la prescripción del artículo XVI del GATT de 1994 de que el sostenimiento de los ingresos o de los precios "tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera ... o reducir las importaciones", el Canadá aduce que el Japón no ha presentado ninguna prueba que sugiera que las importaciones de electricidad de origen eólico o solar en Ontario han disminuido como consecuencia del Programa TR, o que las exportaciones de electricidad de fuentes eólicas o solares han aumentado. Por consiguiente, el Japón no ha satisfecho las condiciones necesarias para constatar que las medidas impugnadas constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1.

²⁷³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 116 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.247).

²⁷⁴ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 117.

²⁷⁵ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 125.

²⁷⁶ El Canadá señala, además, que el sostenimiento de los precios debería también alterar el precio de mercado del producto de que se trate para otros vendedores en ese mercado, y que el Japón no ha hecho tal alegación. (Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 132)

2.6.5.2 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"

2.181. El Canadá afirma que tanto la Unión Europea como el Japón hacen suya la conclusión "de no ser por" del miembro disidente del Grupo Especial por lo que respecta al "beneficio": es decir, que puede constatarse la existencia de un "beneficio" porque, de no existir el Programa TR, los productores de energía eólica y solar adscritos al Programa TR "de otro modo no estarían presentes".²⁷⁷ El Canadá mantiene que la determinación de si se otorga un beneficio debe basarse, por el contrario, en si las condiciones de la transacción revelan que el gobierno ha pagado un precio superior al "adecuado" para esa forma específica de electricidad, con sus características inherentes específicas.

2.182. El Canadá alega que un criterio adecuado para evaluar si se otorga un beneficio debe reflejar el sentido corriente del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, en el contexto pertinente del artículo 14 y la jurisprudencia conexas. Se remite a la jurisprudencia del Órgano de Apelación relativa a la pertinencia del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC como directriz para interpretar el párrafo 1 b) del artículo 1. Recuerda que en el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación afirmó que el apartado d) del artículo 14 "pone de relieve que una referencia de mercado adecuada se obtiene del examen de las condiciones conforme a las cuales se intercambiarían los bienes ... en cuestión en condiciones de mercado".²⁷⁸ El Canadá recuerda asimismo, por lo que respecta a la expresión "'remuneración adecuada', que por remuneración se entiende '*reward, recompense; payment, pay*' ('retribución, recompensa; pago'). Por tanto, se otorga un beneficio cuando un gobierno proporciona bienes a un receptor y, a cambio de ello, recibe un pago insuficiente".²⁷⁹ El Canadá sostiene que en un caso de "compr[a] [de] bienes" por el gobierno, sólo se otorga un beneficio cuando un gobierno compra bienes a un receptor y hace un pago o compensación más que suficiente por esos bienes.

2.183. Por lo que respecta a si el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC se refiere a la existencia o a la cuantía del beneficio, el Canadá afirma que el apartado d) del artículo 14 comienza con las palabras "*no se considerará que el suministro de bienes ... confiere un beneficio, a menos que ... la compra se realice por una remuneración superior a la adecuada*".²⁸⁰ El Canadá considera que el apartado d) del artículo 14 demuestra que el que se esté o no otorgando un beneficio depende del precio pagado por el gobierno, y que esa disposición atañe a la existencia de un beneficio en el contexto de una "compr[a] [de] bienes", y no simplemente a la manera de calcular la cuantía del beneficio.

2.184. El Canadá está de acuerdo en que, en un sentido general, el Órgano de Apelación ha constatado que un beneficio es una "ventaja" otorgada a un receptor, y se determina mediante una comparación basada en si el receptor "queda en una situación mejor" de aquella en la que quedaría de no existir la contribución. Sin embargo, la comparación efectiva requerida en un análisis específico del "beneficio" debe realizarse entre las condiciones de una "contribución financiera" del gobierno y las condiciones que pueden obtenerse en el mercado para una transacción comparable. A juicio del Canadá, un análisis adecuado del "beneficio" presupone una compra en un mercado hipotético, y la cuestión crucial es si las condiciones de una contribución financiera son más beneficiosas que las de una transacción similar entre dos entidades privadas que actúan en condiciones de plena competencia en el mercado. En opinión del Canadá, la referencia más adecuada para poner a prueba la "adecuación de la remuneración" de los precios TR serían los precios de la electricidad, tanto eólica como solar, establecidos mediante una transacción en condiciones de plena competencia entre entidades privadas en Ontario. En la audiencia, el Canadá afirmó que en el expediente del Grupo Especial no figuran pruebas de esa índole.

²⁷⁷ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 138 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 9.23).

²⁷⁸ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 163 (donde cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 975).

²⁷⁹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 164 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 84). (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁸⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 179. (las cursivas son del Canadá)

2.185. El Canadá alega que el criterio propugnado por los reclamantes no tiene en cuenta la distinción entre una "contribución financiera" y un "beneficio [otorgado]". Afirma que la estructura del párrafo 1 del artículo 1 es clara, y que en la definición de "subvención" hay dos componentes diferenciados. Sostiene que con arreglo al criterio propugnado por los reclamantes la mera aportación de una "contribución financiera" por un gobierno se convierte en el "beneficio". Cada vez que un gobierno compra un bien para el que no hay demanda en el sector privado, la existencia misma de esa compra demostraría que se ha otorgado un beneficio, con independencia del precio al que la compra se haya hecho. El Canadá pone por ejemplo la compra por el gobierno de vehículos acorazados o de vacunas, y observa que, con arreglo al criterio propugnado por los reclamantes, si esos productos sólo se comprarían en el mercado si el gobierno los comprase, se otorgaría un beneficio con independencia del precio de la compra. En opinión del Canadá, esto privaría de todo sentido al párrafo 1 b) del artículo 1.

2.186. El Canadá discrepa de la afirmación de la Unión Europea de que, cuando las "condiciones reinantes en el mercado" demuestran que el producto no se podría vender, la comparación es entre "algo" y "nada", y existe un beneficio. Según el Canadá, el criterio para constatar la existencia de "beneficio" es muy claro -"remuneración superior a la adecuada"- . Por tanto, el Japón y la Unión Europea no han demostrado que la compra por Ontario de electricidad de fuentes eólica y solar en el marco del Programa TR "se realice por una remuneración superior a la adecuada".²⁸¹

2.187. El Canadá reitera su opinión de que, en algunas circunstancias, cuando los precios están distorsionados por la posición predominante de un gobierno como comprador de bienes, pueden utilizarse referencias alternativas. Sin embargo, esos elementos representativos deben en todo caso guardar relación con las "condiciones reinantes en el mercado" del país de compra. El Canadá sostiene que la Unión Europea pasa por alto que lo que en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV* llevó al Órgano de Apelación a reconocer que los precios en aquel mercado no podían utilizarse en una comparación adecuada fue una constatación de distorsión. El Canadá afirma que la opinión disidente coincidió "con la mayoría en que todas las referencias propuestas por los reclamantes son inadecuadas", y en que "los precios fijados en el mercado mayorista administrado por la IESO (el HOEP) están significativamente distorsionados por las medidas y políticas del Gobierno de Ontario".²⁸² El Canadá destaca también que el miembro disidente del Grupo Especial afirmó que las referencias propuestas no representan precios establecidos en un mercado mayorista de electricidad competitivo en Ontario.

2.188. El Canadá alega que el criterio propugnado por los reclamantes no tiene en cuenta constataciones fácticas de la totalidad del Grupo Especial (incluido el miembro disidente) sobre la naturaleza del sistema eléctrico de Ontario. En particular, los argumentos de los reclamantes relativos al "beneficio" (que se basan en las conclusiones disidentes) presuponen que el Programa TR introduce en el mercado a productores que de otro modo estarían excluidos debido a la competencia. A ese respecto, el Canadá no está de acuerdo con la Unión Europea y el Japón en que sea indiscutible que, de no existir el Programa TR, los productores TR no habrían entrado en el mercado. Según el Canadá, esto no tiene en cuenta las constataciones fácticas del Grupo Especial de que de no existir el Programa TR lo probable es que nuevos participantes negociaran un precio para la electricidad de fuentes eólica y solar con Ontario, y de que el mecanismo basado en el "mercado" administrado por la IESO no es un "mercado" adecuado a los efectos de un análisis del "beneficio". El Canadá señala que en Ontario el gobierno representa la demanda en la transacción de compra pertinente, y determina qué productores pueden participar en el sistema eléctrico de Ontario, y que los productores, con independencia de la forma de producción, no compiten entre sí.

2.189. Por lo que respecta a la alegación de la Unión Europea de que la existencia de un beneficio debería haberse determinado "con pocas dificultades"²⁸³, y a su referencia a la decisión del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Canadá diferencia esa situación de la presente. Observa que el Grupo

²⁸¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 180.

²⁸² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 149 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 9.10).

²⁸³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 185 (donde se cita la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 162). (no se reproduce la nota de pie de página)

Especial encargado de aquella diferencia analizó los "ingresos condonados" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Canadá reconoce que determinadas formas de "contribución financiera" del gobierno no tienen condiciones que requieran hacer una comparación con las que prevalecen en el mercado. "No están sujetas *per se* a condiciones en el mismo sentido que lo están el capital social, los préstamos, las garantías de préstamo, el suministro de bienes y servicios y la compra de bienes."²⁸⁴ Según el Canadá, cuando se trata de donaciones o ingresos condonados, "el mero hecho de la actuación gubernamental (es decir, la propia 'contribución financiera') puede perfectamente demostrar el otorgamiento de un beneficio".²⁸⁵ El Canadá considera, no obstante, que, de conformidad con el trato dado por el Órgano de Apelación a esas "contribuciones financieras" como "compr[as] [de] bienes", esto no es aplicable a las "contribuciones financieras" que están sujetas a condiciones.

2.6.5.3 Artículo 11 del ESD - "Beneficio"

2.190. En respuesta a los argumentos de la Unión Europea y el Japón de que en el expediente del Grupo Especial había pruebas suficientes para constatar la existencia de "beneficio" sobre la base de las observaciones de la mayoría del Grupo Especial acerca de la manera en que podría haberse realizado un análisis adecuado del beneficio, el Canadá responde que, si bien el Grupo Especial hizo "observaciones" en respuesta a peticiones específicas de los reclamantes, es evidente que esas "observaciones" no eran constataciones. El Canadá considera que el Grupo Especial reconoció que incumbe a los reclamantes acreditar sus alegaciones, y que esa no es una función del Grupo Especial. Señala, además, que esas observaciones representan simplemente las opiniones de la mayoría del Grupo Especial sobre un criterio alternativo para determinar el "beneficio" expresadas a instancias de los reclamantes.

2.191. En respuesta a la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no formular una constatación sobre la existencia de beneficio basándose en los argumentos de la Unión Europea, el Canadá afirma que la mayoría del Grupo Especial obró correctamente al afirmar que las "observaciones" plantean "varios asuntos y cuestiones fácticas importantes que sería necesario estudiar y resolver para poder realizar ese análisis".²⁸⁶ El Canadá considera que esas observaciones no son constataciones, y aduce que la alegación de la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD "carece de efectos".²⁸⁷

2.192. El Canadá rechaza asimismo que las alegaciones del Japón ante el Grupo Especial de que el promedio ponderado de la tarifa al por mayor y la tarifa del RPP correspondiente al cargo por la electricidad como producto básico podrían respaldar la constatación de existencia de un beneficio porque, de no existir el Programa TR, los productores en cuestión no estarían en el "mercado" mayorista de electricidad de Ontario.²⁸⁸ Mantiene que la declaración del Japón de que las tarifas no afectadas son significativamente más bajas que las tarifas TR, dada la magnitud de la diferencia entre las referencias originales del Japón y las tarifas TR, "no tiene en cuenta que la totalidad del Grupo Especial, incluido el miembro disidente, rechazó globalmente todas esas referencias porque no representaban precios determinados por fuerzas de mercado".²⁸⁹ El Canadá recuerda en ese sentido que el Grupo Especial constató que las ofertas de precios hechas por productores en este "mercado" "no están motivadas por la necesidad de cubrir los costos de producción marginales (como normalmente ocurriría en el caso de un mercado mayorista de electricidad competitivo ...)".²⁹⁰ Antes bien, la principal motivación de los productores es asegurarse de que son objeto de despacho para que puedan recibir sus tarifas de remuneración reguladas o basadas en los contratos. El Canadá aduce que, "basándose en ello, el Grupo Especial rechazó el HOEP y las referencias derivadas del HOEP propuestas por el Japón y la Unión Europea", considerando que el mecanismo de equilibrio del mercado mayorista administrado por la IESO que da lugar al HOEP podía realmente "caracterizarse mejor como un instrumento para que la IESO adopte las

²⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 186.

²⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 186.

²⁸⁶ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 206 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.327).

²⁸⁷ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 206.

²⁸⁸ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 208 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 85).

²⁸⁹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 210 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.293-7.298 y 9.8-9.10).

²⁹⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 211 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.298).

decisiones de despacho necesarias para equilibrar la oferta y demanda *físicas* de electricidad".²⁹¹ El Canadá afirma que el miembro disidente del Grupo Especial admitió que el HOEP está "directamente relacionado con la política de fijación de precios de la electricidad y las decisiones en materia de composición del suministro de ... Ontario"²⁹² y concluyó que el HOEP y sus derivados, así como las referencias extraprovinciales propuestas, "no representan un precio establecido en un mercado mayorista de electricidad competitivo en Ontario".²⁹³

2.193. Por esas razones, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que rechace las otras apelaciones de los reclamantes y confirme la constatación del Grupo Especial de que no han demostrado que la compra por Ontario de electricidad de fuentes eólica y solar en el marco del Programa TR constituye una "subvención" incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

2.7 Argumentos de los terceros participantes

2.7.1 Australia

2.194. Por lo que respecta a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, Australia comparte las preocupaciones de la Unión Europea concernientes a la interpretación por el Grupo Especial de la expresión "*governmental purposes*" ("necesidades de los poderes públicos"). Australia respalda la petición de la Unión Europea de que el Órgano de Apelación revoque o declare nula y sin efectos jurídicos la declaración del Grupo Especial de que la expresión "necesidades de los poderes públicos" es relativamente amplia y puede abarcar el sentido propuesto por el Canadá -es decir, que puede haber una compra para "cubrir necesidades de los poderes públicos" cada vez que un gobierno compre un producto en virtud de un objetivo declarado por el gobierno-.²⁹⁴ A juicio de Australia, la interpretación de la expresión "*for governmental purposes*" es incompatible con el sentido corriente de la palabra "*purposes*", con las versiones española y francesa del párrafo 8 a) del artículo III, o con los antecedentes de negociación del párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994, todos los cuales se basan en la noción de ventaja práctica o utilización por el gobierno antes que en la de compra para satisfacer un objetivo del gobierno. Australia conviene con el Japón en que si el párrafo 8 a) del artículo III abarcara cualquier compra por un organismo gubernamental que obedeciera a un objetivo declarado del gobierno, como sugiere el Canadá, cualquier Miembro de la OMC podría eludir las disciplinas del artículo III simplemente interponiéndose como intermediario en cualquier mercado dado.

2.195. Por lo que respecta a la determinación del "beneficio" en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, Australia afirmó en la audiencia que a su juicio la indagación pertinente es la de si la contribución financiera se concede en condiciones que otorgan una ventaja al receptor. Destacó que no hay nada intrínsecamente malo en una subvención; el Acuerdo SMC simplemente prescribe que los Miembros eviten recurrir a subvenciones que estén prohibidas o causen efectos perjudiciales en el comercio. Sostuvo, no obstante, que si la obligación de establecer la existencia de una subvención es demasiado gravosa, muchos programas gubernamentales que se quiso estuvieran sometidos a las disciplinas del Acuerdo SMC eludirían la investigación. Australia afirmó que si prevalece la decisión de la mayoría del Grupo Especial sería difícil que el Acuerdo SMC regulara cualquier programa de ayuda pública. De hecho, la determinación de una referencia de mercado resultaría difícil, y la evaluación de si existe una subvención se vería indebidamente restringida en cualquier mercado en el que el gobierno interviniera en los precios.

2.196. En la audiencia, Australia añadió que la orientación que ofrece el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC no constituye un criterio exclusivo para determinar si se otorga un beneficio. Recordó que en *Canadá - Aeronaves* el Órgano de Apelación constató que el sentido

²⁹¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 211 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.298). (las cursivas figuran en el original)

²⁹² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 212 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 9.10).

²⁹³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 212 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 9.10).

²⁹⁴ Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero participante, párrafo 6 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.139).

corriente de "beneficio" abarca claramente alguna forma de ventaja, y que en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* el Órgano de Apelación explicó que al identificar esa ventaja es necesario hacer una comparación a fin de determinar si el receptor de la contribución financiera queda "en una situación mejor"²⁹⁵ de la que hubiera prevalecido de no darse la actuación gubernamental. A juicio de Australia, esa jurisprudencia establece el criterio jurídico adecuado, y debería haber sido la base de la indagación del Grupo Especial, en lugar de que éste tratara de determinar si se estaba dando a los productores TR una remuneración superior a la adecuada, en el sentido del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Australia sostuvo que, dada la constatación del Grupo Especial de que existía una ventaja en el marco del Acuerdo sobre las MIC, debería haberse hecho con pocas dificultades una constatación de existencia de "beneficio" en el marco del Acuerdo SMC.

2.197. Por último, Australia indicó en la audiencia que estaba de acuerdo con el criterio para determinar el "beneficio" propugnado por el miembro disidente del Grupo Especial. En particular, afirmó que el Programa TR otorga un beneficio porque los productores de electricidad que suministran electricidad de fuentes eólica o solar FV no podrían entrar en el mercado a menos que el Gobierno de Ontario comprara esa electricidad a precios elevados en virtud de los contratos TR y microTR. Así pues, el Programa TR concede una ventaja a los productores TR, y en consecuencia otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.7.2 Brasil

2.198. El Brasil alega que la interpretación que el Grupo Especial hace de las expresiones "necesidades de los poderes públicos" y "no para reventa comercial" que figuran en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 combina dos prescripciones jurídicas en una sola y en consecuencia hace que parte del texto de esa disposición sea redundante y carezca de efectos jurídicos. A juicio del Brasil, el hecho de que el Grupo Especial no tuviera en cuenta el uso de la palabra "y" que une esas dos expresiones en el párrafo 8 a) del artículo III equivale a establecer que la mera existencia de una "reventa comercial" es suficiente para descartar del todo la aplicación de esta disposición, con independencia de sus fundamentos o de su relación con la primera prescripción de la disposición, es decir, la compra de bienes para cubrir "necesidades de los poderes públicos". El Brasil considera que si esta interpretación prevaleciera, la expresión "necesidades de los poderes públicos" resultaría inútil. En el presente caso el Grupo Especial nunca llegó a una conclusión por lo que respecta a si las compras de electricidad en el marco del Programa TR se hicieron para cubrir "necesidades de los poderes públicos". A juicio del Brasil, para evaluar si una medida está excluida del ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III sería necesario analizar ambas prescripciones por separado.

2.199. El Brasil considera, además, que la finalidad de cualquier actuación gubernamental sólo puede evaluarse caso por caso y a la luz de las funciones desempeñadas por un gobierno dado en cada sector de su economía. Sostiene que en su mayor parte los gobiernos tienen la responsabilidad constitucional o legal de suministrar determinados servicios a sus ciudadanos, como salud, educación, agua, electricidad, transporte y seguridad pública, y que el suministro de esos servicios constituye una "necesidad de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III.

2.200. El Brasil sostiene además que si los negociadores hubieran tenido la intención de restringir el sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos" a las compras realizadas por organismos gubernamentales para su propio uso o consumo, lo habrían hecho expresamente, como lo hicieron en el párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994. El Brasil mantiene que no todas las compras de bienes efectuadas por el gobierno son compras para cubrir "las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, porque esto permitiría al gobierno de un Miembro de la OMC eludir las disciplinas del artículo III interponiéndose como intermediario en cualquier mercado dado. Antes bien, el Brasil mantiene que el análisis adecuado en el marco del párrafo 8 a) del artículo III obliga a comparar el diseño, estructura y arquitectura globales de un programa de adquisiciones con el marco legal y reglamentario del Miembro demandado para determinar "si la compra de bienes objeto de examen concierne genuinamente a

²⁹⁵ Declaración inicial de Australia en la audiencia.

una función gubernamental en el sector específico de la economía de ese Miembro, a la luz de los legítimos objetivos de política de la sociedad de ese Estado".²⁹⁶

2.201. En la audiencia, el Brasil afirmó asimismo que la jurisprudencia desarrollada en el contexto del artículo XX del GATT de 1994 ofrece una orientación útil para determinar si un programa de adquisiciones de un gobierno obedece a una finalidad gubernamental. A efectos del Brasil, esa orientación obliga a examinar si una medida contribuye a su objetivo. El Brasil adujo que los otros dos elementos de la "prueba de la necesidad" -es decir, el "carácter restrictivo" de la medida y la importancia del objetivo perseguido- no son tan pertinentes en el contexto del párrafo 8 a) del artículo III, dado que un programa de contrataciones públicas discriminatorio necesariamente será restrictivo, y que al parecer no hay criterios para establecer una jerarquía entre las distintas necesidades públicas en el contexto de esa disposición.

2.202. Por lo que respecta a la determinación del "beneficio" en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Brasil aduce que la conclusión de la mayoría del Grupo Especial de que el Programa TR no otorga un beneficio se basó en un análisis viciado del mercado de electricidad de Ontario. En particular, el Brasil mantiene que la conclusión de la mayoría del Grupo Especial de que ninguna de las referencias presentadas por los reclamantes era adecuada para evaluar la existencia de un beneficio está "en contradicción" con anteriores decisiones del Órgano de Apelación.²⁹⁷ El Brasil está de acuerdo con la opinión disidente de que el hecho de que un mercado competitivo pueda no existir a falta de intervención gubernamental, o de que no pueda conseguir todos los objetivos establecidos por un gobierno, no significa que no pueda utilizarse como referencia para el análisis del beneficio.

2.203. Según el Brasil, "parece bastante evidente" que, "si un productor que aumenta su cuota de mercado como consecuencia de una contribución financiera queda 'en una situación mejor' en relación con las 'condiciones reinantes en el mercado', un productor que no tenga una empresa económicamente viable [que] entre en el mercado en virtud de una contribución financiera también quedará 'en una situación mejor' en relación con las 'condiciones reinantes en el mercado'".²⁹⁸ A juicio del Brasil, es "evidente" que en este caso los productores de electricidad a partir de energía solar FV y eólica quedan "en una situación mejor" en relación con las "condiciones reinantes en el mercado" por el mero hecho de que se convierten en participantes en el mercado con una participación en él a largo plazo y garantizada.²⁹⁹ Esto es una clara indicación de que los contratos TR y microTR otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2.204. El Brasil hace hincapié en que las subvenciones no son, en y por sí mismas, incompatibles con los acuerdos abarcados, siempre que no estén prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, y en que pueden ser adecuadas para alcanzar objetivos legítimos.

2.7.3 China

2.205. Por lo que respecta a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, China respalda la apelación de la Unión Europea contra la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones sobre nivel mínimo obligatorio de contenido nacional son "prescripciones que rig[en]" la adquisición de electricidad en el sentido de esa disposición. Aduce que como la palabra "adquisición" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III está vinculada a las palabras "productos comprados", la disposición no es aplicable a la adquisición de cualquier producto, sino únicamente a la de productos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo III. China mantiene que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional por lo que respecta al equipo de producción en el marco del Programa TR sólo están remotamente relacionados con la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario, y que el Gobierno de Ontario puede comprar electricidad sin esos niveles mínimos obligatorios de contenido nacional.

²⁹⁶ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 27.

²⁹⁷ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 36 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 982 y 1122 (párrafo este último en el que a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 480); y a *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 172).

²⁹⁸ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 46.

²⁹⁹ Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 44.

Mantiene que, por tanto, es difícil justificar la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III por lo que respecta a las prescripciones en materia de contenido nacional concernientes al equipo de generación.

2.206. China discrepa, además, de la afirmación del Canadá de que las palabras "para reventa comercial" que figuran en el párrafo 8 a) del artículo III deben interpretarse en el sentido de que aluden a la intención con la que se hace una compra. A juicio de China, esa prescripción requiere un examen de las pruebas, y no de la intención declarada por un organismo gubernamental. China sostiene que la interpretación propugnada por el Canadá podría llevar a la "situación absurda"³⁰⁰ de que una transacción estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III siempre que un organismo gubernamental alegara no tener la intención de hacer una reventa comercial, incluso si ese organismo en la realidad efectuara reventas comerciales. China discrepa también de la interpretación de la expresión "reventa comercial" propugnada por el Canadá en el sentido de que se refiere a una reventa con ánimo de lucro subyacente. Mantiene que con arreglo al párrafo 8 a) del artículo III puede considerarse que una reventa es "comercial" aunque no conlleve un beneficio. Además, China alega que la interpretación que el Canadá hace de las palabras "para reventa comercial" hace redundante la palabra "para", porque, a juicio del Canadá, tanto la expresión "reventa comercial" como la expresión "para" aluden al objetivo o la intención del gobierno. China sostiene que al determinar si una reventa es "comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, la existencia de un beneficio no debe ser el criterio jurídico para resolver la cuestión, sino sólo un factor que ha de tenerse en cuenta.

2.7.4 India

2.207. De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo, la India optó por no presentar una comunicación en calidad de tercero participante. En la audiencia, la India afirmó que el Grupo Especial obró correctamente al constatar que, con arreglo al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, puede haber una compra para cubrir "las necesidades de los poderes públicos" cuando un gobierno compra determinados productos para alcanzar un objetivo que ha declarado. La India estimaba que la afirmación del Japón de que el alcance de la expresión "necesidades de los poderes públicos" está limitada a las compras para uso propio del gobierno limita indebidamente el alcance de esa expresión. Por lo que respecta a la interpretación de las palabras "reventa comercial" que figuran en el párrafo 8 a) del artículo III, la India indicó que la atención debía centrarse en la naturaleza de la venta, es decir, en si es una acción que obedece a un objetivo de política gubernamental.

2.208. Además, la India expresó su desacuerdo con la alegación del Japón de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En opinión de la India, aceptar la interpretación del Japón significaría que cualquier reglamentación de los precios de los servicios públicos podría ser impugnada como una subvención, con independencia de la naturaleza y la intención de esa intervención en los precios. A juicio de la India, una supervisión reglamentaria que simplemente garantice que los precios se fijen sobre la base de principios de mercado no puede caracterizarse como una subvención.

2.209. Por lo que respecta a la determinación de la existencia de "beneficio" en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1, la India objetó al argumento del Japón y la Unión Europea de que el Programa TR otorga un beneficio porque, a juicio de la India, de no existir el Programa TR no habría demanda alguna de energía de fuentes renovables. La India instó al Órgano de Apelación a que rechazara esa alegación porque, con arreglo a ese razonamiento, no habría un mercado para la energía renovable. En opinión de la India, la referencia alternativa propuesta por la mayoría del Grupo Especial era adecuada y debía ser confirmada por el Órgano de Apelación. La India observó que, si bien tal vez hubiera sido posible determinar si se otorgaba un beneficio examinando si la rentabilidad era significativamente superior al costo medio del capital en el Canadá para proyectos con un perfil de riesgo comparable, los hechos obrantes en el expediente no respaldan tal constatación.

³⁰⁰ Comunicación presentada por China en calidad de tercero participante, párrafo 15.

2.7.5 Noruega

2.210. De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo, Noruega optó por no presentar una comunicación en calidad de tercero participante. En la audiencia, Noruega expresó su preocupación por la interpretación del Grupo Especial de que la expresión "necesidades de los poderes públicos" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 es relativamente amplia y puede abarcar todos los casos en que un gobierno compra un producto para alcanzar un objetivo que ha declarado. En opinión de Noruega, esa interpretación permitiría que cualquier compra hecha por el gobierno constituyera una compra para cubrir "las necesidades de los poderes públicos", ya que todas esas compras tendrían algún tipo de objetivo.

2.211. Noruega convino con el Grupo Especial en que no puede considerarse que una compra "para reventa comercial" es al mismo tiempo la de un "producto comprado para cubrir las necesidades de los poderes públicos". No obstante, dado que la expresión "necesidades de los poderes públicos" tiene un sentido independiente, Noruega estimaba que el Grupo Especial incurrió en error al basar su evaluación conjunta de las dos prescripciones únicamente en su conclusión sobre el sentido de las palabras "para reventa comercial", y en consecuencia sin llegar a una conclusión sobre la interpretación de la expresión "necesidades de los poderes públicos".³⁰¹

2.7.6 Arabia Saudita

2.212. Por lo que respecta a la determinación de la existencia de "beneficio" en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, la Arabia Saudita afirma que el Grupo Especial consideró correctamente que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC era pertinente en estas diferencias. La Arabia Saudita señala que el apartado d) del artículo 14 describe cómo debe determinarse la adecuación de la remuneración en relación con las "condiciones reinantes en el mercado" de los bienes de que se trate en el país de compra. Mantiene que la palabra "mercado" que figura en el apartado d) del artículo 14 alude al mercado nacional del país en que se ha adoptado la medida gubernamental en cuestión, y que la palabra "reinantes" significa condiciones de mercado "existentes".³⁰²

2.213. La Arabia Saudita sostiene que la expresión "remuneración adecuada" no significa maximización del beneficio, ni requiere que en una transacción se trate de conseguir el precio más alto para el vendedor o el precio más bajo para el comprador. Conviene con el Grupo Especial en que "[e]l 'mercado' pertinente no tiene que ser necesariamente un mercado 'puro' exento de cualquier grado de intervención del gobierno".³⁰³ En la audiencia, la Arabia Saudita solicitó al Órgano de Apelación que afirmara que la intervención del gobierno no impide el uso de una referencia de precios internos.

2.214. La Arabia Saudita afirma además que el rechazo por el Grupo Especial de las referencias externas estaba justificado, porque esas referencias sólo son apropiadas en casos "muy limitados".³⁰⁴ Advierte que una referencia externa que no refleja las condiciones que prevalecen en el mercado interno es una medida arbitraria que podría anular las ventajas comparativas del país objeto de investigación. Según la Arabia Saudita, las referencias basadas en los costos en el país tienen claras ventajas como alternativas a las referencias de los precios en el país, especialmente en contraste con las referencias externas. Las referencias basadas en los costos en el país, por ejemplo, pueden ajustarse a las circunstancias específicas del país, su industria y las empresas interesadas para reflejar las condiciones reinantes en el mercado del país de compra. Así pues, la Arabia Saudita solicita al Órgano de Apelación que afirme como norma general y compatible con el texto del apartado d) del artículo 14 que las referencias basadas en los costos en el país son preferibles a las referencias externas, porque estas últimas inevitablemente requieren ajustes especulativos para reflejar las condiciones de mercado que prevalecen en el país.

³⁰¹ Declaración inicial de Noruega en la audiencia.

³⁰² Comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero participante, párrafo 9.

³⁰³ Comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero participante, párrafo 15 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.274). (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁰⁴ Comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero participante, párrafo 19 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 102).

2.7.7 Turquía

2.215. De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo, Turquía optó por no presentar una comunicación en calidad de tercero participante. En la audiencia, y con respecto al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, Turquía adujo que las medidas que están exceptuadas del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo III en virtud de la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III incluyen también medidas que infringen el párrafo 4 del artículo III, como las enumeradas en la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. Turquía afirmó además que, aunque constituyen una sola prescripción, las expresiones "necesidades de los poderes públicos" y "no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinada a la venta comercial" tienen que analizarse por separado. Por tanto, Turquía no está de acuerdo con el Grupo Especial en que una compra de bienes para cubrir "las necesidades de los poderes públicos" no puede equivaler al mismo tiempo a una compra de bienes por el gobierno "para su reventa comercial".³⁰⁵

2.7.8 Estados Unidos

2.216. Los Estados Unidos abordan cinco aspectos de la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En primer lugar, discrepan de la constatación del Grupo Especial de que había una "estrecha relación"³⁰⁶ entre el producto adquirido por el gobierno (es decir, la electricidad) y los productos afectados por las prescripciones en materia de contenido nacional (es decir, el equipo de generación) en el marco del Programa TR. A juicio de los Estados Unidos, el uso de la palabra "rijan" tal como figura en el párrafo 8 a) del artículo III, indica que las "leyes, reglamentos o prescripciones" deben ser directamente aplicables a la adquisición por un gobierno de un producto específico.

2.217. En segundo lugar, los Estados Unidos coinciden con la Unión Europea en que los productos comprados por el gobierno deben estar destinados al desempeño de sus funciones, incluido el consumo por el gobierno, o al suministro de bienes o servicios a sus ciudadanos. En tercer lugar, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial interpretó y aplicó correctamente la expresión "para" en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Aducen que el Grupo Especial tuvo en cuenta el "objetivo" o la "finalidad" de la compra, y concluyó correctamente que el Gobierno de Ontario compra electricidad con un objetivo de reventa comercial, porque compra electricidad con pleno conocimiento e intención de que la electricidad se revenderá en el mercado a consumidores privados en lugar de dedicarse a fines gubernamentales.

2.218. En cuarto lugar, los Estados Unidos aducen que debe interpretarse que las palabras "reventa comercial" significan "para su venta en el mercado".³⁰⁷ Al incluir en su ámbito de aplicación compras del gobierno hechas para cubrir "las necesidades de los poderes públicos" y excluir las compras hechas para "reventa comercial", el párrafo 8 a) del artículo III trata de distinguir entre las compras hechas por razones "gubernamentales" y las hechas por razones "comerciales", y de ese modo aclara que "una compra que desemboca en una reventa comercial no es una compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos, y viceversa".³⁰⁸ En quinto lugar, por lo que respecta a las palabras "para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", los Estados Unidos aducen que esa disposición no está limitada al uso en la producción de bienes por el gobierno para venta comercial, sino que es igualmente aplicable a los bienes comprados por un gobierno para uso en la producción privada de bienes destinados a la venta comercial.

2.219. Por lo que respecta a la relación entre el Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, los Estados Unidos coinciden con el Grupo Especial en que una medida exceptuada del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo III del GATT de 1994 por el apartado a) del párrafo 8 no infringiría la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 por el hecho de estar incluida en la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. Los Estados Unidos observan que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa no establecen obligaciones independientes. Antes bien, sólo se produce una

³⁰⁵ Declaración inicial de Turquía en la audiencia (DS426).

³⁰⁶ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 18 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.127).

³⁰⁷ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 10.

³⁰⁸ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 12.

infracción del principio de trato nacional en el sentido del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC cuando se produce una infracción del artículo III del GATT de 1994, lo cual no sucederá si alguna de sus excepciones es aplicable.

2.220. Por lo que respecta a la determinación de si las medidas en litigio otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos consideran que la mayoría del Grupo Especial incurrió en varios errores. En primer lugar, estiman que la constatación de la mayoría del Grupo Especial de que los productores TR "no podrían llevar a cabo operaciones viables"³⁰⁹ en un mercado mayorista competitivo en Ontario de no existir el Programa TR debería haber llevado al Grupo Especial a constatar que el Programa TR y los contratos TR y microTR son contribuciones financieras con condiciones "más favorables de las que puede obtener el receptor en el mercado"³¹⁰ y por tanto otorgan un beneficio. Además, al igual que la Unión Europea y el Japón, los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial constató que los precios garantizados eran una "ventaja"³¹¹ en relación con el Acuerdo sobre las MIC, y consideran que esto debería haber informado la cuestión de si la garantía de esas tarifas otorgaba un beneficio a efectos del Acuerdo SMC.

2.221. En segundo lugar, los Estados Unidos sostienen que no hay en el párrafo 1 b) del artículo 1 prescripción alguna de que el "beneficio" se demuestre sobre la base de un mercado puramente competitivo, y que tampoco el contexto que ofrece el artículo 14 llevaría a esa conclusión. Los Estados Unidos recuerdan que la mayoría del Grupo Especial concluyó que la palabra "mercado" que figura en el apartado d) del artículo 14 alude a "un mercado en el que haya competencia efectiva"³¹² basándose exclusivamente en las constataciones del Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, acerca del uso aceptable por una autoridad investigadora de referencias distintas de los precios privados en el país. Los Estados Unidos destacan que la función de un grupo especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 es determinar la existencia de un beneficio, no calcular su cuantía. Observan asimismo que el Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, utilizó las palabras "puede utilizar un punto de referencia distinto de los precios privados"³¹³, y que el Órgano de Apelación no constató que las autoridades investigadoras tienen que apoyarse en una referencia basada únicamente en un mercado competitivo teórico o recurrir a un mercado competitivo real que no sea el mercado de que se trata. Además, los Estados Unidos observan que el HOEP, aunque por sí solo sea una base inadecuada para constituir una referencia, puede aun así desempeñar un papel como parte de una referencia. Por consiguiente, la mayoría del Grupo Especial incurrió en error al rechazar cualesquiera referencias derivadas del HOEP.

2.222. Los Estados Unidos aducen que no es necesario que una referencia para determinar el beneficio incluya las opciones de política de un gobierno. En particular, objetan a la posición expresada por la mayoría del Grupo Especial de que una referencia adecuada para determinar el beneficio debe "reflejar 'la situación concreta de Ontario', a saber, las decisiones de política ... relativas al nivel de suministro y las fuentes de energía"³¹⁴, ya que esto equivale a una obligación de que una referencia adecuada "refleje determinadas opciones de política hechas por un gobierno".³¹⁵ Los Estados Unidos no ven en el texto ningún fundamento para esa interpretación, y observan que toda subvención refleja una decisión de política. Por consiguiente, coinciden con el

³⁰⁹ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 24 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.311).

³¹⁰ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 24 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 974).

³¹¹ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, nota 28 al párrafo 23 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.165 y 7.166).

³¹² Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 31 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.275).

³¹³ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, nota 53 al párrafo 34 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 103). (el subrayado es de los Estados Unidos)

³¹⁴ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 38 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.312).

³¹⁵ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 38.

Japón en que "requerir que la referencia aplicable se ajuste para reflejar la política del gobierno ... amenazaría con imposibilitar la constatación de existencia de una subvención".³¹⁶

2.223. Los Estados Unidos observan que cuando un mandato gubernamental de comprar un determinado nivel de electricidad de fuentes verdes es por sí mismo suficiente para que la electricidad de fuentes verdes entre en el mercado, no habrá necesariamente una repercusión en los precios de la electricidad. Así sería, por ejemplo, cuando el costo de la producción de electricidad de fuentes verdes -aun siendo superior- está cerca del costo de la producción de electricidad a partir de fuentes tradicionales. Los Estados Unidos consideran que, de hecho, la referencia hipotética propuesta por la mayoría del Grupo Especial que entraña un mandato impuesto por el gobierno de adquirir energía solar FV y eólica pone de manifiesto el error en su enfoque. Incluso con un mandato de esa índole, si el costo es significativamente superior al costo de la producción de electricidad a partir de fuentes tradicionales, un productor racional no entrará en el sector de la energía verde a no ser que los precios sean suficientemente altos para cubrir el costo de producir electricidad a partir de fuentes verdes (incluida la rentabilidad de la inversión).

2.224. Además, los Estados Unidos, recordando que el Grupo Especial rechazó las referencias propuestas por los reclamantes basadas en el HOEP, mantienen que la mayoría del Grupo Especial incurrió en error cuando rechazó los precios mayoristas y minoristas porque éstos "derivaban" del HOEP.³¹⁷ Los Estados Unidos destacan que los precios mayoristas y minoristas no se derivan sólo del HOEP, sino también del ajuste global (AG).³¹⁸ Consideran que la mayoría del Grupo Especial debería haber examinado esas referencias en lugar de limitarse a descartarlas sobre la base de que "derivan del HOEP".³¹⁹

2.225. En la audiencia, los Estados Unidos adujeron que el Gobierno de Ontario, al comprar electricidad producida a partir de fuentes de energía solar FV y eólica, está creando una demanda que de otro modo no existiría. Así lo demuestra el hecho de que los productores de energía solar FV y eólica no entrarían en el mercado "de no ser por" el Programa TR, debido a sus costos más altos. Los Estados Unidos destacaron que el Programa TR, al hacer una contribución financiera que permite a productores de otro modo inviables entrar en el mercado, otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

3 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN

3.1. En esta apelación se plantean las cuestiones siguientes:

- a. Si el análisis de las alegaciones del Japón en la presente apelación debería comenzar por las alegaciones que ha formulado en el marco del Acuerdo SMC (planteada por el Japón);
- b. con respecto a la relación entre el artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, si el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, leído conjuntamente con el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, cuando constató que estas disposiciones no impiden la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas impugnadas (planteada por la Unión Europea);
- c. con respecto a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, si el Grupo Especial:
 - i. incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de contenido nacional en litigio "rigen" la adquisición de electricidad (planteada por la Unión Europea);

³¹⁶ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 40 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 97).

³¹⁷ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 47.

³¹⁸ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 47 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafo 7.55).

³¹⁹ Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 48.

-
- ii. incurrió en error al constatar que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados" (planteada por el Japón);
 - iii. incurrió en error en la interpretación y aplicación de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" (apelaciones condicionales planteadas por el Japón y la Unión Europea);
 - iv. incurrió en error al considerar pruebas de la existencia de beneficio como un factor pertinente al evaluar si las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realizan "para su reventa comercial" (planteada condicionalmente por el Japón);
 - v. incurrió en error al constatar que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realizan "para su reventa comercial" (planteada por el Canadá); y
 - vi. no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, en contra de lo dispuesto en el artículo 11 del ESD, cuando constató que las medidas en litigio implican compras "para su reventa comercial". Más concretamente, si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que:
 - Hydro One Inc. y las empresas de distribución local venden electricidad en competencia con los proveedores minoristas del sector privado con licencia (planteada por el Canadá); y
 - el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa a los consumidores de la electricidad comprada en el marco del Programa TR (planteada por el Canadá);
- d. si el Grupo Especial incumplió los deberes que le impone el artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al no formular una constatación de incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 de manera independiente de sus constataciones relativas al Acuerdo sobre las MIC (planteada por el Japón);
- e. con respecto al párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC:
- i. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que no podía concluir que las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno podían también caracterizarse jurídicamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos" (planteada por el Japón);
 - ii. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno (planteada por el Japón); y
 - iii. si, aunque el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos sean caracterizados como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno, también pueden ser caracterizados como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" (planteada por el Japón);
- f. si el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación del Japón de que las medidas en litigio se pueden caracterizar jurídicamente como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" a tenor del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC y por lo tanto actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD (planteada por el Japón); y

- g. con respecto a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, si el Grupo Especial:
 - i. incurrió en error al constatar que la Unión Europea y el Japón no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio (planteada por el Japón y la Unión Europea); y
 - ii. no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que la Unión Europea y el Japón no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio (planteada por el Japón y la Unión Europea).

4 ANTECEDENTES Y PANORAMA GENERAL DE LAS MEDIDAS EN LITIGIO

4.1 Redes de electricidad

4.1. Antes de abordar las alegaciones formuladas por los participantes en apelación, presentamos un panorama general de las medidas en litigio y subrayamos ciertos hechos pertinentes identificados por el Grupo Especial. Para mayor detalle a este respecto debe recurrirse a los informes del Grupo Especial.³²⁰ Observamos que algunas de las constataciones fácticas del Grupo Especial parecen referirse a los mercados de electricidad en general, mientras que otros parecen referirse al mercado de electricidad de Ontario en particular. En la medida en que reproducimos las declaraciones del Grupo Especial que parecen estar relacionadas con los mercados de electricidad en general, lo hacemos porque consideramos que son especialmente aplicables a las circunstancias de estas diferencias, y no necesariamente porque opinemos que necesariamente reflejan las características de todos los mercados de electricidad.

4.2. La electricidad se suministra a los consumidores a través de líneas de transmisión de alta tensión, que conectan a los productores con los distribuidores y los grandes consumidores, y a través de líneas de distribución de baja tensión, que suministran electricidad a consumidores individuales. Para asegurar la integridad del sistema eléctrico en su conjunto es necesario mantener un equilibrio constante de la oferta y la demanda entre los productores y los consumidores. Las redes de suministro de electricidad pueden fallar si la cantidad de electricidad demandada (denominada "carga") es mayor o menor que la cantidad de electricidad suministrada durante un cierto tiempo. En particular, cuando se producen desequilibrios importantes, las redes de electricidad pueden desestabilizarse, dando lugar a disminuciones del suministro de energía, a apagones, o en casos extremos a la interrupción del suministro de energía a todos los consumidores.³²¹ Dada la necesidad de mantener un equilibrio constante entre la oferta y la demanda en la totalidad del sistema eléctrico, no pueden haber intercambios bilaterales no coordinados entre compradores y vendedores.³²² Como consecuencia de ello, "los sistemas de electricidad deben contar con algún tipo de mecanismo central de coordinación que garantice que la producción de los productores es exactamente igual al volumen de la demanda de los consumidores".³²³

4.3. Dado que la electricidad no puede almacenarse en grandes cantidades, y habida cuenta de que la demanda de electricidad fluctúa de un día a otro³²⁴, los sistemas de electricidad generalmente satisfacen la demanda utilizando una combinación de tecnologías de producción, cada una de ellas con diferentes estructuras de costos y necesidades operacionales. El Grupo Especial constató que "los distintos tipos de instalaciones pueden denominarse 'de carga básica', 'de carga intermedia' o 'de carga máxima', según el momento en que funcionan y durante cuánto tiempo lo hacen, según si pueden aumentar o reducir su producción rápidamente de manera controlada ('capacidad de despacho') y según si sus costos son en su mayor parte fijos o

³²⁰ Véanse, en particular, los informes del Grupo Especial, párrafos 7.9-7.68 y 7.195-7.219.

³²¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.11.

³²² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.12.

³²³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.12 (donde se hace referencia al Profesor William W. Hogan, Universidad de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 de diciembre de 2011 (Informe Hogan) (Prueba documental 2 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 13).

³²⁴ El Grupo Especial constató que al no existir sustitutivos próximos de la electricidad, la demanda de electricidad es en gran medida indiferente a los precios a corto plazo, es decir, es relativamente inelástica con respecto al precio. Así pues, la demanda global de electricidad fluctuará a lo largo de un día, una semana, un mes o un año, cuando factores distintos del precio (por ejemplo, la temperatura del aire y las horas de luz diurna) hagan que varíe. (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.13)

variables".³²⁵ En particular, el Grupo Especial constató que la producción de carga básica es la parte de la combinación del suministro de un sistema eléctrico que se espera pueda funcionar durante los períodos tanto de demanda reducida como de demanda alta.³²⁶ Los típicos ejemplos de producción de carga básica son las centrales hidroeléctricas³²⁷ y nucleares.³²⁸ Sin embargo, también otras tecnologías (por ejemplo, las basadas en el carbón) pueden desempeñar esa función, según cuál sea la combinación de suministro de energía en una jurisdicción determinada y el costo del combustible.³²⁹ A su vez, la producción de carga intermedia suministra energía cuando la demanda del sistema se sitúa por encima de su nivel mínimo pero todavía por debajo de su nivel máximo.³³⁰ Con frecuencia se utilizan centrales de carbón y gas natural para la producción de carga intermedia.³³¹ Por último, los productores de carga máxima suelen tener una elevada capacidad de despacho y pueden funcionar sólo con poca frecuencia, habitualmente cuando la demanda se sitúa cerca del límite de la capacidad de todo el sistema.³³² Las turbinas de combustión de gas de ciclo simple son un ejemplo de productores de carga máxima. La capacidad de los productores para ajustar rápidamente su nivel de producción (es decir, su capacidad de despacho) suele ser la más baja en el caso de los productores de carga básica y la más alta en el caso de los productores de carga máxima.³³³ Además, el Grupo Especial constató que la producción de electricidad mediante tecnologías solar fotovoltaica (FV) y eólica se parece a la producción de carga básica en cuanto que la mayor parte de sus costos son costos de capital, pero difiere en que su utilización de la capacidad es inferior debido a su producción intermitente.³³⁴

4.4. El Grupo Especial observó que "[l]as cargas no despachables representan la mayor parte de la energía consumida en Ontario".³³⁵ Explicó asimismo que en gran medida la demanda de electricidad no responde a los precios a corto plazo (es decir, es relativamente inelástica).³³⁶ Así pues, la curva de demanda puede representarse por una línea (casi) vertical en un diagrama de oferta/demanda tradicional.³³⁷ El Grupo Especial constató asimismo que la comparación entre las ofertas que los productores presentan en un mercado mayorista de electricidad donde hay competencia efectiva y su producción define la curva de oferta de electricidad.³³⁸ El Grupo Especial describió la curva de oferta de una combinación típica de los productores "como una función escalonada de pendiente ascendente que aumenta acusadamente a medida que la producción se acerca al límite de capacidad del mercado".³³⁹ Explicó además que la intersección de las curvas de oferta y demanda determina el precio de equilibrio de mercado (PEM) y la cantidad de electricidad.³⁴⁰ Debido a la gran pendiente de las curvas de oferta y demanda en los mercados de electricidad típicos, los precios pueden ser extremadamente volátiles, aumentando o cayendo

³²⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.14.

³²⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.15.

³²⁷ Los productores de carga básica suelen tener una capacidad de despacho limitada. Sin embargo, las centrales hidroeléctricas son una excepción, ya que su producción puede aumentarse o reducirse en un período relativamente corto. (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.15)

³²⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.15.

³²⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.15.

³³⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.16.

³³¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.16.

³³² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.17.

³³³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.280. El Grupo Especial observó, no obstante, que "[a]unque por lo general la energía hidroeléctrica se clasifica como energía de carga básica, algunos tipos de instalaciones hidroeléctricas pueden ser despachadas". (*Ibid.* (donde se hace referencia al Informe Hogan, página 5))

³³⁴ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.19 y 7.280. El Grupo Especial constató que se considera que las instalaciones de producción que utilizan tecnologías solar FV y eólica son generadores intermitentes porque la electricidad sólo se produce en determinados momentos del día y/o la noche. En particular, las turbinas eólicas sólo producen electricidad cuando sopla el viento, y la energía solar FV sólo se produce durante el día. (*Ibid.*)

³³⁵ Informes del Grupo Especial, nota 526 al párrafo 7.279 (donde se cita a IESO, Introduction to Ontario's Physical Markets: IESO Training (Introducción a los mercados físicos de Ontario: formación de la IESO) (octubre de 2011) (Prueba documental 80 presentada por el Japón al Grupo Especial), página 4)).

³³⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.279 (donde se hace referencia a IESO, Introduction to Ontario's Physical Markets: IESO Training (octubre de 2011) (Prueba documental 80 presentada por el Japón al Grupo Especial, página 4)). En particular, el Grupo Especial explicó que la demanda de electricidad es relativamente inelástica porque no existen sustitutivos próximos de la electricidad, y faltan señales de precios que se puedan observar fácilmente desde la perspectiva de la demanda. (*Ibid.*)

³³⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.279.

³³⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.281 (donde se hace referencia al Informe Hogan, página 16).

³³⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.281.

³⁴⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.282.

acusadamente en respuesta a pequeños cambios en la demanda y/o la oferta.³⁴¹ Según el Grupo Especial, "[e]sto no es necesariamente una característica indeseable en un mercado de electricidad".³⁴² El Grupo Especial citó, como ejemplo, una situación en la que los precios altos alientan a las familias y las empresas a consumir menos del producto escaso, y se ofrecen incentivos para que los productores existentes aumenten su producción y nuevas empresas entren en el mercado invirtiendo en nueva producción.³⁴³ En consecuencia, el Grupo Especial constató que si bien un mercado de electricidad "bien diseñado" podría proporcionar incentivos adecuados para la inversión en nueva producción de electricidad, "este mercado teórico ideal todavía no se ha alcanzado en muchos sistemas de electricidad, incluido el de Ontario".³⁴⁴ El Grupo Especial afirmó que "una de las principales razones de ello es la complejidad que representa la incorporación de una respuesta adecuada a la demanda a señales de la oferta en tiempos de escasez".³⁴⁵

4.5. El Grupo Especial explicó que, debido parcialmente a la inexistencia de una demanda que responda mejor en los mercados de electricidad, muchos gobiernos han tratado de controlar la volatilidad de los precios interviniendo en el mercado. Por consiguiente, en muchos países no ha habido inversiones suficientes en producción, porque no se permite que los precios a que se llega en su mercado mayorista "organizado" puedan aumentar hasta un nivel que a largo plazo compense plenamente a los productores por el costo global de sus inversiones (incluidos los costos fijos y los costos hundidos).³⁴⁶ En una situación así, a la que el Grupo Especial y el Informe Hogan se refirieron como el problema de "la falta de dinero", "[l]os inversores privados no estarán dispuestos a financiar la construcción de nuevas instalaciones de producción en esas condiciones; y a falta de esas inversiones un mercado de electricidad no podrá satisfacer de manera fiable la demanda de electricidad en el futuro".³⁴⁷ El Grupo Especial constató que el problema de "la falta de dinero" afecta tanto a las tecnologías de generación convencionales como a las tecnologías de generación eólica y solar FV, más costosas.³⁴⁸

4.2 El mercado de electricidad de Ontario

4.6. El Gobierno de Ontario estableció en 1906 la Comisión de Energía Hidroeléctrica de Ontario (HEPCO).³⁴⁹ La HEPCO, cuyo nombre se cambió a Ontario Hydro en 1974, se organizó como "un servicio público integrado verticalmente con funciones de producción, transmisión y distribución".³⁵⁰ La Ley de Competencia en el sector de la energía de 1998, que puso en vigor la Ley de Electricidad de 1998³⁵¹, autorizó el "desglose"³⁵² de Ontario Hydro en cinco entidades sucesoras: i) la Administración Independiente del Mercado, después rebautizada como Administración Independiente del Sistema Eléctrico (IESO), que es un "organismo" del Gobierno de Ontario³⁵³ que "administra los mercados de electricidad de Ontario y explota y mantiene la red

³⁴¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.282.

³⁴² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.282.

³⁴³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.282.

³⁴⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.282 (donde se cita el Informe Hogan, páginas 16 y 17, respectivamente).

³⁴⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.282 (donde se hace referencia al Informe Hogan, página 16).

³⁴⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.283 (donde se hace referencia al Informe Hogan, páginas 13 y 15-19).

³⁴⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.283 (donde se hace referencia al Informe Hogan, páginas 17-19).

³⁴⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.283 (donde se hace referencia al Informe Hogan, página 17).

³⁴⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.21.

³⁵⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.22.

³⁵¹ *Service Ontario 1998*, capítulo 15, anexo A, en su forma enmendada (Prueba documental 5 presentada por el Japón al Grupo Especial).

³⁵² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.22 (donde se hace referencia a Government of Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Queen's Printer for Ontario, 2010) (Prueba documental 6 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 5).

³⁵³ En su calidad de "organismo" del Gobierno de Ontario, la IESO está incluida entre las "responsabilidades legislativas" del Ministerio de Energía. (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.39 (donde se hace referencia a las páginas Web del Gobierno de Ontario, "All Agencies List" (Lista de todos los organismos) (Prueba documental 49 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; "About the Ministry of Energy" (Sobre el Ministerio de Energía) (Prueba documental 52 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.energy.gov.on.ca/en/about/>>; y "Agency Details, Independent Electricity System Operator" (Detalles sobre el organismo, Administración Independiente del Sistema Eléctrico) (Prueba documental 57 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=128220>>; y a la página Web de la IESO,

que controla para garantizar la coordinación en tiempo real entre el suministro y la demanda de electricidad"³⁵⁴; ii) Ontario Power Generation (OPG), heredera de los activos de producción de Ontario Hydro; iii) Hydro One Inc., que pasó a hacerse cargo de la red de transmisión y las actividades de distribución local rural de Ontario Hydro; iv) la Ontario Electricity Financial Corporation (OEFC), que heredó otros activos y deudas de Ontario Hydro, incluidos los contratos con productores "sin vocación de servicio público" (NUG); y v) el Organismo de Seguridad Eléctrica, al que se encargó la reglamentación de la seguridad del sistema.³⁵⁵

4.7. El Grupo Especial constató además que la Ley de la Comisión de la Energía de Ontario, de 1998, designó a la Comisión de la Energía de Ontario (OEB), un "organismo" del Gobierno de Ontario, como regulador de "los sectores de la electricidad y el gas natural de Ontario de conformidad con el interés público".³⁵⁶ En el sector de la electricidad, la OEB establece las tarifas de transmisión y distribución, determina los precios que recibirán los activos "regulados" de la OPG por la electricidad suministrada a la red de electricidad de Ontario, y mantiene el "Plan de Precios Regulados" (RPP) que establece los precios que pagan los consumidores minoristas que compran electricidad a las empresas de distribución local.³⁵⁷

4.8. En mayo de 2002 se abrió a la competencia el mercado mayorista de electricidad de Ontario.³⁵⁸ Se esperaba que la reestructuración del sector de la electricidad atraería inversiones privadas hacia la producción de electricidad. Sin embargo, a pesar de que los precios de la electricidad aumentaron un 30% en los meses siguientes a la apertura del mercado³⁵⁹, las inversiones previstas no se materializaron.³⁶⁰ En lugar de ello, según el Grupo Especial, los precios relativamente altos de la electricidad llevaron al Gobierno de Ontario a congelar temporalmente los precios para los consumidores residenciales, institucionales y que eran pequeñas empresas.³⁶¹ En particular, el Grupo Especial constató que, "además de los problemas de volatilidad de los precios asociados a los atributos intrínsecos de los mercados mayoristas de electricidad competitivos, una combinación de otros factores que configuraron la interacción de la oferta y la demanda de electricidad en Ontario afectó a la operación del mercado mayorista competitivo que existió entre mayo y noviembre de 2002".³⁶² Entre esos factores cabe mencionar los siguientes: temperaturas muy altas durante el verano de 2002, que llevaron la demanda hasta niveles que los proveedores existentes no podían satisfacer sin aumentos de precios significativos; la demora en el

"About the IESO" (Sobre la IESO) (Prueba documental 59 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ieso.ca/imoweb/about/about_the_ieso.asp>

³⁵⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.40 (donde se hace referencia al artículo 5 de la Ley de Electricidad de 1998). El Grupo Especial constató que, en particular, la IESO administra el mercado mayorista de electricidad de Ontario, lo que implica la supervisión y dirección del movimiento de la electricidad en la red controlada por la IESO y la liquidación de los pagos entre los participantes en el mercado. (*Ibid.*, párrafo 7.40)

³⁵⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.22 (donde se hace referencia al Informe Hogan, páginas 20 y 21).

³⁵⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.42 (donde se hace referencia a las páginas Web del Gobierno de Ontario, "All Agencies List" (Prueba documental 49 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; y "Agency Details, Ontario Energy Board" (Detalles sobre el organismo, Comisión de la Energía de Ontario) (Prueba documental 63 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en:

<<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=764>>; y a la página Web de la OEB, "What We Do" (Qué hacemos) (Prueba documental 64 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Industry/About+the+OEB/What+We+Do>>).

³⁵⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.42.

³⁵⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.285 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 25). Entre mayo y noviembre de 2002, la electricidad producida por instalaciones que representaban un 94% de la capacidad de producción de Ontario se compró y vendió en el mercado mayorista a precios fijados mediante un mecanismo de equilibrio del mercado administrado por la Administración Independiente del Mercado. (*Ibid.* (donde se hace referencia a la respuesta del Canadá a las preguntas 1 y 19 del Grupo Especial (segunda serie); y a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 22 iv)) La composición de tecnologías de producción de electricidad operativa en 2002 incluía instalaciones nucleares, de carbón, hidroeléctricas y de petróleo/gas, que en su conjunto representaban más del 99% de la capacidad disponible total (29.523 MW) y de la producción total de electricidad (149.690 GWh) en 2002. (*Ibid.*, párrafo 7.286 (donde se hace referencia a la respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial (segunda serie)))

³⁵⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.287 (donde se hace referencia a Government of Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Queen's Printer for Ontario, 2010) (Prueba documental 6 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 6).

³⁶⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.23.

³⁶¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.23.

³⁶² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.289. (no se reproduce la nota de pie de página)

restablecimiento de la producción en la Unidad 4 de la central nuclear de Pickering; la repercusión del colapso de Enron en los mercados financieros y la disfunción temporal del mercado de intercambio de energía a largo plazo; y la retirada de los mercados financieros de la rama de producción de electricidad.³⁶³

4.9. El Grupo Especial constató que, debido a los problemas con que se enfrentó durante la experiencia de apertura del mercado de 2002, el Gobierno de Ontario decidió reestructurar de nuevo el sistema eléctrico de Ontario en 2004 promulgando la Ley de Reestructuración del Sector Eléctrico de 2004.³⁶⁴ Esa Ley creó el Organismo de Energía de Ontario (OPA) como "'organismo' del Gobierno de Ontario encargado de administrar el suministro de electricidad y los recursos correspondientes de Ontario a fin de satisfacer sus necesidades a medio y largo plazo".³⁶⁵ El OPA está incluido entre las "responsabilidades legislativas" del Ministerio de Energía del Gobierno de Ontario y recibe y ejecuta directivas del Ministro de Energía.³⁶⁶ El Grupo Especial constató que entre los objetivos previstos por ley para el OPA figuran los de desarrollar:

[A]ctividades en apoyo del objetivo de garantizar en Ontario un suministro de electricidad suficiente, fiable y seguro y los recursos correspondientes; [y]

... actividades para facilitar la diversificación de las fuentes del suministro de electricidad fomentando la utilización de fuentes de energía y tecnologías más limpias, incluidas fuentes de energía alternativas y fuentes de energía renovables; ...³⁶⁷

El Grupo Especial constató asimismo que para alcanzar esos objetivos se facultó al OPA para:

[C]oncertar contratos relativos a la adquisición de suministro de electricidad y de capacidad de generación de electricidad en Ontario o fuera de Ontario; [y]

... concertar contratos relativos a la adquisición de suministro de electricidad y de capacidad de generación de electricidad mediante fuentes de energía alternativas o fuentes de energía renovables para ayudar al Gobierno de Ontario a alcanzar los objetivos de desarrollo y empleo de tecnología y recursos en materia de energía alternativa o renovable; ...³⁶⁸

4.10. En su forma actual, el sistema eléctrico de Ontario es un sistema parcialmente liberalizado "híbrido" en el que entidades tanto públicas como privadas participan en las actividades básicas de

³⁶³ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.287-7.289 (donde se hace referencia a Gobierno de Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Prueba documental 6 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 6; a la respuesta del Canadá a la pregunta 1 g) del Grupo Especial (segunda serie); a la primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafo 25; y al Grupo de trabajo sobre la conservación y el suministro de electricidad, *Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs* (Decisiones difíciles: examen de las necesidades de Ontario en materia de energía), Informe final al Ministro de Energía (enero de 2004) (Prueba documental 59 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 84).

³⁶⁴ An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts (Ley de modificación de la Ley de Electricidad de 1998 y la Ley sobre la Comisión de la energía de Ontario de 1998, y de modificación consiguiente de otras leyes), *Service Ontario 2004*, capítulo 23 (Pruebas documentales 18 del Canadá y 8 del Japón presentadas al Grupo Especial). Véanse los informes del Grupo Especial, párrafo 7.24.

³⁶⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.37 (donde se hace referencia a las páginas Web del Gobierno de Ontario, "All Agencies List" (Prueba documental 49 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; y "Agency Details, Ontario Power Authority" (Detalles sobre el organismo, Organismo de Energía de Ontario) (Prueba documental 50 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=141181>>).

³⁶⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.37 (donde se hace referencia a la página Web del Gobierno de Ontario, "About the Ministry of Energy" (Prueba documental 52 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.energy.gov.on.ca/en/about/>>; y a la página Web del OPA, "Directives to OPA from Minister of Energy" (Directivas del Ministro de Energía al OPA) (Prueba documental 55 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.powerauthority.on.ca/about-us/directives-opa-minister-energy-and-infrastructure>>).

³⁶⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.37 (donde se cita la Ley de Electricidad de 1998, artículos 25.2(1)(c) y (d)).

³⁶⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.37 (donde se cita la Ley de Electricidad de 1998, artículo 25.2(5)(b) y (c)).

producción, transmisión, distribución y venta al por menor.³⁶⁹ El Gobierno de Ontario, sin embargo, "sigue desempeñando una función decisiva en todos los aspectos de su funcionamiento".³⁷⁰ En Ontario hay tres grupos de productores: i) los activos de propiedad pública de la OPG, que es una corporación de propiedad total del Gobierno del Ontario³⁷¹; ii) los productores sin vocación de servicio público (NUG), que son productores privados que concertaron contratos de suministro con Ontario Hydro en los años ochenta y noventa³⁷²; y iii) los "productores de energía independientes" (IPP), que incluye a todos los demás productores de Ontario que han empezado a operar desde la reestructuración del mercado mayorista.³⁷³ El Grupo Especial expuso en un cuadro la composición de la producción de electricidad que existía en Ontario en 2010:

Cuadro 2 - Composición de la producción de electricidad en Ontario

Tecnología de producción	Porcentaje de la capacidad instalada en 2010	Porcentaje aproximado de la producción prevista en 2010	Tipo de capacidad	Costo de capital relativo	Costo de explotación relativo por KWh	Capacidad de despacho relativa
Nuclear	31%	52%	Carga básica	Alto	Bajo	Baja
Hidráulica	22%	19%	Carga básica, carga máxima, renovable	Alto	Bajo	Baja para derivación directa, alta en embalse
Carbón	12%	8%	Intermedia	Medio	Bajo	Alta
Gas y petróleo	25%	15%	Carga máxima	Bajo	Alto	Alta
Eólica	4%	2%	Intermitente, renovable	Muy alto	Muy bajo	Baja
Solar FV	0,3%	< 0,1%	Intermitente, renovable	Muy alto	Muy bajo	Baja
Bioenergía	0,7%	1%	Intermedia, renovable	Medio	Bajo	Baja
Conservación	5%	4%	Carga básica, carga máxima	No aplicable	No aplicable	No aplicable

Fuente: Informes del Grupo Especial, párrafo 7.280, cuadro 2.

4.11. Normalmente, los productores con capacidad superior a 10 megavatios (MW) se conectan con el sistema de transmisión.³⁷⁴ El Grupo Especial constató que Hydro One Networks Inc., una filial de Hydro One Inc. posee y gestiona el 97% del sistema de transmisión de Ontario.³⁷⁵ El restante 3% es propiedad de otras 4 empresas privadas, que lo gestionan. Los productores que están conectados al sistema de transmisión tienen que registrarse en la IESO. Los productores con capacidad inferior o igual a 10 MW generalmente se conectan por el sistema de distribución por

³⁶⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.25 (donde se cita el Informe Hogan, página 21).

³⁷⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.25.

³⁷¹ OPG produjo en 2010 aproximadamente un 58% de la electricidad producida en Ontario. Las instalaciones de producción nucleares e hidroeléctricas de carga básica de la OPG están clasificadas como "activos regulados de la OPG" y perciben por la electricidad un precio fijado por la OEB. Otras instalaciones hidroeléctricas y alimentadas por carbón "no reguladas" de propiedad de OPG perciben el precio horario de la energía de Ontario (HOEP) por el suministro de electricidad. (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.27)

³⁷² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.26. El Grupo Especial constató que los precios pagados a los productores sin vocación de servicio público por electricidad suministrada, que se negociaron hace 20 años, son por lo general más altos que el HOEP. (*Ibid.*, párrafo 7.31)

³⁷³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.26. El Grupo Especial constató que los IPP, que producen alrededor del 40% del suministro de electricidad de Ontario, reciben precios que se negocian o se establecen en el marco de distintos tipos de iniciativas y contratos del OPA, incluidos: los contratos de suministro de energía limpia (CES) para el gas natural; las Solicitudes de propuestas I, II y III en relación con el suministro de energía renovable (RES); la iniciativa sobre contratos hidroeléctricos (HCI) para instalaciones hidroeléctricas no propiedad de la OPG conectadas a la red; las Solicitudes de propuestas I, II y III en relación con la cogeneración de energía térmica y eléctrica (CHP); el Programa de oferta normalizada de energía renovable (RESOP); y el Programa TR. (*Ibid.*, párrafo 7.28)

³⁷⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.33.

³⁷⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.34 (donde se hace referencia al sitio Web de Hydro One, "Our Subsidiaries" (Nuestras filiales) (Prueba documental 43 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.hydroone.com/OurCompany/Pages/OurSubsidiaries.aspx>>). El Grupo Especial constató que "Hydro One es una sociedad de cartera totalmente propiedad del Gobierno de Ontario y un 'agente' de ese Gobierno". (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.147)

medio de una empresa de distribución local.³⁷⁶ Hydro One posee y gestiona aproximadamente una cuarta parte del sistema de distribución de Ontario. El resto del sistema de distribución de Ontario es gestionado por 80 empresas de distribución local, 77 de las cuales son propiedad de gobiernos municipales.³⁷⁷

4.12. El Grupo Especial constató que el precio de la electricidad vendida a nivel mayorista en Ontario es establecido por la IESO mediante la aplicación de un mecanismo que utiliza "cúmulos" de suministro y demanda³⁷⁸ a fin de determinar para cada intervalo de cinco minutos: i) qué productores suministran la electricidad y qué consumidores la consumen; ii) el volumen de electricidad que ha de suministrarse y consumirse; y iii) el PEM de esa electricidad.³⁷⁹ Así pues, el PEM se sitúa cada cinco minutos en la intersección de los cúmulos de suministro y demanda de electricidad en el mercado mayorista de la IESO. A su vez, el "precio horario de la energía en Ontario" (HOEP) se calcula como un promedio de los 12 PEM determinados en el curso de una hora.³⁸⁰

4.13. Los productores del mercado de electricidad de Ontario cuyos precios no están regulados o sujetos a contratos reciben el PEM/HOEP por la electricidad que suministran al sistema. El Grupo Especial constató que "[l]os únicos productores que reciben *únicamente* el HOEP son las instalaciones hidroeléctricas no reguladas de la OPG y dos de sus instalaciones de generación por carbón"³⁸¹, que representan el 8% de la producción de electricidad en Ontario.³⁸² En contraste, instalaciones que representan el 92% de la capacidad de producción de Ontario en 2010 no reciben el HOEP, sino un precio regulado o contractual.³⁸³ Esos productores están sujetos a un ajuste para conciliar la diferencia entre el PEM/HOEP y el precio regulado o contractual que recibe el productor.³⁸⁴ Ese ajuste se conoce como "ajuste global" (AG), y es un cargo que recae o bien sobre los consumidores finales de la electricidad o bien sobre los productores de electricidad, en

³⁷⁶ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.33 y 7.35 (donde se hace referencia al sitio Web de Hydro One, "Distribution-connected Generators" (Productores conectados al sistema de distribución) (Prueba documental 45 presentada por el Japón al Grupo Especial); y a Electricity Transmission and Distribution in Ontario (Distribución y transmisión de electricidad en Ontario) (Prueba documental 36 presentada por el Japón al Grupo Especial), página 4).

³⁷⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.35 (donde se hace referencia a la página Web de Hydro One, "Our Subsidiaries" (Prueba documental 43 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.hydroone.com/OurCompany/Pages/OurSubsidiaries.aspx>>; a la página Web de Electricity Distributors Association, "Delivering Safe, Reliable and Environmentally Responsible Electricity to Ontarians" (Suministro seguro, fiable y ambientalmente responsable de electricidad a los habitantes de Ontario), julio de 2010 (Prueba documental 46 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <[http://www.eda-on.ca/eda/edaweb.nsf/0/762d9f4c8b3b490385257331004c49ba/\\$FILE/DELIVERING ECONOMIC_BENEFITS.pdf](http://www.eda-on.ca/eda/edaweb.nsf/0/762d9f4c8b3b490385257331004c49ba/$FILE/DELIVERING_ECONOMIC_BENEFITS.pdf)>; a la página Web Blake, Cassels & Graydon, "Overview of Electricity Regulation in Canada" (Panorama sobre la regulación de la electricidad en el Canadá) (Prueba documental 7 presentada por el Japón al Grupo Especial), páginas 11 y 16, visitada en: <http://www.blakes.com/english/legal_updates/reference_guides/Overview%20of%20Electricity%20in%20Canada.pdf> (ya no está disponible); y a la página Web de la IESO, "Find Your Local Utility" (Encuentre su empresa de servicios públicos local) (Prueba documental 47 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/local_dist.asp?sid=ic>).

³⁷⁸ El Grupo Especial entendió de la manera siguiente el funcionamiento del "sistema de cúmulos" de la IESO:

El "sistema de cúmulos" de la IESO se establece partiendo de la premisa de que determinados productores son capaces de variar con facilidad su producción de electricidad mientras que otros no lo son y de que análogamente determinados consumidores son capaces de variar con facilidad su consumo de electricidad mientras que otros no lo son. Los productores y los consumidores que pueden variar con facilidad su producción o su consumo de electricidad se denominan "despachables" y reciben de la IESO cada cinco minutos instrucciones sobre el "despacho" que indican el volumen que ha de suministrarse o consumirse. Los productores y consumidores que no pueden variar con facilidad su producción o su consumo de electricidad se denominan "no despachables"; no reciben de la IESO instrucciones sobre el "despacho", sino que su suministro y su demanda se consideran fijos, y la IESO los coloca automáticamente en primer plano de sus cúmulos de suministro y demanda.

(Informes del Grupo Especial, párrafo 7.46)

³⁷⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.45.

³⁸⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.51.

³⁸¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.296 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 38). (las cursivas figuran en el original)

³⁸² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.27.

³⁸³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.296.

³⁸⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.53.

función de la relación entre el PEM/HOEP y el precio regulado o contractual. Por ejemplo, si el PEM/HOEP es inferior al precio regulado o contractual, el AG será un número positivo que representará un cargo a los consumidores que deberá pagarse a los productores. Sin embargo, si el PEM/HOEP es superior al precio regulado o contractual, el AG será un número negativo que representará un cargo para los productores que deberá pagarse a los consumidores. El Grupo Especial constató que "el AG ha sido uniformemente positivo al menos desde 2009".³⁸⁵

4.14. Dado que la mayoría de los productores que participan en el mercado mayorista administrado por la IESO no reciben únicamente el HOEP, sino un precio más alto establecido por la OEB (50% de la capacidad) o en virtud de contratos con el OPA o la OEFC (42% de la capacidad)³⁸⁶, la principal motivación subyacente en las ofertas de precio de un productor es ser seleccionado para despachar electricidad, y no cubrir sus costos de producción marginales.³⁸⁷ Así pues, el Grupo Especial constató que:

... las ofertas de precios adjuntas a las ofertas de suministro de un productor en el mercado mayorista administrado por la IESO no están motivadas por la necesidad de cubrir los costos de producción marginales ... sino más bien por la necesidad de cada productor de ser escogido para suministrar electricidad a la red de Ontario a fin de recibir sus precios contractuales o regulados. Por tanto, el mercado mayorista administrado por la IESO no llega a su precio de equilibrio (el HOEP) en virtud de fuerzas de oferta y demanda no afectadas por las políticas del Gobierno de Ontario.³⁸⁸

4.15. La IESO está también encargada de la liquidación en el mercado "físico" de electricidad en el que los participantes compran y venden energía, lo que implica la recaudación de pagos de electricidad a los consumidores y la distribución de esos fondos a los productores de electricidad.³⁸⁹

4.16. Los precios minoristas se determinan por lo general sumando el PEM/HOEP, el AG, otros derechos y cargas, y el cargo adicional de distribución para cubrir el costo del suministro de electricidad al consumidor.³⁹⁰ Los consumidores minoristas o bien compran electricidad sobre la base de su uso a sus empresas de distribución local o conciertan contratos para recibir electricidad con una empresa de distribución local o un proveedor minorista de electricidad con licencia.³⁹¹ El Grupo Especial constató que "[e]n el primer caso, los consumidores minoristas pagan el producto básico electricidad según el RPP de la OEB y, en el segundo caso, pagan el producto básico electricidad con arreglo a un contrato de venta al por menor".³⁹² Con arreglo a este contrato de venta al por menor, los consumidores "pagan[] un precio contractual por la electricidad durante un período fijo más el AG".³⁹³

³⁸⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.55 (donde se hace referencia a la página Web de la IESO, "Global Adjustment Archive" (Archivo relativo al ajuste global) (Prueba documental 11 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ieso.ca/imoweb/b100/ga_archive.asp>). El Grupo Especial explicó que "[e]l AG total debido a los productores se distribuye a prorrata entre los consumidores sobre la base de la cantidad de electricidad (kWh) que consumen, con independencia de qué productores suministran la electricidad en el momento en que tiene lugar ese consumo". (*Ibid.*, párrafo 7.56 (donde se hace referencia a la IESO, *HST Guide for IESO Transactions* (Guía sobre el HST en las transacciones de la IESO), número 26, 12 de octubre de 2011 (Prueba documental 84 presentada por el Japón al Grupo Especial), artículo 8.11, página 35))

³⁸⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.296 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 37).

³⁸⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.297.

³⁸⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.298.

³⁸⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.60 (donde se hace referencia a IESO, Settlement Statements and Invoices: Marketplace Training (Documentos de liquidación y facturas: formación sobre mercados) (diciembre de 2010) (Prueba documental 62 presentada por el Japón al Grupo Especial), página 1).

³⁹⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.57.

³⁹¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.57.

³⁹² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.57. (no se reproduce la nota de pie de página) El Grupo Especial observó además que los precios del RPP varían según el tipo de contador (convencional o inteligente) utilizado por el cliente. (*Ibid.*, párrafo 7.58)

³⁹³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.59 (donde se hace referencia a la página Web de la IESO, "Global Adjustment" (Ajuste global) (Prueba documental 75 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ieso.ca/imoweb/b100/b100_ga.asp>).

4.3 El Programa TR

4.17. El Programa de tarifas reguladas (Programa TR)³⁹⁴ es un sistema puesto en marcha por el Gobierno de Ontario en 2009 para aumentar el suministro de electricidad producida a partir de determinadas fuentes de energía renovables en el sistema de electricidad de Ontario.³⁹⁵ Es la tercera de una serie de iniciativas adoptadas por el Gobierno de Ontario desde 2004 para diversificar su combinación de suministro de energía y ayudar a sustituir las instalaciones alimentadas por carbón.³⁹⁶ El Programa TR fue puesto en marcha formalmente por el OPA en 2009, conforme a la Directiva del Ministro de Energía e Infraestructuras de Ontario³⁹⁷ (Directiva TR de 2009 del Ministro) en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley de Electricidad de 1998, modificada por la Ley sobre energía verde y economía verde de 2009.³⁹⁸ A los productores que participan en el Programa TR "se paga ... un precio garantizado por kWh de electricidad suministrado al sistema eléctrico de Ontario en el marco de contratos de 20 ó 40 años con el OPA".³⁹⁹ La participación en el Programa TR está abierta a las instalaciones ubicadas en Ontario que producen electricidad exclusivamente a partir de una o varias de las siguientes fuentes de energía renovables: viento, energía solar fotovoltaica (FV), biomasa renovable, biogás, gas de vertederos o energía hidráulica.⁴⁰⁰

4.18. El Programa TR se divide en dos partes: i) la parte TR -para todos los proyectos de energía renovable con una capacidad de producción de electricidad superior a 10 kW, salvo para proyectos solares FV, que deberán tener una capacidad superior a 10 kW y no superior a 10 MW, y proyectos de energía hidráulica, que deberán tener una capacidad superior a 10 kW y no superior a 50 MW; y ii) la parte microTR- para proyectos con una capacidad de producción de electricidad de hasta 10 kW. Los participantes en la parte microTR son normalmente pequeños proyectos de producción en hogares, explotaciones agrícolas o empresas.⁴⁰¹

4.19. El OPA ejecuta el Programa TR aplicando una serie de reglas normalizadas, contratos normalizados (por ejemplo, contratos TR y microTR) y, para cada clase de tecnología de producción, precios normalizados. Las reglas normalizadas figuran en una serie de instrumentos,

³⁹⁴ Los reclamantes impugnan la compatibilidad con la OMC del Programa TR, los contratos TR individuales que utilizan fuentes eólicas y solares FV y los contratos microTR que utilizan una fuente solar FV ejecutados por el OPA desde el nacimiento del Programa TR. Aducen que el Programa TR está compuesto por una serie de medidas enumeradas en el párrafo 1.2 *supra*.

³⁹⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.65.

³⁹⁶ El Grupo Especial constató que las dos anteriores iniciativas fueron la RES I (2004), II (2005) y III (2008), y el RESOP (2006). Determinó además que:

[e]n el marco de la iniciativa RES, el OPA concedía contratos de suministro mediante un proceso de licitación competitiva que establecía los precios de la electricidad suministrada a los niveles de la oferta más baja que cumplía las condiciones especificadas. ... En el marco del RESOP, los precios pagados a los productores de energía solar FV se basan principalmente en el principio de recuperación de los costos. En el caso de los productores de energía no solar acogidos al RESOP, los precios se basan en los aplicados en el marco de la iniciativa RES.

(Informes del Grupo Especial, párrafo 7.29. (no se reproduce la nota de pie de página))

³⁹⁷ Direction dated 24 September 2009 from George Smitherman, Deputy Premier and Minister of Energy and Infrastructure, to Colin Andersen, Chief Executive Officer, Ontario Power Authority (OPA), directing the OPA to develop a feed-in tariff (FIT) programme (Directiva de 24 de septiembre de 2009 de George Smitherman, Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructuras, a Colin Andersen, Director Ejecutivo del Organismo de Energía de Ontario (OPA), por la que se le encomienda que elabore un programa de tarifas reguladas (TR)) (Prueba documental 102 presentada por el Japón al Grupo Especial), y que incluya el requisito de que el solicitante presente un plan de cumplimiento de los objetivos de contenido nacional (es decir, de Ontario) que figuran en el Reglamento TR.

³⁹⁸ An Act to enact the Green Energy Act, 2009 and to build a green economy, to repeal the Energy Conservation Leadership Act, 2006 and the Energy Efficiency Act and to amend other statutes (Ley de promulgación de la Ley sobre energía verde de 2009 y de desarrollo de una economía verde, de derogación de la Ley de liderazgo en materia de conservación de la energía de 2006 y de la Ley de rendimiento energético y de modificación de otras leyes), *Service Ontario 2009*, capítulo 12 (Prueba documental 101 presentada por el Japón al Grupo Especial). Véanse los informes del Grupo Especial, párrafos 7.65 y 7.195.

³⁹⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

⁴⁰⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.66. Con arreglo al Programa TR, se conceden contratos de 20 años para todos los combustibles renovables, aparte de la energía hidráulica. A las instalaciones de energía hidráulica se les conceden contratos de 40 años. (*Ibid.*, párrafos 7.64 y 7.195)

⁴⁰¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.66 (donde se hace referencia a la Prueba documental relativa al Reglamento TR (versión 1.5.1), artículo 2.1(a)(iii); y al Reglamento microTR (versión 1.6.1), artículo 2.1(a)(iv)).

entre ellos los Reglamentos TR y microTR elaborados por el OPA⁴⁰², las Normas de mercado de la IESO⁴⁰³, y el Manual de mercado de la IESO.⁴⁰⁴ El Grupo Especial constató que para entender plenamente los derechos y obligaciones contractuales de las partes es preciso leer los contratos TR y microTR en conjunción con el Reglamento TR y el Reglamento microTR.⁴⁰⁵

4.20. Una entidad que concierte un contrato TR o microTR deberá, entre otras cosas, construir, explotar y mantener la instalación de producción de electricidad a partir de energía renovable aprobada, de conformidad con todas las leyes y reglamentos pertinentes, y suministrar la electricidad producida al sistema eléctrico de Ontario. A cambio del cumplimiento de éstas y otras obligaciones contractuales, la entidad será remunerada durante el período de vigencia del contrato de que se trate con arreglo a una fórmula basada en un precio contractual normalizado establecido por el OPA.⁴⁰⁶

4.21. Además de esas obligaciones, el Programa TR impone "niveles mínimos obligatorios de contenido nacional" que deben respetarse en el desarrollo y la construcción de las instalaciones de generación solar FV de electricidad que participan en ambas partes del Programa TR y de las instalaciones de generación eólica de electricidad que participan en la parte TR. Los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional no son aplicables a los proyectos habilitados que utilizan cualquiera de las otras fuentes de energía renovables abarcadas por el Programa TR.⁴⁰⁷ En el cuadro 1, que figura en el párrafo 1.4 de los presentes informes, se resumen los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional aplicables prescritos en ambas partes del Programa TR.

4.22. Dentro de la parte TR, el "nivel de contenido nacional" de una instalación se calcula con arreglo al método establecido en el anexo D del contrato TR. El anexo D contiene cuatro plantillas de contenido nacional distintas, cada una de las cuales identifica una gama de *actividades designadas* y un *porcentaje habilitador* conexas.⁴⁰⁸ Las dos plantillas de contenido nacional en el marco de la parte microTR figuran en el Apéndice C del contrato microTR.⁴⁰⁹ Para cada actividad designada que tenga lugar en relación con una "instalación abarcada por un contrato" se alcanzará un porcentaje de habilitación conexas.⁴¹⁰ El nivel de contenido nacional de un proyecto se determinará sumando los porcentajes habilitadores asociados con la totalidad de las actividades designadas ejecutadas en relación con ese proyecto determinado. El Grupo Especial constató que, con arreglo a los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional impuestos por el Programa TR, al menos algunos *productos* que tengan su fuente en Ontario (en particular, los equipos y componentes para la producción de energía renovable) deberán ser utilizados por

⁴⁰² En los Reglamentos TR y microTR se establece, entre otras cosas, lo siguiente: i) los requisitos para acogerse al Programa y presentar solicitudes; ii) los criterios para determinar la conexión del proyecto con el sistema de electricidad de Ontario; y iii) un panorama general de algunos de los aspectos cruciales del contrato respectivo, como la duración, el precio y la liquidación de los pagos. (Informes del Grupo Especial, párrafos 7.199 y 7.210)

⁴⁰³ El Grupo Especial constató que "[l]as Normas de mercado de la IESO rigen la red controlada por la IESO, incluidos los términos y condiciones según los cuales se liquidarán los pagos debidos a los productores de electricidad que participen en los 'mercados administrados por la IESO'". (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.204)

⁴⁰⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.67. El Grupo Especial constató que la Parte 5.5 del Manual de mercado de la IESO contiene instrucciones detalladas sobre la manera en que debe determinarse y liquidarse el AG. (*Ibid.*, párrafo 7.54 (donde se hace referencia a IESO Market Manual, Part 5.5 (Prueba documental 82 presentada por el Japón al Grupo Especial), artículos 1.6.7 y 1.6.11))

⁴⁰⁵ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.199 y 7.210.

⁴⁰⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.68 (donde se hace referencia al Reglamento TR (versión 1.5.1), artículos 7.1(a), 7.1(b) y 10.1(a); a FIT Price Schedule (Lista de precios TR), 3 de junio de 2011 (Prueba documental 30 presentada por el Japón al Grupo Especial); al contrato TR (versión 1.5.1), artículo 3.1 y Anexo B; y a microFIT Price Schedule (Lista de precios microTR), 13 de agosto de 2010 (Prueba documental 31 presentada por el Japón al Grupo Especial)).

⁴⁰⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

⁴⁰⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.159 (donde se hace referencia al contrato TR (versión 1.5.1), Anexo D).

⁴⁰⁹ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.159 y 7.161 (donde se hace referencia al Reglamento microTR (versión 1.6.1), Definiciones, páginas 14-16).

⁴¹⁰ A modo de ejemplo, el Grupo Especial explicó que "cuando las paletas de una turbina eólica de un proyecto de energía eólica hayan sido 'moldeadas en Ontario', y la 'instrumentación situada entre las paletas se haya ensamblado en Ontario', la instalación abarcada por el contrato alcanzará un porcentaje habilitador del 16%". (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.160)

suministradores TR y microTR que utilicen tecnología solar FV y por productores TR que utilicen tecnología eólica.⁴¹¹

4.23. Los precios de los contratos TR y microTR son establecidos por el OPA y se publican en las Listas de precios TR y microTR.⁴¹² Esos precios están destinados a cubrir los costos de desarrollo más una tasa de rentabilidad razonable durante el plazo de los contratos TR y microTR.⁴¹³ El Grupo Especial constató que "la tasa de rentabilidad del capital después de deducidos los impuestos utilizada para elaborar la Lista de precios TR en 2009 fue del 11%".⁴¹⁴ En último término, la OPA tiene la responsabilidad contractual de todos los "pagos en virtud de contratos TR y microTR". No obstante, en la práctica los pagos reales se realizan mediante una combinación del OPA, la IESO y las empresas de distribución local pertinentes.⁴¹⁵ En particular, con arreglo al proceso de liquidación de pagos a proveedores TR conectados con el sistema de transmisión, si la AG es positiva la IESO transfiere el PEM/HOEP directamente a los productores TR, mientras que el OPA paga el AG a los productores.⁴¹⁶ En contraste, los proveedores TR y microTR conectados con el sistema de distribución reciben sus pagos contractuales completos (es decir, el HOEP más el AG) de la empresa de distribución local con la que estén conectados. Seguidamente, la empresa de distribución local correspondiente solicitará el reembolso del AG al OPA por conducto de la IESO.⁴¹⁷

5 ANÁLISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

5.1 El orden en que el Grupo Especial trató las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo SMC y sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994

5.1. Comenzamos por la alegación del Japón concerniente al orden adecuado del análisis de sus alegaciones al amparo del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC⁴¹⁸, por un lado, y el Acuerdo SMC, por otro.

⁴¹¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.163.

⁴¹² Informes del Grupo Especial, párrafos 7.202 y 7.213 (donde se hace referencia al Reglamento TR (versión 1.5.1), artículos 7.1(a), 7.1(b) y 10.1(a); Reglamento microTR (versión 1.6.1), artículo 5.2 y Definiciones; FIT Price Schedule (Lista de precios TR), 3 de junio de 2011 (Prueba documental 30 presentada por el Japón al Grupo Especial); y microFIT Price Schedule (Lista de precios microTR), 13 de agosto de 2010 (Prueba documental 31 presentada por el Japón al Grupo Especial)).

⁴¹³ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.202 y 7.213. El Grupo Especial constató que: [l]os precios contractuales aplicables a las medidas en litigio se determinaron utilizando un modelo de flujo de caja actualizado que tenía en cuenta costos de capital "razonables" (es decir, "costos de desarrollo del proyecto, construcción y equipo"), costos "razonables" de funcionamiento y mantenimiento (es decir, "costos de personal y mantenimiento del proyecto, incluidos gastos de capital constantes e impuestos sobre la propiedad") y costos "razonables" de conexión (es decir, "costos de conexión del proyecto, no se suponen costos significativos de mejora").

(*Ibid.*, párrafo 7.202. (no se reproduce la nota de pie de página))

El Grupo Especial determinó además que "[e]n el caso de determinadas tecnologías, un porcentaje especificado del precio contractual aumentará anualmente sobre la base de los incrementos del índice de precios al consumo". (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.202. (no se reproduce la nota de pie de página)) Los precios de la electricidad producida por proyectos eólicos son susceptibles de revisión anual, mientras que los aplicables a los proyectos que utilizan tecnología solar FV no pueden ser objeto de esa revisión. (*Ibid.*, párrafo 7.30)

⁴¹⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.29. Véase también el párrafo 7.202 (donde se hace referencia a la respuesta del Canadá a la pregunta 26 (primera serie) y a la pregunta 12 (segunda serie) del Grupo Especial; y a OPA, Presentation on "Proposed Feed-in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement - Session 4" (Exposición: "Participación de las partes interesadas en relación con la lista de tarifas TR propuesta - Sesión 4"), 7 de abril de 2009 (Prueba documental 46 presentada por el Canadá al Grupo Especial) (OPA Proposed FIT Price Schedule Presentation), diapositiva 30).

⁴¹⁵ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.68, 7.204 y 7.213.

⁴¹⁶ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.62 y 7.204.

⁴¹⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.63. El Grupo Especial constató que, tras pagar a un proveedor su pago contractual completo "la empresa de distribución local pertinente ... tratará de obtener del OPA, a través de la IESO, cualquier cantidad pagada por la electricidad suministrada por el proveedor en cuestión que exceda del precio al por mayor de la electricidad". (*Ibid.*, párrafo 7.205. (no se reproducen las notas de pie de página))

⁴¹⁸ En esta parte de su apelación, el Japón no sugiere que haya un orden de análisis en particular entre el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994.

5.2. Ante el Grupo Especial, el Japón y la Unión Europea formularon alegaciones al amparo del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994. Los reclamantes pidieron al Grupo Especial que evaluara esas alegaciones centrándose en primer lugar en las formuladas al amparo del Acuerdo SMC, porque ese Acuerdo es el que trata más específicamente y de forma detallada las medidas en litigio, incluso por lo que respecta a la naturaleza de la medida correctiva aplicable en caso de una constatación de infracción. El Canadá, por otra parte, adujo que el Grupo Especial debía tratar primero las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque esta disposición se refiere más específicamente y de forma detallada al núcleo de la impugnación de los reclamantes, es decir, los "niveles mínimos obligatorios de contenido nacional" prescrito en el Programa TR y sus contratos TR y microTR conexos.⁴¹⁹

5.3. El Grupo Especial observó en primer lugar que el Canadá no rechazaba la afirmación de los reclamantes de que las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que afectan a las importaciones de equipo y componentes de producción de energía renovable. A juicio del Grupo Especial, "[e]sto parece indicar que, en comparación con el Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, es el Acuerdo sobre las MIC el que trata más directa y específicamente y de forma detallada los aspectos del Programa TR y los contratos TR y microTR que se sitúan en el centro de las preocupaciones de los reclamantes".⁴²⁰ Basándose en ello, el Grupo Especial decidió comenzar su evaluación de las alegaciones de los reclamantes centrándose en las formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC. Observó, no obstante, que un examen de las alegaciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC también conllevaba la evaluación del fondo de las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente, el Grupo Especial evaluó simultáneamente el fondo de ambas alegaciones formuladas por los reclamantes.⁴²¹

5.4. En su comunicación presentada en calidad de otro apelante, el Japón adujo que el Grupo Especial debería haber comenzado su evaluación por la alegación del Japón al amparo del Acuerdo SMC.⁴²² Sin embargo, en la audiencia, el Japón aclaró que su solicitud en esta apelación se limitaba a pedirnos que comenzáramos nuestro propio análisis por las alegaciones de error relacionadas con el Acuerdo SMC. El Japón no sugiere que revoquemos o modifiquemos una constatación o interpretación jurídica del Grupo Especial, o que la decisión del Grupo Especial de comenzar su evaluación por el Acuerdo SMC constituyera un error de derecho o significara que el Grupo Especial no hizo un examen objetivo del asunto, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.⁴²³

5.5. Tanto las obligaciones de trato nacional establecidas en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y en el Acuerdo sobre las MIC como las disciplinas enunciadas en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC son obligaciones acumulativas. El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, así como el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, prohíben utilizar prescripciones en materia de contenido nacional en determinadas circunstancias. Esas disposiciones abordan las conductas discriminatorias. No vemos en ellas nada que indique que deba seguirse obligatoriamente un determinado orden de análisis cuando las alegaciones se formulan al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, por un lado, y el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, por otro. Tampoco ha aducido el Japón que la resolución de su alegación al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC prejuzgaría de algún modo nuestra evaluación en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC.

5.6. Somos conscientes de que en una serie de diferencias anteriores las cuestiones concernientes al orden del análisis se han tratado intentando identificar el acuerdo que "se ocupa específicamente y de forma detallada" de las medidas en litigio.⁴²⁴ Tanto el Japón como la Unión Europea hicieron hincapié ante el Grupo Especial en que sus alegaciones estaban centradas en las

⁴¹⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.69.

⁴²⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴²¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70.

⁴²² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 10-15.

⁴²³ Respuesta del Japón a preguntas formuladas en la audiencia.

⁴²⁴ Informe del Órgano de Apelación, CE - Banano III, párrafo 204. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, Indonesia - Automóviles, párrafos 14.61-14.63; CE - Banano III, párrafos 7.185-7.187; Canadá - Automóviles, párrafos 10.63 y 10.64; e India - Automóviles, párrafos 7.157-7.162.

prescripciones en materia de contenido nacional que forman parte del Programa TR y sus contratos TR y microTR conexos.⁴²⁵ Observamos que el Acuerdo sobre las MIC se ocupa específicamente de las medidas de inversión relacionadas con el comercio de mercancías (MIC). No regula nada más. Las prescripciones en materia de contenido nacional son un tipo de MIC regulado por el Acuerdo sobre las MIC. Uno de los ejemplos que figuran en la Lista ilustrativa anexa al Acuerdo sobre las MIC alude concretamente a las prescripciones relacionadas con "la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local".⁴²⁶ El Acuerdo SMC se ocupa específicamente de las subvenciones. Define qué conductas gubernamentales constituyen subvenciones, clasifica distintos tipos de subvenciones, y establece normas distintas para cada tipo de subvención. El Acuerdo SMC también establece las medidas correctivas a que pueden recurrir los Miembros de la OMC afectados por subvenciones, y ofrece orientación detallada sobre la manera en que deben llevarse a cabo las investigaciones nacionales en materia de derechos compensatorios. El Japón impugna las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Esa disposición regula las denominadas subvenciones para la sustitución de las importaciones, que son uno de los sólo dos tipos de subvenciones prohibidas por el Acuerdo SMC. Al mismo tiempo, el Acuerdo SMC regula un universo de medidas más amplio. Por tanto, basándonos en lo antes expuesto, no estamos persuadidos de que pueda considerarse que el Acuerdo SMC, en comparación con el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, regula más "específicamente y de forma detallada"⁴²⁷ las medidas impugnadas en la presente diferencia.

5.7. El Japón ha hecho hincapié en las diferencias en las medidas correctivas previstas en el Acuerdo SMC y la prevista en el artículo 19 del ESD.⁴²⁸ La medida correctiva específica prevista en el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC es una consideración importante. En el asunto *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, la medida correctiva prevista en el párrafo 7 del artículo 4 fue la razón por la que el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial había aplicado indebidamente el principio de economía procesal al no hacer constataciones en el marco del Acuerdo SMC cuando había constatado una infracción del Acuerdo sobre la Agricultura.⁴²⁹ Aunque la diferencia en las medidas correctivas sería pertinente por lo que respecta a una decisión de si sería o no necesario abordar las alegaciones al amparo del Acuerdo SMC al haberse hecho constataciones al amparo del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, no vemos su pertinencia, en este caso, por lo que respecta a cuál alegación debe abordarse en primer lugar. En cualquier caso, en este asunto el Grupo Especial no aplicó el principio de economía procesal; formuló constataciones en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC. A continuación examinó las alegaciones del Japón al amparo del Acuerdo SMC y constató que el Japón no había logrado establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁴³⁰ El Japón ha apelado contra la constatación del Grupo Especial relativa al beneficio, y abordamos la apelación del Japón en la sección 5.5.2 de estos informes.

5.8. La cuestión del orden puede resultar pertinente para una consideración lógica de alegaciones formuladas al amparo de distintos acuerdos. Sin embargo, en el presente caso no se plantea esa cuestión. El Grupo Especial examinó las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, y después las formuladas al amparo del Acuerdo SMC. El Japón no ha indicado por qué comenzar el análisis por el Acuerdo SMC llevaría a un resultado diferente que comenzar por el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, como el Grupo Especial hizo en este caso. No vemos en él obligación alguna de comenzar el análisis por las alegaciones al amparo del Acuerdo SMC. En última instancia, la decisión en este caso sobre si el análisis debe comenzar por las alegaciones al amparo del Acuerdo SMC o por las formuladas al amparo del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC quedaba al arbitrio del Grupo Especial.⁴³¹ El Grupo Especial optó por comenzar el análisis por las alegaciones formuladas al amparo del GATT

⁴²⁵ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.6, 7.7 y 7.70.

⁴²⁶ Acuerdo sobre las MIC, Anexo (Lista ilustrativa), párrafo 1 a).

⁴²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204.

⁴²⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 14.

⁴²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafos 332-335.

⁴³⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.328 ii).

⁴³¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 126.

de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC. Vemos algunas ventajas prácticas en seguir el mismo orden que el Grupo Especial. Por consiguiente, denegamos la solicitud del Japón de que comencemos nuestra evaluación por las alegaciones de error relacionadas con el Acuerdo SMC.

5.2 La aplicabilidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa anexa a dicho Acuerdo

5.9. Procedemos ahora a examinar la alegación de la Unión Europea de que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 es aplicable a medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa anexa a dicho Acuerdo. Antes de evaluar la alegación de la Unión Europea resumimos las constataciones del Grupo Especial y los argumentos planteados en apelación.

5.2.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.10. El Grupo Especial comenzó su análisis de esta cuestión por el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Observó que el párrafo 1 del artículo 2 se refiere expresamente a "las disposiciones del artículo III ... del GATT de 1994", y entendió que esto incluye el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Basándose en ello, el Grupo Especial razonó que "cualesquiera adquisiciones del gobierno abarcadas por los términos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 quedarán fuera del ámbito de aplicación de las obligaciones prescritas en el artículo III, incluido el párrafo 4 de ese artículo", y que "cuando una determinada MIC implica el mismo tipo de transacciones de adquisición gubernamental descrito en el párrafo 8 a) del artículo III, no se puede constatar que es incompatible con la obligación prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC".⁴³²

5.11. Por lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, el Grupo Especial observó que esa disposición "no impone ninguna obligación a los Miembros, sino que informa la interpretación de la prohibición contenida en el párrafo 1 de ese artículo".⁴³³ Seguidamente, el Grupo Especial abordó la relación entre el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 en la forma siguiente:

[E]n el párrafo 2 del artículo 2 se explica que las MIC descritas en la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC deben considerarse incompatibles con las obligaciones específicas de los Miembros de conformidad con el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. No obstante, de ello no se desprende que deba constatarse automáticamente que las MIC que tienen las mismas características que las descritas en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 *cuando, de lo contrario, quedarían abarcadas por los términos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994*. Esa interpretación del párrafo 2 del artículo 2 sería incompatible con el claro texto del párrafo 1 de ese artículo, en el que se declara expresamente que habrá una violación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC siempre que una medida sea incompatible con el artículo III del GATT de 1994. Esto se refiere a *la totalidad del artículo III, incluido el párrafo 8 a) de éste*.⁴³⁴

5.12. El Grupo Especial desestimó a continuación el argumento de la Unión Europea porque no "refleja[ba] el orden apropiado del análisis jurídico que se contempla en los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC".⁴³⁵ El Grupo Especial explicó lo que a su juicio era el orden adecuado del análisis de la siguiente manera:

Cuando se constata en un asunto determinado que la obligación de trato nacional prescrita en el párrafo 4 del artículo III se aplica a una medida impugnada, la Lista ilustrativa puede utilizarse para determinar si la medida impugnada es incompatible con esa obligación debido a la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Cuando una medida de ese tipo posee las características descritas en el

⁴³² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.118.

⁴³³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.119.

⁴³⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.119. (las cursivas figuran en el original)

⁴³⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.120.

párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, se desprende del claro texto de esa disposición que infringirá el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, también el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Habida cuenta del texto del párrafo 1 del artículo 2, no sería apropiado, a nuestro juicio, inferir del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa que las MIC que poseen las características descritas en ese párrafo *siempre* serán incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con independencia de si pueden ser abarcadas por los términos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.⁴³⁶

5.13. Basándose en lo anterior, el Grupo Especial concluyó que:

el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC no elimina la necesidad de que realicemos un análisis de la cuestión de si las medidas impugnadas quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 en virtud de la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.⁴³⁷

5.2.2 Alegaciones y argumentos formulados en apelación

5.14. En apelación, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, leído en conjunción con el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, al constatar que no excluyen la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas impugnadas.

5.15. La Unión Europea distingue entre el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Observa que si bien el párrafo 1 del artículo 2 se remite al artículo III del GATT de 1994, el párrafo 2 del artículo 2 presenta una Lista ilustrativa de medidas "que son necesariamente 'incompatibles con el párrafo 4 del artículo III'".⁴³⁸ La Unión Europea entiende que esta diferencia de los textos significa que el razonamiento del Grupo Especial sólo es válido en relación con MIC distintas de las medidas específicas definidas mediante la Lista ilustrativa. Por lo que respecta a las comprendidas en el ámbito de aplicación de la Lista ilustrativa, la cuestión de si pueden eludir una infracción mediante la aplicabilidad del párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 ya no se plantea, porque el Acuerdo sobre las MIC la ha solventado de manera concluyente.

5.16. La Unión Europea nos pide que completemos el análisis y apliquemos correctamente la interpretación jurídica antes expuesta a las constataciones del Grupo Especial y los hechos no controvertidos que obran en el expediente.

5.17. El Canadá afirma que el Grupo Especial constató correctamente que el Acuerdo sobre las MIC no excluye la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR.⁴³⁹ Explica que el párrafo 2 del artículo 2, al referirse a las medidas comprendidas en la Lista ilustrativa de MIC como medidas incompatibles con "la obligación de trato nacional, prevista en el párrafo 4 del artículo III", en lugar del "artículo III", "no aborda la compatibilidad de las medidas enumeradas en el Anexo con el artículo III en su conjunto, incluido el párrafo 8 a) del artículo III".⁴⁴⁰

5.18. El Canadá aduce además que la Unión Europea "pasa por alto"⁴⁴¹ que el contexto del párrafo 1 de la Lista ilustrativa socava su interpretación de ese párrafo. Destaca que la Lista ilustrativa anexa al Acuerdo sobre las MIC también contiene, en el párrafo 2, ejemplos de MIC que son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Señala asimismo que el artículo XI contiene una disposición relativa al alcance similar al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Esa disposición relativa al alcance figura en el párrafo 2 del artículo XI, que dispone

⁴³⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.120. (las cursivas figuran en el original)

⁴³⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.121.

⁴³⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 31. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴³⁹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 27.

⁴⁴⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 29.

⁴⁴¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 32.

que "[l]as disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a los casos siguientes ...". El Canadá mantiene, por consiguiente, que si la interpretación de la Unión Europea fuera correcta, entonces sería también válida para MIC que son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. En otras palabras, con arreglo al razonamiento de la Unión Europea, las MIC que están enumeradas en la Lista ilustrativa como medidas incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI tienen que estar excluidas del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo XI. El Canadá sostiene, sin embargo, que una comparación entre el párrafo 2 del artículo XI del GATT de 1994 y las MIC enumeradas en el Anexo como medidas incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 revela que esa proposición "es insostenible".⁴⁴² El Canadá hace hincapié en que el Anexo contiene medidas que "claramente"⁴⁴³ podrían estar incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo XI del GATT de 1994. Afirma, por tanto, que la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 1 del Anexo propugnada por la Unión Europea es incompatible con el texto y su contexto. Sostiene, en consecuencia, que la Unión Europea no ha dado razones para revocar la decisión del Grupo Especial de que el Acuerdo sobre las MIC no excluye la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR.

5.2.3 ¿Es el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 aplicable a medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa anexa a dicho Acuerdo?

5.19. Comenzamos nuestro análisis por el artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, que dispone lo siguiente:

Trato nacional y restricciones cuantitativas

1. Sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994, ningún Miembro aplicará ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994.

2. En el Anexo del presente Acuerdo figura una lista ilustrativa de las MIC que son incompatibles con la obligación de trato nacional, prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y con la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas, prevista en el párrafo 1 del artículo XI del mismo GATT de 1994.

5.20. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC prohíbe a los Miembros aplicar una MIC -es decir, una medida de inversión relacionada con el comercio de mercancías⁴⁴⁴- "que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994". La referencia en la última parte del párrafo 1 del artículo 2 al artículo III del GATT de 1994 no está matizada. Entendemos que constituye una referencia al artículo III del GATT de 1994 en su totalidad, incluido el párrafo 4 del artículo III. Por tanto, como explicó el Grupo Especial, una medida que sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 sería también una MIC incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.⁴⁴⁵ Es importante destacar que la referencia al artículo III también incluye el párrafo 8 a) de esa disposición. Como analizamos con más detalle en la sección 5.3 de estos informes, una medida que está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) no puede infringir el artículo III del GATT de 1994. Esto, a su vez, significa que un Miembro que aplique una medida de esa naturaleza no infringiría el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Observamos a este respecto que la relación entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el artículo III del GATT de 1994 no es motivo de controversia entre los participantes.⁴⁴⁶

⁴⁴² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 33.

⁴⁴³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 33.

⁴⁴⁴ Véase el artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC. El Grupo Especial constató que "el Programa TR y los contratos TR y microTR, en la medida en que prevén e imponen un 'nivel mínimo obligatorio de contenido nacional', constituyen MIC en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC". (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.112) Esa constatación no ha sido objeto de apelación.

⁴⁴⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.117.

⁴⁴⁶ Respuestas de la Unión Europea y el Canadá a preguntas formuladas en la audiencia.

5.21. La cuestión controvertida, y que tenemos que resolver en esta apelación, concierne a la relación entre, por un lado, el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC, y, por otro lado, los párrafos 4 y 8 a) del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea opina que las MIC que estén comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con independencia de si están o no también comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Según la Unión Europea, el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC establecen que las medidas comprendidas en su ámbito de aplicación y que infrinjan la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no pueden justificarse, porque no cabe recurrir a la dispensa contemplada en el párrafo 8 a) del artículo III. El Grupo Especial rechazó la interpretación de la Unión Europea, y en esta apelación el Canadá respalda la interpretación del Grupo Especial.

5.22. El párrafo 2 del artículo 2 se remite a la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, así como a la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas prevista en el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. El párrafo 2 del artículo 2 también se remite a una lista ilustrativa de MIC que figura en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC. El término "ilustrativa" indica que los ejemplos que figuran en la Lista no constituyen una lista cerrada. En otras palabras, puede haber otros tipos de MIC que sean incompatibles con la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III y la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas prevista en el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. El uso del término "comprenden" en el párrafo 1 de la Lista ilustrativa respalda a su vez esa interpretación.⁴⁴⁷

5.23. Por lo que respecta a la Lista ilustrativa a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 2, observamos que el Grupo Especial constató que las medidas están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a), que dispone lo siguiente:

1. Las MIC incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que prescriban:

a) la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local; ...

5.24. Con arreglo al texto, una medida que está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa es "incompatible con la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". Por tanto, al igual que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa se remite a las obligaciones enunciadas en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

5.25. La Unión Europea señala a nuestra atención las diferencias en los textos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa, por un lado, y el texto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, por otro. Destaca que esta última disposición se refiere al artículo III del GATT de 1994 "en su totalidad"⁴⁴⁸, mientras que el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa se refieren concretamente al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

5.26. A nuestro juicio, el párrafo 2 del artículo 2 especifica con más detalle el tipo de medidas que son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2. La parte dispositiva del párrafo 2 del artículo 2 es la referencia a la Lista ilustrativa, que proporciona ejemplos de medidas que son incompatibles con

⁴⁴⁷ El apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura define las "subvenciones a la exportación" como "subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del presente Acuerdo". En *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, el Órgano de Apelación observó que la utilización de los términos "con inclusión" en el apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura sugiere que la lista de subvenciones a la exportación que figura en el artículo 9 no es exhaustiva. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 615)

⁴⁴⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 30.

la obligación de trato nacional. Aunque el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa se centran en las disposiciones específicas en las que esa obligación se refleja -es decir, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994-, no creemos que responda a la pregunta de si esas medidas son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994 en su totalidad. Cuando una medida está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, esa medida no es incompatible con el artículo III en su conjunto. Así pues, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que debe entenderse que el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa aclaran a qué MIC se aplica la obligación general establecida en el párrafo 1 del artículo 2.⁴⁴⁹ Entendemos asimismo que la falta de una referencia al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa indica que esas disposiciones son neutrales en cuanto a la aplicabilidad de la anterior disposición. Esto permite una interpretación armoniosa de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y los párrafos 4 y 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En contraste, la interpretación propugnada por la Unión Europea tendría como resultado obligaciones distintas para las MIC comprendidas en la Lista ilustrativa y las que no lo están.

5.27. Encontramos apoyo adicional para esa interpretación en la cláusula inicial del párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 3 del Acuerdo sobre las MIC. La cláusula inicial del párrafo 1 del artículo 2 dice así: "Sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994". Ese texto sugiere que la disposición no tiene por objeto menoscabar otros derechos que los Miembros tienen en virtud del GATT de 1994. El derecho a discriminar en las adquisiciones públicas -con sujeción a las condiciones y prescripciones del párrafo 8 a) del artículo III- es uno de esos derechos reconocidos en el GATT de 1994. Además, el artículo 3 del Acuerdo sobre las MIC, titulado "Excepciones", brinda apoyo contextual a nuestra interpretación. Dispone que "[t]odas las excepciones amparadas en el GATT de 1994 serán de aplicación, según proceda, a las disposiciones del presente Acuerdo". Como el título y el texto del artículo 3 indican, esa disposición se refiere a "excepciones". El Grupo Especial y los participantes han caracterizado el párrafo 8 a) del artículo III como una disposición sobre el "alcance".⁴⁵⁰ A pesar de que el párrafo 8 a) del artículo III no es una de las excepciones que "serán de aplicación, según proceda", al Acuerdo sobre las MIC, el artículo 3 sugiere también que las disposiciones del Acuerdo sobre las MIC no tienen por objeto restringir otros derechos que los Miembros tienen en virtud del GATT de 1994.

5.28. La Unión Europea aduce que la interpretación propugnada por el Grupo Especial "altera la naturaleza y la función de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa" y "en gran medida anula los efectos del párrafo 2 del artículo 2 y de la Lista ilustrativa en relación con la obligación general establecida en el párrafo 1 del artículo 2".⁴⁵¹ Con arreglo a la interpretación del Grupo Especial, el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa siguen proporcionando ejemplos de MIC que implican discriminación y que son incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III, por lo cual infringirían la establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Contrariamente a lo que afirma la Unión Europea, el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa siguen "introduciendo detalle y especificidad en la obligación general establecida en el párrafo 1 del artículo 2".⁴⁵² Admitimos que la interpretación del Grupo Especial significa que en última instancia no se constataría que un conjunto limitado de medidas comprendidas tanto entre los ejemplos de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC como en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. No creemos, sin embargo, que esto anule los efectos del párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa. Antes bien, es resultado de interpretar el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa de manera armoniosa con las demás disposiciones del Acuerdo sobre las MIC y con el artículo III del GATT de 1994. En cualquier caso, el subconjunto más amplio de MIC que están comprendidas en la Lista ilustrativa y no pueden justificarse al amparo de la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

⁴⁴⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.119: "El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC no impone ninguna obligación a los Miembros, sino que informa la interpretación de la prohibición contenida en el párrafo 1 de ese artículo. En particular, en el párrafo 2 del artículo 2 se explica que las MIC descritas en la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC deben considerarse incompatibles con las obligaciones específicas de los Miembros de conformidad con el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994".

⁴⁵⁰ Informes del Grupo Especial, nota 263 al párrafo 7.113; respuesta del Canadá a preguntas formuladas en la audiencia.

⁴⁵¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 33.

⁴⁵² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 33.

sigue siendo incompatible con la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

5.29. Observamos que el Canadá ha indicado que la interpretación de la Unión Europea sería igualmente aplicable a los ejemplos que figuran en el párrafo 2 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC. El Canadá afirma que esto significaría que las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación de este párrafo 2 serían incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, y que no podría invocarse el párrafo 2 del artículo XI para justificarlas.⁴⁵³ En la audiencia, la Unión Europea hizo referencia a algunas de las prescripciones del párrafo 2 del artículo XI y puso en entredicho que esa disposición fuera aplicable a las medidas descritas por el Canadá. Aparentemente, el razonamiento arriba expuesto en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 sería aplicable, *mutatis mutandis*, a la relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo XI del GATT de 1994. Sin embargo, en el presente caso no es preciso que determinemos esta cuestión de manera concluyente, porque ya hemos determinado que la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no está excluida cuando la medida impugnada está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC.

5.30. La Unión Europea hace hincapié en el texto del primer párrafo del preámbulo del Acuerdo sobre las MIC, afirmando que "el objeto y fin del Acuerdo sobre las MIC era precisamente 'elaborar' disposiciones 'nuevas' o 'adicionales' a las ya existentes".⁴⁵⁴ Añade que la interpretación del Grupo Especial contradice el objeto y fin del Acuerdo sobre las MIC porque "si se interpretara que simplemente afirman lo evidente, es decir, que los tipos de medidas enumerados en el Anexo discriminan contra las mercancías importadas, sin más consecuencias, el párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa serían en gran medida redundantes".⁴⁵⁵

5.31. En el primer párrafo del preámbulo del Acuerdo sobre las MIC se cita el mandato de negociación de la Declaración de Punta del Este⁴⁵⁶, donde se hace referencia a "los efectos de restricciones y distorsiones del comercio resultantes de las medidas en materia de inversiones" y se piden negociaciones para "elaborar[], según proceda, las disposiciones adicionales que pudieran ser necesarias para evitar tales efectos negativos sobre el comercio". En el cuarto párrafo se reconoce que "ciertas medidas en materia de inversiones pueden causar efectos de restricción y distorsión del comercio".

5.32. El recurso de la Unión Europea al texto del mandato de negociación de Punta del Este no nos persuade. Considerando el Acuerdo sobre las MIC en su conjunto, estimamos que las disposiciones "adicionales" que contiene aclaran principalmente la aplicación de los artículos III y XI del GATT de 1994 a un conjunto específico de medidas, a saber, las MIC. Sin embargo, al hacerlo hay poca o ninguna indicación de que se tuviera intención de que las disposiciones del Acuerdo sobre las MIC prevalecieran sobre derechos reconocidos en el GATT, como el previsto en el párrafo 8 a) del artículo III. Por el contrario, varias disposiciones del Acuerdo sobre las MIC -en particular la cláusula inicial del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 3 y 4- parecerían reflejar reiterados intentos de salvaguardar los derechos reconocidos en el GATT, en lugar de anularlos.

5.33. Por las razones antes mencionadas, estimamos que el Grupo Especial rechazó correctamente el argumento de la Unión Europea de que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable a medidas que están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la Lista ilustrativa anexa a ese Acuerdo. Por tanto, confirmamos la constatación del Grupo Especial, expuesta en el párrafo 7.121 de sus informes, de que "el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC no elimina la necesidad de que [el Grupo Especial] realice[] un análisis de la cuestión de si las medidas impugnadas quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 en virtud de la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994". Dado que hemos confirmado la constatación del Grupo Especial, no hay fundamento alguno para que

⁴⁵³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 33.

⁴⁵⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 35. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁵⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 35.

⁴⁵⁶ Declaración Ministerial adoptada en Punta del Este (Uruguay) el 20 de septiembre de 1986 para poner en marcha la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

consideremos la solicitud de la Unión Europea de que completemos el análisis y constatemos que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable en el presente caso porque las medidas están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 2 y la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC.⁴⁵⁷

5.3 Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

5.34. Pasamos a examinar el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Los tres participantes impugnan en apelación distintos aspectos de la interpretación y aplicación de esta disposición por el Grupo Especial.

5.35. El Canadá alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no están abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III y que, por consiguiente, el Canadá no puede basarse en esa disposición para excluir la aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 a los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional.⁴⁵⁸ El Canadá nos solicita que revoquemos esta constatación, completemos el análisis jurídico en el marco del párrafo 8 a) del artículo III, y constatemos que el Programa y los contratos TR están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III. En consecuencia, el Canadá nos pide que constatemos que el Programa y los contratos TR no infringen el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 o el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.⁴⁵⁹

5.36. La Unión Europea y el Japón nos solicitan que confirmemos la constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR no están abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III y que, por consiguiente, el Canadá no puede basarse en esa disposición para excluir la aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea y el Japón también respaldan la conclusión del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No obstante, en sus otras apelaciones, cada uno de ellos apela contra diversos aspectos de la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y nos solicita que modifiquemos determinadas constataciones intermedias del Grupo Especial.

5.37. Las constataciones del Grupo Especial se resumen en la subsección 5.3.1. Las alegaciones y los argumentos de los participantes figuran en la subsección 5.3.2. En la subsección 5.3.3 se expone nuestra interpretación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Por último, en la subsección 5.3.4 examinamos la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 por el Grupo Especial a los hechos de las presentes diferencias.

5.3.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.38. Al comienzo de su análisis, el Grupo Especial examinó la cuestión de si el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son "medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio" (MIC) en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC. El Grupo Especial constató que un objetivo del Programa y los contratos TR es estimular la inversión en la fabricación nacional de equipo relacionado con la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables en Ontario.⁴⁶⁰ Además, el Grupo Especial constató que el Programa y los contratos TR "obliga[n] [a los productores de electricidad] a comprar determinados tipos de equipo para la producción de energía renovable que tengan su fuente en Ontario y utilizarlos en el diseño y la construcción de sus instalaciones".⁴⁶¹ Sobre esta base, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el Programa y los contratos TR constituyen MIC "en la medida en que prevén e imponen" prescripciones en materia de contenido nacional.⁴⁶²

⁴⁵⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 38.

⁴⁵⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.152.

⁴⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 7.

⁴⁶⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.109 (donde se hace referencia a Minister's 2009 FIT Direction, página 1).

⁴⁶¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.111.

⁴⁶² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.112.

5.39. El Grupo Especial evaluó a continuación la cuestión de si el Programa y los contratos TR son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Señaló que esta disposición contiene una referencia al artículo III del GATT de 1994 y, por consiguiente, evaluó la cuestión de si el Programa y los contratos TR están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 o si "quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III ... debido a la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III".⁴⁶³ A este respecto, el Grupo Especial examinó las tres cuestiones siguientes:

- a. la cuestión de si el Programa y los contratos TR pueden caracterizarse como "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición" de electricidad;
- b. la cuestión de si el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados"; y
- c. la cuestión de si la "adquisición" se realiza "para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

5.40. Por lo que respecta a la primera cuestión, el Grupo Especial constató que una medida "que rige" la adquisición "controla, reglamenta o condiciona esa adquisición".⁴⁶⁴ Con respecto al Programa y los contratos TR, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de contenido nacional para el equipo de producción de energía renovable son una condición que deben cumplir los productores que utilizan tecnologías solar FV o eólica para poder participar en el Programa TR. El Grupo Especial explicó que las prescripciones en materia de contenido nacional obligan por tanto a la compra y la utilización de determinado equipo de producción originario de Ontario como un requisito previo necesario para la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario. El Grupo Especial constató que, en consecuencia, las prescripciones en materia de contenido nacional son prescripciones que "rige[n]" la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR.⁴⁶⁵ El Grupo Especial también encontró apoyo para su posición en el hecho de que la electricidad adquirida por el Gobierno de Ontario se produce utilizando el mismo equipo de producción que está sujeto a las prescripciones en materia de contenido nacional. Por consiguiente, a juicio del Grupo Especial, existía una "estrecha relación" entre los productos afectados por las prescripciones en materia de contenido nacional (equipo de producción de energía renovable) y el producto adquirido (electricidad).⁴⁶⁶

5.41. En segundo lugar, con respecto a la cuestión de si el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, el Grupo Especial declaró que debe entenderse que la palabra "adquisición", cuando se interpreta en su contexto inmediato, tiene el mismo sentido que la palabra "compra".⁴⁶⁷ En cuanto a su evaluación de la cuestión de si el Programa y los contratos TR implican "compras" de electricidad, el Grupo Especial se remitió a su análisis de la frase "un gobierno ... compre bienes" del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. A ese respecto, el Grupo Especial constató que la "compra" de bienes por el gobierno hace referencia a la acción por la que el gobierno obtiene la posesión (incluso mediante la obtención de la titularidad) de bienes a cambio de algún tipo de pago. El Grupo Especial afirmó que esta interpretación era "igualmente aplicable para orientar [su] análisis ... al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994".⁴⁶⁸ En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

5.42. En tercer lugar, por lo que se refiere a la cuestión de si la adquisición por el Gobierno de Ontario es "para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", en el sentido del

⁴⁶³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.113.

⁴⁶⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.124 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS412), párrafo 83, donde a su vez se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 7.529).

⁴⁶⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.124.

⁴⁶⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.127.

⁴⁶⁷ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.131 y 7.135.

⁴⁶⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.136 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, sección VII.C.2 c) iii), páginas 110-121).

párrafo 8 a) del artículo III, el Grupo Especial señaló que las partes habían propuesto sentidos diferentes de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". El Canadá había sugerido que puede existir una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" siempre que un gobierno compre un producto para un objetivo declarado del gobierno. El Japón, por el contrario, había propuesto que una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" abarca únicamente las compras de productos para utilización, consumo o aprovechamiento por el gobierno, y la Unión Europea había sostenido que la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" hace referencia a las compras para cubrir las necesidades de los poderes públicos, que incluyen la compra de los productos consumidos por el propio gobierno y de los necesarios para el suministro de servicios públicos por el gobierno.⁴⁶⁹

5.43. El Grupo Especial indicó que el sentido corriente de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" era relativamente amplio y podía abarcar los tres sentidos propuestos por las partes.⁴⁷⁰ No obstante, consideró también que la frase inmediatamente siguiente "y no para su reventa comercial" informa y limita el sentido corriente que, de lo contrario, sería relativamente amplio de la expresión "necesidades de los poderes públicos", y que la adquisición de productos comprados "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" no podía ser al mismo tiempo una "adquisición ... para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".⁴⁷¹ El Grupo Especial declaró a continuación que si constataba que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario se realiza "para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", esa adquisición no estaría abarcada por el párrafo 8 a) del artículo III. Sin formular una constatación acerca de si el Programa y los contratos TR implican compras "para cubrir las necesidades de los poderes públicos", el Grupo Especial pasó a evaluar la cuestión de si el Gobierno de Ontario compra electricidad "para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

5.44. El Grupo Especial señaló que las partes habían propuesto también sentidos distintos de la expresión "para su reventa comercial". Mientras el Canadá había sostenido que la frase se refería a una compra con el "objetivo de revender por un beneficio", los reclamantes habían mantenido que significaba "con miras a su venta o su introducción en la corriente del comercio o el mercado, con independencia de cualquier beneficio".⁴⁷² El Grupo Especial declaró que, con arreglo a la interpretación propugnada por los reclamantes, las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR se hacen "para su reventa comercial" porque la electricidad comprada se introduce en el comercio en competencia con proveedores minoristas de electricidad del sector privado.⁴⁷³ El Grupo Especial examinó seguidamente la interpretación propugnada por el Canadá según la cual la frase "para su reventa comercial" se refiere a la reventa con la intención subyacente de obtener un beneficio. A este respecto, el Grupo Especial consideró que era evidente que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa de la electricidad y, por consiguiente, constató que el argumento del Canadá de que el Gobierno de Ontario no compra electricidad para su reventa comercial fallaba incluso con arreglo a los términos de la propia interpretación del Canadá de la expresión "reventa comercial".⁴⁷⁴ El Grupo Especial hizo hincapié en que no consideraba que una "reventa comercial" implicara siempre necesariamente un beneficio, pero que como el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa de la electricidad en el marco del Programa y los contratos TR, y como las reventas de electricidad se realizan en competencia con proveedores minoristas de electricidad con licencia, las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario se realizan "para su reventa comercial".

5.45. Sobre esta base, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el Programa y los contratos TR no están abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III y que, por lo tanto, están sujetos a las disciplinas del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁴⁷⁵ El Grupo Especial constató a continuación que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC porque exigen

⁴⁶⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.138.

⁴⁷⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.139.

⁴⁷¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.140.

⁴⁷² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.146. (no se reproducen las notas de pie de página)

⁴⁷³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.148.

⁴⁷⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.151.

⁴⁷⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.152.

la compra o la utilización de productos de origen canadiense y porque el cumplimiento de esa prescripción es necesario a fin de participar en el Programa TR.⁴⁷⁶

5.3.2 Alegaciones y argumentos en apelación

5.46. El Canadá alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas en litigio no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 porque las compras por el Gobierno de Ontario de electricidad producida a partir de fuentes renovables en el marco del Programa TR son "para su reventa comercial", y formula dos alegaciones de error con respecto a la interpretación que hace el Grupo Especial de esta frase. En primer lugar, el Canadá afirma que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 a) del artículo III al centrarse en la cuestión de si hay una "reventa comercial" de electricidad por el Gobierno de Ontario al tiempo que no interpretó debidamente el término "para" que figura en esa disposición. El Canadá sostiene que, en el marco del Programa y los contratos TR, el Gobierno de Ontario compra electricidad para "ayudar a garantizar un suministro de electricidad suficiente y fiable para los habitantes de Ontario y proteger el medio ambiente"⁴⁷⁷, y que no compra electricidad para su reventa comercial. En segundo lugar, alega que el Grupo Especial interpretó erróneamente la expresión "reventa comercial" del párrafo 8 a) del artículo III. Sostiene que, si el Grupo Especial hubiera interpretado adecuadamente esta expresión, habría concluido que por "reventa comercial" se entiende una reventa con la intención subyacente de obtener un beneficio. Por lo que respecta al Programa y los contratos TR, el Canadá sostiene que no hay nada que indique que el Gobierno de Ontario compra electricidad con la finalidad de revenderla para obtener un beneficio.

5.47. El Canadá alega además que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, en contra de lo dispuesto en el artículo 11 del ESD, al constatar que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza "para su reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.⁴⁷⁸ El Canadá impugna dos constataciones del Grupo Especial a este respecto. En primer lugar, impugna la constatación del Grupo Especial de que Hydro One Inc. y los distribuidores venden electricidad en competencia con los proveedores minoristas del sector privado con licencia.⁴⁷⁹ En segundo lugar, el Canadá impugna la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR.⁴⁸⁰

5.48. El Japón y la Unión Europea nos solicitan que confirmemos la conclusión del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No obstante, en sus otras apelaciones, cada uno de ellos apela contra diversos aspectos de la interpretación y aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 por el Grupo Especial y nos solicita que modifiquemos determinadas constataciones intermedias del Grupo Especial.

5.49. El Japón alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad. Aduce que la estructura del sistema de energía de Ontario, en particular el desglose de la producción, la transmisión y la distribución de electricidad y la atribución de cada una de esas funciones, junto con las correspondientes funciones de regulación, a entidades distintas, indican que el Gobierno de Ontario no participa en el suministro o venta físicos de electricidad.

5.50. En el caso de que no revoquemos la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio implican "compras" por el Gobierno de Ontario, el Japón apela de forma condicional contra la interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos", y nos pide que completemos el análisis y constatemos que el Programa y los contratos TR no implican "compra[s] para cubrir las necesidades de los poderes públicos". El Japón alega que el Grupo Especial no interpretó el significado de esa expresión porque concluyó simplemente que la compra de bienes por un organismo gubernamental para

⁴⁷⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.167.

⁴⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 34.

⁴⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 48.

⁴⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 72.

⁴⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 76 y 77.

cubrir las necesidades de los poderes públicos no podía constituir al mismo tiempo una compra de bienes por el gobierno para su reventa comercial, y aplicó la disposición basándose en esa suposición, en lugar de hacerlo en una interpretación adecuada de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". Aduce que la electricidad se "compra[]" para cubrir las necesidades de los poderes públicos" únicamente cuando la compra se hace "con el fin de conseguir cubrir determinadas necesidades de los poderes públicos o con el objetivo de lograr cubrir esas necesidades de los poderes públicos".⁴⁸¹

5.51. En caso de que rechazemos tanto la apelación del Japón relativa a la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad, como su apelación de que las medidas en litigio implican "compra[s]" para cubrir las necesidades de los poderes públicos", el Japón nos solicita que constatemos que el Grupo Especial no interpretó adecuadamente la expresión "reventa comercial" al concluir que el beneficio obtenido por el gobierno como consecuencia de la "reventa" era una prueba pertinente de su carácter "comercial". El Japón sostiene que, en lugar de esta conclusión errónea, deberíamos constatar que la expresión "para su reventa comercial" significa "con miras a su venta en la corriente de comercio"⁴⁸² y que, en la medida en que el Programa y los contratos TR implican compras de electricidad por el Gobierno de Ontario, esas compras son "para su reventa comercial" porque la electricidad se compra con miras a su venta o su introducción en la corriente de comercio o el mercado, con independencia de que el gobierno obtenga un beneficio de la reventa.

5.52. La Unión Europea nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de contenido nacional con respecto a los equipos de producción de energía eólica y solar FV establecidas en los contratos TR y microTR "rigen" la supuesta adquisición de electricidad a los efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. A juicio de la Unión Europea, las "leyes, reglamentos y prescripciones" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III tienen que estar relacionados con el objeto de la adquisición -es decir, los "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos"- para que "rijan" esa adquisición. El párrafo 8 a) del artículo III no abarca las prescripciones o condiciones que no están relacionadas con las "características intrínsecas"⁴⁸³ o la naturaleza del producto comprado. Aduce que condiciones exógenas al objeto del contrato, como las prescripciones relativas al origen del equipo utilizado para producir la electricidad adquirida en el marco del Programa TR, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, porque "no tienen un vínculo racional" con los atributos de la electricidad adquirida.⁴⁸⁴

5.53. La Unión Europea también nos solicita que revoquemos o declaremos superflua y sin efectos jurídicos la declaración del Grupo Especial de que la expresión "necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III puede interpretarse en el sentido de que abarca cualquier compra gubernamental "para un objetivo declarado del gobierno".⁴⁸⁵ En caso de que, en respuesta a la apelación del Canadá, revoquemos la constatación del Grupo Especial de que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realizan "para su reventa comercial", la Unión Europea nos solicita que revoquemos o modifiquemos el razonamiento del Grupo Especial por lo que respecta al sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos", que completemos el análisis, y que constatemos que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no se realiza para cubrir las "necesidades de los poderes públicos".⁴⁸⁶ La Unión Europea mantiene que la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III alude únicamente a "compras por el gobierno de bienes necesarios para sustentar la labor y las funciones gubernamentales".⁴⁸⁷ Por lo tanto, esos bienes tendrán que "ser realmente utilizados o consumidos por el gobierno en el contexto de sus tareas administrativas o en el contexto del ejercicio de sus funciones públicas".⁴⁸⁸ En ese caso, la Unión Europea también nos solicita que completemos el

⁴⁸¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 174.

⁴⁸² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 188. (no se reproducen las cursivas)

⁴⁸³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 51. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁸⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 53.

⁴⁸⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 60 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.139. (no se reproduce la nota de pie de página))

⁴⁸⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 61.

⁴⁸⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 60.

⁴⁸⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 60.

análisis y constatemos que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no se realizan "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". En este sentido, la Unión Europea aduce que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario no se realizan "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" porque la electricidad no es utilizada por el Gobierno de Ontario. Si la electricidad comprada por el gobierno no es utilizada para su propio consumo, o en el desempeño de funciones gubernamentales como la prestación de servicios públicos, esas compras no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea sostiene que la creación de un sistema eléctrico con un suministro estable, fiable y suficiente de electricidad procedente de fuentes renovables es un objetivo de política legítimo, pero no constituye de por sí una prestación de un servicio público.

5.3.3 Interpretación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

5.54. Los tres participantes impugnan en apelación aspectos distintos de la interpretación que dio el Grupo Especial al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Esta es la primera vez que se pide al Órgano de Apelación que interprete esta disposición. El párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 dispone lo siguiente:

Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

5.55. Observamos que el párrafo 8 a) del artículo III comienza con las palabras "Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a ...". Esta cláusula introductoria establece un vínculo con el resto del artículo III. El título del artículo III es "Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores". El principio de trato nacional consagrado en el artículo III ha sido una piedra angular del sistema multilateral de comercio desde su creación. Este principio general, que se enuncia con claridad en el primer párrafo del artículo III, presupone que las medidas interiores "no deberían aplicarse ... de manera que se proteja la producción nacional".⁴⁸⁹ Otros párrafos del artículo III "constituyen expresiones específicas" de este "'principio general' fundamental".⁴⁹⁰

5.56. La cláusula introductoria del párrafo 8 a) del artículo III utiliza el verbo "aplicar" en forma negativa, excluyendo así la aplicación de las demás disposiciones del artículo III a las medidas que cumplan los requisitos de ese párrafo. El párrafo 8 a) del artículo III establece por tanto una dispensa de la obligación de trato nacional del artículo III para las actividades de adquisición gubernamental que estén comprendidas en su ámbito de aplicación. Las medidas que cumplan los requisitos del párrafo 8 a) del artículo III no están sujetas a las obligaciones de trato nacional enunciadas en otros párrafos del artículo III. El párrafo 8 a) del artículo III es una dispensa que limita el alcance de la obligación de trato nacional y no es una justificación para medidas que en caso contrario serían incompatibles con esa obligación. Al mismo tiempo, señalamos que la caracterización de la disposición como una dispensa no predetermina la cuestión de a qué parte incumbe la carga de la prueba en lo que se refiere a los requisitos establecidos en la disposición.⁴⁹¹

5.57. El párrafo 8 a) del artículo III contiene varios elementos que describen los tipos y el contenido de las medidas comprendidas en el ámbito de la disposición. Algunos de los términos limitan otros términos utilizados en la misma disposición o proporcionan orientación para interpretar esos términos. De hecho, los participantes han subrayado las relaciones entre los distintos términos del párrafo 8 a) del artículo III, aunque no están de acuerdo en la interpretación de todos ellos. Consideramos que el párrafo 8 a) del artículo III se debe interpretar holísticamente, lo que exige examinar los vínculos entre los distintos términos utilizados en la disposición y las conexiones contextuales con otras partes del artículo III y con otras disposiciones del GATT

⁴⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 19.

⁴⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 93.

⁴⁹¹ Recordamos que en *China - Materias primas* el Órgano de Apelación diferenció entre "excepciones" (como la excepción general del artículo XX) y limitaciones del alcance de una obligación (como el párrafo 2 a) del artículo XI). (Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 334)

de 1994. Al mismo tiempo, el principio de interpretación efectiva de los tratados nos obliga a dar sentido a todos los términos de la disposición.⁴⁹²

5.58. El párrafo 8 a) del artículo III describe los tipos de medidas comprendidas en su ámbito de aplicación como "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados". Observamos que la expresión "que rijan" une las palabras "leyes, reglamentos y prescripciones" con la palabra "adquisición" y con el resto del párrafo. En el contexto del párrafo 8 a) del artículo III, la expresión "que rijan", junto con la palabra "adquisición" y las demás partes del párrafo, define el objeto de las "leyes, reglamentos y prescripciones". El término "*governing*" ("que rijan") se define como "*constitut[ing] a law or rule for*" (que constituye una ley o norma para).⁴⁹³ El párrafo 8 a) del artículo III exige pues una conexión clara entre las leyes, reglamentos y prescripciones y la adquisición, en el sentido de que el acto de adquisición se realiza dentro de una estructura obligatoria de leyes, reglamentos y prescripciones.

5.59. El término "*procurement*" ("adquisición") puede referirse en términos generales a "[t]he action of obtaining something; acquisition" (la acción de obtener algo; adquisición), o de manera más específica a "*the action or process of obtaining equipment and supplies*" (la acción o proceso de obtener equipos o suministros).⁴⁹⁴ En un sentido más técnico, el término *procurement* se refiere normalmente a los procedimientos formales que utilizan los gobiernos para adquirir bienes o servicios.⁴⁹⁵ En el párrafo 8 a) del artículo III la palabra "adquisición" está relacionada con la expresión "productos comprados". A este respecto, el Grupo Especial constató que al término "adquisición" del párrafo 8 a) del artículo III se le debe dar "esencialmente el mismo sentido" que a la palabra "comprados" y viceversa.⁴⁹⁶ Sin embargo, a nuestro juicio los conceptos de "adquisición" y "compra" no deben equipararse. En nuestra opinión, el término "adquisición" es la palabra dispositiva del párrafo 8 a) del artículo III que describe el procedimiento y la actuación del organismo gubernamental. La palabra "comprados" se usa para describir el tipo de transacción utilizado para hacer efectiva esa adquisición. No toda adquisición tiene que efectuarse mediante una compra y no toda compra forma parte de un procedimiento de adquisición gubernamental. La utilización de la palabra "comprados" en la misma disposición indica que la palabra "*procurement*" ("adquisición" en la versión española) se refiere al procedimiento de obtención de los productos y no a la propia adquisición, porque si se interpretara que el término *procurement* se refiere simplemente a cualquier adquisición, no añadiría ningún sentido al párrafo 8 a) del artículo III además del que ya expresa el término "comprados". Consideramos por tanto que el término "*procurement*" alude al procedimiento en virtud del cual un gobierno adquiere productos. La gama exacta de acuerdos contractuales abarcados por el concepto de "compra" no es una cuestión que tengamos que decidir en este asunto.

5.60. El párrafo 8 del artículo III especifica además qué es lo que se adquiere y quién lo hace. El objeto de la adquisición es un "producto" y lo adquiere un "organismo gubernamental". El término "*agency*" ("organismo") se define como "[a] business, body, or organization providing a particular service, or negotiating transactions on behalf of a person or group" (una empresa, órgano u organización que ofrece un determinado servicio o que negocia transacciones en nombre de una persona o de un grupo).⁴⁹⁷ La palabra "organismo" se utiliza en conexión con el término "gubernamental" y, en consecuencia, el párrafo 8 a) del artículo III se refiere a entidades que actúan a favor o en nombre del gobierno. El Órgano de Apelación ha sostenido que el sentido del término "gobierno" se deriva, en parte, de las funciones que realiza y, en parte, de la autoridad en virtud de la cual lleva a cabo esas funciones.⁴⁹⁸ Consideramos por tanto que la cuestión de si una entidad es un "organismo gubernamental", en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, viene determinada por las competencias concedidas a la entidad de que se trate y por el hecho de si esa entidad actúa por el gobierno o en su nombre.

⁴⁹² Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27.

⁴⁹³ *Oxford English Dictionary Online*, <<http://www.oed.com/view/Entry/80304>>.

⁴⁹⁴ *Oxford English Dictionary Online*, <<http://www.oed.com/view/Entry/151913>>.

⁴⁹⁵ Esos procedimientos expresan normalmente principios, como los de eficiencia o transparencia. Véase por ejemplo la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, de 2011, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁴⁹⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.131.

⁴⁹⁷ *Oxford English Dictionary Online*, <<http://www.oed.com/view/Entry/3851>>.

⁴⁹⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos*, párrafo 97; y *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 290.

5.61. Consideramos que los párrafos 1 y 2 del artículo XVII del GATT de 1994 ofrecen un contexto pertinente para interpretar la expresión "organismo gubernamental" en el párrafo 8 a) del artículo III. El párrafo 1 del artículo XVII establece obligaciones para las empresas comerciales del Estado y el párrafo 2 estipula una dispensa de esas obligaciones para determinadas transacciones de contratación pública. En contraste con el párrafo 8 a) del artículo III, las disposiciones del artículo XVII se refieren a las "empresas comerciales del Estado" y no a los "organismos gubernamentales". De conformidad con el párrafo 1 del artículo XVII, ello incluye empresas del Estado y empresas a las que el Estado concede privilegios exclusivos o especiales. De ello se desprende que el GATT de 1994 reconoce que hay un ámbito público y otro privado y que las entidades gubernamentales pueden actuar en uno, el otro, o ambos. Los gobiernos pueden limitar las actividades de las entidades al ámbito público o darles competencias para que actúen en el ámbito privado. A nuestro juicio, la expresión "organismos gubernamentales" alude a las entidades que actúan por el gobierno o en su nombre en el ámbito público dentro de las competencias que se les han concedido para desempeñar funciones gubernamentales. Esto confirma también nuestra interpretación de que un "organismo gubernamental" es una entidad que actúa por el gobierno o en su nombre y que desempeña funciones gubernamentales dentro de las competencias que se le han concedido.

5.62. Pasamos seguidamente a examinar la expresión "productos comprados" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III. En el sentido de esta disposición un "producto" es algo que se puede comerciar. La palabra "producto" figura también en otras disposiciones del artículo III del GATT de 1994 que ofrecen un contexto pertinente. Los párrafos 2 y 4, en particular, se centran en el trato concedido a los "productos". El párrafo 4 del artículo III prohíbe discriminar contra los productos importados, es decir, prohíbe a los Miembros dar un trato menos favorable a los productos importados que a los productos similares de origen nacional. En el contexto del párrafo 2 del artículo III, la obligación de trato nacional se aplica también al trato dado a los productos importados que sean directamente competidores de los productos nacionales o que puedan sustituirlos directamente.

5.63. Hemos constatado *supra* que el párrafo 8 a) del artículo III establece las condiciones en las que se produce la dispensa de las obligaciones del artículo III. La dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III sólo es pertinente si hay un trato discriminatorio de los productos extranjeros que están abarcados por las obligaciones establecidas en el artículo III y ese trato discriminatorio se deriva de leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados. Tanto las obligaciones establecidas en el artículo III como la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III hacen referencia al trato discriminatorio de productos. Como el párrafo 8 a) del artículo III constituye una dispensa de las obligaciones contenidas en otros párrafos del artículo III, estimamos que debe considerarse el mismo trato discriminatorio tanto respecto de las obligaciones establecidas en el artículo III como respecto de la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III. En consecuencia, el alcance de la expresión "productos comprados" del párrafo 8 a) del artículo III está informado por el alcance de los "productos" a que se hace referencia en las obligaciones enunciadas en otros párrafos del artículo III. Por lo tanto, el párrafo 8 a) del artículo III afecta, en primer lugar, al producto que es objeto de la discriminación. El ámbito de aplicación del párrafo 8 del artículo III no sólo abarca los productos que sean idénticos al producto comprado, sino también a los productos "similares". De acuerdo con la Nota al párrafo 2 del artículo III, también es aplicable a los productos directamente competidores del producto comprado en virtud de la medida impugnada o que puedan sustituirlo directamente. Para simplificar, se puede describir esta gama de productos como aquellos que se encuentran en una relación de competencia. La determinación de lo que constituye una relación de competencia entre productos puede requerir que se tengan en cuenta los insumos y procesos de producción utilizados para producir el producto. En su réplica a la alegación del Canadá fundada en el párrafo 8 a) del artículo III, la Unión Europea reconoce que el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III también puede abarcar la discriminación relativa a los insumos y procesos de producción utilizados respecto de productos comprados mediante adquisición.⁴⁹⁹ La cuestión de si la dispensa que figura en el párrafo 8 a) del artículo III puede aplicarse también a la

⁴⁹⁹ La Unión Europea explica que, cuando se refiere a las "características" del producto, no lo hace aludiendo necesariamente a características detectables físicamente, sino aludiendo a elementos que definen más ampliamente la naturaleza del producto. Sostiene que el perfil ambiental o los atributos ambientales que puede incorporar un determinado producto, aunque no se materialicen en ninguna característica física determinada, podrían formar parte legítimamente de las prescripciones del producto comprado que están estrechamente relacionadas con el objeto del contrato. (Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), nota 43 al párrafo 51)

discriminación del tipo a que se refiere la Unión Europea es un asunto que no decidimos en este caso.⁵⁰⁰

5.64. Pasamos a ocuparnos del siguiente elemento del párrafo 8 a) del artículo III. La disposición se refiere a compras "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". Los participantes han presentado opiniones divergentes sobre el sentido de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III. El Canadá defiende una interpretación amplia que puede abarcar cualquier compra para un objetivo declarado del gobierno.⁵⁰¹ Alega que el Grupo Especial aceptó su interpretación.⁵⁰² En respuesta a una pregunta formulada en la audiencia, el Canadá aclaró que la indagación de las "necesidades de los poderes públicos" ha de ir más allá del objetivo declarado de un gobierno y debe incluir una evaluación de si ese gobierno ha suministrado tradicionalmente un determinado producto y si tiene un mandato constitucional para hacerlo, y debe tener en cuenta el papel del gobierno en el país de que se trate, centrándose en la historia, la constitución y la legislación de dicho gobierno. La Unión Europea considera que la interpretación del Canadá es excesivamente amplia. Según la Unión Europea, la cuestión clave es si los "productos comprados" son necesarios para sustentar la labor y las funciones del gobierno y por tanto serán realmente utilizados de alguna manera por el gobierno en el ejercicio de sus funciones públicas (incluida la prestación de servicios públicos).⁵⁰³ La Unión Europea acepta que los "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" no tienen que estar limitados a los destinados al consumo o uso físico por el gobierno.⁵⁰⁴ El Japón subraya la expresión "para cubrir", que a su juicio exige averiguar si existe una conexión verdadera y auténtica entre la "compra" y la "necesidad de los poderes públicos" de que se trate.⁵⁰⁵

5.65. Contrariamente a lo que alega el Canadá, no nos parece evidente que el Grupo Especial formulara su propia interpretación de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". El Grupo Especial indicó efectivamente que el "sentido corriente" de la expresión "necesidades de los poderes públicos" es "relativamente amplio" y podría abarcar los tres sentidos propuestos por las partes, incluida la interpretación del Canadá.⁵⁰⁶ Sin embargo, el Grupo Especial no se detuvo ahí. Inmediatamente después de esta declaración indicó que tenía que "interpretar esta expresión en su contexto".⁵⁰⁷ No obstante, finalmente el Grupo Especial no definió la expresión "necesidades de los poderes públicos". En cambio, declaró que "la expresión 'necesidades de los poderes públicos' debe interpretarse en yuxtaposición con las palabras 'no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial' que figuran en el párrafo 8 a) del artículo III".⁵⁰⁸ Basándose en la tesis de que una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" no puede constituir al mismo tiempo una compra de mercancías por el gobierno "para su reventa comercial", el Grupo Especial no llegó a una conclusión acerca de si el Programa y los contratos TR implican compras de electricidad "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". Antes bien, el Grupo Especial pasó a examinar la cuestión de si esas compras se realizan para su reventa comercial, basándose en la hipótesis de que, si constataba que era así, ello también implicaría que las compras no se hacen para cubrir "las necesidades de los poderes públicos".⁵⁰⁹

5.66. La palabra "*purpose*" ("necesidad" en la versión española) puede referirse a "*an object in view; a determined intention, an aim*" (un objetivo que se persigue, una intención o finalidad determinada) o puede hacer referencia a "*the end to which an object or action is directed*" (el fin al que se dirige un objetivo o acción).⁵¹⁰ En el párrafo 8 a) del artículo III la palabra "*purpose*" se utiliza junto con la palabra "*governmental*" ("poderes públicos" en la versión española). En consecuencia, la expresión "*governmental purposes*" ("necesidades de los poderes públicos" en la versión española) puede referirse a las intenciones o finalidades de un gobierno o puede hacer

⁵⁰⁰ En este asunto no examinamos normas para determinar el origen de los productos comprados. En este caso no se ha alegado que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional sean normas de origen.

⁵⁰¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 59.

⁵⁰² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 59 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.138 y 7.139).

⁵⁰³ Declaración inicial de la Unión Europea en la audiencia.

⁵⁰⁴ Declaración inicial de la Unión Europea en la audiencia.

⁵⁰⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 171.

⁵⁰⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.139.

⁵⁰⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.139.

⁵⁰⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.145.

⁵⁰⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.145.

⁵¹⁰ Oxford English Dictionary Online, <<http://www.oed.com/view/Entry/154972>>.

referencia al gobierno como el fin al que se destina el producto comprado. Observamos que en el párrafo 8 a) del artículo III la palabra "*governmental*" se utiliza una vez en relación con "*purposes*" y de nuevo en relación con la palabra "*agencies*" ("organismos"). La referencia a "*governmental agencies*" define la identidad de la entidad que lleva a cabo la adquisición. Sin embargo, como por su propia naturaleza los organismos gubernamentales persiguen finalidades u objetivos gubernamentales, la referencia adicional a "*governmental*" en relación con "*purposes*" tiene que ir más allá de exigir simplemente algún objetivo o finalidad gubernamental con respecto a las compras realizadas por los organismos gubernamentales.

5.67. Señalamos además que la versión francesa del párrafo 8 a) del artículo III se refiere a "*les besoins des pouvoirs publics*" y la versión española de la disposición se refiere a "las necesidades de los poderes públicos". El término "*purposes*" corresponde por tanto a los términos "*besoins*" y "*necesidades*", respectivamente, de los textos francés y español. Tanto el término español como el francés se corresponden fielmente con el término inglés "*needs*".⁵¹¹ Así pues, los textos español y francés se pueden leer armoniosamente⁵¹² con una interpretación de la palabra "*purposes*" en inglés que se refiere a compras de productos destinados al gobierno o comprados para las necesidades del gobierno en el desempeño de sus funciones. En cambio, las palabras "*necesidades*" o "*besoins*" no se pueden interpretar armoniosamente con la definición del término "*purpose*" como "*objectives*" (objetivos) o "*aims*" (finalidades) del gobierno porque ni la palabra "*besoins*" en francés, ni "*necesidades*" en español, incluyen la idea de un finalidad u objetivo.⁵¹³

5.68. El párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994 ofrece un contexto pertinente para la interpretación de la expresión "necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III. La disposición se refiere a "las importaciones de productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta". Al referirse a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta, el párrafo 2 del artículo XVII identifica los casos en que se puede decir que un producto ha sido comprado para cubrir las necesidades de los poderes públicos. Un ejemplo evidente es cuando un organismo gubernamental compra un producto, lo utiliza para desempeñar sus funciones gubernamentales, y el producto se consume íntegramente en el proceso. Ninguno de los participantes cuestiona que este sería un ejemplo de un producto comprado para cubrir las necesidades de los poderes públicos. Observamos también que el párrafo 2 del artículo XVII está redactado de forma más limitada que el párrafo 8 a) del artículo III, ya que la primera disposición se refiere a "destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta". Esto indica a su vez que cuando los productos comprados son utilizados por los poderes públicos o por su cuenta, el párrafo 8 a) del artículo III no exige que eso se haga de manera "inmediata o finalmente". Por lo tanto, consideramos que la expresión "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el párrafo 8 a) del artículo III se refiere a lo que es utilizado por el gobierno o a lo que éste suministra a los destinatarios en el desempeño de sus funciones públicas. El alcance de esas funciones deberá determinarse según las circunstancias de cada caso.⁵¹⁴ Por último, recordamos que el párrafo 8 a) del artículo III se refiere a compras "*para* cubrir las necesidades de los poderes públicos".⁵¹⁵ La palabra "*para*" relaciona la expresión "productos comprados" con "las necesidades de los poderes públicos", y por tanto indica que los productos comprados deben estar destinados a cubrir las necesidades de los poderes públicos o ser utilizados para esas necesidades. Por consiguiente, el párrafo 8 a) del artículo III exige que haya una relación racional entre el producto y la función gubernamental que se desempeña.

⁵¹¹ *The Oxford Spanish Dictionary*, B. Galimberti y R. Russell (editores) (Oxford University Press, 1994), página 523; *Le Nouveau Petit Robert*, P. Varrod (editor) (Dictionnaires Le Robert, 1993), páginas 246 y 247.

⁵¹² El artículo 33 de la Convención de Viena recoge el principio de que el texto del tratado es igualmente auténtico en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. En el caso de los acuerdos abarcados, el artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC dispone que los textos en español, francés e inglés son igualmente auténticos. Por consiguiente, se presume que los términos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 tienen el mismo sentido en cada texto auténtico.

⁵¹³ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición (Real Academia Española, 2001), página 1065.

⁵¹⁴ En la audiencia se examinó un ejemplo en el que un hospital público compra productos farmacéuticos y se los da a los pacientes. Tanto el Canadá como la Unión Europea reconocieron que esta compra podría calificarse como compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

⁵¹⁵ Sin cursivas en el original.

5.69. Pasamos seguidamente al análisis del último elemento del texto del párrafo 8 a) del artículo III, es decir, la frase "y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial". En el contexto del párrafo 8 a) del artículo III, la expresión "para su reventa comercial" se remite a los "productos comprados" y por tanto acompaña al mismo elemento textual que la cláusula "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". Las dos expresiones, "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" y "no para su reventa comercial", matizan y limitan también el alcance de los "productos comprados". Estos dos requisitos están vinculados por las palabras "y no", lo que indica que el requisito de que las compras no se hagan para su reventa comercial debe cumplirse además del requisito de que las compras se hagan para cubrir las necesidades de los poderes públicos. En consecuencia, una compra que no cumpla el requisito de que se haga "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" no estará abarcada por el párrafo 8 a) del artículo III con independencia de si cumple el requisito de que "no" se haga "para su reventa comercial". Se trata de requisitos acumulativos. Discrepamos por tanto de la tesis del Grupo Especial de que cuando la compra de bienes por un gobierno se realiza "para su reventa comercial", también por esa razón no es una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

5.70. Por lo que se refiere al sentido de la expresión "reventa comercial", observamos que el término "resale" ("reventa") se define como "*the sale of something previously bought*" (la venta de algo previamente comprado).⁵¹⁶ En el contexto del párrafo 8 a) del artículo III, la palabra "reventa" se refiere a la expresión "productos comprados". En consecuencia, el producto que no debe ser "revendido" de forma comercial es el mismo producto "comprado para cubrir las necesidades de los poderes públicos". En nuestra opinión, una "reventa comercial" es la reventa de un producto en condiciones de plena competencia entre un vendedor voluntario y un comprador voluntario. Gran parte del debate en este asunto se ha centrado en la cuestión de si una adquisición "para su reventa comercial" tiene que conllevar un beneficio. El Canadá, en particular, ha aducido que una adquisición "para su reventa comercial" es una adquisición "con el objetivo de revender por un beneficio".⁵¹⁷ El Japón y la Unión Europea rechazan la tesis de que el beneficio, o la intención de obtener un beneficio, sea un elemento necesario.⁵¹⁸ Aunque el Grupo Especial constató finalmente la existencia de un beneficio en este caso⁵¹⁹, no parecía convencido por el argumento del Canadá de que para que una reventa sea "comercial" se necesita un elemento de beneficio.⁵²⁰ El Grupo Especial observó a este respecto que "es un hecho que las ventas con pérdidas pueden ser, y son a menudo, parte de actividades comerciales ordinarias".⁵²¹

5.71. A nuestro juicio, la cuestión de si una transacción constituye una "reventa comercial" debe evaluarse teniendo en cuenta la totalidad de la transacción. Al hacerlo, en la evaluación se debe analizar la transacción desde el punto de vista del vendedor y si la transacción está orientada a obtener beneficios para el vendedor. En general consideramos que la orientación a obtener beneficios es una indicación de que la reventa se realiza en condiciones de plena competencia. La orientación a obtener beneficio indica que el vendedor actúa en interés propio. No obstante, como señaló el Grupo Especial, hay circunstancias en que un vendedor participa en una transacción por su propio interés sin obtener beneficio. Hay distintas circunstancias en que un vendedor puede ofrecer un producto a un precio que no le permite obtener un beneficio, o en ocasiones ni siquiera recuperar totalmente el costo. En tales circunstancias puede resultar útil considerar la estrategia a largo plazo del vendedor. La razón es que las ventas con pérdidas no se podrían sostener indefinidamente y cabría esperar que a largo plazo un vendedor racional esté orientado a obtener beneficios, aunque reconocemos que las estrategias pueden variar mucho y por tanto no creemos que esto se aplique axiomáticamente. La transacción también hay que evaluarla desde la perspectiva del comprador. Una reventa comercial sería aquella en que el comprador trata de maximizar su propio interés. Es la evaluación de la relación entre el vendedor y el comprador en la transacción en cuestión la que permite determinar si la transacción se hace en condiciones de plena competencia.

5.72. Por último, pasamos a analizar la frase "ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III. Cuando la disposición

⁵¹⁶ Oxford English Dictionary Online, <<http://www.oed.com/view/Entry/163370>>.

⁵¹⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.146.

⁵¹⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.146.

⁵¹⁹ El Canadá ha apelado contra esta constatación al amparo del artículo 11 del ESD. Véase *infra*, párrafos 5.83 y 5.84.

⁵²⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.151.

⁵²¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.151.

utiliza los mismos términos que en la expresión "no para su reventa comercial", consideramos que estos términos tienen el mismo sentido en las dos frases. Además, mientras que la penúltima frase del párrafo 8 a) del artículo III se refiere a la reventa comercial, la última frase se refiere simplemente a "venta". A nuestro juicio, esto se debe a que la penúltima frase se refiere a la venta del producto previamente comprado por el organismo gubernamental y la última trata de la venta de un producto que es distinto del comprado previamente por el gobierno. No obstante, consideramos que las dos frases se refieren esencialmente al mismo tipo de transacciones de venta.

5.73. La disposición se refiere también a "*use in the production of goods*" ("para servir a la producción de mercancías" en la versión española). La palabra "*use*" se define como "[t]he act of putting something to work, or employing or applying a thing, for any (especially a beneficial or productive) purpose" (el acto de poner algo en servicio, o emplear o aplicar una cosa para una finalidad (especialmente beneficiosa o productiva)).⁵²² La finalidad pertinente en el sentido de la disposición se especifica a continuación con los términos "*in the production of goods*" ("a la producción de mercancías" en la versión española). La preposición "*in*" expresa una relación de inclusión y sugiere por tanto que el producto desempeña una función en la producción de mercancías. Por último, observamos que la frase "no para su reventa comercial" y la frase "para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" están unidas por la palabra "ni", lo que indica que la disposición abarca solamente los productos que no son comprados para su reventa comercial ni son comprados para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

5.74. En síntesis, consideramos que el párrafo 8 a) del artículo III enuncia una dispensa de la obligación de trato nacional que figura en el artículo III del GATT de 1994. La disposición exime de la obligación de trato nacional a determinadas medidas que contengan normas relativas al procedimiento mediante el cual el gobierno compra productos. A tenor del párrafo 8 a) del artículo III, la entidad que adquiere productos para el gobierno es un "organismo gubernamental". Hemos constatado *supra* que un "organismo gubernamental" es una entidad que desempeña funciones de gobierno y actúa por el gobierno o en su nombre. Además, hemos constatado que la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III debe entenderse en relación con las obligaciones establecidas en el artículo III, lo que significa que el producto de origen extranjero debe estar en una relación de competencia con el producto comprado.⁵²³ Además, el párrafo 8 a) del artículo III está limitado a los productos comprados para ser utilizados por el gobierno, consumidos por éste, o suministrados por él a los destinatarios en el ejercicio de sus funciones públicas. Por el contrario, el párrafo 8 a) del artículo III no abarca las compras realizadas por organismos gubernamentales con miras a revender los productos comprados en una venta en condiciones de libre competencia y tampoco comprende las compras realizadas con miras a utilizar el producto previamente comprado en la producción de mercancías destinadas a su venta en condiciones de plena competencia.

5.3.4 Aplicación del párrafo 8 a) del artículo III a los hechos de estas diferencias

5.75. Pasamos a examinar ahora la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no están abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III y que por lo tanto están sujetos a las disciplinas del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁵²⁴ Señalamos que el producto que está sujeto a los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional del Programa y los contratos TR impugnados por los reclamantes como discriminatorios al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC es determinado equipo de producción de energía renovable.⁵²⁵ No obstante, el producto que compra el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR es la electricidad y no el equipo de producción.⁵²⁶ El equipo de producción lo compran los propios productores. En consecuencia, el producto que compra un organismo gubernamental a efectos del párrafo 8 a) del artículo III -es decir, la electricidad- no es el mismo que el producto que recibe un trato menos

⁵²² Oxford English Dictionary Online, <<http://www.oed.com/view/Entry/220635>>.

⁵²³ En el presente asunto no decidimos la cuestión de si la dispensa enunciada en el párrafo 8 a) del artículo III puede aplicarse también a la discriminación relativa a los insumos y procesos de producción utilizados respecto de productos comprados por vía de adquisición. (Véase *supra*, párrafo 5.63)

⁵²⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.152.

⁵²⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.124. Véanse también los párrafos 7.158-7.160.

⁵²⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

favorable como consecuencia de los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional del Programa y los contratos TR.

5.76. Observamos que el Grupo Especial señaló la diferencia entre el producto sujeto a los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional y el producto que es objeto de adquisición.⁵²⁷ Sin embargo, el Grupo Especial constató que, en este caso, las compras de electricidad están no obstante comprendidas en el ámbito de la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III porque el equipo de producción "se necesita y se utiliza" para producir la electricidad y por lo tanto existe una "estrecha relación" entre los productos afectados por las prescripciones en materia de contenido nacional (el equipo de producción) y el producto adquirido (la electricidad).⁵²⁸

5.77. El Canadá respalda la constatación del Grupo Especial de que existe una "estrecha relación" entre los productos afectados por las prescripciones en materia de contenido nacional (el equipo de producción) y el producto adquirido, por el Gobierno de Ontario (la electricidad) porque esas prescripciones en relación con el equipo de producción de electricidad son una condición que deben cumplir los productores que utilicen tecnologías de energía solar FV o eólica para poder participar en el Programa TR, y porque la electricidad adquirida por el Gobierno de Ontario se produce utilizando el mismo equipo de producción que está sujeto a las prescripciones en materia de contenido nacional.⁵²⁹

5.78. Recordamos nuestra constatación *supra* de que las leyes, reglamentos y prescripciones "que rijan" la adquisición deben articular una conexión entre esos instrumentos jurídicos y la adquisición en el sentido de que el acto de adquisición se realiza dentro de una estructura obligatoria de leyes, reglamentos y prescripciones. Reconocemos que, en el marco de las medidas impugnadas, se articula una conexión entre la adquisición de electricidad y los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional relativos al equipo de producción. No obstante, consideramos que esta conexión con arreglo al derecho interno no resuelve la cuestión porque el párrafo 8 a) del artículo III impone también otras condiciones.

5.79. Hemos constatado *supra* que las condiciones para la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III deben entenderse en relación con las obligaciones establecidas en los demás párrafos del artículo III, lo que significa que el producto de origen extranjero contra el que supuestamente se discrimina tiene que estar en una relación de competencia con el producto comprado. En el asunto que examinamos el producto que se adquiere es la electricidad, mientras que el producto discriminado por razón de su origen es el equipo de producción. Estos dos productos no se encuentran en una relación de competencia. Ninguno de los participantes ha sugerido lo contrario y mucho menos ha aportado pruebas para justificar esa tesis. En consecuencia, la discriminación relativa al equipo de producción que figura en el Programa y los contratos TR no está abarcada por la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.⁵³⁰ Por lo tanto, revocamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.127, 7.128 y 7.152 de los informes del Grupo Especial, de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son leyes, reglamentos o prescripciones que rigen la adquisición, por organismos gubernamentales, de electricidad en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En lugar de ello, constatamos que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional no se pueden caracterizar como "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales", de electricidad en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

5.80. Recordamos que tanto el Japón como la Unión Europea formularon alegaciones con respecto a diversas partes del análisis del Grupo Especial relativo al párrafo 8 a) del artículo III. En particular, el Japón alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR constituyen "adquisición" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III.⁵³¹ porque la estructura del sistema de energía de Ontario, en particular el desglose de la producción, la transmisión y la distribución de electricidad y

⁵²⁷ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.125 y 7.126 y nota 271 a dicho párrafo.

⁵²⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.127.

⁵²⁹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafos 47-57.

⁵³⁰ Recordamos que en el presente asunto no examinamos normas para determinar el origen de los productos comprados. En este caso no se ha alegado que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional sean normas de origen.

⁵³¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.136.

la atribución de cada una de esas funciones, junto con las correspondientes funciones de regulación, a entidades distintas, indica que el Gobierno de Ontario no participa en el suministro o venta físicos de electricidad. La Unión Europea mantiene que las prescripciones en materia de contenido nacional de las medidas en litigio no están abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III porque están relacionadas con el equipo de producción, producto que es distinto y "está completamente desconectado" del producto comprado por el gobierno, que es la electricidad.⁵³²

5.81. El Japón y la Unión Europea han planteado alegaciones adicionales, pero lo han hecho de forma condicional. Ambos apelan condicionalmente contra la interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".⁵³³ El Japón apela condicionalmente contra la interpretación y aplicación por el Grupo Especial de la expresión "reventa comercial".⁵³⁴

5.82. Hemos examinado los distintos elementos del párrafo 8 a) del artículo III a que se refieren las alegaciones del Japón y la Unión Europea en una interpretación integral de esta disposición que hemos expuesto *supra*. Habiendo constatado que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III, no es necesario que examinemos estas otras alegaciones de error planteadas por la Unión Europea y el Japón a efectos de la revocación de las constataciones intermedias del Grupo Especial. Esas constataciones son superfluas.

5.83. El Canadá alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realizan "para su reventa comercial". Formula además dos alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD en relación con esta constatación. En particular, el Canadá aduce que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, en contra de lo dispuesto en el artículo 11 del ESD, cuando constató que las medidas en litigio implican compras "para su reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. De manera más específica, el Canadá alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que: i) Hydro One Inc. y los distribuidores venden electricidad en competencia con los proveedores minoristas del sector privado con licencia; y ii) el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa a los consumidores de la electricidad comprada en el marco del Programa TR.

5.84. Nuestra conclusión de que las medidas en litigio no están abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no se basa en una constatación de que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza "para su reventa comercial". Por el contrario, se basa en nuestra constatación de que el párrafo 8 a) del artículo III no abarca el trato discriminatorio del equipo utilizado por producir la electricidad que adquiere el Gobierno de Ontario. Además, hemos declarado superfluas las constataciones intermedias del Grupo Especial, incluida la constatación de que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR se realiza "para su reventa comercial". Por lo tanto, no estimamos necesario seguir examinando las alegaciones del Canadá.

5.85. Teniendo en cuenta nuestra constatación de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, y dado que el Canadá no ha apelado contra la constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC⁵³⁵, se mantiene la conclusión a que llegó el Grupo Especial, en el párrafo 8.2 de su informe correspondiente al Japón y en el párrafo 8.6 de su informe correspondiente a la UE, de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en marco del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con

⁵³² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 53; informes del Grupo Especial, párrafo 7.128.

⁵³³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.145.

⁵³⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.151.

⁵³⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.167. El Canadá no negó ante el Grupo Especial que las medidas en litigio son MIC. (*Ibid.*, párrafo 7.70) Asimismo, el Grupo Especial señaló que "aparte de invocar el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, el Canadá no ha presentado ningún argumento concreto para rechazar las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". (*Ibid.*, nota 254 al párrafo 7.107)

el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

5.4 ¿Aplicó debidamente el Grupo Especial el principio de economía procesal cuando se abstuvo de hacer una constatación respecto a la alegación "autónoma" formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994?

5.86. Pasamos ahora a la alegación del Japón de que el Grupo Especial no cumplió los deberes que le impone el artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de hacer una constatación sobre la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que era independiente de la alegación del Japón concerniente tanto al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 como al Acuerdo sobre las MIC.

5.87. Recordamos brevemente cómo se presentó esta cuestión ante el Grupo Especial. El Japón alegó que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque imponen a los productores de energía renovable "prescripciones" que "afectan" a la "venta", "compra" y "uso" "en el mercado interior" de equipo para la producción de energía renovable, y otorgan al equipo importado un trato menos favorable que el concedido a "productos similares" originarios de Ontario.⁵³⁶ Esa alegación era independiente y adicional a su alegación de infracción del Acuerdo sobre las MIC, que también incluía el párrafo 4 del artículo III.⁵³⁷ Para mayor facilidad nos referimos *infra* a la primera alegación como la "alegación autónoma al amparo del párrafo 4 del artículo III" formulada por el Japón. Nos referimos a la segunda alegación como "alegación MIC-párrafo 4 del artículo III" formulada por el Japón.

5.88. Como se indicó en la sección 5.2, el Grupo Especial decidió "evaluar simultáneamente el fondo de las alegaciones de los reclamantes tanto al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC como al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994".⁵³⁸ El Grupo Especial explicó que era "evidente según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC" que, al realizar su evaluación en el marco del Acuerdo sobre las MIC, "tendr[ía] que formar[se] también necesariamente una opinión sobre el fondo de las alegaciones de los reclamantes acerca de la compatibilidad de las medidas impugnadas con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994".⁵³⁹

5.89. Al final de su análisis, el Grupo Especial constató que "las medidas impugnadas son MIC que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa y que, a la luz del párrafo 2 del artículo 2 y la parte introductoria del punto 1 a) de la Lista ilustrativa, son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, son también incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC".⁵⁴⁰ A continuación concluyó lo siguiente:

A la luz de las constataciones que hemos realizado en esta sección de estos informes, concluimos que el Programa TR y los contratos TR y microTR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁵⁴¹

5.90. En la etapa intermedia de reexamen, el Japón solicitó al Grupo Especial que "examin[ara] su otro argumento y lo h[iciera] realizando un análisis del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994".⁵⁴² Adujo que "este análisis separado es necesario para que el Grupo Especial cumpla las

⁵³⁶ Primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafo 262.

⁵³⁷ Primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafos 295 y siguientes.

⁵³⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70.

⁵³⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.70.

⁵⁴⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.166.

⁵⁴¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.167. El Grupo Especial, basándose en su anterior conclusión, hizo la siguiente recomendación:

Por consiguiente, concluimos que el Canadá, en la medida en que ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, ha anulado o menoscabado ventajas resultantes para el Japón. Recomendamos que el Canadá ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994.

(Informe del Grupo Especial correspondiente al Japón (DS412), párrafos 8.4 y 8.5)

⁵⁴² Informes del Grupo Especial, párrafo 6.71.

obligaciones que le corresponden a tenor de los artículos 3 y 11 del ESD".⁵⁴³ El Canadá no hizo observaciones sobre la solicitud del Japón.⁵⁴⁴

5.91. El Grupo Especial respondió como sigue:

[H]emos constatado que las medidas impugnadas son MIC que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, y que a la luz del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y la parte introductoria del punto 1 a) de la Lista ilustrativa, las medidas impugnadas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Habiendo formulado esta constatación, no estimamos que para solucionar las diferencias que se nos han sometido sea necesario abordar también el otro argumento del Japón y realizar un análisis totalmente separado y autónomo de la alegación del Japón fundada en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente no hemos aceptado la solicitud del Japón.⁵⁴⁵

5.92. En apelación, el Japón alega que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de hacer una constatación relativa a su alegación autónoma formulada al amparo del párrafo 4 del artículo III. Observamos que el Grupo Especial no utilizó la expresión "economía procesal" para describir su resolución sobre la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III. La única explicación dada por el Grupo Especial figura en la sección de reexamen intermedio de sus informes citada *supra*. Aunque el Grupo Especial no afirmó expresamente que estaba aplicando el principio de economía procesal, la explicación que dio en el reexamen intermedio sugiere que eso era lo que tenía en mente.

5.93. Por consiguiente, lo que tenemos que determinar es si en este caso el Grupo Especial aplicó debidamente el principio de economía procesal. Dado que los grupos especiales tienen un cierto arbitrio por lo que respecta a la aplicación de dicho principio, el Japón, para que su alegación en apelación pueda aceptarse, tiene que demostrar que el Grupo Especial sobrepasó los límites de ese arbitrio. De conformidad con la jurisprudencia del Órgano de Apelación, esto significa que el Japón tendría que demostrar que el Grupo Especial llegó a una "solución solamente parcial del asunto debatido", o que una constatación adicional por lo que respecta a la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III "es necesaria para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir el pronto cumplimiento"⁵⁴⁶ por el Canadá de esas recomendaciones y resoluciones.

5.94. Para empezar, destacamos que este no es un caso en el que el Grupo Especial no haya formulado una constatación en el marco de una disposición que el reclamante alegaba se había infringido. En este caso el Grupo Especial ha hecho una constatación de infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Es cierto que esa constatación de infracción se basa en una evaluación de las medidas en litigio en el marco de la Lista ilustrativa de MIC adjunta al Acuerdo sobre las MIC, y en particular en su párrafo 1 a). Aunque no se dice textualmente, el párrafo 1 a) es un caso en el que un producto importado recibe un trato menos favorable que un producto nacional similar. Entendido de esa forma, no es evidente que una constatación autónoma de infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 añadiría algo a una constatación de infracción del párrafo 4 del artículo III que es consecuencia de una evaluación en el marco de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC.

5.95. El Japón aduce que una constatación autónoma en el marco del párrafo 4 del artículo III daría lugar a obligaciones más amplias en materia de aplicación. Las distintas obligaciones en materia de aplicación han sido en el pasado uno de los factores utilizados para evaluar si la aplicación del principio de economía procesal era adecuada o inadecuada. Sin embargo, el presente caso no es como el asunto *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, donde la

⁵⁴³ Informes del Grupo Especial, párrafo 6.71.

⁵⁴⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 6.71.

⁵⁴⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 6.72.

⁵⁴⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 223; y *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafo 331. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 133; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 732.

medida correctiva derivada de una constatación de infracción del Acuerdo SMC⁵⁴⁷ era distinta de la medida correctiva derivada de una constatación de infracción del Acuerdo sobre la Agricultura. Aquí no hay diferencias entre la medida correctiva que en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD sería aplicable en el caso de una constatación autónoma de infracción del párrafo 4 del artículo III y la que lo sería como consecuencia de la constatación de infracción del Acuerdo sobre las MIC-párrafo 4 del artículo III formulada por el Grupo Especial.

5.96. En la audiencia, el Japón aclaró su posición sobre las diferencias en las obligaciones en materia de aplicación explicando que el Canadá podría reducir las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR hasta un punto en que dichas prescripciones podrían satisfacerse mediante el uso de servicios locales únicamente. El Japón opinó que la constatación en el marco del Acuerdo sobre las MIC-párrafo 4 del artículo III formulada por el Grupo Especial no abordaría tal situación, que sin embargo habría estado abarcada si el Grupo Especial hubiera formulado una constatación autónoma en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

5.97. Observamos que el argumento del Japón se basa en un cambio de los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional del Programa TR. El Japón no ha sugerido que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional, ya sea de la parte TR o microTR, podrían actualmente alcanzarse utilizando servicios exclusivamente. De hecho, ante el Grupo Especial, el Japón hizo hincapié en que ocurría lo contrario, explicando que, "en *todos* los tipos de proyectos, para satisfacer los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional *tienen* que utilizarse *al menos algunos* productos manufacturados, formados o montados en Ontario".⁵⁴⁸ En otras palabras, como indicó el Grupo Especial, el Japón sostenía que "las actividades puramente de servicios contenidas en cada plantilla de contenido nacional no bastan para que se cumplan los 'niveles mínimos obligatorios de contenido nacional'".⁵⁴⁹ El Grupo Especial "examinó cuidadosamente la manera en que actuaba el 'nivel mínimo obligatorio de contenido nacional'", y coincidió con el Japón en que "en todas las situaciones ... descritas por el Japón, deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario (y sean, por lo tanto, de fuente canadiense) para alcanzar esos niveles".⁵⁵⁰ Así pues, el argumento del Japón relativo a la aplicación se basa en una medida que es distinta de la que el Grupo Especial tuvo ante sí. No creemos que fuera necesario o adecuado que el Grupo Especial formulara una constatación adicional en previsión de que el Canadá modificara las medidas en litigio en la forma sugerida por el Japón.

5.98. No parece, además, que el Japón pidiera al Grupo Especial distintos tipos de medidas correctivas para cada una de sus dos líneas argumentales en el marco del párrafo 4 del artículo III. El Japón simplemente pidió al Grupo Especial que recomendara que el Canadá pusiera "el Programa TR, así como los contratos TR y microTR individualmente celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV, en conformidad con el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, según lo exige el párrafo 1 del artículo 19 del ESD".⁵⁵¹ De hecho, el Grupo Especial recomendó

⁵⁴⁷ El párrafo 4 del artículo 7 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

Si se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el grupo especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora. A este respecto, el grupo especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida.

⁵⁴⁸ Primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafo 173. (las cursivas figuran en el original) Véanse también los informes del Grupo Especial, párrafo 7.161.

⁵⁴⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.161. El Japón lo demostró explicando que dentro de la parte TR el uso de servicios arrojaría un porcentaje habilitador máximo del 20% para los proyectos de energía eólica y de entre un 22% y un 28% para los proyectos de energía solar FV, en función de la tecnología utilizada. Los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional establecidos en el Programa TR son: proyectos de energía eólica, 25% para fechas de base 2009-2011 y 50% a partir de 2012; y proyectos de energía solar FV, 50% para fechas de base 2009-2010 y 60% a partir de 2011. Por lo que respecta a los proyectos de energía solar FV microTR, el Japón explicó que el porcentaje habilitador máximo para los servicios es del 27% o el 28%, en función de la tecnología utilizada, mientras que el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es del 40% para fechas de base 2009-2010 y del 60% a partir de 2011. (Véanse los informes del Grupo Especial, párrafos 7.158 y 7.161; y la primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafo 173)

⁵⁵⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.163.

⁵⁵¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 3.2 b). El Japón sí solicitó que se formularan constataciones separadas, pidiendo al Grupo Especial que constatará que:

b) la prescripción en materia de contenido nacional del Programa TR, así como de los contratos TR y microTR individualmente celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV otorga al equipo japonés de producción de energía renovable un trato menos favorable que el

"que el Canadá ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994".⁵⁵² Así pues, con independencia de la forma abreviada en que el Grupo Especial hizo referencia a las medidas en litigio y el orden en que los acuerdos están enumerados, la recomendación del Grupo Especial se ajusta mucho a lo solicitado por el Japón.

5.99. En apoyo de su posición, el Japón se remite también al informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Atún II (México)*. En aquel asunto, el Órgano de Apelación reprochó al Grupo Especial que no hubiera hecho constataciones sobre las alegaciones formuladas por México al amparo de los artículos I y III del GATT de 1994 tras haber evaluado la medida en el marco de los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). El Órgano de Apelación explicó que:

Nos parece que la decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal se basó en la suposición de que las obligaciones que se establecen en el párrafo 1 del párrafo 2 del Acuerdo OTC y las que se establecen en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 son sustancialmente las mismas. En nuestra opinión, esta suposición es incorrecta. En realidad, como hemos constatado anteriormente, el alcance y contenido de esas disposiciones no es el mismo. Además, a nuestro parecer, el Grupo Especial debería haber formulado constataciones adicionales en el marco del GATT de 1994 en el caso de que el Órgano de Apelación discrepara de su opinión de que la medida en litigio es un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC. En consecuencia, habría sido necesario que el Grupo Especial abordara las alegaciones formuladas por México al amparo del GATT de 1994, habida cuenta de que no había constatado ninguna infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Al no hacerlo, el Grupo Especial realizó, en nuestra opinión, una "falsa economía procesal" y actuó de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD.⁵⁵³

5.100. Hay una diferencia crucial entre la situación propia del presente caso y la que el Órgano de Apelación tuvo ante sí en *Estados Unidos - Atún II (México)*. En este caso el Grupo Especial hizo constataciones de infracción en el marco tanto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, mientras que en *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Grupo Especial no hizo constataciones de infracción en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 o el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Así pues, la situación propia de este caso y la del asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* son diametralmente opuestas.

5.101. A nuestro entender, las circunstancias propias del presente caso se parecen más al asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* que al asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*. Recordamos que en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* el Brasil alegó que las garantías del crédito a la exportación proporcionadas por los Estados Unidos para determinados productos agrícolas eran subvenciones a la exportación prohibidas por los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁵⁵⁴ En aquel asunto, el Grupo Especial encargado de examinarlo determinó que las garantías del crédito a la exportación eran efectivamente subvenciones a la exportación prohibidas por los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC. A efectos de su evaluación, ese Grupo Especial se apoyó en el punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación adjunta al

concedido a los productos similares originarios de Ontario, infringiendo así el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y

c) el Programa TR, así como los contratos TR y microTR individualmente celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV constituyen medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio incompatibles con las disposiciones del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, infringen el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

(*Ibid.*, párrafo 3.1 b) y c))

⁵⁵² Informe del Grupo Especial correspondiente al Japón (DS412), párrafo 8.5.

⁵⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 405 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 223).

⁵⁵⁴ El Brasil también impugnó las garantías del crédito a la exportación al amparo del Acuerdo sobre la Agricultura.

Acuerdo SMC.⁵⁵⁵ En la etapa intermedia de reexamen, el Grupo Especial rechazó la solicitud del Brasil de que formulara "determinadas constataciones 'de hecho' adicionales con respecto a las pruebas y la argumentación de las partes sobre la alegación del Brasil de que los programas de garantías de créditos a la exportación de la CCC en litigio constituyen subvenciones a la exportación prohibidas con arreglo a los elementos del artículo 1 y el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC".⁵⁵⁶

5.102. Posteriormente, el Brasil apeló contra la constatación del Grupo Especial, aduciendo que representaba una aplicación indebida del principio de economía procesal. El Órgano de Apelación observó que la alegación del Brasil se basaba "en su afirmación de que el punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación anexa al *Acuerdo SMC* constituye una obligación distinta de la contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 1".⁵⁵⁷ El Órgano de Apelación se abstuvo de decidir si la premisa en que el Brasil basaba su argumento era correcta, porque, "incluso si [el Órgano de Apelación] supusi[era] que tal alegación fuera posible, conclui[ría] que el Grupo Especial actuó dentro de sus facultades discrecionales al aplicar el principio de economía procesal con respecto a la alegación del Brasil".⁵⁵⁸ Según el Órgano de Apelación, la constatación del Grupo Especial de que los programas estadounidenses de garantías del crédito a la exportación constituían una subvención a la exportación prohibida por el párrafo 1 a) del artículo 3 porque no satisfacían los criterios enunciados en el punto j) era "suficiente para resolver el asunto".⁵⁵⁹ Por consiguiente, el Órgano de Apelación rechazó la alegación del Brasil y constató que el Grupo Especial había aplicado debidamente el principio de economía procesal.⁵⁶⁰

5.103. Las circunstancias antes descritas son similares a las que rodean la alegación del Japón en el presente caso. Ambos casos conllevan constataciones de incompatibilidad que se formularon sobre la base de la aplicación de una Lista ilustrativa. En el caso del punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, el cumplimiento de los elementos de esa disposición da lugar a una constatación de que hay una subvención a la exportación prohibida por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En el presente caso, el cumplimiento de los elementos enunciados en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa de MIC da lugar a una constatación de incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Además, en ambos casos, los elementos que hay que demostrar en el marco de los párrafos pertinentes de las Listas ilustrativas no son necesariamente los mismos que los que hay que demostrar conforme a la obligación subyacente. Y en ambos casos la obligación subyacente abarca un conjunto de medidas más amplio que los ejemplos de las Listas ilustrativas. Por consiguiente, la decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal en el presente caso con respecto a la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III es compatible con el criterio del Grupo Especial que examinó

⁵⁵⁵ El punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación dispone lo siguiente:

La creación por los gobiernos (u organismos especializados bajo su control) de sistemas de garantía o seguro del crédito a la exportación, de sistemas de seguros o garantías contra alzas en el coste de los productos exportados o de sistemas contra los riesgos de fluctuación de los tipos de cambio, a tipos de primas insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento de esos sistemas.

⁵⁵⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 6.31. El Brasil alegó que "en caso de que una de las partes apelara y el Órgano de Apelación revocara la conclusión del Grupo Especial sobre el punto j), el Órgano podría no tener conocimiento de los hechos necesarios 'para completar el análisis' con respecto a las alegaciones formuladas por el Brasil al amparo del artículo 1 y el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC". (*Ibid.*)

⁵⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 730 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por el Brasil en calidad de otro apelante, párrafo 22).

⁵⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 731. En la nota 1139 a dicho párrafo, el Órgano de Apelación explicó que el Grupo Especial no había afirmado expresamente que estuviera aplicando el principio de economía procesal. En lugar de ello, el Grupo Especial afirmó que no creía que fuera "necesario abordar los argumentos adicionales del Brasil". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 6.31. (no se reproducen las cursivas)) El Brasil describió inicialmente el hecho de que el Grupo Especial no formulara una constatación como un error de éste en la "interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, así como del párrafo 7 del artículo 3 del ESD". (Comunicación presentada por el Brasil en calidad de otro apelante en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 22) Sin embargo, en otra parte de su comunicación, el Brasil describió el error del Grupo Especial como una "aplicación indebida del principio de economía procesal". (*Ibid.*, párrafo 23; véanse también los párrafos 33 y 39-41)

⁵⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 732.

⁵⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 733.

el asunto *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), que el Órgano de Apelación constató no constituía una aplicación indebida del principio de economía procesal.

5.104. En resumen, no estamos persuadidos de que el hecho de que el Grupo Especial no formulara una constatación sobre la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III significa que el Grupo Especial llegó a una "solución solamente parcial del asunto debatido", o de que una constatación adicional sobre la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III "es necesaria para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas para permitir el pronto cumplimiento"⁵⁶¹ por el Canadá de esas recomendaciones y resoluciones. Por consiguiente, rechazamos la alegación del Japón de que el Grupo Especial incumplió las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de formular una constatación sobre la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III.

5.105. El Japón nos solicita que, si concluyéramos que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal, completemos el análisis de su alegación autónoma al amparo del párrafo 4 del artículo III. Dado que hemos constatado que no era indebido que el Grupo Especial se abstuviera de hacer una constatación sobre la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III, no es preciso que sigamos considerando la solicitud del Japón.

5.5 Alegaciones al amparo del Acuerdo SMC

5.5.1 Párrafo 1 a) del artículo 1 - "Contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios"

5.106. El Japón apela varios aspectos de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En particular, el Japón aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del artículo 1 al constatar que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos constituyen "compr[as] [de] bienes" por un gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii).⁵⁶² Con respecto a la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el Japón sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 son mutuamente excluyentes.⁵⁶³ Con respecto a la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 1, el Japón nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son "compr[as] [de] bienes" y constatemos en cambio que las medidas en litigio se caracterizan debidamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios", en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1. Subsidiariamente, el Japón nos solicita que modifiquemos la constatación del Grupo Especial a ese respecto y constatemos que las medidas en litigio pueden caracterizarse *también* como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁶⁴

5.107. Además, el Japón aduce que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal con respecto a su alegación de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, no hizo una evaluación objetiva del asunto, como prescribe el artículo 11 del ESD. El Japón nos solicita que constatemos que el Programa y los contratos TR pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" y que existe un beneficio con respecto a esa caracterización de las medidas impugnadas.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 403 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 223).

⁵⁶² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 29.

⁵⁶³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 49.

⁵⁶⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 48.

⁵⁶⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 59.

5.108. Resumimos primero las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC y nos ocupamos a continuación de cada una de las alegaciones presentadas por el Japón en apelación.

5.5.1.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.109. Ante el Grupo Especial, el Japón adujo que el Programa TR y los contratos y TR y microTR conexos son "transferencia[s] directa[s] de fondos" y "posibles transferencias directas de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Subsidiariamente, el Japón sostuvo que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1.⁵⁶⁶ El Canadá discrepó de esa tesis y afirmó que las medidas en litigio sólo pueden caracterizarse jurídicamente como contribuciones financieras en forma de "compr[as] [de] bienes" por un gobierno en el sentido del párrafo 1 a) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁶⁷

5.110. Tras examinar las medidas en litigio, el Grupo Especial constató que la caracterización jurídica adecuada del Programa y los contratos TR es la de "contribuci[ones] financiera[s]" en forma de "compr[as] [de] bienes" por un gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁶⁸ El razonamiento del Grupo Especial para llegar a esa conclusión se basó en tres elementos fundamentales. En primer lugar, el Grupo Especial observó que el OPA transfiere fondos a los proveedores TR por "electricidad suministrada" a la red eléctrica de Ontario.⁵⁶⁹ Es pagando un precio contractual TR por electricidad suministrada como el Gobierno de Ontario trata de alcanzar el objetivo de lograr inversiones en nuevas instalaciones de generación a efectos de diversificar la combinación del suministro en Ontario. Por lo tanto, a juicio del Grupo Especial, no hay ningún elemento de donación intrínseco en el diseño y funcionamiento del Programa TR. El Grupo Especial puso de relieve que, aunque los contratos TR y microTR facilitan a un proveedor la búsqueda de financiación para el proyecto, sería erróneo caracterizar los pagos contractuales en sí mismos como pagos financieros para la construcción de una instalación de generación.⁵⁷⁰

5.111. En segundo lugar, el Grupo Especial constató que el Gobierno de Ontario toma posesión de la electricidad y, por lo tanto, "compra electricidad".⁵⁷¹ El Grupo Especial constató que se producirán "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC cuando un "gobierno" u "organismo público" logra la posesión (incluso en forma de titularidad) de un bien al efectuar algún tipo de pago (monetario o de otra naturaleza).⁵⁷² En particular, habida cuenta de las características específicas de la electricidad, el Grupo Especial prefirió caracterizar la compra de electricidad como una compra que conlleva la transferencia de la *titularidad* sobre la electricidad, y no la toma de posesión física de la electricidad.⁵⁷³ Además, el Grupo Especial rechazó el argumento de la Unión Europea de que el concepto de "compr[as] [de] bienes" por el gobierno implica que este es la entidad a la que se suministra algo para su uso.⁵⁷⁴

⁵⁶⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.169. Ante el Grupo Especial, la Unión Europea sostuvo que cada una de las medidas en litigio puede caracterizarse jurídicamente como una "contribución financiera" en forma de una "transferencia directa de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC, o como una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. De manera subsidiaria a esas dos líneas de argumentación, la Unión Europea mantuvo que las medidas impugnadas también podrían caracterizarse como "posibles transferencias de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC, o como una acción del gobierno que conlleva una "encomiend[a]" o una "orden[ar]" en el sentido del párrafo 1 a) iv) del artículo 1. (*Ibid.*, párrafo 7.176)

⁵⁶⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.181.

⁵⁶⁸ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.222 y 7.243.

⁵⁶⁹ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.223 y 7.224.

⁵⁷⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.224. En particular, el Grupo Especial constató que "[e]l OPA no paga por equipo o instalaciones de energía renovable. No hace anticipos a tanto alzado a los productores TR". (*Ibid.*, párrafo 7.223)

⁵⁷¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.239.

⁵⁷² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.231.

⁵⁷³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.229. (las cursivas figuran en el original)

⁵⁷⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.230.

5.112. Seguidamente, el Grupo Especial observó que las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno exigen la intervención del "gobierno" o de un "organismo público". En opinión del Grupo Especial, eso es exactamente lo que sucede por medio del Programa y los contratos TR, en los que la actuación combinada de los tres "organismos públicos" involucrados (es decir, el OPA, Hydro One Inc. y la IESO) demuestra que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁷⁵

5.113. En tercer lugar, el Grupo Especial constató que el marco legislativo y reglamentario del Programa y los contratos TR respalda la conclusión de que el Gobierno de Ontario y otras entidades de Ontario perciben las medidas impugnadas como actividades gubernamentales que conllevan la adquisición o compra de electricidad.⁵⁷⁶

5.114. A continuación, el Grupo Especial explicó por qué no estaba de acuerdo con las caracterizaciones jurídicas de las medidas en litigio propuestas por los reclamantes. Reconoció que las medidas impugnadas presentan algunas de las características básicas de determinadas formas de "transferencia[s] directa[s] de fondos", en cuanto conllevan un intercambio de derechos y obligaciones que incluye el pago de dinero.⁵⁷⁷ Sin embargo, el Grupo Especial no estuvo de acuerdo con los reclamantes en que ello significa que también pueden caracterizarse como "transferencia[s] directa[s] de fondos" a efectos del Acuerdo SMC. A juicio del Grupo Especial, concluir que las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno también pueden caracterizarse jurídicamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos" infringiría el principio de interpretación efectiva de los tratados, ya que esa lectura haría "inútil[]" o redundante[]" el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.⁵⁷⁸ El Grupo Especial no estuvo de acuerdo en que la solicitud de los reclamantes estuviera respaldada por la interpretación formulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* según la cual "[l]a estructura [del párrafo 1 a) 1) del artículo 1] no excluye expresamente que una transacción pueda estar contemplada en más de un inciso".⁵⁷⁹ En opinión del Grupo Especial, esa declaración "no equivale a una *constatación* de que transacciones debidamente caracterizadas como 'compras de bienes' puedan también constituir 'transferencias directas de fondos'".⁵⁸⁰ Además, el Grupo Especial concluyó que las medidas en litigio no pueden ser "posibles transferencias de fondos" en el sentido del inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, ni una forma de contribución financiera que conlleve una "encomiend[a]" o una "orden[]" en el sentido del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁸¹

5.115. Asimismo, el Grupo Especial decidió aplicar el principio de economía procesal en relación con la alegación de los reclamantes de que las medidas en litigio pueden caracterizarse jurídicamente como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Grupo Especial consideró que esa constatación no era necesaria para resolver las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo SMC, habida cuenta de que i) la mayoría del Grupo Especial rechazó finalmente las alegaciones de los reclamantes concernientes al "beneficio" en su relación con las "compr[as] [de] bienes" por el gobierno; y ii) cuando las medidas impugnadas se caracterizan como "sostenimiento de los ingresos o de los precios", los argumentos de los reclamantes relativos al "beneficio" son "esencialmente los mismos" que los rechazados por la mayoría del Grupo Especial en su evaluación de las medidas en litigio como "compr[as] [de] bienes".⁵⁸²

⁵⁷⁵ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.231-7.239.

⁵⁷⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.242.

⁵⁷⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.243.

⁵⁷⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.246 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27).

⁵⁷⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.247 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, nota 1287 al párrafo 613).

⁵⁸⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.247. (las cursivas figuran en el original)

⁵⁸¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.248.

⁵⁸² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.249.

5.5.1.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Programa y los contratos TR son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC

5.116. En apelación, el Japón impugna la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Examinamos primero la impugnación por el Japón de la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y nos ocupamos luego de la alegación del Japón relativa a la aplicación de esa disposición por el Grupo Especial. Con respecto a la interpretación del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el Japón aduce que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los incisos i) y iii) son "mutuamente excluyentes".⁵⁸³ En opinión del Japón, tras concluir que las medidas en litigio se caracterizan debidamente como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno, el Grupo Especial hizo, de hecho, esa constatación de mutua exclusividad, al rechazar el argumento de los reclamantes de que las medidas en litigio *también* pueden caracterizarse jurídicamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias de fondos". A juicio del Japón, esa constatación se deriva principalmente de la siguiente observación del Grupo Especial: "[n]o vemos forma de interpretar los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en una forma que nos permita concluir que las 'compras de bienes' por el gobierno puedan también caracterizarse jurídicamente como 'transferencias directas de fondos'".⁵⁸⁴ El Japón aduce que nada impide a un grupo especial determinar que una medida puede caracterizarse de varias formas con arreglo al párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, siempre que las constataciones del grupo especial se basen en una interpretación adecuada de las características pertinentes de la medida y una evaluación objetiva de los hechos. El Japón sostiene que esa conclusión se sigue de las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* según las cuales el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 "no enuncia expresamente la relación que se quiere exista entre los incisos constitutivos" y su estructura "no excluye expresamente que una transacción pueda estar contemplada en más de un inciso".⁵⁸⁵

5.117. El Canadá aduce que la alegación del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 son mutuamente excluyentes es infundada. El Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que el Programa y los contratos TR no podían caracterizarse adecuadamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos" y al mismo tiempo como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno, y que esa constatación es plenamente compatible con el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. En particular, el Canadá aduce que, si bien en un sentido general la estructura del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no impide que una transacción pudiera estar abarcada por más de un inciso, no es posible caracterizar debidamente los mismos aspectos de la misma medida al mismo tiempo como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno y como "transferencia[s] directa[s] de fondos".⁵⁸⁶

5.118. Comenzamos con una reseña de las constataciones pertinentes del Grupo Especial con respecto a la cuestión de interpretación planteada por el Japón. Al analizar la caracterización jurídica del Programa y los contratos TR en el marco del Acuerdo SMC, el Grupo Especial constató que las medidas en litigio son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. A continuación, el Grupo Especial rechazó el argumento de los reclamantes de que las medidas impugnadas podían caracterizarse *también* como "transferencia[s] directa[s] de fondos" en el sentido del inciso i).⁵⁸⁷ Al rechazar el argumento de los reclamantes, el Grupo Especial reconoció que las medidas en litigio presentan algunas de las características básicas de determinadas formas de "transferencia[s] directa[s] de fondos", en cuanto conllevan un

⁵⁸³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 49.

⁵⁸⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 49 (donde se citan los informes del Grupo Especial, párrafo 7.246. (no se reproduce la nota de pie de página))

⁵⁸⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 50 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 613 y nota 1287 a dicho párrafo, respectivamente). (no se reproducen las cursivas del Japón)

⁵⁸⁶ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 117.

⁵⁸⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.243. Observamos que, aunque el Grupo Especial rechazó la alegación del Japón de que las medidas en litigio constituyen "transferencia[s] directa[s] de fondos" y "posibles transferencias de fondos", los argumentos del Grupo Especial se centraron principalmente en explicar por qué las medidas impugnadas no constituyen "transferencia[s] directa[s] de fondos". (Informes del Grupo Especial, párrafos 7.243-7.248)

intercambio de derechos y obligaciones que incluye el pago de dinero.⁵⁸⁸ Además de rechazar la solicitud de los reclamantes relativa a la caracterización de las medidas en litigio, el Grupo Especial procedió a formular la constatación interpretativa de que no podía concluir que "las 'compras de bienes' por el gobierno puedan también caracterizarse jurídicamente como 'transferencias directas de fondos' sin infringir [el] principio [de interpretación efectiva de los tratados]".⁵⁸⁹ Asimismo, el Grupo Especial no estuvo de acuerdo en que la solicitud de los reclamantes estuviera respaldada por la interpretación formulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* según la cual "[l]a estructura [del párrafo 1 a) 1) del artículo 1] no excluye expresamente que una transacción pueda estar contemplada en más de un inciso. No hay, por ejemplo, ningún 'o' incluido entre los incisos".⁵⁹⁰ En opinión del Grupo Especial, esa declaración "no equivale a una constatación de que transacciones debidamente caracterizadas como 'compras de bienes' puedan también constituir 'transferencias directas de fondos'".⁵⁹¹

5.119. En la medida en que esa constatación del Grupo Especial significa que el ámbito de los incisos i) y iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 es mutuamente excluyente, no estamos de acuerdo con ella. Recordamos que, en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 "no enuncia expresamente la relación que se quiere exista entre los incisos constitutivos"⁵⁹² y que la estructura de esa disposición "no excluye expresamente que una transacción pueda estar contemplada en más de un inciso".⁵⁹³ En esa diferencia, el Órgano de Apelación también constató que "una transferencia directa de fondos" en el sentido del inciso i) "puede conllevar derechos y obligaciones recíprocos"⁵⁹⁴, dado que contempla situaciones en las que el receptor asume obligaciones con el gobierno a cambio de los fondos proporcionados, por ejemplo préstamos y aportaciones de capital.⁵⁹⁵ El Órgano de Apelación declaró además que el término "compra" comprendido en el inciso iii) normalmente significa "que la persona o entidad que proporciona los bienes recibirá a cambio alguna remuneración".⁵⁹⁶

5.120. Al determinar la caracterización jurídica adecuada de una medida en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un grupo especial debe evaluar si la medida está comprendida en alguno de los tipos de contribuciones financieras enunciados en esa disposición. Al hacerlo, el grupo especial deberá estudiar minuciosamente la medida, tanto en su diseño como en su funcionamiento, y determinar sus características principales.⁵⁹⁷ Una vez hecho eso, la transacción puede concordar naturalmente con uno de los tipos de contribuciones financieras enumerados en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Sin embargo, las transacciones pueden ser complejas y tener múltiples facetas. En consecuencia, diferentes aspectos de una misma transacción pueden estar comprendidos en diferentes tipos de contribución financiera. También puede suceder que el ejercicio de caracterización no permita identificar una única categoría de contribución financiera y, en tal situación, como se expone en el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, una transacción puede estar comprendida en más de un tipo de contribución financiera. Señalamos, sin embargo, que el

⁵⁸⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.243.

⁵⁸⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.246.

⁵⁹⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.247 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, nota 1287 al párrafo 613).

⁵⁹¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.247. (las cursivas figuran en el original) El Grupo Especial indicó que, aunque podría ser posible caracterizar distintos aspectos de una misma medida como distintos tipos de contribuciones financieras (por ejemplo, un programa gubernamental que conlleve préstamos y compras de bienes por el gobierno), las normas usuales de interpretación no respaldan la tesis propuesta por los reclamantes. (*Ibid.*)

⁵⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 613.

⁵⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, nota 1287 al párrafo 613.

⁵⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 617.

⁵⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 617. El Órgano de Apelación indicó que, en el caso de las donaciones, "el traspaso de fondos no conllevará una obligación recíproca por parte del receptor". (*Ibid.*)

⁵⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 619.

⁵⁹⁷ Informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 171. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 586.

hecho de que una transacción pueda estar comprendida en más de un tipo de contribución financiera no implica que los tipos de contribuciones financieras enunciados en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 sean los mismos, ni que los conceptos jurídicos distintos que se enuncian en esa disposición resulten redundantes, como parece indicar el Grupo Especial.⁵⁹⁸ Observamos además que en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Órgano de Apelación no examinó la cuestión de si, en la situación descrita *supra*, un grupo especial está obligado a constatar que una transacción está comprendida en más de un inciso del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.121. A la luz de estas consideraciones, creemos que la constatación del Grupo Especial de que los incisos i) y iii) son mutuamente excluyentes no es compatible con las interpretaciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. En consecuencia, declaramos superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.246 de los informes del Grupo Especial, según la cual "las 'compras de bienes' por el gobierno [no] pued[e]n también caracterizarse jurídicamente como 'transferencias directas de fondos' sin infringir [el] principio [de interpretación efectiva de los tratados]", en la medida en que niega la posibilidad de que una transacción puede estar comprendida en más de un tipo de contribución financiera en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.122. Por lo que respecta a la aplicación del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Japón impugna en apelación la constatación del Grupo Especial de que el Programa y los contratos TR son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1. El Japón nos solicita que revoquemos esa constatación y constatemos en cambio que el Programa y los contratos TR se caracterizan debidamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵⁹⁹

5.123. Recordamos que el Grupo Especial constató que las "compr[as] [de] bienes" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC tienen lugar "cuando un 'gobierno' o un 'organismo público' consigue la posesión (incluso en forma de titularidad) de un bien al efectuar algún tipo de pago (monetario o de otra naturaleza)".⁶⁰⁰ En la audiencia, el Japón aclaró que no impugna en apelación esa interpretación del Grupo Especial. El Japón tampoco cuestiona las siguientes constataciones del Grupo Especial: i) que el OPA paga por electricidad suministrada; ii) que el Gobierno de Ontario, por medio de Hydro One, toma posesión de la electricidad durante su transmisión a los consumidores finales; y iii) que en el marco legislativo, reglamentario y contractual del Programa TR las medidas impugnadas se caracterizan como adquisiciones o compras de electricidad.⁶⁰¹ En lugar de ello, el Japón sostiene que el Grupo Especial no determinó la caracterización jurídica adecuada de las medidas impugnadas sobre la base de una evaluación de sus "características principales y pertinentes".⁶⁰² En opinión del Japón, para ello es necesario que un grupo especial valore plenamente todos los hechos pertinentes y las circunstancias que los rodean, entre las que puede figurar la de si la medida serviría para lograr un objetivo de política declarado, y el grado en que lo haría. En particular, el Japón alega que el Grupo Especial pasó por alto la decisión de política del Gobierno de Ontario de desglosar la generación, transmisión y distribución de electricidad para lograr su objetivo de garantizar un suministro estable de electricidad en Ontario, así como el diseño y funcionamiento del Programa y los contratos TR en el marco del mercado de electricidad de Ontario.⁶⁰³ Sobre esta base, el Japón presenta los siguientes argumentos para respaldar su aseveración de que el Grupo Especial incurrió en error al caracterizar las medidas en litigio como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno.

5.124. En primer lugar, el Japón aduce que, dada la decisión de política del Gobierno de Ontario de desglosar las diferentes funciones de suministro de electricidad, el papel del OPA debería ser central en una caracterización adecuada del Programa y los contratos TR en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. En particular, el Japón alega que la caracterización de las medidas

⁵⁹⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.246.

⁵⁹⁹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 48 y 189 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.243 y 7.328 i)).

⁶⁰⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.231.

⁶⁰¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 30 y 31.

⁶⁰² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 31. (no se reproducen las cursivas)

⁶⁰³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 31.

en litigio debe estar informada por el hecho de que una entidad gubernamental (el OPA) hace los pagos por la electricidad, mientras que una entidad gubernamental diferente (Hydro One) recibe y transmite electricidad suministrada por los proveedores. Así pues, en opinión del Japón, el OPA actúa como entidad financiadora, no como entidad compradora, porque nunca toma posesión de la electricidad.⁶⁰⁴ No consideramos persuasivo este argumento. La decisión de política de Ontario de desglosar su sistema de electricidad y distribuir las responsabilidades entre diferentes entidades gubernamentales no socava la conclusión de que el Gobierno de Ontario compra electricidad por medio del Programa y los contratos TR. Aunque es cierto que el OPA es la entidad encargada de pagar a los proveedores TR por la electricidad suministrada y que Hydro One es la entidad que transmite la electricidad, el Grupo Especial constató que ambas entidades son "organismo[s] público[s]" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶⁰⁵ De manera similar, el Grupo Especial constató que la IESO constituye un "organismo público" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.⁶⁰⁶ Dado que en el presente asunto todas las entidades involucradas son organismos públicos y que sus actividades son, por lo tanto, imputables al gobierno, no es pertinente la cuestión de si el Gobierno de Ontario actúa por medio de una o varias de esas entidades. De hecho, el Grupo Especial constató que "la *actuación combinada* de esos tres 'organismos públicos'"⁶⁰⁷ -el OPA, Hydro One y la IESO- demuestra que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las constataciones del Grupo Especial de que el OPA, Hydro One y la IESO son organismos públicos en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no han sido apeladas por el Japón. Por consiguiente, el argumento del Japón de que el OPA, como tal, no toma posesión de la electricidad no socava la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario compra electricidad por medio del Programa y los contratos TR. Ello es así porque también se constató que Hydro One, que es la entidad que transmite la electricidad, es un organismo público, y el Grupo Especial constató que la "actuación combinada" del OPA, Hydro One y la IESO demuestra que el Gobierno de Ontario compra electricidad.

5.125. El segundo argumento que presenta el Japón en apelación es que los objetivos del Gobierno de Ontario de lograr un suministro estable de electricidad y estimular la energía renovable no se persiguen mediante compras de electricidad por el gobierno, sino mediante la asignación de funciones distintas a las entidades que operan en el sistema eléctrico de Ontario y en la aplicación de determinados programas.⁶⁰⁸ Aunque puede ser correcto que el Gobierno de Ontario trata de alcanzar por medio de diversas entidades y programas sus objetivos de lograr un suministro estable de electricidad y estimular la energía renovable, en el argumento del Japón no se tiene en cuenta que el Gobierno de Ontario aplica esas políticas mediante, entre otras medidas, programas que entrañan compras de electricidad por el gobierno.⁶⁰⁹ Ese es el caso del Programa TR. Recordamos que el OPA, que es un organismo público en el sentido del Acuerdo SMC, celebra contratos TR y microTR con proveedores que participan en el Programa TR.

⁶⁰⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 39.

⁶⁰⁵ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.234, 7.235, 7.239 y nota 464 a este último párrafo.

Señalamos que el Grupo Especial constató que el OPA y la IESO son agentes del Gobierno de Ontario y señaló que no hay controversia entre las partes en cuanto a que son "organismo[s] público[s]" a efectos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. (*Ibid.*, nota 464 al párrafo 7.239) Observamos que el Grupo Especial constató que "Hydro One es un agente del Gobierno de Ontario", por lo que es "una organización del gobierno provincial ... a la que el Gobierno ha asignado o delegado facultades y responsabilidad o que tiene, de otra manera, responsabilidad y facultades establecidas por ley en virtud de las cuales desempeña una función pública o presta un servicio público". (*Ibid.*, párrafo 7.234 (donde se citan y se hace referencia a las páginas Web del Gobierno de Ontario, "All Agencies List" (Prueba documental 49 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; y "Agencies: Boards, Commissions, Councils, Authorities and Foundations" (Organismos: Juntas, Comisiones, Consejos, Autoridades y Fundaciones) (Prueba documental 51 presentada por el Japón al Grupo Especial), que puede consultarse en: <http://www.ontario.ca/en/your_government/ONT06_018949.html>, página 1)) El Grupo Especial constató además que la condición de agente del Gobierno de Ontario de Hydro One y el hecho de que "el Gobierno de Ontario ejerce un 'control significativo' de las actividades de Hydro One" demuestran que ésta es un "organismo público" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. (*Ibid.*, párrafos 7.234 y 7.235)

⁶⁰⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.239 y nota 464 al mismo.

⁶⁰⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.239. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

⁶⁰⁸ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 40.

⁶⁰⁹ Además de los productores que participan en el programa TR, otros productores de Ontario obtienen precios que se establecen con arreglo a diferentes tipos de contratos de suministro de electricidad, incluidos los previstos en las Solicitudes de propuestas de relación con el RES I, II y III y en el RESOP. (Informes del Grupo Especial, párrafos 7.27 y 7.28)

Como constató el Grupo Especial, la función de esos contratos es el suministro de electricidad por proveedores TR y microTR y, como contrapartida, el OPA se compromete a pagar al proveedor una remuneración en forma de un precio contractual.⁶¹⁰ Ponemos de relieve que "[e]l Reglamento TR dispone que el OPA es responsable de efectuar todos los pagos contractuales al proveedor".⁶¹¹ De manera similar, "la responsabilidad última de [los pagos del precio contractual] en virtud del contrato microTR corresponde al OPA".⁶¹² Además, observamos que, en el marco de la decisión de política de Ontario de desglosar las responsabilidades y funciones entre diferentes entidades gubernamentales dentro de su sistema de electricidad, el Japón no ha identificado ninguna financiación suministrada por el OPA a proveedores TR y microTR distinta de la remuneración pagada a cambio del suministro de electricidad al sistema. Como se ha declarado *supra*, esa remuneración constituye el pago por la electricidad suministrada al sistema por los proveedores TR y microTR. Por consiguiente, el hecho de que los objetivos de Ontario de garantizar un suministro estable de electricidad y suministrar energía renovable se persigan por medio de varias entidades y programas no altera el hecho de que el Gobierno de Ontario compra electricidad en virtud del Programa y los contratos TR.

5.126. El Japón aduce asimismo que la existencia de entidades privadas que suministran electricidad a los consumidores en Ontario muestra que es innecesario que un organismo gubernamental tome posesión de la electricidad (es decir, la compre) para lograr sus objetivos.⁶¹³ No estamos de acuerdo en que ello sea de particular relevancia para la caracterización adecuada del Programa y los contratos TR en el marco del Acuerdo SMC. Determinar la caracterización jurídica adecuada de las medidas en litigio en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no exige evaluar si es *necesario* que las entidades gubernamentales tomen posesión de la electricidad para lograr los objetivos de Ontario, o si se permite o no que las entidades privadas suministren electricidad a los consumidores en Ontario. La cuestión es si el Programa y los contratos TR entrañan de hecho compras de electricidad por el Gobierno de Ontario y están, por lo tanto, comprendidos en el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. En el presente asunto, el Grupo Especial concluyó que la *actuación combinada* del OPA, Hydro One y la IESO demuestra que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶¹⁴ El argumento del Japón no socava, a nuestro juicio, esa constatación del Grupo Especial.

5.127. Por último, el Japón indica que el Grupo Especial incurrió en error al suponer que, si una medida se caracteriza de una determinada manera con arreglo al derecho interno (por ejemplo, como compra gubernamental), no puede caracterizarse nunca de manera diferente con arreglo al derecho de la OMC.⁶¹⁵ A nuestro entender, el Japón está aduciendo que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la caracterización de una medida con arreglo al derecho interno determina su caracterización con arreglo al derecho de la OMC. El Japón aduce correctamente que la manera en que el derecho interno caracteriza una medida no es determinante de su caracterización en el marco de los acuerdos abarcados. Recordamos que el Órgano de Apelación ha constatado que "un grupo especial puede examinar el derecho interno de un Miembro de la OMC para determinar si ese Miembro ha cumplido las obligaciones que le impone el *Acuerdo sobre la OMC*"⁶¹⁶ y que "la forma en que un instrumento se describe en la legislación interna no es determinante y no puede representar el fin de nuestro análisis".⁶¹⁷ Sin embargo, no consideramos que, al llegar a su conclusión acerca de la caracterización adecuada de las medidas en litigio en el marco del Acuerdo SMC, el Grupo Especial se apoyara exclusivamente en su caracterización con arreglo a la legislación de Ontario, como sostiene el Japón. Al contrario, el Grupo Especial

⁶¹⁰ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.208 y 7.214.

⁶¹¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.204 (donde se hace referencia al Reglamento TR (versión 1.5.1), artículos 6.3(a) y 8.4; y al contrato TR (versión 1.5.1), artículo 3.1).

⁶¹² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.213 (donde se hace referencia al contrato microTR (versión 1.6.1), artículo 4.4.1).

⁶¹³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 41.

⁶¹⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.329.

⁶¹⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 43.

⁶¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 105.

⁶¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 593. De manera similar, en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, el Órgano de Apelación constató que "no sería apropiado caracterizar, a los efectos de la aplicación de cualquier disposición de los acuerdos abarcados de la OMC, una misma cosa o transacción de distinto modo según su categorización jurídica en las jurisdicciones de los diferentes Miembros". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 56)

reconoció que la manera en que el derecho interno califique un instrumento no es concluyente por lo que respecta al análisis en el marco del derecho de la OMC, y constató que las medidas en litigio constituyen "compr[as] [de] bienes" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 por tres razones principales. En primer lugar, el OPA paga por la electricidad que se suministra a la red eléctrica de Ontario.⁶¹⁸ En segundo lugar, el Gobierno de Ontario toma posesión de la electricidad y, por lo tanto, compra electricidad.⁶¹⁹ En tercer lugar, sólo como "un factor pertinente" para su análisis, el Grupo Especial tuvo en cuenta que "la *Ley de electricidad de 1998*, la Directiva ministerial, los contratos TR y microTR y otros documentos caracteriz[a]n las medidas impugnadas como una compra o adquisición de electricidad".⁶²⁰ El Grupo Especial concluyó que el marco legislativo y reglamentario del Programa TR, así como el texto de determinadas cláusulas de los propios contratos TR y microTR, "dejan fuera de toda duda que el Gobierno de Ontario, y otras entidades de Ontario, perciben las medidas impugnadas como actividades gubernamentales que conllevan la compra o adquisición de electricidad".⁶²¹ En consecuencia, no estamos de acuerdo con el Japón en que el análisis del Grupo Especial estuviera basado en la tesis de que la caracterización de una medida con arreglo al derecho interno es determinante de su caracterización jurídica con arreglo al derecho de la OMC.

5.128. Por estas razones, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error en su caracterización de las medidas en litigio en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.243 y 7.328 i) de los informes del Grupo Especial, según la cual el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.129. Habiendo confirmado la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio se caracterizan debidamente como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1, pasamos a examinar la pretensión subsidiaria del Japón de que modifiquemos la constatación del Grupo Especial a este respecto y constatemos que esas medidas pueden caracterizarse *también* como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶²² El Japón también nos solicita que constatemos que el Programa y los contratos TR pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" a tenor del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶²³ Observamos que el Japón también alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al aplicar indebidamente el principio de economía procesal con respecto a su alegación de que las medidas impugnadas constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios". En consecuencia, abordaremos la solicitud del Japón de que constatemos que las medidas en litigio pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" una vez hayamos formulado una determinación acerca de si el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal con respecto a esa alegación del Japón.

5.130. Como cuestión preliminar, señalamos que la caracterización en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC puede tener repercusiones en la manera en que se llevará a cabo la evaluación de si se otorga un beneficio. Por ejemplo, el contexto que ofrece el artículo 14 del Acuerdo SMC presenta diferentes métodos para calcular la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor, según el tipo de contribución financiera de que se trate. Sin embargo, aunque las diferentes caracterizaciones de una medida puedan llevar a diferentes *métodos* para determinar si se ha otorgado un beneficio, la cuestión que debe resolverse en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 sigue siendo la de determinar si una "contribución financiera" o "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios" ha otorgado un beneficio al receptor.⁶²⁴

⁶¹⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.223.

⁶¹⁹ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.231 y 7.239.

⁶²⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.242.

⁶²¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.242.

⁶²² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 48 y 189.

⁶²³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 48 y 189.

⁶²⁴ En el contexto del examen de una contribución financiera, el Órgano de Apelación constató en *Canadá - Aeronaves* que el análisis en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC exige evaluar si una contribución financiera "coloc[a] [al receptor] en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157)

5.131. Teniendo esto presente, no creemos que los argumentos presentados por el Japón sean suficientes para demostrar que las medidas en litigio son "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias de fondos". Recordamos que el Japón adujo que las medidas impugnadas son "transferencia[s] directa[s] de fondos" porque el OPA distribuye fondos a los productores TR con cargo a las sumas percibidas de los consumidores en virtud del AG. El Japón aduce además que el hecho de que los productores TR y microTR tengan derecho a pagos garantizados por toda la electricidad generada durante la vigencia de los contratos TR y microTR hace de los pagos efectuados en virtud de esos contratos "posibles transferencias directas de fondos".⁶²⁵ En los argumentos del Japón a este respecto no se presenta ninguna característica nueva de las medidas en litigio que vaya más allá o difiera del pago de una contraprestación por el Gobierno de Ontario por medio del OPA a cambio de la electricidad suministrada a la red por los proveedores TR y microTR durante la vigencia de un contrato de 20 años. A nuestro entender, los argumentos del Japón simplemente subrayan y reiteran determinados aspectos específicos del Programa y los contratos TR, como la transferencia de fondos a cambio de la electricidad suministrada y el hecho de que el OPA se compromete a pagar por esa electricidad durante la vigencia de los contratos. El Japón pasa por alto que todos esos aspectos son parte de una transacción más amplia que entraña un intercambio de derechos y obligaciones, a saber, el pago de una contraprestación a cambio de la electricidad suministrada al sistema de electricidad de Ontario. En virtud de esa transacción compuesta, el Gobierno de Ontario, por medio del OPA, celebra contratos de 20 años con los proveedores TR y microTR y les paga un precio contractual como contraprestación a cambio de la electricidad suministrada al sistema. No vemos en los argumentos del Japón ningún aspecto nuevo o diferente de las características que nos llevaron a coincidir con el Grupo Especial en que las transacciones en cuestión constituyen "compr[as] [de] bienes" por el gobierno. No estamos convencidos de que, sobre la base de esos argumentos y esas características de las medidas impugnadas, el Japón haya establecido que esas medidas deben caracterizarse además como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias de fondos".

5.132. Por estas razones, rechazamos la apelación del Japón según la cual el Programa TR y los contratos TR y microTR pueden caracterizarse también como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.5.1.3 ¿Incurrió en error el Grupo Especial al aplicar el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios"?

5.133. El Japón aduce que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal con respecto a su alegación de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, por lo que no hizo una evaluación objetiva del asunto, como prescribe el artículo 11 del ESD. El Japón nos solicita que constatemos que las medidas impugnadas pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios", y que constatemos que existe un beneficio con respecto a esa caracterización del Programa y los contratos TR.⁶²⁶

5.134. Recordamos que el Órgano de Apelación ha constatado en relación con el principio de economía procesal que "un grupo especial sólo necesita tratar las alegaciones que se deben abordar para resolver el asunto debatido en la diferencia".⁶²⁷ El Órgano de Apelación ha advertido, sin embargo, de que "los grupos especiales pueden abstenerse de decidir acerca de cada una de las alegaciones en tanto ello no conduce a una 'solución solamente parcial del asunto'".⁶²⁸ A este respecto, el Órgano de Apelación ha constatado que "[l]os grupos especiales tienen que abordar las alegaciones respecto de las que es necesaria una constatación para que el OSD pueda formular

⁶²⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 46.

⁶²⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 57-59.

⁶²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 22. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁶²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 732 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 223).

recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas ... con miras a 'asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros'".⁶²⁹

5.135. En apelación, el Japón sostiene que el Grupo Especial no explicó por qué sus constataciones con respecto al argumento sobre el beneficio que presentó el Japón en relación con su alegación de existencia de contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 también serían aplicables al argumento sobre el beneficio que presentó el Japón en relación con su alegación de existencia de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1. El Japón aduce que la cuestión de si las medidas otorgan un beneficio ha de examinarse en relación con el inciso específico del párrafo 1 a) del artículo 1 de que se trate. En opinión del Japón, no resulta claro por qué el rechazo por el Grupo Especial de los argumentos sobre el beneficio en relación con su alegación relativa a la contribución financiera implica necesariamente el rechazo de su argumento sobre el beneficio en relación con su alegación relativa al sostenimiento de los ingresos o de los precios.⁶³⁰

5.136. Observamos que en la solicitud de constataciones que el Japón presentó ante el Grupo Especial no se distinguía entre las situaciones en que las medidas se caracterizarían como "contribución financiera" y aquellas en las que se caracterizarían como "sostenimiento de los ingresos y de los precios". El Japón se centró, más bien, en solicitar al Grupo Especial que formulara la recomendación de que el Canadá "retire sin demora sus subvenciones prohibidas".⁶³¹ Así pues, la alegación del Japón se refería esencialmente a la existencia de subvenciones prohibidas y a la medida correctiva específica asociada a esa constatación, y no a la caracterización específica de las medidas impugnadas como contribución financiera y/o sostenimiento de los ingresos o de los precios.

5.137. Además, aunque la caracterización de una transacción en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 puede tener repercusiones en la manera en que se lleve a cabo la determinación de la existencia de beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Japón no ha precisado si, ni cómo, el análisis del beneficio habría sido diferente, o habría dado lugar a un resultado diferente, de haber caracterizado el Grupo Especial el Programa y los contratos TR como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en lugar de como "contribución financiera". Lejos de ello, como ha aducido el Canadá, el argumento sobre el beneficio que el Japón presentó ante el Grupo Especial se basaba en las mismas referencias en ambas situaciones, en particular el HOEP y el promedio de la tarifa al por mayor.⁶³² Observamos que el Grupo Especial rechazó esas referencias a efectos de la determinación de si las medidas en litigio otorgan un beneficio.⁶³³

5.138. Por consiguiente, dado que los fundamentos de los argumentos sobre el beneficio que presentó el Japón en ambos casos eran "esencialmente los mismos"⁶³⁴, y que el Grupo Especial rechazó los argumentos del Japón sobre el beneficio en la medida en que guardan relación con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, no creemos que para resolver plenamente la diferencia fuera necesaria una constatación adicional del Grupo Especial de que las medidas impugnadas constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1. En consecuencia, rechazamos la alegación del Japón de que el Grupo Especial no cumplió las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de formular una constatación sobre la alegación del Japón de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.139. Habida cuenta de que hemos rechazado la alegación del Japón de que el Grupo Especial aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de formular una constatación sobre la alegación del Japón de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios", nos abstenemos de formular una constatación acerca de si el Programa

⁶²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 223 (donde se cita el párrafo 1 del artículo 21 del ESD). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 133; y *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafo 335.

⁶³⁰ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 58.

⁶³¹ Primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafo 304.

⁶³² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 125. Véase también la primera comunicación escrita del Japón al Grupo Especial (DS412), párrafos 219, 220, 222, 234 y 244.

⁶³³ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.313 y 7.319.

⁶³⁴ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.249.

y los contratos TR pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.5.2 Párrafo 1 b) del artículo 1 - "Beneficio"

5.140. En esta sección examinamos las alegaciones de la Unión Europea y el Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no habían logrado establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y su alegación subsidiaria de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.141. El Japón alega que el Grupo Especial incurrió en error tanto en su interpretación como en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Japón aduce, en primer lugar, que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el párrafo 1 b) del artículo 1 porque no analizó la cuestión del beneficio más que desde el punto de vista que ofrece el marco del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. En segundo lugar, el Japón alega que el Grupo Especial incurrió en error porque rechazó indebidamente las referencias del actual mercado de la electricidad de Ontario y eligió una referencia inadecuada para su análisis hipotético subsidiario, que se basaba en los costos y pasaba por alto la demanda en el mercado.⁶³⁵

5.142. La Unión Europea alega que el Grupo Especial aplicó incorrectamente el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC a los hechos al llevar a cabo un examen de hipótesis de mercado cuando era un hecho no controvertido que los productores TR no hubieran obtenido remuneración alguna en el mercado de Ontario a falta del Programa TR. Según la Unión Europea, el Grupo Especial debería haber llegado a la conclusión relativa a la existencia de un beneficio "con pocas dificultades"⁶³⁶ y sin necesidad de examinar valores representativos o hipótesis de mercado.

5.143. La Unión Europea y el Japón solicitan que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que los reclamantes no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, que completemos el análisis jurídico y que constatemos que las medidas impugnadas otorgan un beneficio, sobre la base de las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial y los hechos no controvertidos que obran en el expediente del Grupo Especial. Esas pruebas demuestran que, a falta del Programa TR, los productores TR no habrían obtenido la remuneración que ofrecía el Programa TR sobre la base de las condiciones reinantes en el mercado de Ontario.⁶³⁷ Además, la Unión Europea nos solicita que declaremos superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones y observaciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.276 a 7.327 de los informes del Grupo Especial, relativas a supuestos hipotéticos y valores representativos del mercado.⁶³⁸

5.144. Subsidiariamente, en caso de que estemos de acuerdo con la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, la Unión Europea y el Japón alegan que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de asunto, según exige el artículo 11 del ESD, al concluir que en el expediente no obraban pruebas suficientes que le permitieran formular constataciones sobre la existencia de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, sobre la base de su propio enfoque de la cuestión del beneficio.⁶³⁹ La Unión Europea y el Japón nos solicitan que completemos el análisis basándonos en las constataciones fácticas del Grupo Especial y los hechos no controvertidos obrantes en el expediente, y que constatemos que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.145. En caso de que revoquemos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o de que constatemos que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD, tanto la Unión Europea

⁶³⁵ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 110.

⁶³⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 162. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁶³⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 171; comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 118.

⁶³⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 170.

⁶³⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 173; comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 119.

como el Japón nos solicitan que completemos el análisis y constatemos que las medidas impugnadas constituyen subvenciones prohibidas en el sentido de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁶⁴⁰

5.146. El Canadá nos solicita que rechacemos las apelaciones cruzadas de la Unión Europea y el Japón y confirmemos la constatación del Grupo Especial de que los reclamantes no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y constituyen subvenciones prohibidas incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁶⁴¹ En particular, el Canadá sostiene que el enfoque sobre el beneficio adoptado por la Unión Europea y el Japón hace caso omiso de las constataciones del Grupo Especial de que el mercado mayorista administrado por la IESO no es un "mercado" adecuado a los efectos de un análisis del "beneficio" y de que, a falta del Programa TR, los nuevos participantes en el mercado probablemente negociarían el precio de la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV.⁶⁴² El Canadá también considera que las críticas formuladas en apelación por los reclamantes sobre las observaciones de la mayoría del Grupo Especial relativas a la referencia alternativa reconstruida están fuera de lugar, porque se trataba únicamente de las opiniones de la mayoría del Grupo Especial en relación con un enfoque alternativo sobre el beneficio, formuladas a instancias de los reclamantes, y no de constataciones de derecho del Grupo Especial.⁶⁴³

5.5.2.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.147. El Grupo Especial constató que el Japón y la Unión Europea no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶⁴⁴

5.148. El Grupo Especial comenzó su análisis estableciendo el criterio jurídico para determinar la existencia de un beneficio a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Grupo Especial recordó que una contribución financiera otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 cuando concede una ventaja a su receptor, y que la existencia de tal ventaja debe determinarse comparando la posición del receptor en el mercado con y sin la contribución financiera. El Grupo Especial señaló que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, aunque no tiene por objeto definir las circunstancias en las que una compra de bienes por el gobierno otorgará un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1, ofrece un contexto útil para dicha determinación.⁶⁴⁵

5.149. A continuación el Grupo Especial examinó el mercado de electricidad de Ontario y su experiencia de apertura del mercado en 2002. Sobre la base de las pruebas presentadas por las partes, constató que no hay competencia efectiva en el actual mercado mayorista de electricidad de Ontario. Antes bien, a juicio del Grupo Especial, era mejor caracterizar el mercado mayorista de electricidad de Ontario como parte de un sistema eléctrico que está definido por las decisiones de política y los reglamentos del Gobierno de Ontario. Esos reglamentos y decisiones rigen la combinación del suministro (que incluye electricidad generada por fuentes renovables) necesaria para garantizar un suministro de electricidad seguro, fiable y a largo plazo en Ontario y el proceso de recuperación de los costos del sistema eléctrico.⁶⁴⁶

5.150. En cuanto a las referencias de mercado específicas propuestas por los reclamantes, el Grupo Especial constató, en primer lugar, que los precios de la electricidad al por mayor en Ontario (es decir, el HOEP) son el resultado de la operación de fuerzas de oferta y demanda que están afectadas de manera significativa por la intervención gubernamental, lo cual hace de ellos una referencia inadecuada para realizar el presente análisis del beneficio. En particular, el Grupo Especial constató que las ofertas de precios de los productores en el mercado mayorista administrado por la IESO no están motivadas por la necesidad de cubrir los costos de producción

⁶⁴⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafos 172 y 205; comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 126.

⁶⁴¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 214.

⁶⁴² Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 189.

⁶⁴³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 205.

⁶⁴⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.328 ii).

⁶⁴⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.271.

⁶⁴⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

marginales, sino más bien por la necesidad de ser escogidos para suministrar electricidad a la red de Ontario a fin de recibir sus precios contractuales o regulados. Así pues, el HOEP no es un "precio de equilibrio" determinado por las fuerzas de la oferta y la demanda, sino más bien "un instrumento para que la IESO adopte las decisiones de despacho necesarias para equilibrar la oferta y demanda físicas de electricidad".⁶⁴⁷

5.151. Por consiguiente, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los precios en Ontario sobre cuya base los reclamantes formularon sus argumentos relativos al beneficio -es decir, el HOEP y todos los derivados del HOEP a que habían hecho referencia los reclamantes, como el promedio ponderado de la tarifa mayorista en 2010 para productores distintos de los productores TR o RESOP⁶⁴⁸, los precios minoristas en el marco del RPP en 2010 y los precios de importación y exportación- no podían servir como referencias adecuadas a efectos del análisis del beneficio.⁶⁴⁹

5.152. El Grupo Especial rechazó también cuatro referencias tomadas de mercados de electricidad extraprovinciales -Alberta, en el Canadá, y los Estados de Nueva York y Nueva Inglaterra y la región del Atlántico Medio (la Interconexión PJM), en los Estados Unidos- presentados por los reclamantes como valores representativos del precio en el mercado mayorista de electricidad de Ontario. Por lo que respecta a Alberta, el Grupo Especial estimó que el "enfoque basado en el mercado"⁶⁵⁰ adoptado en Alberta no podía ser reproducido en Ontario con el mismo éxito, teniendo en cuenta las condiciones específicas de la oferta y la demanda en Ontario y la capacidad de producción de energía renovable y no renovable que sería necesario renovar, sustituir o añadir al sistema eléctrico de Ontario para 2030.⁶⁵¹ Por lo que respecta a los otros tres mercados, las pruebas obrantes en el expediente convencieron al Grupo Especial de que esos mercados no proporcionaban a los productores participantes todos los ingresos que necesitaban para estar presentes en el mercado. Por lo tanto, esos tres mercados no constituyen mercados mayoristas de electricidad competitivos que puedan, por sí solos, atraer inversiones en capacidad de producción suficientes para garantizar un sistema fiable de suministro de electricidad.⁶⁵²

5.153. Además, al Grupo Especial no le convenció la premisa subyacente en los argumentos de los reclamantes -a saber, que a falta del Programa TR los productores acogidos a él se verían obligados a operar en un mercado mayorista de electricidad competitivo-. El Grupo Especial consideró que los mercados mayoristas de electricidad competitivos rara vez remuneran a la combinación de productores necesaria para garantizar un sistema eléctrico fiable con ingresos suficientes para cubrir todos sus costos (incluidos los costos fijos y los costos hundidos), por no hablar de un sistema que asegure la inclusión de instalaciones que utilicen tecnologías solares FV y eólicas en la combinación del suministro.⁶⁵³

5.154. En opinión del Grupo Especial, en las condiciones de la oferta y la demanda reinantes en Ontario, un mercado mayorista de electricidad competitivo no lograría atraer el grado de inversión en capacidad de producción necesario para garantizar un suministro fiable de electricidad. Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que no sería adecuado determinar si el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos otorgan un beneficio, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, comparando los términos y condiciones de la participación en el Programa TR con los que podrían obtener los productores participantes en un mercado mayorista de electricidad en el que hubiera competencia efectiva.⁶⁵⁴

5.155. Al final de su análisis de las referencias relativas al beneficio, el Grupo Especial rechazó el argumento del Canadá de que el "mercado" pertinente a efectos del análisis del beneficio debía ser el mercado de electricidad producida por tecnologías solar FV y eólica. El Grupo Especial observó que los consumidores de electricidad de Ontario no hacían distinciones en la electricidad sobre la

⁶⁴⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.298 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial (DS426), párrafo 71; a la declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 83; y al Informe Hogan, del Canadá, páginas 37-41). (las cursivas figuran en el original)

⁶⁴⁸ Programa de oferta normalizada de energía renovable (RESOP).

⁶⁴⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

⁶⁵⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.306.

⁶⁵¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.310.

⁶⁵² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.310.

⁶⁵³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.309.

⁶⁵⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.312.

base de distintas tecnologías de producción, ya sea por vía de precio o de uso, y que no se habían presentado argumentos que sugirieran que las propiedades físicas de la electricidad cambiaran en función de la forma en que se genera. En consecuencia, el Grupo Especial constató que en Ontario sólo hay un único mercado de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía.⁶⁵⁵

5.156. Tras rechazar las referencias propuestas por los reclamantes, el Grupo Especial formuló su propia sugerencia sobre lo que consideraba una referencia adecuada en las circunstancias del presente asunto. El Grupo Especial explicó que una manera de determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC consistiría en ponerlas a prueba comparándolas con los tipos de transacciones de compra en condiciones de libre competencia que existirían en un mercado mayorista de electricidad cuyos amplios parámetros hubieran sido definidos por el Gobierno de Ontario. En las circunstancias del presente asunto, esto podría hacerse comparando los términos y condiciones de los contratos TR y microTR impugnados con los que ofrecerían distribuidores comerciales de electricidad que adquirieran electricidad en cumplimiento de una obligación gubernamental a centrales de producción de energía solar FV y eólica de escala comparable a las que funcionan en el marco del Programa TR.⁶⁵⁶

5.157. Según el Grupo Especial, este enfoque se podría utilizar para determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio comparando la tasa de rentabilidad obtenida por los productores TR con arreglo a los términos y condiciones de los contratos TR y microTR con el costo medio en el Canadá del capital para proyectos con un perfil de riesgo comparable en el mismo período. El Grupo Especial señaló que esa comparación permitiría determinar inmediata y claramente si los productores TR están recibiendo una compensación excesiva del gobierno y en consecuencia están recibiendo un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶⁵⁷ A continuación el Grupo Especial evaluó si en el expediente obraba información fáctica suficiente para aplicar la referencia que había propuesto. Después de examinar las pruebas obrantes en el expediente, el Grupo Especial constató que la información disponible no era suficiente para determinar el costo medio del capital en el Canadá durante el período pertinente para proyectos con un perfil de riesgo comparable al de los contratos TR y microTR impugnados.⁶⁵⁸

5.5.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la Unión Europea y el Japón no habían logrado establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC

5.158. Al abordar las alegaciones de la Unión Europea y el Japón en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, comenzamos examinando el criterio jurídico adoptado por el Grupo Especial en su análisis a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1. A continuación, abordamos el análisis realizado por el Grupo Especial del mercado pertinente, y después analizamos la referencia adecuada para la remuneración de la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. Por último, teniendo en cuenta la referencia de mercado adecuada, consideramos la evaluación realizada por el Grupo Especial de las referencias relativas al beneficio presentadas por los reclamantes.

5.5.2.2.1 Criterio jurídico para determinar la existencia de beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC

5.159. Empezamos nuestro análisis de la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC examinando el criterio jurídico adoptado por el Grupo Especial para determinar la existencia de beneficio. Sobre la base de la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1, el Grupo Especial consideró que una contribución financiera otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 cuando concede una ventaja a su receptor, y que la existencia de tal ventaja debe determinarse comparando la posición del receptor en el mercado con y sin la contribución financiera.⁶⁵⁹ El Grupo Especial también observó que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, que contiene

⁶⁵⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.318.

⁶⁵⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.322.

⁶⁵⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.323.

⁶⁵⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.326.

⁶⁵⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.271 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 51; y *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157).

directrices para calcular la cuantía de la subvención a efectos de las investigaciones en materia de derechos compensatorios previstas en la Parte V del Acuerdo SMC en casos relativos a la compra de bienes por un gobierno, ofrece un contexto útil para determinar la existencia de beneficio en las presentes diferencias.⁶⁶⁰

5.160. Según el Grupo Especial, *una forma* de valorar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 es examinar si, de conformidad con la referencia establecida en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, la remuneración obtenida por los productores de energía eólica y solar FV en el marco del Programa TR es "superior a la adecuada" en comparación con la que de otro modo los mismos productores recibirían, a la luz de "las condiciones reinantes en el mercado", en el "mercado" de electricidad de Ontario.⁶⁶¹ El Grupo Especial indicó que el mercado pertinente no es necesariamente un mercado "no distorsionado por la intervención del gobierno" o que esté exento de cualquier grado de intervención del gobierno.⁶⁶² Sin embargo, recordó que, cuando el papel del gobierno en el mercado es tan predominante que en realidad determina los precios, no es posible determinar si el receptor quedaría en una situación mejor de no existir la contribución financiera, y que el mercado objeto de la intervención del gobierno no puede servir como referencia adecuada con arreglo al apartado d) del artículo 14.⁶⁶³

5.161. El Japón aduce que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el párrafo 1 b) del artículo 1 porque no analizó la cuestión del beneficio más que desde el punto de vista que ofrece el marco del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. El Japón señala que, si bien el apartado d) del artículo 14 ofrece una metodología concreta para calcular la cuantía del beneficio a efectos de la imposición de medidas compensatorias, no es necesaria una cuantificación exacta en diferencias relativas a las subvenciones prohibidas a tenor del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC, en las cuales el reclamante únicamente debe demostrar que existe un beneficio.⁶⁶⁴ La Unión Europea no impugna la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 que hizo el Grupo Especial, pero, en el contexto de su impugnación de la aplicación que hizo el Grupo Especial de dicha disposición, también recalca que, en un asunto relativo a subvenciones prohibidas, la cuestión de la cuantía de la subvención carece de importancia, de modo que, en las presentes diferencias, no es necesario identificar la referencia adecuada para establecer la cuantía del beneficio otorgado por el Programa TR.⁶⁶⁵

5.162. No estamos convencidos de que el Grupo Especial, al analizar si se confiere un beneficio sobre la base de las directrices que figuran en el apartado d) del artículo 14, incurriera en error en la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Observamos que el Grupo Especial afirmó al principio de su análisis que el apartado d) del artículo 14 "no tiene por objeto definir las circunstancias en las que una compra de bienes por el gobierno otorgará un beneficio en diferencias concernientes a la[s] Parte[s] [II y] III del Acuerdo SMC"⁶⁶⁶, pero ofrece un contexto útil para el análisis del beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1. Además, el Grupo Especial aclaró que el apartado d) del artículo 14 sencillamente sugiere *una forma* de probar que las medidas impugnadas otorgan un beneficio.⁶⁶⁷

5.163. En diferencias anteriores el Órgano de Apelación ha afirmado que se debería determinar si se ha otorgado un beneficio evaluando si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.⁶⁶⁸ Además, en diferencias anteriores relativas a las Partes II y III del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación ha recurrido al artículo 14 como contexto pertinente a la interpretación del beneficio en el marco del

⁶⁶⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.271 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafos 157 y 158).

⁶⁶¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.272.

⁶⁶² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.274 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 87; y se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafos 7.50 y 7.51).

⁶⁶³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.274 (donde se hace referencia a informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafos 157 y 158).

⁶⁶⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 98.

⁶⁶⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 162 y nota 170 al mismo.

⁶⁶⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.271.

⁶⁶⁷ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.271-7.273.

⁶⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157.

párrafo 1 b) del artículo 1.⁶⁶⁹ El apartado d) del artículo 14 contiene directrices para determinar si la compra de bienes por el gobierno deja al receptor "en una situación mejor" de la que tendría de otro modo en el mercado. El artículo 14 se utiliza en asuntos relativos a derechos compensatorios para calcular la cuantía de la subvención en función del beneficio para el receptor. Aunque el artículo 14 figura en la Parte V del Acuerdo SMC, el Grupo Especial señaló acertadamente que constituye el contexto pertinente para la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 a los efectos de la Parte II del Acuerdo SMC, y que se puede utilizar como contexto pertinente para determinar si existe subvención.⁶⁷⁰

5.164. No consideramos conveniente adoptar un enfoque distinto cuando, como sucede con las subvenciones prohibidas, se ha de determinar si existe un beneficio, en lugar de cuantificarlo con exactitud. Una referencia de mercado puede indicar si existe un beneficio y, normalmente, su cuantía. Sin embargo, a falta de una referencia de mercado, no será posible en absoluto establecer si la subvención existe. No se puede determinar en términos absolutos que una contribución financiera otorga una ventaja a su receptor, sino que se debe efectuar una comparación con una referencia que, en el caso de las subvenciones, se derive del mercado. Esto es así, a nuestro juicio, con independencia de que sea preciso o no cuantificar exactamente la ventaja.

5.165. Por consiguiente, estimamos que el enfoque interpretativo adoptado por el Grupo Especial en relación con la cuestión del beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, incluido el recurso al contexto que ofrece el apartado d) del artículo 14, es el correcto. No consideramos que la determinación de la mera existencia de la subvención, en oposición a su cuantía, exija una interpretación diferente de la forma de determinar la existencia de un beneficio con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1. La determinación de la existencia de un beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1, leído en el contexto del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, exige una comparación entre la remuneración efectiva y una referencia o un valor representativo basados en el mercado y, en consecuencia, una comparación entre cuantías, a fin de determinar la existencia de un beneficio.

5.166. Habida cuenta de lo anterior, no consideramos que el Grupo Especial cometiera un error en la interpretación del criterio jurídico para la determinación de la existencia de un beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.5.2.2.2 Mercado pertinente

5.167. Tras identificar el criterio jurídico aplicable al análisis del beneficio, el Grupo Especial examinó en primer lugar los aspectos económicos de los mercados mayoristas de electricidad y la experiencia de apertura del mercado de Ontario en 2002 para llegar a la conclusión de que "los mercados mayoristas de electricidad competitivos rara vez atraerán inversiones suficientes en la capacidad de producción necesaria para garantizar una oferta de electricidad fiable" y de que esto "no se podría haber alcanzado en Ontario en 2002 únicamente sobre la base de la operación de un mercado mayorista de electricidad competitivo".⁶⁷¹ A continuación el Grupo Especial examinó varias referencias provinciales y extraprovinciales que habían presentado los reclamantes, todas ellas basadas en la suposición de que el mercado pertinente para la comparación relativa al beneficio era un único mercado de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía. Según explicamos más adelante, el Grupo Especial consideró que todas esas referencias estaban distorsionadas y no ser, en consecuencia, adecuadas para un análisis correcto del beneficio.

5.168. El Grupo Especial emprendió y terminó un análisis completo de las referencias relativas al beneficio antes de llegar a una conclusión sobre la definición del mercado pertinente. El Grupo Especial no definió el mercado pertinente hasta el párrafo 7.318, después de haber rechazado

⁶⁶⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 155, y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 972-975.

⁶⁷⁰ En *Canadá - Aeronaves*, el Órgano de Apelación señaló lo siguiente:
Aunque en las primeras palabras del artículo 14, se declara que las directrices que éste establece se aplican "[a] los efectos de la parte V" del *Acuerdo SMC*, que trata de las "medidas compensatorias", nuestro parecer es que el artículo 14 constituye, no obstante, un contexto pertinente a la interpretación de "beneficio" en el párrafo 1 b) del artículo 1.

(Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 155) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 703.

⁶⁷¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.292.

todas las referencias propuestas por los reclamantes. Al definir el mercado pertinente, el Grupo Especial afirmó que "[n]o hay ... fundamento para aceptar que un mercado mayorista para la electricidad generada por tecnologías solar FV y eólica separado sería el núcleo adecuado del análisis del beneficio en las presentes diferencias", teniendo en cuenta que "en la actualidad los consumidores de electricidad de Ontario, cuya demanda determina instantáneamente las compras hechas a nivel mayorista, no hacen distinciones en la electricidad sobre la base de distintas tecnologías de producción, ya sea por vía de precio o de uso"⁶⁷², y que no se habían presentado argumentos que indicaran que las propiedades físicas de la electricidad cambiaran en función de la forma en que se generaba. Por lo tanto, el Grupo Especial coincidía con los reclamantes en que, a efectos del análisis del beneficio, el mercado pertinente era el mercado de electricidad generada a partir de todas las fuentes de energía.⁶⁷³

5.169. Encontramos dos problemas principales en el análisis del mercado pertinente realizado por el Grupo Especial a efectos de la comparación relativa al beneficio en las presentes diferencias. En primer lugar, creemos que el Grupo Especial, en lugar de concluir su análisis del beneficio con la definición del mercado pertinente, debería haber empezado con ella. La definición del mercado pertinente es fundamental para llevar a cabo un análisis del beneficio, y un requisito previo para ello, en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Sólo se puede establecer apropiadamente la existencia de un beneficio comparando los precios de bienes y servicios en el mercado pertinente donde compiten. Parece lógico que un grupo especial encargado de determinar la existencia de un beneficio comience su análisis definiendo el mercado pertinente, que se utilizará para realizar el análisis del beneficio. En cambio, en el asunto que nos ocupa, el Grupo Especial tomó nota de las opiniones divergentes de las partes en cuanto al mercado pertinente⁶⁷⁴, y procedió a analizar las referencias relativas al beneficio presentadas por los reclamantes antes de adoptar una posición con respecto al mercado pertinente para la comparación relativa al beneficio. Al final de su análisis del beneficio, el Grupo Especial definió el mercado pertinente para el análisis del beneficio como un único mercado de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía, pero concluyó que el mercado mayorista de electricidad competitivo no podía ser el meollo adecuado del análisis del beneficio en estas diferencias.⁶⁷⁵

5.170. En segundo lugar observamos que, por una parte, el hecho de que la electricidad sea físicamente idéntica, con independencia de la forma en que se produzca, indica que hay una gran sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda entre la electricidad producida con tecnologías diferentes. Por otra parte, sin embargo, hay otros factores que pueden emplearse para establecer diferencias desde el punto de vista de la demanda, que el Grupo Especial no tomó en consideración en su análisis del mercado pertinente. Factores como el tipo de contrato, el tamaño del cliente y el tipo de electricidad producida (carga básica frente a carga máxima) pueden establecer diferencias en el mercado.⁶⁷⁶

5.171. Además, el Grupo Especial no analizó factores relacionados con la oferta en la definición del mercado pertinente. En el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, al abordar la definición del mercado a efectos de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación constató que en la definición del mercado pertinente se debían tener en cuenta consideraciones relativas tanto a la demanda como a la oferta. El Órgano de Apelación constató lo siguiente:

La sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda (es decir, cuando los consumidores consideran que dos productos son sustituibles entre sí) es un criterio indispensable, pero no es el único que se debe tener en cuenta al evaluar si dos productos están en el mismo mercado. Antes bien, puede ser necesario además considerar la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta. Por ejemplo, las pruebas sobre la capacidad de un proveedor para transferir su producción con un

⁶⁷² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.318. (no se reproducen las notas de pie de página)

⁶⁷³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.318.

⁶⁷⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.278.

⁶⁷⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.320.

⁶⁷⁶ Por ejemplo, determinados clientes, en razón de su tamaño, funcionamiento y tipo de contrato, pueden necesitar electricidad en ciertos momentos del día o de la noche, con lo que incrementan la demanda de electricidad de carga básica o de carga máxima. Es probable que los grandes clientes de volumen industrial sean capaces de negociar condiciones contractuales más ventajosas que las ofrecidas a los clientes domésticos. También se pueden establecer diferencias en el mercado por tipo de contrato, es decir, en función de su duración o de que los precios estén cubiertos o sean flexibles.

costo limitado o prohibitivo de un producto a otro en un plazo breve también pueden aclarar la cuestión de si dos productos se encuentran en un único mercado.⁶⁷⁷

5.172. Si el Grupo Especial hubiera realizado un análisis de factores relacionados con la demanda y la oferta, y en particular de los relacionados con la oferta, la importancia de la intervención gubernamental en el mercado de la electricidad para la definición del mercado pertinente habría resultado evidente. Ese análisis hubiera permitido al Grupo Especial llegar a conclusiones distintas, sobre todo si, según explicó posteriormente en sus informes, consideraba que el mercado mayorista de electricidad competitivo no era el meollo adecuado del análisis del beneficio en estas diferencias.

5.173. El Grupo Especial reconoció que "tal vez sea mejor caracterizar el mercado mayorista de electricidad de Ontario como parte de un sistema eléctrico que está definido en casi todos sus aspectos por las decisiones de política del Gobierno de Ontario y los reglamentos concernientes a la combinación de suministro".⁶⁷⁸ No obstante, en la definición del mercado pertinente, que el Grupo Especial utilizó a efectos del análisis del beneficio, no figura consideración alguna relativa a la importancia de la intervención de la reglamentación en el mercado de electricidad de Ontario.

5.174. En las presentes diferencias, los factores relacionados con la oferta indican que los productores de electricidad a partir de energía eólica y solar FV no pueden competir con otros productores de electricidad debido a las diferencias en las estructuras de costos y en los costos y características de explotación. Las tecnologías solar FV y eólica tienen costos de capital muy elevados (en comparación con otras tecnologías de producción), costos de explotación muy bajos y menos economías de escala, por no decir ninguna. Las tecnologías eólica y solar FV producen electricidad de forma intermitente (en función de que haya viento y sol) y no se puede recurrir a ellas en los casos de la electricidad de carga básica y de carga máxima. Las diferencias en las estructuras de costos y en los costos y características de explotación entre las tecnologías eólica y solar FV, por un lado, y las demás tecnologías, por otro, hacen muy improbable, si no imposible, que las primeras puedan imponer ninguna forma de limitación de precios a las segundas. Por el contrario, los productores convencionales producen un producto básico idéntico que se puede usar en los casos de la electricidad de carga básica y de carga máxima. Tienen mayores economías de escala e imponen limitaciones de precios a los productores que utilizan tecnologías eólica y solar FV.⁶⁷⁹

5.175. Cuando se mezcla el suministro de electricidad de fuentes diferentes, y siempre que las diferencias de costos entre la electricidad convencional y la renovable sean tan significativas, los mercados de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV sólo pueden existir como resultado de la reglamentación gubernamental. La elección por el gobierno de las tecnologías de producción de electricidad incorporadas en la combinación del suministro es a menudo lo que crea los mercados de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. Un gobierno puede elegir la combinación del suministro fijando precios administrados (sobre la base de los principios de recuperación de los costos y de margen razonable) para tecnologías que de otro modo no serían capaces de recuperar sus costos en el mercado al contado. Otra posibilidad es que un gobierno imponga a los distribuidores privados o al propio gobierno que parte de la electricidad que necesitan y compran proceda de determinadas tecnologías de producción. Como expondremos después con mayor detalle, en ninguno de esos dos casos puede considerarse que la definición de una determinada combinación del suministro por el gobierno, *en y por sí misma*, otorgue un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.176. Observamos asimismo que el análisis realizado por el Grupo Especial del mercado pertinente se centró en las preferencias de los consumidores finales y pasó por alto que el Gobierno de Ontario compra electricidad al por mayor y después la revende a los consumidores al por menor. Es posible que los consumidores finales minoristas no hagan distinciones entre tipos de electricidad en función de la tecnología de producción, porque toda la electricidad que se incorpora a la red se mezcla con independencia de la tecnología de producción utilizada. No obstante, a nivel mayorista, la definición de la combinación del suministro de energía por el gobierno conforma sus decisiones de compra. Las decisiones del gobierno de que la combinación del suministro de energía

⁶⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1121.

⁶⁷⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

⁶⁷⁹ Véase el Informe Hogan, páginas 6-8.

incluya electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV determina necesariamente sus decisiones de compra de electricidad al por mayor. A este respecto, cuando las decisiones gubernamentales exigen una determinada combinación del suministro, la electricidad procedente de distintas tecnologías de producción no es sustituible a nivel mayorista. Si el Grupo Especial hubiera distinguido entre las condiciones de la oferta y la demanda a nivel mayorista y minorista, habría llegado a conclusiones sobre la definición del mercado pertinente que tuvieran en cuenta la elección de la combinación del suministro de energía que hizo el Gobierno de Ontario.

5.177. La definición de la combinación del suministro de energía que haga un gobierno responderá por lo general a una serie de imperativos de política que informan la acción de gobierno. Según explicamos con mayor detalle más abajo, entre esos imperativos cabe citar la reducción de la dependencia de los combustibles fósiles para garantizar la sostenibilidad de los mercados de electricidad a largo plazo, así como las externalidades negativas y positivas asociadas con la producción de energía convencional y renovable. Además, la definición de la combinación del suministro de energía que haga un gobierno puede responder al hecho de que los consumidores estén dispuestos a comprar electricidad resultante de la combinación de distintas tecnologías de producción, aunque sea más cara que la electricidad producida exclusivamente a partir de fuentes de producción convencionales.

5.178. A nuestro juicio, el Grupo Especial no sólo debería haber definido el mercado pertinente al principio de su análisis del beneficio, sino que, en su análisis del mercado pertinente, debería también haber considerado que, en Ontario, la definición de la combinación del suministro de energía eléctrica por el Gobierno conforma los mercados en que compiten los productores de electricidad que utilizan distintas tecnologías. Recordamos que el Canadá había aducido ante el Grupo Especial que el mercado pertinente a los efectos de un análisis basado en una referencia sería el mercado de electricidad producida por tecnologías solar FV y eólica.⁶⁸⁰ De haber examinado más detenidamente los factores relacionados con la oferta, el Grupo Especial habría llegado a la conclusión de que, incluso si los factores relacionados con la demanda inclinan la balanza a favor de la definición del mercado pertinente como un único mercado de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía, los factores relacionados con la oferta indican que las importantes diferencias en las estructuras de costos y los costos y características de funcionamiento entre tecnologías de producción impedirían la misma existencia de la producción eólica y solar FV a falta de la definición gubernamental de las tecnologías de producción de electricidad incorporadas en la combinación del suministro. Ello, a su vez, habría llevado al Grupo Especial a concluir que la comparación relativa al beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 no debería realizarse en el mercado mayorista de electricidad competitivo en su conjunto, sino en mercados competitivos de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV que crea la definición gubernamental de la combinación del suministro de energía.

5.179. Teniendo presentes el mercado pertinente a la luz de la definición de la combinación del suministro de energía que hizo el Gobierno de Ontario y las condiciones reinantes en el mercado de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV en Ontario, pasamos ahora a la identificación de lo que consideramos que sería, en las circunstancias de las presentes diferencias, la referencia adecuada para la comparación relativa al beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.5.2.2.3 Identificación de una referencia relativa al beneficio para la electricidad producida a partir de tecnologías eólica y solar FV

5.180. Aunque el Grupo Especial definió el mercado pertinente como un único mercado de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía y, según examinamos con mayor detalle más abajo, realizó un análisis en profundidad de todas las referencias de mercado relativas a la electricidad compuesta propuestas por los reclamantes, en sus conclusiones sobre el beneficio afirmó que, en el caso de la electricidad, el mercado mayorista de electricidad competitivo no es una referencia adecuada, dado que la intervención gubernamental es necesaria para alcanzar ciertos objetivos de política, como garantizar un suministro eléctrico estable y fiable que incluya electricidad generada por fuentes renovables. La constatación del Grupo Especial de que los reclamantes no habían logrado establecer la existencia de un beneficio se basaba en dos consideraciones fundamentales.

⁶⁸⁰ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.277 y 7.318.

5.181. En primer lugar, el Grupo Especial subrayó que "los mercados mayoristas de electricidad competitivos, aunque teóricamente son posibles, rara vez funcionan en forma que remunere a la combinación de productores necesaria para garantizar un sistema eléctrico *fiable* con ingresos suficientes para cubrir sus costos globales, por no hablar de un sistema que persiga objetivos relacionados con *la salud humana y el medio ambiente* mediante la inclusión de instalaciones que utilizan tecnologías solar FV y eólica en la composición del suministro".⁶⁸¹ En segundo lugar, el Grupo Especial recalcó que las condiciones de la oferta y la demanda que prevalecen en Ontario indican que un mercado mayorista de electricidad competitivo no lograría atraer el grado de inversión en capacidad de producción necesario para garantizar un suministro fiable de electricidad. A juicio del Grupo Especial, "actualmente ese objetivo sólo puede alcanzarse por medio de intervención gubernamental sobre lo que de otro modo constituirían resultados de mercado competitivo inaceptables".⁶⁸²

5.182. Esas consideraciones del Grupo Especial sobre la determinación de la existencia de un beneficio en los mercados de electricidad, y concretamente en Ontario, contrastan con su definición del mercado pertinente para la comparación relativa al beneficio como un único mercado de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía, y con su análisis de las referencias para la electricidad compuesta presentadas por los reclamantes. Entendemos que esas afirmaciones del Grupo Especial indican que una referencia para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV en Ontario debería tener en cuenta la definición gubernamental de la combinación del suministro de energía, que incluye la producción de energía eólica y solar FV. Sin embargo, consideramos que no se debe interpretar que esas afirmaciones indican que los objetivos de política subyacentes en la producción y suministro de electricidad impiden adoptar un enfoque basado en el mercado para la determinación de la existencia de un beneficio, pues ello significaría interpretar que el párrafo 1 b) del artículo 1 prevé una excepción basada en el fundamento de la subvención que carece de base en el texto del Acuerdo.

5.183. Un análisis del beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1, interpretado en el contexto del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, entraña una comparación con una referencia o un valor representativo de mercado. El apartado d) del artículo 14 establece, por una parte, que se considerará que la compra de bienes confiere un beneficio si "la compra se reali[za] por una remuneración superior a la adecuada" y, por otra parte, que la adecuación de la remuneración se determinará en relación con las "condiciones reinantes en el mercado" para el bien o servicio de que se trate, en el país de compra. La adecuación de la remuneración es solamente un aspecto de la comparación prevista en el apartado d) del artículo 14, y el otro son las "condiciones reinantes *en el mercado*"⁶⁸³ en el país de compra, lo que exige una comparación con una referencia de mercado.

5.184. El Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, confirmó que el apartado d) del artículo 14 exige una comparación con las condiciones del *mercado*. El Órgano de Apelación constató que, cuando los precios privados de los bienes de que se trata están distorsionados en el país de compra, se puede recurrir a una referencia de fuera del país o a una referencia reconstruida, siempre que se hagan los ajustes necesarios para reflejar las condiciones del mercado de compra.⁶⁸⁴ El propósito mismo del recurso a una referencia de fuera del país o a una referencia reconstruida es reproducir las condiciones de un mercado competitivo que no se dan en el país de compra. Por lo tanto, recurrir a una referencia que no refleje las condiciones de mercado sería incompatible con las directrices que figuran en el apartado d) del artículo 14, según las interpretó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*.

5.185. Sin embargo, aunque no cabe conciliar la introducción de consideraciones de política legítimas en la determinación de la existencia de un beneficio con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, no consideramos que un enfoque basado en el mercado para las referencias relativas al beneficio excluya la posibilidad de tener en cuenta situaciones en que los gobiernos intervienen para crear mercados que de otro modo no existirían. Por ejemplo, los gobiernos crean mercados de electricidad con un suministro constante y fiable. Al regular la cantidad y el tipo de electricidad que se suministra a través de la red (de carga básica, de carga intermedia o de carga máxima) y el momento en que se suministra, los gobiernos se aseguran de que haya

⁶⁸¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.309. (las cursivas figuran en el original)

⁶⁸² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.312.

⁶⁸³ Sin cursivas en el original.

⁶⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 103.

continuamente un equilibrio oferta-demanda entre los productores y los consumidores, con lo que se evitan desequilibrios que desestabilizarían la red y darían lugar a la interrupción del suministro. Si bien este tipo de intervención tiene un efecto en los precios del mercado, a diferencia de lo que ocurre en una situación en que los precios los determinan las fuerzas de oferta y demanda libres de trabas, no excluye *per se* dar a los precios resultantes un trato de precios de mercado a los efectos del análisis del beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. De hecho, sin la intervención gubernamental, no podría haber un mercado con un suministro eléctrico constante y fiable.⁶⁸⁵

5.186. Análogamente, las consideraciones relacionadas con la elección por un gobierno de una combinación del suministro de energía que incluya la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV puede ser crucial para la viabilidad y sostenibilidad del mercado de electricidad a largo plazo. Los gobiernos intervienen reduciendo la dependencia de los recursos energéticos fósiles y fomentando la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables para asegurar la sostenibilidad de los mercados de electricidad a largo plazo. Los recursos energéticos fósiles son agotables, y por lo tanto es preciso sustituir paulatinamente la energía de origen fósil si se quiere garantizar el suministro eléctrico a largo plazo. En la actualidad, la intervención gubernamental tendente a la sustitución de la energía de origen fósil por energía renovable pretende asegurar el correcto funcionamiento o la existencia de un mercado de electricidad con un suministro eléctrico constante y fiable a largo plazo. Al igual que en el caso de la reglamentación gubernamental, que asegura la estabilidad y la fiabilidad del suministro en el mercado de electricidad, no se debería considerar que la decisión de un gobierno de incluir la producción eólica y solar FV en la combinación del suministro de energía impide la identificación o adaptación de referencias competitivas relativas al beneficio a los efectos de un análisis en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.187. La intervención gubernamental asegura que los mercados de electricidad puedan existir en su forma actual, que permite a los consumidores un acceso constante y fiable a la electricidad. Sin embargo, la reglamentación de los mercados de electricidad por los gobiernos no sólo está orientada por consideraciones inmediatas a corto plazo relacionadas con la naturaleza de la electricidad y los sistemas eléctricos, y que exigen la gestión de productores y cargas "despachables" y "no despachables", sino también por consideraciones a largo plazo cuyo objetivo es asegurar que los consumidores tengan un acceso estable a la electricidad en el futuro, que provenga cada vez en mayor medida de fuentes renovables. Es en esta última situación en la que la gestión por el gobierno de la combinación del suministro de energía desempeña una función esencial.

5.188. No obstante, convendría establecer una distinción entre las intervenciones gubernamentales que crean mercados que de otro modo no existirían, por un lado, y otros tipos de intervención gubernamental para apoyar a determinados participantes en mercados que ya existen o para corregir distorsiones de dichos mercados, por otro. Cuando un gobierno crea un mercado, no puede decirse que la intervención gubernamental lo distorsiona, ya que no existiría si el gobierno no lo hubiera creado. Si bien la creación de mercados por un gobierno no da lugar, *en y por sí misma*, a subvenciones en el sentido del Acuerdo SMC, las intervenciones gubernamentales en mercados existentes pueden equivaler a subvenciones si adoptan la forma de una contribución financiera, o de sostenimiento de los ingresos o de los precios, y si otorgan un beneficio a empresas o ramas de producción específicas.

5.189. Observamos además que la comparación entre productores de electricidad a partir de energías renovables y productores de electricidad a partir de energías convencionales exige considerar todos los costos asociados con la producción de electricidad. A este respecto, si los precios más elevados de la electricidad renovable, por un lado, tienen ciertas externalidades positivas, como garantizar el suministro a largo plazo y afrontar problemas ambientales, los precios más bajos de la producción de electricidad no renovable, por otro lado, tienen ciertas externalidades negativas, como los efectos desfavorables en la salud de las personas y el medio ambiente de las emisiones de la energía procedente de combustibles fósiles y la eliminación de los

⁶⁸⁵ En particular, el Grupo Especial señala que, si no se mantuviera continuamente un equilibrio oferta-demanda entre los productores y los consumidores, se desestabilizarían las redes, "lo cual da[ría] lugar a disminuciones del suministro de energía, a apagones o, en casos extremos, a la interrupción del suministro de energía a todos los consumidores". (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.11 (donde se hace referencia al Informe Hogan, página 13))

residuos nucleares. En la definición gubernamental de la combinación del suministro de energía subyacerán a menudo consideraciones relativas a esas externalidades, que serán el motivo de la intervención de los gobiernos para crear mercados de electricidad producida a partir de fuentes renovables. En esta cuestión coincidimos con la afirmación del Grupo Especial según la cual, si la intervención gubernamental que internaliza los costos y beneficios sociales se limita a definir los parámetros generales del mercado, "quedará un margen significativo para que los agentes privados operen en el marco de esos parámetros sobre la base de consideraciones comerciales".⁶⁸⁶

5.190. Habida cuenta de lo expuesto, y en particular del hecho de que la definición por un gobierno de la combinación del suministro de energía para la producción de electricidad no constituye *en y por sí misma* una subvención, estimamos que se deberían encontrar las referencias relativas al beneficio para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV en los mercados de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV que son el resultado de la definición de la combinación del suministro. Por consiguiente, cuando el gobierno ha definido una combinación del suministro de energía que incluye las tecnologías eólica y solar FV de producción de electricidad, como en las presentes diferencias, a efectos del análisis del beneficio en el caso de la producción de electricidad a partir de energía eólica y solar FV, la comparación basada en una referencia debería hacerse con los términos y condiciones que se podrían obtener en condiciones de mercado para cada una de esas tecnologías, tomando la combinación del suministro como un dato preexistente.

5.191. Tras determinar que una referencia relativa al beneficio adecuada para los productores de energía eólica y solar FV debería tener en cuenta la definición por el gobierno de la combinación del suministro de energía, pasamos ahora a ocuparnos del análisis que hizo el Grupo Especial de las referencias relativas al beneficio presentadas por los reclamantes.

5.5.2.2.4 El análisis de las referencias relativas al beneficio realizado por el Grupo Especial

5.192. Tras exponer el marco interpretativo del párrafo 1 b) del artículo 1 y del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, y antes de definir el mercado pertinente, el Grupo Especial procedió a examinar varias referencias del mercado de electricidad compuesta de Ontario propuestas por los reclamantes. El Grupo Especial examinó: i) el HOEP -es decir, el precio de la electricidad vendida al por mayor en el mercado administrado por la IESO-; ii) los precios al por menor ofrecidos en el marco del RPP; y iii) los precios de importación y exportación de electricidad de y a las provincias vecinas y los Estados Unidos. El Grupo Especial rechazó todas estas referencias por no considerarlas apropiadas, ya que había constatado que estaban distorsionadas por la intervención del gobierno en el mercado, y por lo tanto no eran adecuadas.⁶⁸⁷

5.193. Tras rechazar todos los precios de Ontario por considerarlos distorsionados, el Grupo Especial, siguiendo la constatación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, examinó como posibles referencias los precios en cuatro mercados de electricidad extraprovinciales: Alberta, el Estado de Nueva York, Nueva Inglaterra y la interconexión PJM. El Grupo Especial rechazó Alberta debido a las diferencias con Ontario en cuanto a las condiciones de la oferta y la demanda. Rechazó el Estado de Nueva York, Nueva Inglaterra y la interconexión PJM porque constató que en esos mercados los productores también reciben pagos por capacidad.⁶⁸⁸ Como hemos expuesto *supra*, tras rechazar todas las referencias propuestas por los reclamantes, el Grupo Especial constató que el mercado pertinente para la comparación relativa al beneficio era el mercado mayorista de Ontario para la electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía.⁶⁸⁹

5.194. La Unión Europea alega que el Grupo Especial aplicó erróneamente el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC a los hechos de este caso. El Grupo Especial no debería haber realizado un examen de las hipótesis de mercado para realizar una comparación con el fin de determinar la

⁶⁸⁶ Informes del Grupo Especial, nota 633 al párrafo 7.322.

⁶⁸⁷ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.293-7.302 y 7.317. El Grupo Especial también rechazó el promedio ponderado de la tarifa mayorista en 2010 para productores distintos de los productores TR y RESOP, por considerarlo un "derivado[]" del HOEP". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.308 y nota 610)

⁶⁸⁸ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.305-7.307.

⁶⁸⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.318.

adecuación de la remuneración otorgada a los productores TR a través del Programa TR.⁶⁹⁰ En opinión de la Unión Europea, el recurso a valores representativos o hipótesis de mercado no era necesario, porque era indiscutido que los productores TR no habrían obtenido ninguna remuneración en el mercado de Ontario en vista de las "condiciones reinantes en el mercado", en las que el mismo bien (electricidad) producido utilizando otras tecnologías de producción obtenía una remuneración mucho menor. Teniendo esto en cuenta, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial debería haber formulado la conclusión en cuanto a la existencia de beneficio "con pocas dificultades", sin necesidad de examinar valores representativos o hipótesis de mercado.⁶⁹¹

5.195. El Japón está de acuerdo con la opinión disidente que figura en los informes del Grupo Especial de que el historial del mercado de electricidad de Ontario y el diseño, la estructura y el funcionamiento del Programa TR demuestran que los productores de energía solar FV y eólica no podrían operar en el mercado de Ontario sin dicho Programa, y de que este hecho basta por sí solo para establecer la existencia de beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁶⁹²

5.196. Observamos que los argumentos formulados por la Unión Europea y el Japón en apelación son muy similares a los presentados en la opinión disidente que figura en los informes del Grupo Especial. Entendemos que la Unión Europea y el Japón aducen que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC porque llevó a cabo un análisis completo de las referencias relativas al beneficio en lugar de establecer la existencia de beneficio basándose en un sencillo criterio "de no ser por". Con arreglo a ese criterio, el historial, la estructura y los objetivos del Programa TR, así como el hecho no controvertido de que, de no existir dicho Programa, los productores de energía solar FV y eólica no operarían en el mercado de electricidad de Ontario, revelarían la existencia de un beneficio.

5.197. En primer lugar observamos que si, como reconoció el Grupo Especial, a falta de la definición del gobierno de la combinación de suministro de energía no se produciría energía eólica y solar FV en Ontario, un criterio "de no ser por" sería inapropiado para establecer la existencia de beneficio, porque tal enfoque, por definición, no mediría lo que el receptor podría obtener en el mercado por la producción de energía eólica y solar FV. No puede establecerse la existencia de beneficio sobre la base de una hipótesis de mercado "de no ser por", que presupone que el mercado pertinente es el de la electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía, en una situación en la que el gobierno define la combinación de suministro de energía como una que incluye la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV y, en consecuencia, crea mercados separados para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. Suponiendo que pudiera establecerse la existencia de beneficio determinando si los productores de energía eólica y solar FV podrían o no haber entrado en el mercado "de no ser por" el Programa TR, la pregunta fundamental que debe responderse es "qué" mercado ofrece la referencia adecuada. Antes de responder a la pregunta de si los productores de energía eólica y solar FV habrían entrado en el mercado, es necesario definir el mercado pertinente en el que operarían. Es en este mercado en el que tendría que definirse la referencia adecuada.

5.198. Asimismo observamos que el Canadá afirma que lo que ha aceptado es que el HOEP y sus derivados son insuficientes para atraer la inversión en nueva tecnología de producción de cualquier tipo y que, a falta del Programa TR, muy probablemente los futuros productores TR de energía eólica y solar FV acordarían un precio negociado con el Gobierno de Ontario.⁶⁹³ Esto es distinto de aceptar que los productores de energía eólica y solar FV no estarían en el mercado de no existir el Programa TR, como el Japón y la Unión Europea aducen que hizo el Canadá. El Canadá adujo ante el Grupo Especial que a los efectos del análisis del beneficio el mercado pertinente es el de la electricidad producida con tecnologías solar FV y eólica. Aunque el Grupo Especial rechazó el argumento del Canadá de que desde una perspectiva económica el mercado pertinente es el de la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV, parece haber coincidido con el Canadá

⁶⁹⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 168.

⁶⁹¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 162.
(no se reproduce la nota de pie de página)

⁶⁹² Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 76.

⁶⁹³ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 170 y nota 190 al mismo.

en que, a falta del Programa TR, los productores TR no tendrían que operar en un mercado mayorista de electricidad competitivo, sino que negociarían sus tarifas con el gobierno.⁶⁹⁴

5.199. Hemos discrepado de la definición del mercado pertinente en la que se sustenta el análisis del beneficio realizado por el Grupo Especial. Consideramos que, por las razones expuestas más arriba, los mercados de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV sólo existen en Ontario por la intervención del gobierno. Por consiguiente, consideramos que el Grupo Especial no podría haber determinado que existe beneficio porque los productores TR no habrían entrado en el mercado mayorista de electricidad compuesta de Ontario "de no ser por" el Programa TR. Ello se debe a que, como ya hemos explicado, no creemos que la referencia pertinente se encuentre en el mercado mayorista de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía, sino más bien en los mercados de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV, que son definidos por la combinación de suministro de energía seleccionada por el Gobierno de Ontario. En consecuencia, a nuestro juicio, la cuestión pertinente es si los proveedores de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV habrían entrado en los mercados de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV a falta del Programa TR, no si habrían entrado en el mercado mayorista de electricidad compuesta.

5.200. El Japón también considera que la conclusión de que existe beneficio porque los productores TR no habrían estado en el mercado de no existir el Programa TR también está respaldada por comparaciones con referencias de mercado basadas en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Concretamente, el Japón hace referencia al promedio ponderado de la tarifa mayorista y a la parte correspondiente al producto básico de los precios al por menor del RPP (precios al por menor del RPP) de Ontario. Estos precios, que son significativamente inferiores a las tarifas TR, no dependen del HOEP, ya que se fijan por contrato o reglamento.⁶⁹⁵

5.201. El Japón sostiene que el Grupo Especial rechazó erróneamente esas referencias porque estaban distorsionadas por la intervención del gobierno. Aduce que un precio de mercado que se utilice como referencia en una determinación en materia de subvenciones puede estar influido por la intervención del gobierno sin que, como afirmó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, ello dé lugar a una comparación que constituya un círculo vicioso, en particular cuando de lo que se trata es de la existencia de la subvención, no de su tamaño.⁶⁹⁶ La Unión Europea no aborda directamente en apelación el rechazo por el Grupo Especial de los precios intraprovinciales y extraprovinciales de la electricidad como referencia relativa al beneficio. Como se ha indicado *supra*, en opinión de la Unión Europea, el Grupo Especial incurrió en error al llevar a cabo un análisis de las referencias relativas al beneficio cuando podría haber determinado fácilmente la existencia de beneficio basándose en un criterio "de no ser por". En consecuencia, la Unión Europea nos pide que determinemos la existencia de beneficio y declaremos las constataciones del Grupo Especial sobre las referencias de mercado intraprovinciales y extraprovinciales "superfluas y carentes de efectos jurídicos".⁶⁹⁷

5.202. Al abordar las referencias de mercado propuestas por los reclamantes, el Grupo Especial constató que no hay competencia efectiva en el mercado mayorista de electricidad de Ontario, y que ese mercado resulta mejor caracterizado como parte de un sistema eléctrico definido por las decisiones de política y reglamentos del Gobierno de Ontario que determinan la combinación de suministrar (que incluye la electricidad procedente de fuentes renovables) que es necesaria para garantizar que Ontario disponga de una oferta de electricidad segura, fiable y a largo plazo, así como el proceso por el que los costos de ese sistema se recuperan.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.315.

⁶⁹⁵ Según el Japón, en 2010 el promedio ponderado de la tarifa mayorista fue entre 7,02 y 7,13 centavos/kWh, mientras que la parte correspondiente al producto básico de los precios al por menor del RPP más elevada fue de 10,8 centavos/kWh. En 2009 los precios TR de la electricidad producida con energía eólica fueron 13,5 centavos/kWh (en tierra) y 19 centavos/kWh (frente a la costa), y los de la producida con energía solar FV oscilaron entre 44,3 y 80,2 centavos/kWh. (Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafos 90-92; informes del Grupo Especial, párrafo 7.30)

⁶⁹⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 104 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 93).

⁶⁹⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 170. (no se reproducen las cursivas)

⁶⁹⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

5.203. El Grupo Especial constató que las ofertas de precios de los productores en el mercado mayorista administrado por la IESO no están motivadas por la necesidad de cubrir los costos de producción marginales, sino más bien por la necesidad de ser escogidos para suministrar electricidad a la red de Ontario a fin de recibir los precios contractuales o regulados. Por tanto, el HOEP, el precio de la electricidad al por mayor en el mercado administrado por la IESO, no es un "precio de equilibrio" determinado por fuerzas de oferta y demanda, sino más bien "un instrumento para que la IESO adopte las decisiones de despacho necesarias para equilibrar la oferta y demanda físicas de electricidad".⁶⁹⁹ El Grupo Especial observó que el 92% de los productores no recibe el HOEP, sino un precio contractual o regulado, que es superior al HOEP, y que, al menos desde 2009, los precios contractuales o regulados han estado constantemente por encima del HOEP.⁷⁰⁰ En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que ni el HOEP ni ninguno de los derivados del HOEP (como el promedio ponderado de la tarifa mayorista en 2010 para productores distintos de los productores TR y RESOP, los precios al por menor del RPP en 2010 y los precios de importación y exportación) propuestos por los reclamantes como referencias relativas al beneficio podían servir como referencias adecuadas a efectos del análisis del beneficio.⁷⁰¹

5.204. Recordamos que hemos considerado *supra* que la referencia adecuada para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV debería tener en cuenta la definición del Gobierno de Ontario de la combinación de suministro de energía, que incluye la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV, lo que implica la existencia de mercados separados para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. El promedio ponderado de la tarifa mayorista y los precios al por menor del RPP son precios de electricidad compuesta, es decir, de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía. Por lo tanto, consideramos que el promedio ponderado de la tarifa mayorista y los precios al por menor del RPP no son referencias adecuadas para determinar si el Programa TR otorga un beneficio a los productores de energía eólica y solar FV. Por la misma razón, consideramos que ninguna de las demás referencias provinciales y extraprovinciales de electricidad compuesta que se presentaron al Grupo Especial es una referencia relativa al beneficio adecuada.

5.205. El Japón y la Unión Europea aducen también que el error cometido por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC queda recalcado por el hecho de que, si bien el Grupo Especial constató que la mera participación en el Programa TR otorga una "ventaja" en el sentido de la parte introductoria del apartado a) del párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC basándose en el objetivo, el diseño y el funcionamiento del Programa TR, no consideró que, por estos mismos motivos, otorga un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁷⁰² El Japón considera que esta contradicción también evidencia la falta de evaluación objetiva por parte del Grupo Especial y, por ende, constituye una infracción del artículo 11 del ESD.⁷⁰³

5.206. En su análisis de la compatibilidad de las medidas impugnadas con el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, el Grupo Especial constató que, habida cuenta del precio fijo que ha de pagarse durante un período de 20 años, "se puede considerar que con la *mera participación* en el Programa TR se obtiene una 'ventaja' en el sentido de la parte introductoria del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa."⁷⁰⁴ Sin embargo, en el marco del Acuerdo SMC, el Grupo Especial constató que el Japón y la Unión Europea no habían logrado establecer que las medidas impugnadas otorguen un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1.⁷⁰⁵

5.207. El párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC no hace referencia a una "ventaja", sino a un "beneficio". No obstante, en *Canadá - Aeronaves*, el Órgano de Apelación señaló que "[s]egún el diccionario, el significado de la palabra '*benefit*' ('beneficio') es 'ventaja', 'bien', 'obsequio', 'provecho', o, más en general, 'un factor o circunstancia favorable o útil'".⁷⁰⁶ El Órgano de

⁶⁹⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.298. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

⁷⁰⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.55.

⁷⁰¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.308.

⁷⁰² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 169; comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 117.

⁷⁰³ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 117.

⁷⁰⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.165. (las cursivas figuran en el original)

⁷⁰⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.328 ii).

⁷⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 153 (donde se citan *The New Shorter Oxford English Dictionary*, cuarta edición, L. Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), volumen 1, página 214;

Apelación afirmó además que "es evidente que el sentido corriente de 'beneficio' supone algún tipo de ventaja".⁷⁰⁷

5.208. En *Canadá - Aeronaves* y en su jurisprudencia posterior, el Órgano de Apelación no equiparó los conceptos de "beneficio" y "ventaja". La interpretación que hace el Órgano de Apelación del término "beneficio" que figura en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC indica claramente que, si bien el beneficio entraña alguna forma de ventaja, en el Acuerdo SMC tiene un significado más específico. El "beneficio" está vinculado a los conceptos "contribución financiera" y "sostenimiento de los ingresos y de los precios", y su existencia exige una comparación en el mercado. No cabe decir lo mismo acerca de una "ventaja" en el sentido del Acuerdo sobre las MIC. El párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC simplemente hace referencia a las MIC que son necesarias para obtener una ventaja.⁷⁰⁸ El concepto de "ventaja" en el Acuerdo sobre las MIC ha de interpretarse en el contexto de ese Acuerdo y, sin entrar en el fondo de esa interpretación, nos parece que la "ventaja" en el marco del Acuerdo sobre las MIC puede adoptar formas distintas de una "contribución financiera" o un "beneficio" en el sentido del Acuerdo SMC. En cualquier caso, la constatación de la existencia de una "ventaja" en el marco del Acuerdo sobre las MIC no exige una comparación con una referencia relativa al beneficio en el mercado pertinente, como se exige en el caso de un análisis del beneficio en el marco del Acuerdo SMC.

5.209. Así pues, si bien no excluimos que determinadas medidas que confieran una ventaja en el sentido del párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC también puedan otorgar un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, cabe concebir que se constate que una medida que confiere una ventaja en el sentido del párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC no otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.210. En suma, no consideramos que el hecho de que el Grupo Especial constatará que la mera participación en el Programa TR constituye una ventaja en el sentido del párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC sin constatar, al mismo tiempo, que existe beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, demuestre que el Grupo Especial cometiera un error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1. Tampoco estamos persuadidos de que, al proceder de este modo, el Grupo Especial incurriera en una contradicción, que, aduce el Japón, constituiría una infracción del artículo 11 del ESD.

5.211. A la luz de todo lo anterior, consideramos que el enfoque y las referencias relativas al beneficio propuestos por la Unión Europea y el Japón no son adecuados para determinar la existencia de un beneficio para la producción de energía eólica y solar FV en el marco del Programa TR.

5.5.2.2.5 Conclusiones en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC

5.212. En su análisis del beneficio, por un lado, el Grupo Especial hizo lo correcto al considerar que la necesidad de garantizar un suministro fiable de electricidad mediante una combinación de suministro que incluía la producción de energía eólica y solar FV hacía inadecuada una comparación de la remuneración TR con los términos y condiciones que se podrían obtener en un mercado mayorista de electricidad competitivo.⁷⁰⁹ Por otro lado, el Grupo Especial aceptó la línea argumental de los reclamantes, incluida su definición de mercado, y procedió a evaluar si se había otorgado un beneficio basándose en referencias relativas al beneficio correspondientes a un mercado único de electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía.

The Concise Oxford Dictionary, novena edición, D. Thompson (editor) (Clarendon Press, 1995), página 120; y *Webster's Third New International Dictionary* (versión no abreviada) (William Benton, 1966), volumen I, página 204).

⁷⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 153. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷⁰⁸ La parte introductoria del párrafo 1 de la Lista ilustrativa del Acuerdo sobre las MIC dice así: Las MIC incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, ...

⁷⁰⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.312.

5.213. Asimismo, en sus "observaciones sobre un enfoque de la cuestión del beneficio"⁷¹⁰ que hizo tras formular su constatación en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial propuso comparar las remuneraciones TR de los productores de energía eólica y solar FV con la que esos productores obtendrían en mercados competitivos de electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. Con arreglo al enfoque del Grupo Especial, la referencia era "los términos y condiciones que ofrecerían distribuidores comerciales de electricidad que actuaran en cumplimiento de una obligación gubernamental de adquirir electricidad a productores que operaran centrales de energía solar FV y eólica de escala comparable a las que funcionan en el marco del Programa TR".⁷¹¹ Este enfoque indica claramente que la comparación relativa al beneficio debe tener lugar en los mercados para las tecnologías eólica y solar FV derivados de la definición por parte del gobierno de la combinación del suministro de energía. Por tanto, si bien el Grupo Especial en primer lugar hizo un análisis de las referencias relativas al beneficio que suponía un mercado único para la electricidad producida a partir de todas las fuentes de energía, a continuación propuso un enfoque alternativo para evaluar el beneficio, que requería una comparación en el marco de los mercados para las tecnologías de producción de energía eólica y solar FV, respectivamente.

5.214. Nos parece que, en sus "observaciones sobre un enfoque de la cuestión del beneficio", el Grupo Especial identificó el mercado adecuado para la comparación relativa al beneficio respecto de la producción de energía eólica y solar FV en Ontario que no existiría a falta de una definición gubernamental de la combinación del suministro de energía. Sin embargo, no comprendemos por qué el Grupo Especial no optó entonces por llevar a cabo su análisis del beneficio sobre la base de una referencia que reflejara la combinación del suministro de energía, sino que examinó la línea de argumentación de los reclamantes, basada en un único mercado mayorista de electricidad, y se limitó a formular algunas observaciones *obiter dicta* sobre la referencia adecuada sólo después de haber constatado que los reclamantes no habían demostrado la existencia de beneficio con arreglo a un enfoque que el Grupo Especial consideraba incorrecto.

5.215. Observamos que, al formular una alegación, un reclamante tiene la responsabilidad de aportar pruebas y argumentos, que el grupo especial debe evaluar objetivamente. Un grupo especial, si bien no puede formular los argumentos por un reclamante, tiene competencia "para utilizar libremente los argumentos presentados por cualquiera de las partes -o desarrollar su propio razonamiento jurídico-, para apoyar sus propias opiniones y conclusiones sobre el asunto sometido a su consideración".⁷¹² Los grupos especiales también tienen amplias facultades para determinar los hechos y pueden recabar información de cualquier fuente. Creemos que el Grupo Especial no debería haber limitado su análisis al enfoque propuesto respecto del beneficio, y/o a las referencias que formaban parte del argumento principal de los reclamantes, en una situación en que las pruebas y argumentos presentados por los reclamantes, y los argumentos formulados en respuesta por el Canadá, podrían haberle permitido desarrollar su propio razonamiento y formular constataciones basándose en una referencia que tuviera en cuenta la definición hecha por el gobierno de la combinación del suministro de energía. Dado que los reclamantes habían presentado pruebas y argumentos pertinentes para establecer una presunción *prima facie*, correspondía al Grupo Especial analizar la referencia o valor representativo adecuado. Observamos que se presentaron al Grupo Especial argumentos y pruebas que podrían haber sido útiles para identificar una referencia relativa al beneficio que tuviera en cuenta la definición hecha por el Gobierno de Ontario de la combinación del suministro de energía, que incluye la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV.

5.216. Al establecer una presunción *prima facie* de la existencia de beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, los reclamantes soportaban la carga de identificar una referencia apropiada e introducir ajustes, cuando fueran necesarios. Aunque los reclamantes centraron los principales argumentos que presentaron al Grupo Especial en referencias del mercado de la electricidad compuesta (el HOEP, el promedio ponderado de la tarifa mayorista, las tarifas al por menor, los precios de importación y exportación, y las tarifas extraprovinciales), la Unión Europea también presentó argumentos y pruebas sobre tarifas de electricidad procedente de fuentes de energía renovables en Ontario y Quebec, en respuesta al argumento del Canadá de que los mercados pertinentes para la comparación relativa al beneficio eran los mercados de la

⁷¹⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.321. (no se reproducen las cursivas)

⁷¹¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.322.

⁷¹² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 156. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*, párrafo 123.

electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. La Unión Europea adujo, en su segunda comunicación escrita y en la declaración oral inicial que pronunció en la segunda reunión del Grupo Especial, que se podía demostrar la existencia de beneficio comparando la remuneración TR con los términos y condiciones de las solicitudes de propuestas para el suministro de energía renovable (RES) I, II y III y con los contratos adjudicados en el marco de procesos competitivos de Quebec de 2005 y 2008 para parques eólicos.⁷¹³ Así pues, si el Grupo Especial pensaba, como se desprende claramente de sus informes, que la comparación relativa al beneficio adecuada no se podía realizar en el mercado mayorista de electricidad competitivo, podría haber estudiado estos otros argumentos.

5.217. En sus "observaciones sobre un enfoque de la cuestión del beneficio", el Grupo Especial propuso una referencia relativa al beneficio basada en la combinación del suministro de energía seleccionada por el Gobierno de Ontario, que incluye la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. El Grupo Especial trató de aplicar esa referencia comparando las tasas de rentabilidad obtenidas por los productores TR con el costo medio del capital en el Canadá para proyectos con un perfil de riesgo comparable en el mismo período, pero constató que en el expediente no había pruebas suficientes para realizar esa comparación. Si bien no expresamos ninguna opinión sobre el fondo de una comparación entre las tasas de rentabilidad TR y el costo medio del capital en el Canadá, observamos que el Grupo Especial ni siquiera estudió la posibilidad de utilizar una referencia de la combinación del suministro de electricidad que estuviera basada en las pruebas presentadas por los reclamantes con respecto a anteriores programas de energía renovable de Ontario (RES) y de fuera de la provincia (Quebec).

5.218. Las principales alegaciones relativas al beneficio formuladas por los reclamantes se centraron en referencias del mercado mayorista competitivo de electricidad compuesta. Sin embargo, la Unión Europea también presentó argumentos y pruebas que habrían permitido al Grupo Especial comparar la remuneración TR con una referencia que reflejara los precios competitivos de mercados de producción de energía a partir de tecnologías específicas, siempre que la Unión Europea hubiera propuesto los ajustes correspondientes y el Grupo Especial los hubiera examinado. Ello habría permitido al Grupo Especial realizar su análisis del beneficio sobre la base de la referencia relativa al beneficio adecuada que mencionó en los párrafos 7.309 a 7.313 de sus informes y que desarrolló en sus posteriores observaciones *obiter dicta* sobre un enfoque alternativo de la cuestión del beneficio.

5.219. A la luz de lo anterior, consideramos que el Grupo Especial cometió un error al no realizar el análisis del beneficio basado en un mercado que está configurado por la definición del gobierno de la combinación del suministro de energía y en una referencia ubicada en ese mercado que refleje los precios competitivos de la producción de energía eólica y solar FV. En consecuencia, revocamos las constataciones del Grupo Especial, formuladas en el párrafo 7.328 ii) de sus informes, en el párrafo 8.3 del informe correspondiente al Japón y en el párrafo 8.7 del informe correspondiente a la UE, de que el Japón y la Unión Europea no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y en consecuencia que el Canadá actuó de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.220. Habiendo revocado la constatación del Grupo Especial de que los reclamantes no lograron establecer la existencia de beneficio, no existe ninguna determinación acerca de si las medidas impugnadas otorgan o no un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Examinaremos más adelante si, sobre la base de las constataciones fácticas del Grupo Especial y los hechos no controvertidos obrantes en su expediente, podemos completar el análisis y determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y si el Canadá actuó de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

⁷¹³ Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial (DS426), párrafos 82-84; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 25 y 26.

5.5.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que la Unión Europea y el Japón no lograron establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC

5.221. Tanto la Unión Europea como el Japón alegan, subsidiariamente, en caso de que estemos de acuerdo con las constataciones del Grupo Especial en relación con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, con arreglo al artículo 11 del ESD, al concluir que no había en el expediente pruebas suficientes que le permitieran llegar a conclusiones sobre el beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, basándose en su propio enfoque de la cuestión del beneficio.⁷¹⁴ Además, la Unión Europea y el Japón también alegan que el hecho de que el Grupo Especial definiera primero el mercado pertinente como el mercado de electricidad que se produce a partir de todas las fuentes de energía, pero más tarde desarrollara su propia hipótesis basándose en un mercado separado para la electricidad producida a partir de energía solar FV y eólica, constituye una contradicción, que es, en sí misma, una infracción del artículo 11 del ESD.⁷¹⁵

5.222. Hemos revocado las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea y el Japón no demostraron que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, no se cumple la condición para que examinemos las alegaciones subsidiarias formuladas por la Unión Europea y el Japón al amparo del artículo 11 del ESD. Por lo tanto, no abordamos las alegaciones subsidiarias de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD. Observamos además que, al haber revocado la constatación formulada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, no es necesario que abordemos las alegaciones subsidiarias formuladas al amparo del artículo 11 del ESD para aportar una solución positiva a estas diferencias.

5.5.2.4 Compleción del análisis

5.223. Tanto el Japón como la Unión Europea han solicitado, en caso de que revoquemos la constatación del Grupo Especial relativa al "beneficio", que completemos el análisis jurídico sobre la base de las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial y las pruebas no controvertidas obrantes en el expediente del Grupo Especial y constatemos que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y constituyen subvenciones prohibidas incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁷¹⁶

5.224. Por lo tanto, habiendo revocado la constatación del Grupo Especial relativa al "beneficio", pasamos a considerar ahora si podemos completar el análisis jurídico y determinar primero si el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En diferencias anteriores, el Órgano de Apelación ha completado el análisis con objeto de facilitar la pronta y eficaz solución de la diferencia.⁷¹⁷ Sin embargo, el Órgano de Apelación ha sostenido que sólo puede hacerlo si las constataciones fácticas del grupo especial y los hechos no controvertidos que obren en el expediente del grupo especial le proporcionan una base suficiente para realizar su propio análisis.⁷¹⁸ El Órgano de

⁷¹⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 173; comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 119.

⁷¹⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 199; comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 111.

⁷¹⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante (DS412), párrafo 118; comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante (DS426), párrafo 171.

⁷¹⁷ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 117 y 118; *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 80-92; y *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafos 43-52.

⁷¹⁸ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 209, 241 y 255; *Corea - productos lácteos*, párrafos 91 y 102; *Canadá - Automóviles*, párrafos 133 y 144; y *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 128. El Órgano de Apelación ha indicado que sólo podrá completar el análisis si la disposición que un grupo especial no ha examinado está "estrechamente vinculada" a una disposición que el grupo especial ha examinado, y que ambas forman "parte de una continuidad lógica". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Publicaciones*, página 28). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 79; y *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafo 337.

Apelación ha considerado imposible completar el análisis jurídico debido a la insuficiencia de constataciones fácticas en el informe del grupo especial o a la falta de hechos no controvertidos en el expediente del grupo especial.⁷¹⁹ Entre las razones que han impedido al Órgano de Apelación completar el análisis jurídico están también la complejidad de las cuestiones, el hecho de que no se hayan estudiado a fondo las cuestiones sometidas al grupo especial, y, por consiguiente, consideraciones relativas a garantías procesales de los participantes.⁷²⁰

5.225. En las presentes diferencias, la evaluación de si se otorga un beneficio requeriría que se completara el análisis. Esto supondría realizar una comparación con una referencia relativa al beneficio a fin de determinar si la remuneración obtenida por los productores TR otorga a éstos una ventaja en comparación con la remuneración que de otra manera podrían haber obtenido en el mercado. Sin embargo, como se ha explicado antes, los parámetros del mercado tendrían que tener en cuenta la combinación de suministro de energía definida por el Gobierno de Ontario. Recordamos asimismo que hemos coincidido con el Grupo Especial en que el apartado d) del artículo 14 constituye un contexto pertinente para la determinación de la existencia de beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo del Acuerdo SMC. La determinación de la existencia de beneficio en el marco del apartado d) del artículo 14 requiere una comparación entre la remuneración efectiva y una referencia basada en el mercado o un valor representativo. A los efectos de esa comparación en las presentes diferencias, el mecanismo de formación del precio basado en el mercado tendría que tomar la combinación de suministro definida por el gobierno como un dato preexistente.

5.226. El apartado d) del artículo 14 requiere que, en una comparación relativa al beneficio, la adecuación de la remuneración se determine en relación con las condiciones reinantes en el mercado para el bien o servicio de que se trate en el país de suministro o de compra. No obstante, el Órgano de Apelación ha sostenido en diferencias anteriores que puede recurrirse a una referencia distinta de los precios privados en el país de suministro en el marco del apartado d) del artículo 14 "si antes se determina que los precios privados en ese país están distorsionados debido al papel preponderante del gobierno en el suministro de esos bienes".⁷²¹ El Órgano de Apelación ha declarado que es posible recurrir tanto a referencias de fuera del país como a referencias construidas, siempre que se hagan ajustes para "asegurar que el punto de referencia resultante guarde relación o conexión con, o se refiera a, las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro y refleje las condiciones de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta, como exige el apartado d) del artículo 14".⁷²²

5.227. Hemos considerado antes que la referencia adecuada para establecer si la remuneración TR otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC debería tener en cuenta que el Gobierno de Ontario define la combinación de suministro de energía eléctrica de modo que incluye la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV y la eliminación progresiva de los combustibles fósiles, en particular la producción de electricidad a partir de carbón. Esto se debe a que, como se ha explicado antes, no puede considerarse que el hecho de crear un mercado definiendo la combinación de suministro de modo que incluye la producción de energía eólica y solar FV *en y por sí mismo* otorga un beneficio. Por consiguiente, una referencia relativa al beneficio adecuada en el caso de la producción de energía eólica y solar FV en Ontario debería ser una referencia que, dentro de los parámetros de la definición de la combinación de suministro de energía establecida por el Gobierno de Ontario, refleje lo que sería el rendimiento de una referencia de mercado en el caso de la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. Además, teniendo en cuenta las orientaciones que figuran en el

⁷¹⁹ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 343; y *CE - Amianto*, párrafo 78. En *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Órgano de Apelación completó el análisis "partiendo de la base de que las pruebas presentadas por los Estados Unidos [eran] exactas y no controvertidas" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 662), o, en otras palabras, sobre la base de lo que la parte vencida había reconocido o presentado. (*Ibid.*, nota 1561 al párrafo 741)

⁷²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, nota 537 al párrafo 339.

⁷²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 90. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁷²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 90. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486, en relación con el recurso a valores representativos en el marco del apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC.

apartado d) del artículo 14, debería buscarse primero una referencia adecuada en los mercados de producción de energía eólica y solar FV en Ontario. Si no se puede recurrir a una referencia conveniente en Ontario, podrán considerarse también una referencia adecuada fuera de Ontario o un valor representativo.

5.228. Los precios administrados por el gobierno, como las TR, pueden reflejar o no reflejar cuál sería el rendimiento en un mercado hipotético. Por consiguiente, el hecho de que el gobierno fije precios no establece en sí mismo la existencia de un beneficio. Al impugnar una comparación relativa al beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, el reclamante tendrá que demostrar que esos precios no reflejan lo que sería un resultado del mercado. Un análisis del método que se empleó para establecer los precios administrados puede aportar pruebas sobre si el precio proporciona o no una remuneración superior a la adecuada. Puede haber circunstancias en las que no haya información acerca del método que se empleó o el método empleado no es de utilidad para determinar si el precio administrado refleja o no lo que sería el rendimiento en un mercado. Si resultase necesario identificar una referencia de mercado o elaborar un valor representativo, esa referencia o valor representativo pueden ser precios administrados para el mismo producto (en el país de compra o en otros países, con sujeción a ajustes), a condición de que se determine sobre la base de un mecanismo de fijación de precios que asegure un resultado de mercado. Como alternativa, esa referencia puede hallarse también en mecanismos de formación de precios como las licitaciones competitivas o los precios negociados, que aseguran que el precio pagado por el gobierno es el precio más bajo posible ofrecido por un contratista que desee ser el proveedor.

5.229. Teniendo presentes estas consideraciones, abordaremos los hechos y argumentos pertinentes presentados por los participantes y evaluaremos en qué medida son no controvertidos o el Grupo Especial ha hecho constataciones fácticas pertinentes. Las pruebas presentadas por el Canadá al Grupo Especial muestran que, "según la información dada a conocer, el precio medio ponderado en el caso de los proyectos ganadores [en el marco de RES II] era de 8,64 centavos por kWh" y que "la oferta máxima aceptada podía situarse en torno a los 9,4 centavos por kWh".⁷²³ En su respuesta a la pregunta 4 formulada por el Grupo Especial tras la segunda reunión con las partes, el Canadá declaró que "las tarifas para los proyectos eólicos en el marco del proceso de solicitud de propuestas en relación con los tres RES varían entre 0,08 dólares/kWh y 0,11 dólares/kWh".⁷²⁴

5.230. En su segunda comunicación escrita al Grupo Especial, la Unión Europea sostuvo que, "incluso si hubiera que tener en cuenta el costo de producir electricidad a partir de energía eólica y solar, como aduce el Canadá, ... la estructura del Programa TR da lugar a pagos superiores a los costos".⁷²⁵ La Unión Europea adujo que la estructura del Programa TR, y en particular las tarifas normalizadas, da lugar a pagos que exceden del costo de producción, en comparación con el RES I (2004), el RES II (2005) y el RES III (2008), que se administraban sobre la base de los mejores precios ofrecidos por los productores a través de un proceso de licitación.⁷²⁶ En su declaración oral inicial en la segunda reunión del Grupo Especial, la Unión Europea también presentó pruebas relativas a los precios de fuera de Ontario, a saber, los precios de la electricidad producida a partir de energía eólica en Quebec. La Unión Europea observó que los contratos para la electricidad producida a partir de energía eólica adjudicados en el marco de procesos competitivos en Quebec en 2005 y 2008 indicaban tarifas medias de 6,5 centavos y 8,7 centavos respectivamente, lo que a su juicio demostraba que el Programa TR no reflejaba los costos de producción.⁷²⁷

⁷²³ OPA, Joint Report to the Minister of Energy: Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System (RESOP), 17 de marzo de 2006 (Prueba documental 55 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 20.

⁷²⁴ A la luz de la pregunta del Grupo Especial acerca de los "precios pagados por la electricidad", entendemos que esas tarifas se refieren a los precios de la electricidad producida a partir de energía eólica resultantes del proceso de licitación. (Véase la respuesta del Canadá a la pregunta 4 del Grupo Especial (segunda serie), párrafo 16)

⁷²⁵ Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial (DS426), párrafo 82.

⁷²⁶ Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial (DS426), párrafos 82-85.

⁷²⁷ Declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial (DS426), párrafos 25 y 26. Observamos además que, en su respuesta a la pregunta 34 del Grupo Especial (segunda serie), la Unión Europea reiteró su opinión de que la tarifa TR uniforme compensaba en exceso a los productores TR, en comparación con las condiciones disponibles en el marco de las iniciativas RES que eran

5.231. En su declaración oral final en la segunda reunión con el Grupo Especial, el Canadá sostuvo que "para llegar a una referencia adecuada en este asunto ... podría haberse utilizado un enfoque analítico basado en la jurisprudencia del Órgano de Apelación" y que "aunque no pudiera hallarse un precio privado para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar en Ontario, podrían haberse propuesto otras referencias internas adecuadas en este asunto"⁷²⁸, pero que no se habían presentado esas pruebas al Grupo Especial. En sus observaciones sobre las respuestas del Japón y de la Unión Europea a las preguntas formuladas por el Grupo Especial tras la segunda reunión con las partes, el Canadá sostuvo que, aunque "tanto el Japón como la Unión Europea reconocen que la referencia o elemento de comparación que debería utilizarse es uno relacionado con la energía renovable", los reclamantes no han elaborado "ninguna referencia para la electricidad producida a partir de energía eólica o solar basada en los costos de producción y en otras condiciones reinantes en el mercado de Ontario que sean pertinentes".⁷²⁹

5.232. El Grupo Especial constató que, en el marco de la iniciativa RES, "el OPA concedía contratos de suministro mediante un proceso de licitación competitivo que establecía los precios de la electricidad suministrada a los niveles de la oferta más baja que cumplía las condiciones especificadas".⁷³⁰ Al parecer, las partes no cuestionaron la exactitud de las pruebas concernientes a diversos precios en el marco de la RES y en Quebec. No obstante, el Grupo Especial no formuló constataciones fácticas con respecto a esas pruebas ni sacó conclusiones sobre la utilidad de esos precios como referencias relativas al beneficio adecuadas respecto de los productores de electricidad a partir de energía eólica y/o solar FV en Ontario, ni sobre la necesidad de realizar ajustes en el sentido del apartado d) del artículo 14.

5.233. La iniciativa RES, al igual que el Programa TR, responde a la combinación de suministro seleccionada por el Gobierno de Ontario, que incluye las fuentes de producción de energía renovables. Además, en el marco de la iniciativa RES, el gobierno no fija los precios, sino que éstos quedan determinados mediante un proceso de licitación competitivo, que es un proceso de formación de precios basada en el mercado. Un proceso de licitación que sea competitivo garantizará que el precio pagado por el gobierno sea el precio más bajo posible ofrecido por un contratista que desee ser el proveedor. Como hemos señalado antes, la formación de precios basada en el mercado no está vinculada necesariamente a un proceso de licitación competitivo. El método adoptado para determinar los precios administrados por el gobierno podrá también poner de manifiesto que éstos no conceden una remuneración superior a la adecuada y por lo tanto reflejar cuál sería el rendimiento en un mercado.

5.234. Hemos señalado más arriba que los precios administrados por el gobierno pueden reflejar o no cuál sería el rendimiento en un mercado hipotético. Sin embargo, en el caso de las TR, aunque los precios TR estaban destinados a cubrir los costos más una tasa de rentabilidad razonable⁷³¹, no hay hechos no controvertidos en el expediente ni constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial que nos permitan evaluar si el método que utilizó el OPA para establecer los precios TR dio lugar a precios que proporcionan una remuneración superior a la adecuada. De hecho, la única constatación fáctica formulada por el Grupo Especial acerca de este método es que los precios TR se determinaron utilizando un modelo de flujo de caja actualizado que tenía en cuenta costos de capital "razonables", costos "razonables" de funcionamiento y mantenimiento y costos "razonables" de conexión.⁷³² Las pruebas aportadas por el Canadá demuestran que la lista de precios TR se concibió con el fin de que cuadraran varios objetivos. Entre esos objetivos figuran el de fomentar una amplia participación en el Programa TR (por ejemplo diferentes tecnologías, tamaños de proyectos y proponentes), dar la estabilidad de

resultado de un proceso de licitación, o en comparación con las tarifas de la electricidad producida a partir de energía eólica en Quebec, que también eran resultado de un proceso de licitación. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 34 del Grupo Especial (segunda serie), párrafos 45-53)

⁷²⁸ Declaración final del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 27.

⁷²⁹ Observaciones del Canadá sobre las respuestas de la Unión Europea y el Japón a las preguntas formuladas por el Grupo Especial (segunda serie), párrafos 30 y 63.

⁷³⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.29.

⁷³¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.202.

⁷³² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.202 (donde se hace referencia a OPA Proposed FIT Price Schedule Presentation, diapositivas 22-28). El Grupo Especial definió los costos de capital como "costos de desarrollo del proyecto, construcción y equipo"; los costos de funcionamiento y mantenimiento como "costos de personal y mantenimiento del proyecto, incluidos gastos de capital constantes e impuestos sobre la propiedad", y los costos de conexión como "costos de conexión del proyecto, no se suponen costos significativos de mejora". (*Ibid.*, párrafo 7.202)

precios necesaria para favorecer los objetivos de inversión de la Ley sobre energía verde y economía verde de 2009 e impulsar el desarrollo eficiente de los proyectos.⁷³³ Esas pruebas indican también que el OPA utilizó un método de precios basados en los costos para permitir que una amplia gama de tecnologías participaran en el Programa TR.⁷³⁴ Además, para elaborar la lista de precios TR, el OPA tuvo que establecer hipótesis sobre los costos y las características operativas de un proyecto "típico".⁷³⁵ Por estas razones, no podemos determinar si los precios TR representan cuál habría sido el rendimiento en un mercado analizando el método mediante el cual se establecen esos precios.

5.235. Pasando a RES, si bien en principio los precios de RES I, II y III, que fueron consecuencia de licitaciones competitivas, pueden representar un resultado de mercado para la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, a fin de llevar a cabo una comparación válida entre el programa TR y la iniciativa RES es necesario asegurarse de que la comparación tenga lugar entre precios que sean contemporáneos y que atañan al mismo tipo de tecnología de producción, a la misma combinación general de suministros, a proyectos de la misma escala o de escala similar y a contratos de suministro de la misma duración.⁷³⁶ Si la referencia propuesta no cumple algunas de esas condiciones, es posible que, para asegurar que sean comparables, tengan que hacerse ajustes a la luz de los factores enumerados en el apartado d) del artículo 14 y de la combinación de suministro definida por el gobierno. Consideramos que, sobre la base de este enfoque, debería ser posible determinar si los precios en el marco de los RES constituyen una referencia adecuada para una comparación con los precios TR a fin de establecer la existencia de beneficio de manera compatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.236. Aunque en la iniciativa RES también podían participar productores de energía solar FV, en el expediente del Grupo Especial no parece constar ninguna prueba de que a esos productores se les hayan adjudicado contratos en el marco de ninguna de las tres iniciativas RES. Antes bien, el Informe Hogan, del Canadá, afirma que la experiencia de los RES demuestra que los productores de energía solar FV no pueden competir con otras tecnologías menos costosas. Para fomentar la inversión en tecnología solar FV a través del RESOP y el Programa TR, los precios de la electricidad generada a partir de energía solar FV se basaron en los costos y fueron fijados por el OPA.⁷³⁷ El Japón presentó como prueba documental un informe de situación sobre el suministro de energía ("Progress Report on Electricity Supply") del OPA en el que figura un cuadro con los diferentes contratos de energía renovable que estaban en vigor el cuarto trimestre de 2010 que indica que a esa fecha no se había registrado ningún contrato RES en relación con la energía solar.⁷³⁸ En estas circunstancias, no parece que pueda hacerse una comparación de la remuneración TR para los productores de energía solar FV con los precios en el marco de la iniciativa RES para establecer si el Programa TR otorga un beneficio por lo que respecta a la producción de energía solar FV.⁷³⁹

5.237. Observamos, con respecto a la generación de energía eólica, que las solicitudes de propuestas en el marco de las tres iniciativas RES se publicaron en 2004 (RES I), 2005 (RES II) y 2008 (RES III). Ante el Grupo Especial, la Unión Europea adujo que los costos de generación de energía eólica habían disminuido en los años precedentes a la puesta en marcha del Programa TR. La Unión Europea presentó diversos documentos que parecían indicar que, debido a los avances tecnológicos, los costos de la electricidad generada a partir de energía eólica habían disminuido, y no aumentado, en los últimos años.⁷⁴⁰ Aunque no hemos encontrado en el expediente pruebas

⁷³³ OPA Proposed FIT Price Schedule Presentation, diapositiva 5.

⁷³⁴ OPA Proposed FIT Price Schedule Presentation, diapositiva 21.

⁷³⁵ OPA Proposed FIT Price Schedule Presentation, diapositiva 6.

⁷³⁶ El Canadá no formuló argumentos específicos acerca de la medida y la forma en que sería necesario hacer ajustes. Los reclamantes no presentaron pruebas ni argumentos sobre posibles ajustes que hubieran sido necesarios para asegurar que los precios en el marco de los programas TR y RES fueran comparables.

⁷³⁷ Informe Hogan, página 34.

⁷³⁸ OPA, A Progress Report on Electricity Supply - Fourth Quarter 2010 (Informe de situación sobre el suministro de electricidad - Cuarto trimestre 2010) (Prueba documental 26 presentada por el Japón al Grupo Especial), cuadro que figura en la página 4.

⁷³⁹ Los precios en Quebec a que se refirió la Unión Europea también corresponden sólo a la generación de energía eólica y no a la generación de energía solar FV.

⁷⁴⁰ Véase European Wind and Energy Association, *The Economics of Wind Energy* (marzo de 2009) (Prueba documental 20 presentada por la UE al Grupo Especial), páginas 13 y 15; y la declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial (DS426), párrafo 26. Véanse también Gobierno de Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Queen's Printer for Ontario, 2010) (Prueba documental 6 presentada por el Canadá al Grupo Especial); y Grupo de trabajo sobre la conservación y el suministro de

específicas relativas a la evolución de los costos de producción de la energía eólica en Ontario entre 2004 y 2009, observamos que la última iniciativa RES se puso en marcha en 2008 -es decir, sólo un año antes que el Programa TR- y que los precios en el marco de los RES comunicados por el Canadá para el período comprendido entre 2004 y 2008 varían entre 8 y 11 centavos por kWh.⁷⁴¹ Por lo tanto, es lógico suponer que los contratos para los productores de energía eólica en el marco de la RES III (2008), celebrados menos de un año antes de la puesta en marcha del Programa TR en 2009, recibían una remuneración de 11 centavos por kWh, o una inferior, frente a la remuneración TR mínima para los productores de energía eólica de 13,5 centavos por kWh.⁷⁴²

5.238. En el marco de las tres iniciativas RES se adjudicaron varios contratos para la producción de electricidad a partir de energía eólica, aunque, según el Canadá, para "una capacidad mucho menor que la capacidad prevista por los proyectos de energía eólica en el marco del Programa TR".⁷⁴³ Aunque la iniciativa RES y el Programa TR se superponen por lo que respecta a proyectos de entre 500 kW y 200 MW, el Programa TR tiene un alcance más amplio que la iniciativa RES y abarca también proyectos de una capacidad inferior a 500 kW y de una capacidad superior a 200 MW.⁷⁴⁴ Los contratos RES, al igual que los contratos TR para la generación de energía eólica y solar FV, se celebraron para una duración de 20 años⁷⁴⁵, por lo tanto, existe una superposición significativa entre la duración de los contratos RES adjudicados en 2004, 2005 y 2008, y los contratos TR adjudicados en 2009.

5.239. No estimamos que a los efectos de completar el análisis en la presente apelación sea posible llevar a cabo una comparación de los precios TR con los precios de la electricidad generada a partir de energía eólica en Quebec, habida cuenta de que no se planteó ante el Grupo Especial, ni ante nosotros, la norma que se requeriría para la comparación con una referencia extraprovincial. A este respecto, recordamos que el Órgano de Apelación ha considerado en diferencias anteriores que, si bien es posible recurrir a referencias externas, es necesario asegurarse de que tales referencias reflejen las condiciones reinantes en el mercado en el país de suministro o compra.⁷⁴⁶ Concluimos, por lo tanto, que no podemos tener en cuenta los precios de la electricidad producida a partir de energía eólica en Quebec en nuestro intento de completar el análisis en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.240. En contraste, opinamos que, en principio, sería posible hacer una comparación de la remuneración TR de los productores de energía eólica con la remuneración que obtienen los productores de energía eólica en el marco de la iniciativa RES para determinar si la primera otorga

electricidad, Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs, Informe final al Ministro de Energía (enero de 2004) (Prueba documental 59 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 50.

⁷⁴¹ Informe Hogan, página 32; respuesta del Canadá a la pregunta 4 del Grupo Especial (segunda serie), párrafo 16.

⁷⁴² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.30.

⁷⁴³ Respuesta del Canadá a la pregunta 4 del Grupo Especial (segunda serie), párrafo 16.

⁷⁴⁴ En la iniciativa RES I (2004) podían participar productores de energías renovables con una capacidad de producción de 0,5 a 100 MW; en la RES II (2005), productores con una capacidad de 20 a 200 MW; y en la RES III (2008), productores con una capacidad de 10,1 a 199,9 MW. (Informe Hogan, página 32) Recordamos que, en el marco del Programa TR, los contratos TR están destinados a productores que reúnan los requisitos exigidos con capacidad de producción superior a 10 kWh, mientras que para los contratos microTR son admisibles los productores cuya capacidad no sea superior a 10 kW. (*Ibid.*) No queda claro si los contratos RES de precios y escalas específicos pueden hacerse corresponder con los contratos TR de magnitud similar, y por ello no podemos hacer una comparación de los precios RES y TR con la magnitud de los contratos.

⁷⁴⁵ Ministerio de Energía de Ontario, Request for Proposals for 300 MW of Renewable Energy Supply (Solicitud de propuestas para el suministro de 300 MW de energía renovable) (RES I), emitida el 24 de junio de 2004 (Prueba documental 52 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 41; Request for Proposals for 1,000 MW of Renewable Energy Supply (Solicitud de propuestas para el suministro de 1.000 MW de energía renovable) (RES II), emitida el 17 de junio de 2005 (Prueba documental 53 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 56; Request for Proposals for approximately 500 MW of Renewable Energy Supply (Solicitud de propuestas para el suministro de 500 MW aproximadamente de energía renovable) (RES III), emitida el 22 de agosto de 2008 (Prueba documental 54 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 2.

⁷⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 103. Observamos que, si bien Ontario y Quebec están en el mismo "país", es decir, en el Canadá, tienen mercados regionales de electricidad separados. En consecuencia, debe interpretarse que la expresión "condiciones reinantes en el mercado" en el país de compra en el sentido del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC se refiere en este caso al mercado regional de Ontario, y no a otros mercados extraprovinciales, dentro del Canadá o en otro país.

un beneficio. Señalamos que claramente no hay constataciones fácticas del Grupo Especial ni pruebas no controvertidas en su expediente que nos permitan completar el análisis con respecto a la remuneración para la producción de electricidad a partir de energía solar FV en el marco del Programa TR.

5.241. No obstante, aunque una comparación entre los precios en el marco de los Programas TR y RES parece indicar que el primero otorga un beneficio, consideramos que no podemos completar el análisis únicamente sobre esa base. Recordamos que la principal línea de argumentación de los dos reclamantes con respecto al beneficio se centró en un mercado de electricidad único y en un enfoque que procuró establecer la existencia de beneficio por referencia a otras tecnologías de producción de electricidad. Los reclamantes también presentaron un cierto número de referencias intraprovinciales y extraprovinciales basadas en una definición de un mercado de electricidad único. En otras palabras, ninguna de esas referencias se basó en la definición de combinación de suministro de energía del Gobierno de Ontario. Recién en la segunda reunión del Grupo Especial, y sobre todo en las respuestas y en las observaciones formuladas por escrito respecto de las preguntas después de la segunda reunión, las partes esgrimieron argumentos sobre las referencias para determinar la existencia de beneficio en relación con la generación de energía renovable.

5.242. Recordamos además que el Grupo Especial formuló constataciones muy limitadas con respecto a las referencias que tienen en cuenta la definición de combinación de suministro de energía del Gobierno de Ontario. En sus conclusiones en relación con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial consideró que no podía, y no debía, encontrarse una referencia adecuada en el mercado mayorista de electricidad competitivo, y a continuación, tras su constatación relativa al párrafo 1 b) del artículo 1, desarrolló en sus "observaciones sobre un enfoque de la cuestión del beneficio"⁷⁴⁷ una referencia que tenía en cuenta la definición de la combinación de suministro del Gobierno de Ontario. El Grupo Especial intentó aplicar su referencia alternativa mediante la comparación de las tasas de rentabilidad TR con el costo medio del capital en el Canadá para los proyectos con un perfil de riesgo comparable en el mismo período.

5.243. Sin embargo, el Grupo Especial no formuló una constatación sobre si la RES constituía una referencia adecuada teniendo en cuenta la definición de la combinación de suministro de energía hecha por el Gobierno de Ontario. Tampoco consideró la posibilidad de llevar a cabo una comparación de la remuneración TR con la remuneración en el marco de la iniciativa RES. De hecho, la única constatación del Grupo Especial respecto de la RES fue una de carácter fáctico relativa al mecanismo de formación de precios, que el Grupo Especial constató estaba basado en la licitación competitiva.⁷⁴⁸ Por último, observamos que la aplicabilidad a las medidas impugnadas de una referencia relativa al beneficio basada en una combinación de suministro que incluyera electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV no fue debatida en esta apelación lo suficiente como para que dispongamos de elementos adicionales que nos permitan completar el análisis.

5.244. Recordamos que en el pasado el Órgano de Apelación se ha abstenido de completar el análisis jurídico debido a la complejidad de las cuestiones de que se trataba y a que no se habían estudiado a fondo las cuestiones planteadas al Grupo Especial, lo que planteaba preocupaciones en relación con las garantías procesales de los participantes.⁷⁴⁹ Creemos que estos elementos están presentes en las cuestiones relativas al beneficio planteadas en la presente apelación. La identificación de una referencia que tenga en cuenta la definición que hace el gobierno de la combinación del suministro de energía implica examinar el hecho de que el gobierno ha creado mercados para la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV, y es un ejercicio más complejo que el de evaluar referencias en el mercado mayorista de electricidad que llevó a cabo el Grupo Especial. El Grupo Especial no ha hecho constatación alguna sobre la idoneidad de las referencias propuestas respecto de la electricidad producida a partir de energía eólica y solar FV. En estas circunstancias, completar el análisis plantearía preocupaciones en relación con las garantías procesales de los participantes.

⁷⁴⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.321. (no se reproducen las cursivas)

⁷⁴⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.29.

⁷⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, CE - *Subvenciones a la exportación de azúcar*, nota 537 al párrafo 339.

5.245. En suma, hemos encontrado pruebas en el informe del Grupo Especial que son pertinentes para un análisis del beneficio basado en una referencia que tenga en cuenta la definición hecha por el Gobierno de Ontario de la combinación del suministro de energía. Basándonos en esas pruebas, hemos considerado que los precios de la RES para los contratos de producción de energía eólica adjudicados mediante licitación competitiva pueden valer como referencias para una comparación relativa al beneficio y parecen apuntar a la existencia de que puede existir beneficio en el caso de los contratos de producción de energía eólica TR. Sin embargo, concluimos que esas pruebas no fueron suficientemente debatidas ni ante el Grupo Especial ni ante nosotros. Además, el Grupo Especial no formuló constataciones fácticas sobre esas pruebas que puedan ayudarnos a completar el análisis.

5.246. A la luz de lo anterior, no consideramos que haya constataciones fácticas del Grupo Especial y pruebas no controvertidas en su expediente suficientes para que podamos completar el análisis jurídico y llevar a cabo una comparación basada en una referencia relativa al beneficio entre los precios de la electricidad producida a partir de energía eólica en el marco del Programa TR y los precios de la electricidad producida a partir de energía eólica en el marco de la iniciativa RES. En consecuencia, no podemos determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y si constituyen subvenciones prohibidas incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES FORMULADAS EN EL INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN WT/DS412/AB/R

6.1. En la apelación del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable* (WT/DS412/R) (informe del Grupo Especial correspondiente al Japón), por los motivos expuestos en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a. deniega la solicitud presentada por el Japón de que comience su evaluación por las alegaciones de error formuladas por el Japón en relación con el Acuerdo SMC;
- b. con respecto al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994:
 - i. revoca las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.127, 7.128 y 7.152 del informe del Grupo Especial correspondiente al Japón, de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son leyes, reglamentos o prescripciones que rigen la adquisición, por organismos gubernamentales, de electricidad en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994;
 - ii. declara superfluas y carentes de efectos jurídicos las demás constataciones intermedias formuladas por el Grupo Especial, en particular las que figuran en los párrafos 7.136, 7.145 y 7.151;
 - iii. constata que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no cumplen las condiciones de la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994; y
 - iv. habida cuenta de esta constatación, no considera necesario examinar la alegación del Canadá de que el Grupo Especial no cumplió las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD al aplicar el principio de economía procesal; y
 - v. constata que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no están abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y que, en consecuencia, se mantiene la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.2 del informe del Grupo Especial correspondiente al Japón, de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994;
- c. rechaza la alegación del Japón de que el Grupo Especial no cumplió las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de formular una constatación sobre la alegación autónoma formulada por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994;
- d. con respecto al párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC:
 - i. declara superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.246 del informe del Grupo Especial correspondiente al Japón, de que "las 'compras de bienes' por el gobierno [no] pued[en] también caracterizarse jurídicamente como 'transferencias directas de fondos' sin infringir [el] principio [de interpretación efectiva de los tratados]", por cuanto niega la posibilidad de que una transacción esté comprendida en más de un tipo de contribución financiera en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC;
 - ii. confirma la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.243 y 7.328 i) del informe del Grupo Especial correspondiente al Japón, de que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son "compras de bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC;

- iii. rechaza la apelación del Japón según la cual el Programa TR y los contratos TR y microTR también pueden ser caracterizados como "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos" de conformidad con el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC;
 - iv. rechaza la alegación del Japón de que el Grupo Especial no cumplió las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al abstenerse de formular una constatación sobre la alegación del Japón de que las medidas en litigio constituyen "sostenimiento de los ingresos o de los precios" de conformidad con el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC;
 - v. se abstiene de formular una constatación acerca de si el Programa y los contratos TR pueden caracterizarse como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC; y
- e. con respecto al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC:
- i. revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.328 ii) y 8.3 del informe del Grupo Especial correspondiente al Japón, de que el Japón no logró establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y en consecuencia que el Canadá actuó de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC;
 - ii. habida cuenta de estas constataciones, no considera necesario examinar la alegación subsidiaria del Japón de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD; y
 - iii. no puede completar el análisis acerca de si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y si el Canadá actuó de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

6.2. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida al Canadá que ponga las medidas que en el presente informe, y en el informe del Grupo Especial correspondiente al Japón modificado por el presente informe, han sido declaradas incompatibles con el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994 en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de esos Acuerdos.

Firmado en el original en Ginebra el 20 de abril de 2013 por:

Ricardo Ramírez-Hernández
Presidente de la Sección

Ujal Singh Bhatia
Miembro

David Unterhalter
Miembro

6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES FORMULADAS EN EL INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN WT/DS426/AB/R

6.1. En la apelación del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas* (WT/DS426/R) (informe del Grupo Especial correspondiente a la UE), por los motivos expuestos en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a. con respecto al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994:
 - i. confirma la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.121 del informe del Grupo Especial correspondiente a la UE, de que el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC no eliminaba la necesidad de que el Grupo Especial realizara un análisis de la cuestión de si las medidas impugnadas quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 en virtud de la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994;
 - ii. revoca las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.127, 7.128 y 7.152 del informe del Grupo Especial correspondiente a la UE, de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son leyes, reglamentos o prescripciones que rigen la adquisición, por organismos gubernamentales, de electricidad en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994;
 - iii. declara superfluas y carentes de efectos jurídicos las demás constataciones intermedias formuladas por el Grupo Especial, en particular las que figuran en los párrafos 7.136, 7.145 y 7.151;
 - iv. constata que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no cumplen las condiciones de la dispensa prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994; y
 - v. habida cuenta de esta constatación, no considera necesario examinar la alegación del Canadá de que el Grupo Especial no cumplió las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD al aplicar el principio de economía procesal; y
 - vi. constata que el Programa TR y los contratos TR y microTR conexos no están abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y que, en consecuencia, se mantiene la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.6 del informe del Grupo Especial correspondiente a la UE, de que los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR conexos son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y
- b. con respecto al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC:
 - i. revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.328 ii) y 8.7 del informe del Grupo Especial correspondiente a la UE, de que la Unión Europea no logró establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y en consecuencia que el Canadá actuó de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC;
 - ii. habida cuenta de estas constataciones, no considera necesario examinar la alegación subsidiaria de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD; y

- iii. no puede completar el análisis acerca de si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y si el Canadá actuó de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

6.2. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida al Canadá que ponga las medidas que en el presente informe, y en el informe del Grupo Especial correspondiente a la UE modificado por el presente informe, han sido declaradas incompatibles con el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994 en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de esos Acuerdos.

Firmado en el original en Ginebra el 20 de abril de 2013 por:

Ricardo Ramírez-Hernández
Presidente de la Sección

Ujal Singh Bhatia
Miembro

David Unterhalter
Miembro

ANEXO 1



ORGANIZACIÓN
MUNDIAL
DEL COMERCIO

WT/DS412/10
WT/DS426/9

6 de febrero de 2013

(13-0616)

Página: 1/1

Original: inglés

**CANADÁ - DETERMINADAS MEDIDAS QUE AFECTAN AL
SECTOR DE GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE**

**CANADÁ - MEDIDAS RELATIVAS AL PROGRAMA
DE TARIFAS REGULADAS**

NOTIFICACIÓN DE LA APELACIÓN DEL CANADÁ
DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 16 Y EL ARTÍCULO 17 DEL
ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE
SE RIGE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (ESD), Y DE CONFORMIDAD CON
EL PÁRRAFO 1 DE LA REGLA 20 DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
TRABAJO PARA EL EXAMEN EN APELACIÓN

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación del Canadá, de fecha 5 de febrero de 2013.

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD) y la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, el Canadá notifica su apelación con respecto a determinadas cuestiones tratadas en los informes del Grupo Especial que se ocupó de los asuntos *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable* (WT/DS412/R) y *Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas* (WT/DS426/R) y con respecto a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial en dichos informes.

El Canadá solicita que el Órgano de Apelación examine las constataciones y la conclusión del Grupo Especial de que el Programa TR del Gobierno de Ontario, aplicado mediante los contratos TR y microTR¹, no está abarcado por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.² Esta conclusión es errónea y está basada en constataciones sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica erróneas, incluida la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Ontario compra energía renovable "para su reventa comercial".³

El Canadá solicita también al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no hacer una evaluación objetiva de los hechos relacionados con esta cuestión, específicamente con respecto a la constatación del Grupo Especial de que la reventa de electricidad comprada en el marco del Programa TR es de naturaleza

¹ Un resumen de la medida en litigio figura en los párrafos 7.6 y 7.7 de los informes del Grupo Especial.

² Véase, por ejemplo, el párrafo 7.152 de los informes del Grupo Especial.

³ Véanse, por ejemplo, los párrafos 7.147-7.151 de los informes del Grupo Especial.

"comercial", y al utilizar esta constatación fáctica viciada para respaldar su conclusión acerca de la aplicabilidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 al Programa TR.⁴

El Canadá solicita además al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no constató que el Gobierno de Ontario no compra electricidad renovable "para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

⁴ *Ibid.*

ANEXO 2



ORGANIZACIÓN
MUNDIAL
DEL COMERCIO

WT/DS412/11

15 de febrero de 2013

(13-0863)

Página: 1/3

Original: inglés

**CANADÁ - DETERMINADAS MEDIDAS QUE AFECTAN AL SECTOR DE
GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE**

NOTIFICACIÓN DE OTRA APELACIÓN DEL JAPÓN DE CONFORMIDAD CON EL
PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 16 Y EL ARTÍCULO 17 DEL ENTENDIMIENTO
RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE
LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (ESD), Y DE CONFORMIDAD CON EL
PÁRRAFO 1 DE LA REGLA 23 DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
TRABAJO PARA EL EXAMEN EN APELACIÓN

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación del Japón, de fecha 11 de febrero de 2013.

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y el párrafo 1 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación ("Procedimientos de trabajo"), el Japón notifica por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable* (WT/DS412/R) ("informe del Grupo Especial") y respecto de determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial en esta diferencia.

Por los motivos que expondrá con mayor detalle en sus comunicaciones al Órgano de Apelación, el Japón apela contra los siguientes errores de derecho e interpretación jurídica que contiene el informe del Grupo Especial y solicita al Órgano de Apelación que revoque, modifique o declare superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones, conclusiones y recomendaciones conexas del Grupo Especial, y que complete el análisis donde se indica.¹

1. Con respecto a las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC"):

¹ De conformidad con el párrafo 2) c) ii) C) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo, el presente anuncio de otra apelación incluye una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los supuestos errores, sin perjuicio de la facultad del Japón de referirse a otros párrafos del informe del Grupo Especial en el contexto de su apelación.

- a. El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC al concluir que la caracterización jurídica adecuada del Programa y los contratos TR² es la de "compr[as] [de] bienes [por el gobierno]".³ El Japón solicita al Órgano de apelación que revoque la constatación del Grupo Especial en este sentido y complete el análisis para constatar en cambio que el Programa y los contratos TR se caracterizan debidamente como "la práctica de un gobierno [que] impli[ca] una transferencia directa de fondos ... o posibles transferencias directas de fondos" o "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios", o subsidiariamente que modifique la constatación del Grupo Especial en este sentido y constate que estas medidas también se pueden caracterizar como "transferencias directas de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.
- b. El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC al concluir que las "compras de bienes" por el gobierno a tenor del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 no podían caracterizarse jurídicamente también como "transferencias directas de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos" con arreglo al párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1.⁴ El Japón solicita al Órgano de Apelación que declare esta constatación superflua y carente de efectos jurídicos y constate que el Gobierno de Ontario proporciona contribuciones financieras en forma de "transferencias directas de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos" a través del Programa y los contratos TR, con independencia de que puedan caracterizarse como "compras de bienes" por el gobierno.
- c. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD al aplicar indebidamente el principio de economía procesal y al no formular constataciones con respecto a la alegación del Japón de que el Programa y los contratos TR se pueden caracterizar jurídicamente como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" a tenor del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁵ El Japón solicita al Órgano de Apelación que constate que el Gobierno de Ontario proporciona "sostenimiento de los ingresos o de los precios" a través del Programa y los contratos TR, con independencia de que puedan caracterizarse como "compras de bienes" por el gobierno.
- d. El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y no hizo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD, cuando constató que no podía resolver la cuestión de si las medidas impugnadas otorgan un beneficio aplicando una referencia derivada de las condiciones de compra de la electricidad en un mercado mayorista de electricidad competitivo, en particular al desestimar el argumento del Japón de que las medidas impugnadas otorgan un beneficio porque el diseño, la estructura y el funcionamiento objetivos del Programa TR demuestran que los productores de energía solar FV y eólica no estarían presentes en el mercado mayorista de electricidad de Ontario de no existir el Programa TR.⁶ El Japón solicita al Órgano de Apelación que revoque estas constataciones del Grupo Especial y constate en cambio que las medidas impugnadas otorgan un "beneficio".
- e. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, al no resolver la cuestión del beneficio a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC sobre la base de la comparación que prefería de las tasas de rentabilidad pertinentes de los contratos TR y

² En el presente anuncio de otra apelación, el Japón utiliza la expresión "Programa y contratos TR" para referirse al Programa de tarifas reguladas (que comprende microTR) del Gobierno de Ontario, y a los contratos TR y microTR suscritos por el Gobierno de Ontario en el marco de ese programa que son objeto de la presente diferencia, es decir, las "medidas impugnadas".

³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.220-7.249.

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.83-6.85, 7.243-7.248, en particular los párrafos 7.246 y 7.247.

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.88, 7.249.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.94, 6.95, 7.271-7.313, 7.315, 7.317, 7.319 y 7.320, en particular los párrafos 7.308-7.313.

microTR impugnados con el costo medio del capital pertinente en el Canadá.⁷ El Japón solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y constate que el Programa y los contratos TR otorgan un beneficio con arreglo al enfoque preferido por el Grupo Especial. No obstante, esta apelación está supeditada a la condición de que el Órgano de Apelación rechace el argumento del Japón de que las medidas impugnadas otorgan un beneficio de conformidad con el punto 1.d *supra*.

- f. En caso de que el Órgano de Apelación constataste que el Programa y los contratos TR son una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Japón solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y constataste que el Programa y los contratos TR son incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.
 - g. Además de su error al no constatar que el Programa y los contratos TR son subvenciones prohibidas, el Grupo Especial incurrió en error al no recomendar, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, que el Canadá retire sin demora las subvenciones, eliminando la prescripción en materia de contenido nacional del Programa y los contratos TR, e incurrió en error al no especificar el plazo dentro del cual deben retirarse las medidas. En consecuencia, si el Órgano de Apelación completa el análisis y formula las constataciones solicitadas por el Japón en el punto 1.f *supra*, el Japón le pide además que haga la recomendación y especifique el plazo dentro del cual debe retirarse la medida, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC.
2. Con respecto a las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994"):
- a. El Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD al aplicar indebidamente el principio de economía procesal y al no examinar por separado las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁸ El Japón solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y constataste que el Programa y los contratos TR son incompatibles con los términos del párrafo 4 del artículo III con independencia de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio ("Acuerdo sobre las MIC").
 - b. El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 en los siguientes aspectos:
 - i. El Grupo Especial incurrió en error cuando constató que el Programa y los contratos TR implican la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados" a tenor del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, basándose en su conclusión de que estas medidas son "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁹
 - ii. El Grupo Especial incurrió en error cuando interpretó la expresión "necesidades de los poderes públicos" aisladamente, en lugar de toda la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos", y no evaluó por separado la cuestión de si las compras en el marco del Programa y los contratos TR eran "para cubrir" las necesidades de los poderes públicos.¹⁰ El Japón solicita al Órgano de Apelación que complete el análisis y constataste que el Programa y los contratos TR no son "compra[s] [por organismos gubernamentales] para cubrir las necesidades de los poderes públicos". No obstante, esta apelación está supeditada a la condición de que el Órgano de Apelación rechace el argumento del Japón de conformidad con el punto 2.b.i *supra*.

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.322-7.327.

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.72, 7.155-7.167. Véase también *ibid.*, el párrafo 7.70 ("en la sección que figura a continuación evaluaremos simultáneamente el fondo de las alegaciones de los reclamantes tanto al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC como al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994").

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.129-7.136, en particular los párrafos 7.135 y 7.136.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.138-7.145, en particular los párrafos 7.140, 7.144 y 7.145.

- iii. El Grupo Especial incurrió en error cuando constató que pruebas de los beneficios obtenidos por el Gobierno de Ontario y sus gobiernos municipales podían ser una consideración pertinente para determinar que el Programa TR se realiza "para [la] reventa comercial".¹¹ A este respecto, el Japón solicita únicamente que se modifiquen las constataciones del Grupo Especial y se concluya que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa y los contratos TR se realiza "para la reventa comercial" debido al hecho de que la electricidad "se revende a consumidores minoristas a través de Hydro One y empresas de distribución local"¹², con independencia de si esas entidades obtienen beneficios. No obstante, esta apelación está supeditada a la condición de que el Órgano de Apelación rechace los argumentos del Japón de conformidad con los puntos 2.b.i y 2.b.ii *supra*.

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.146-7.151, en particular los párrafos 7.149-7.151.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.147.

ANEXO 3



ORGANIZACIÓN
MUNDIAL
DEL COMERCIO

WT/DS426/10

15 de febrero de 2013

(13-0866)

Página: 1/3

Original: inglés

CANADÁ - MEDIDAS RELATIVAS AL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS

NOTIFICACIÓN DE OTRA APELACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA DE CONFORMIDAD CON
EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 16 Y EL ARTÍCULO 17 DEL ENTENDIMIENTO RELATIVO
A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCIÓN DE
DIFERENCIAS (ESD), Y DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 1 DE LA
REGLA 23 DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO PARA
EL EXAMEN EN APELACIÓN

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de la Unión Europea, de fecha 11 de febrero de 2013.

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 1 del artículo 17 del *ESD*, la Unión Europea notifica por la presente al Órgano de Solución de Diferencias su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste en la diferencia *Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas* (WT/DS426). Con arreglo al párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, la Unión Europea presenta simultáneamente este anuncio de otra apelación ante la Secretaría del Órgano de Apelación.

Por las razones que expondrá de forma más detallada en sus comunicaciones al Órgano de Apelación, la Unión Europea apela y solicita al Órgano de Apelación que modifique, revoque y/o declare superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones y conclusiones del Grupo Especial, y complete el análisis con respecto a los siguientes errores de derecho e interpretaciones jurídicas que contiene el informe del Grupo Especial.¹

- La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC leídos en conjunción con el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC al constatar que no excluyen la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 a las medidas impugnadas.²

¹ De conformidad con el párrafo 2) c) ii) C) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, el presente anuncio de otra apelación incluye una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los supuestos errores, sin perjuicio de la facultad de la Unión Europea para referirse a otros párrafos del informe del Grupo Especial en el contexto de esta apelación.

² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.114-7.121, y, en particular, los párrafos 7.119 y 7.120.

- La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.121, que complete el análisis y que constate que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no era aplicable en el presente asunto. Por consiguiente, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que confirme, aunque modificando el razonamiento, la constatación definitiva formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.166 de que las medidas impugnadas son MIC que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa y de que, a la luz del párrafo 2 del artículo 2 y la parte introductoria del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, son también incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.
- El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 al constatar que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" establecido en el Programa TR debe caracterizarse debidamente como una de las "prescripciones que ri[gen]" la supuesta adquisición de electricidad a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.³
- La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque esa constatación, que complete el análisis y que constate, en cambio, que en el presente asunto el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" no constituye "prescripciones que ri[gen] la adquisición ... de [los] productos comprados". La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que, consecuentemente con su revocación de la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.128, revoque la constatación formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.152 de que "ii) el 'nivel mínimo obligatorio de contenido nacional' prescrito de conformidad con el Programa TR y llevado a la práctica mediante los contratos TR y microTR es una de las prescripciones que ri[gen]' la 'adquisición' de electricidad por el Gobierno de Ontario" y que constate, en lugar de ello, que en el presente asunto el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" no constituye "prescripciones que ri[gen] la adquisición ... de [los] productos comprados".
- El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 al afirmar que el sentido corriente de la expresión "necesidades de los poderes públicos" es relativamente amplio y puede abarcar el sentido propuesto por el Canadá, es decir que una compra para cubrir las "necesidades de los poderes públicos" puede existir siempre que un gobierno compra un producto para un objetivo declarado del gobierno.⁴ La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que revoque esta afirmación o, como mínimo, la declare superflua y carente de efectos jurídicos. Además, en caso de que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial de que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza "para su reventa comercial"⁵, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que modifique y/o revoque el razonamiento del Grupo Especial⁶ en relación con el sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos" teniendo en cuenta los argumentos planteados por la Unión Europea en cuanto a la interpretación adecuada de esa expresión, que complete el análisis y que constate que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no se realiza para cubrir las "necesidades de los poderes públicos". En consecuencia, deberían modificarse también las constataciones del Grupo Especial formuladas en el párrafo 7.152 de modo que reflejen otro de los motivos por los que el Canadá no podía basarse en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 para excluir la aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 al "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional".
- El Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y tampoco hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que la Unión Europea no había logrado establecer que el

³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.126-7.128 y 7.152.

⁴ Informe del Grupo Especial, primera frase del párrafo 7.139 (y la afirmación complementaria que figura en la segunda frase del párrafo 7.140).

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.151.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.138-7.145.

Programa TR y los contratos correspondientes otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁷ En particular:

- a) el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC a los hechos de este asunto.⁸ Las "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario, como lo demuestra el objetivo del Programa TR, ponían de manifiesto que los productores TR no podrían obtener la remuneración necesaria para estar presentes en ese mercado;
- b) el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD dado que no consideró la totalidad de las pruebas, formuló un razonamiento incoherente y aplicó indebidamente el principio de economía procesal al constatar que, aun basándose en un "mercado" hipotético como el que sugerían sus observaciones, la Unión Europea no había logrado establecer la existencia de un "beneficio".⁹

Habida cuenta de estos errores, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que *revoque* la constatación que formuló el Grupo Especial en el párrafo 7.328 ii) de que en el presente asunto la Unión Europea no logró establecer la existencia de un beneficio, que las medidas impugnadas otorgaban un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, que *complete el análisis* basándose en las constataciones del Grupo Especial y los hechos no controvertidos que obran en el expediente y que *constate* que las medidas impugnadas otorgaban un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, la conclusión definitiva del Grupo Especial de que la Unión Europea no logró establecer que el Programa TR y los contratos correspondientes constituyan subvenciones o prevean el otorgamiento de subvenciones incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC es asimismo errónea.¹⁰ La Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que también *revoque* esa conclusión, que *complete el análisis* basándose en las constataciones del Grupo Especial y los hechos no controvertidos que obran en el expediente, y que *constate* que las medidas impugnadas constituyen subvenciones prohibidas en el sentido de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3. Por consiguiente, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que *recomiende* que el Canadá retire sus subvenciones prohibidas sin demora (y, en cualquier caso, en un plazo no superior a 90 días), según lo exige el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En caso de que el Órgano de Apelación no pudiera completar el análisis en el marco de cualquiera de las solicitudes formuladas por la Unión Europea, la Unión Europea solicita al Órgano de Apelación que declare *superfluas y carentes de efectos jurídicos* las constataciones y conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.328 ii) y 8.7.¹¹

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.328 ii).

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.276-7.327.

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.322-7.328 ii).

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.7.

¹¹ La Unión Europea observa que el 11 de febrero de 2013 el Japón apeló el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable (WT/DS412)*. Ese informe contiene constataciones y conclusiones idénticas a las que figuran en el párrafo 7.328 ii) y el párrafo 8.7 del informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto DS426. La Unión Europea incorpora a la presente el anuncio de otra apelación presentado por el Japón, de fecha 11 de febrero de 2013, por lo que respecta a los errores de derecho e interpretaciones jurídicas, con inclusión de cualquier solicitud de que se complete el análisis, en relación con el párrafo 7.328 ii) del informe del Grupo Especial del asunto DS412.

ANEXO 4**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE****ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO****WORLD TRADE ORGANIZATION****ÓRGANO DE APELACIÓN**

*Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector
de generación de energía renovable*
Canadá - Medidas relativas al Programa de tarifas reguladas

AB-2013-1

Resolución de procedimiento

1. El 12 de febrero de 2013 recibimos cartas del Canadá, el Japón y la Unión Europea en las que se solicitaba que la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación permitiera la observación por el público de la audiencia del presente procedimiento de apelación.
2. Específicamente, el Canadá solicitó que la Sección permitiera la observación por el público de las declaraciones orales y las respuestas a las preguntas de los participantes y de los terceros participantes que acordaran hacer públicas sus declaraciones y sus respuestas a las preguntas. El Canadá propuso que se permitiera la observación por el público mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión, con la opción de que la transmisión se interrumpiese si los participantes estimaban necesario examinar información confidencial o si un tercero participante expresaba su deseo de mantener la confidencialidad de su declaración oral.
3. En su carta, el Japón respaldó la solicitud del Canadá, e indicó que también deseaba hacer públicas sus declaraciones y respuestas a las preguntas formuladas por la Sección en el curso de la audiencia del Órgano de Apelación y que estaba de acuerdo con la solicitud del Canadá de que la Sección celebrase una audiencia abierta al público en esta apelación. El Japón convino asimismo en que se permitiera la observación por el público mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión. Por su parte, la Unión Europea dijo que estaba de acuerdo con la solicitud de celebración de una audiencia abierta al público presentada por el Canadá y que se sumaba a ella. Los participantes hicieron referencia a las resoluciones del Órgano de Apelación en nueve procedimientos anteriores en los que se había autorizado la observación de la audiencia por el público.¹

¹ Esos procedimientos son los siguientes:

- *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (WT/DS320/AB/R / WT/DS321/AB/R);
- *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS27/AB/RW2/ECU) y *Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS27/AB/RW/USA);
- *Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero* (WT/DS350/AB/R);
- *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS294/AB/RW);
- *Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción - Recurso del Japón al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS322/AB/RW);

4. El 13 de febrero de 2013, invitamos a los terceros a que formularan por escrito observaciones sobre las solicitudes de los participantes. El 18 de febrero de 2013, recibimos respuestas de Australia, el Brasil, China, El Salvador, los Estados Unidos, la India, México, Noruega, el Reino de la Arabia Saudita y Turquía. No se recibieron observaciones de Corea, Honduras ni del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu. En sus respectivas observaciones, el Brasil, China, la India, México y Turquía señalaron que no se oponían a que se permitiera la observación de la audiencia por el público en las presentes diferencias, pero subrayaron que ello se entendía sin perjuicio de las opiniones sistémicas que cada uno tenía sobre la cuestión de la observación por el público de las audiencias de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. La India y China indicaron su deseo de mantener la confidencialidad de sus declaraciones orales y sus respuestas a las preguntas. El Reino de la Arabia Saudita dijo que no se oponía a que se permitiera la observación de la audiencia por el público en estas diferencias, pero ejerció igualmente su derecho a mantener la confidencialidad de su declaración oral y sus respuestas a las preguntas. El Salvador afirmó que tampoco se oponía a la apertura de la audiencia a la observación por el público en las presentes diferencias, sobre la base de las condiciones y modalidades expuestas en la solicitud del Canadá.

5. Noruega y Australia indicaron que respaldaban la solicitud de los participantes de que se autorizara la observación de la audiencia por el público, incluidas sus declaraciones y sus respuestas a las preguntas en calidad de terceros participantes. Los Estados Unidos también apoyaron tal solicitud, aduciendo que permitir la observación de las audiencias por el público contribuye a reforzar la legitimidad del sistema de solución de diferencias de la OMC y que una mayor confianza en el mecanismo de solución de diferencias puede traducirse en una amplia aceptación del resultado de los procedimientos de solución de diferencias. Señalaron además que la celebración de audiencias del Órgano de Apelación abiertas al público ha sido hasta ahora una experiencia positiva. Los Estados Unidos confirmaron que, en caso de que en la presente apelación se autorizara la observación de la audiencia por el público, permitirían la observación por el público de su declaración oral y sus respuestas a las preguntas.

6. Recordamos que se han presentado y aceptado solicitudes para que se permita la observación de la audiencia por el público en nueve procedimientos de apelación anteriores.² En sus resoluciones, el Órgano de Apelación ha declarado que puede acceder a esas solicitudes de los participantes siempre que ello no afecte a la confidencialidad de la relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación ni menoscabe la integridad del proceso de apelación. Consideramos que las razones previamente expresadas por el Órgano de Apelación, y su interpretación del párrafo 10 del artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) a este respecto, se aplican igualmente a las circunstancias prevalecientes en este procedimiento de apelación.

7. En esta apelación, los participantes han sugerido que el Órgano de Apelación permita la observación de la audiencia por el público mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión. También han sugerido que se prevea la interrupción de la transmisión en caso de que los participantes estimen necesario examinar información confidencial o si un tercero participante desea mantener la confidencialidad de su declaración oral o de sus respuestas a las preguntas. Convenimos en que esas modalidades servirían para proteger la información confidencial en el contexto de una audiencia abierta a la observación por el público y no tendrían consecuencias desfavorables para la integridad de la función resolutoria del Órgano de Apelación. Consideramos también que, durante la observación por el público en apelaciones anteriores, los derechos de los terceros participantes que no deseaban que sus declaraciones orales fueran observadas por el público quedaron plenamente protegidos.

-
- *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* (WT/DS367/AB/R);
 - *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles* (WT/DS316/AB/R);
 - *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* (WT/DS353/AB/R); y
 - *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen* (WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R).

² Véase la nota 1.

8. Por las razones expuestas, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación autoriza la observación de la audiencia por el público en el presente procedimiento en las condiciones que a continuación se exponen. En consecuencia, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, adoptamos los siguientes procedimientos adicionales a los efectos de la presente apelación:

- a. Se permitirá la observación de la audiencia por el público mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión, que se difundirá en una sala distinta, a la cual tendrán acceso los delegados de los Miembros de la OMC y los miembros del público en general que estén debidamente registrados.
- b. Las declaraciones orales y las respuestas a preguntas de los terceros participantes que hayan indicado su deseo de mantener la confidencialidad de sus comunicaciones no podrán ser observadas por el público.
- c. Las solicitudes de los terceros participantes que deseen mantener la confidencialidad de sus declaraciones orales y sus respuestas a las preguntas y aún no lo hayan indicado deberán ser recibidas por la Secretaría del Órgano de Apelación a las 17.00 h. hora de Ginebra, del jueves 7 de marzo de 2013 a más tardar.
- d. Se reservará un número apropiado de asientos para los delegados de los Miembros de la OMC en la sala en que tendrá lugar la transmisión por circuito cerrado. Se ruega a los delegados ante la OMC que deseen observar la audiencia que se registren previamente en la Secretaría del Órgano de Apelación.
- e. Se dará aviso de la audiencia al público en general en el sitio Web de la OMC. Los miembros del público en general que deseen observar la audiencia estarán obligados a registrarse previamente en la Secretaría del Órgano de Apelación, de acuerdo con las instrucciones que figuren en el aviso que se publicará en el sitio Web de la OMC.

Ginebra, 19 de febrero de 2013
