ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS412/R
WT/DS426/R
19 de diciembre de 2012

(12-6849)

Original: inglés

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

CANADÁ - MEDIDAS RELATIVAS AL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS

Informes de los Grupos Especiales

Nota de la Secretaría:

Los Grupos Especiales emiten los presentes informes en forma de un documento único que constituye dos informes distintos de los Grupos Especiales WT/DS412/R y WT/DS426/R. Cada uno de los informes se refiere a una de las dos reclamaciones formuladas en estas diferencias. La portada, las páginas preliminares, las secciones I a VII, la sección IX y los anexos son comunes para ambos informes de los Grupos Especiales. En el encabezado de página de todo el documento figuran las dos signaturas, WT/DS412/R y WT/DS426/R, con las siguientes excepciones: la página JPN-156 de la sección VIII, que lleva la signatura correspondiente al informe del Grupo Especial WT/DS412/R y contiene las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en dicho informe; y la página EU-157 de la sección VIII, que lleva la signatura correspondiente al informe de Grupo Especial WT/DS426/R y contiene las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en dicho informe.

ÍNDICE

Página

I. INTRODUCCIÓN 1
A. RECLAMACIONES DEL JAPÓN Y DE LA UNIÓN EUROPEA 1
B. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES 1
C. AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCERO 2
D. ESCRITOS *AMICUS CURIAE* 3
E. RESOLUCIÓN PRELIMINAR SOBRE LOS MANDATOS DE LOS GRUPOS ESPECIALES 3
II. ELEMENTOS DE HECHO 4
III. SOLICITUDES DE CONSTATACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES 5
A. RECLAMANTES 5
1. Japón 5
2. Unión Europea 6
B. CANADÁ 7
IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES 7
V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS 7
VI. REEXAMEN INTERMEDIO 8
A. INTRODUCCIÓN 8
B. SOLICITUDES DE MODIFICACIONES DE LOS INFORMES PROVISIONALES PRESENTADAS POR LAS PARTES Y EVALUACIÓN REALIZADA POR LOS GRUPOS ESPECIALES 8
VII. CONSTATACIONES DEL GRUPO ESPECIAL 33
A. INTRODUCCIÓN 33
1. Principios generales de interpretación de los tratados, norma de examen aplicable y carga de la prueba 33
a) Interpretación de los tratados 33
b) Norma de examen 33
c) Carga de la prueba 34
2. Medidas en litigio y resumen de las alegaciones 34
3. Resoluciones preliminares 35
4. Antecedentes de hecho 35
a) Introducción 35
b) La electricidad y los sistemas de electricidad 36
c) La electricidad en Ontario 39
i) De 1906 a 2002 39
ii) El mercado mayorista competitivo de 2002 40
iii) El actual sistema eléctrico "híbrido" de Ontario 41
Producción 41

Página

Transmisión y distribución 44
Regulación y administración 46
Precios al por mayor y precios al por menor 49
Liquidación de los pagos a los productores 56
iv) El Programa TR y los contratos TR y microTR 57
5. Orden del análisis 59
B. LA CUESTIÓN DE SI EL CANADÁ ACTÚA 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 60
1. Argumentos de las partes 60
a) Japón 60
b) Unión Europea 61
c) Canadá 64
2. Argumentos de los terceros 66
a) Australia 66
b) Brasil 66
c) China 66
d) Unión Europea (en la diferencia WT/DS412) 67
e) Japón (en la diferencia WT/DS426) 67
f) Corea 67
g) México 68
h) Noruega 68
i) Estados Unidos 69
3. Evaluación realizada por el Grupo Especial 70
a) Introducción 70
b) La cuestión de si las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio 70
c) La cuestión de si las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC porque son supuestamente incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT 1994 71
i) 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 72
La cuestión de 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 impugnadas 72
La cuestión de si las medidas impugnadas son del tipo descrito en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 74
"Leyes, reglamentos y prescripciones *que rijan* la adquisición" de electricidad 75
"*Adquisición* por organismos gubernamentales" 76

Página

La adquisición "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" ... 79
- "Necesidades de los poderes públicos" ... 79
- "Reventa comercial" ... 82

Conclusión con respecto a 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 ... 85

ii) La cuestión de si las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por consiguiente, también con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, en virtud de la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC ... *86*

La cuestión de si el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" exige la compra o la utilización de productos de origen canadiense o procedentes de una fuente canadiense ... 87

La cuestión de si el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es necesario para obtener una ventaja ... 89

d) Conclusión con respecto a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 ... 91

C. LA CUESTIÓN DE SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS CONSTITUYEN SUBVENCIONES EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC ... 91

1. Introducción ... 91

2. La cuestión de si las medidas impugnadas constituyen una "contribución financiera" y/o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC ... 91

a) Argumentos de las partes ... 91

i) Japón ... 91

ii) Unión Europea ... 94

iii) Canadá ... 96

b) Argumentos de los terceros ... 98

i) Australia ... 98

ii) China ... 98

iii) El Salvador ... 98

iv) Unión Europea (en WT/DS412) ... 99

v) Japón (en WT/DS426) ... 99

vi) México ... 99

vii) Noruega ... 100

viii) Reino de la Arabia Saudita ... 100

Página

c) Evaluación realizada por el Grupo Especial 100
i) Introducción 100
ii) Caracterización fáctica de las medidas 101
Las bases legales del Programa TR y el mandato y las facultades del OPA 101
El contrato TR 102
El contrato microTR 107
Conclusión 109
El Programa TR 109
Los contratos TR y microTR 110
iii) Caracterización jurídica de las medidas 110
Las medidas impugnadas en cuanto contribuciones financieras 111
El OPA paga por "electricidad suministrada" 111
El Gobierno de Ontario toma posesión de la electricidad, y en consecuencia "compra" electricidad 112
Leyes, reglamentos y contratos 119
Conclusiones 119
Las medidas impugnadas como una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios. 121
3. Si las medidas impugnadas otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC 121
a) Argumentos de las partes 121
i) Japón 121
ii) Unión Europea 124
iii) Canadá 125
b) Argumentos de los terceros 127
i) Australia 127
ii) Brasil 127
iii) China 127
iv) Unión Europea (en WT/DS412) 128
v) Corea 128
vi) Reino de la Arabia Saudita 128
c) Evaluación realizada por el Grupo Especial 128
i) Introducción 128
ii) El criterio jurídico para determinar la existencia de "beneficio" 129
iii) El mercado mayorista de electricidad como centro pertinente del análisis del beneficio 131
Las características económicas de los mercados de electricidad y el problema de "la falta de dinero" 132

Página

La experiencia del mercado mayorista de electricidad de Ontario en 2002 136
El mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO 140
Mercados mayoristas de electricidad de fuera de Ontario 143
Conclusiones concernientes al mercado mayorista de electricidad como núcleo pertinente del análisis del beneficio 146
iv) Alternativas al mercado mayorista de electricidad como núcleo pertinente del análisis del beneficio 148
v) Conclusiones y observaciones finales sobre la existencia de beneficio 151
4. Conclusión global por lo que respecta a las alegaciones de existencia de subvención 155
VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 156
A. RECLAMACIÓN DEL JAPÓN (DS412) 157
1. Conclusiones 157
2. Recomendaciones 157
B. RECLAMACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA (DS426) 158
1. Conclusiones 158
2. Recomendaciones 158
IX. OPINIÓN DISIDENTE DE UN MIEMBRO DEL GRUPO ESPECIAL CON RESPECTO A SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS OTORGAN UN BENEFICIO EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC 159
A. INTRODUCCIÓN 159
B. EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD COMPETITIVO ES EL MEOLLO PERTINENTE DEL ANÁLISIS DEL BENEFICIO 160
C. LA CUESTIÓN DE SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS PROPORCIONAN UNA "REMUNERACIÓN SUPERIOR A LA ADECUADA" EN EL SENTIDO DEL APARTADO D) DEL ARTÍCULO 14 DEL ACUERDO SMC 161
D. LA CUESTIÓN DE SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS PERMITEN A LOS PRODUCTORES DE ENERGÍA SOLAR FV Y EÓLICA EMPRENDER OPERACIONES VIABLES Y EN CONSECUENCIA PARTICIPAR EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD 165

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A

PRIMERAS Y SEGUNDAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES, RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS, Y DECLARACIONES ORALES DE LAS PARTES EN LA PRIMERA Y SEGUNDA REUNIONES SUSTANTIVAS DEL GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo A-1	Resumen integrado del Japón	A-2
Anexo A-2	Resumen integrado de la Unión Europea	A-34
Anexo A-3	Resumen integrado del Canadá	A-63

ANEXO B

COMUNICACIONES ESCRITAS Y DECLARACIONES ORALES DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de Australia	B-2
Anexo B-2	Resumen integrado del Brasil	B-6
Anexo B-3	Resumen integrado de China	B-9
Anexo B-4	Resumen integrado de El Salvador	B-13
Anexo B-5	Resumen integrado de la Unión Europea (en WT/DS412)	B-15
Anexo B-6	Resumen integrado del Japón (en WT/DS426)	B-19
Anexo B-7	Resumen integrado de Corea	B-26
Anexo B-8	Resumen integrado de México	B-30
Anexo B-9	Declaración de Noruega en calidad de tercero	B-34
Anexo B-10	Resumen integrado del Reino de la Arabia Saudita	B-36
Anexo B-11	Resumen integrado de los Estados Unidos	B-40

ANEXO C

SOLICITUDES DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo C-1	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón	C-2
Anexo C-2	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea	C-6

ASUNTOS CITADOS EN LOS PRESENTES INFORMES

Título abreviado	Título completo y referencia
Canadá - Aeronaves	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
Canadá - Automóviles	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
Canadá - Productos lácteos	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adoptado el 27 de octubre de 1999
CE - Banano III	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
CE - Determinadas cuestiones aduaneras	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras*, WT/DS315/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS315/AB/R
CE - Hormonas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
CE - Salmón (Noruega)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medida antidumping sobre el salmón de piscifactoría procedente de Noruega*, WT/DS337/R, adoptado el 15 de enero de 2008, y Corr.1
CE - Sardinas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, adoptado el 1º de junio de 2011
China - Materias primas	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/AB/R/ WT/DS395/AB/R/WT/DS398/AB/R, adoptados el 22 de febrero de 2012
China - Partes de automóviles	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles*, WT/DS339/AB/R/WT/DS340/AB/R /WT/DS342/AB/R, adoptados el 12 de enero de 2009
Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Grupo Especial, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*)*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*)*, WT/DS267/R y Add.1 a 3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Atún II (México)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/R
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011
Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS379/AB/R
Estados Unidos - EPO	Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/R/WT/DS386/R, adoptados el 23 de julio de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/R/WT/DS386/AB/R
Estados Unidos - EVE	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000
Estados Unidos - EVE	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/R
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/RW
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
Estados Unidos - Gasolina	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS353/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Madera blanda IV	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
Estados Unidos - Madera blanda IV	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS257/AB/R
Estados Unidos - Reducción a cero (CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")*, WT/DS294/R, adoptado el 9 de mayo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS294/AB/R
India - Patentes (Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
Indonesia - Automóviles	Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y 4
Japón - Bebidas alcohólicas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
Japón - DRAM (Corea)	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea*, WT/DS336/AB/R y Corr.1, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)	Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/R, adoptado el 15 de julio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS371/AB/R

INFORMES DE GRUPOS ESPECIALES DEL GATT

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Cartografía por sonar	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Compra de un sistema de cartografía por sonar*, GPR.DS1/R, 23 de abril de 1992, no adoptado

CUADRO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LOS PRESENTES INFORMES

Abreviatura	Referencia completa
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Acuerdo sobre las MIC	Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
AG	ajuste global
CES	suministro de energía limpia
CHP	cogeneración de energía térmica y eléctrica
ECSTF	Grupo de Trabajo para la Conservación y el Suministro de Electricidad
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
TR	tarifas reguladas
FV	fotovoltaica
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
GWh	gigavatios hora
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
IPP	productores de energía independientes
kV	kilovoltios
kWh	kilovatios hora
MIC	medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio
MW	megavatios
NUG	productores sin vocación de servicio público
OEB	Comisión de la Energía de Ontario
OEFC	Ontario Electricity Financial Corporation
OPA	Organismo de Energía de Ontario
OPG	Ontario Power Generation
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PEM	precio de equilibrio de mercado
RES	suministro de energía renovable
RESOP	Programa de oferta normalizada de energía renovable
RPP	Plan de precios regulados

I. INTRODUCCIÓN

A. RECLAMACIONES DEL JAPÓN Y DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1 El 13 de septiembre de 2010, el Japón solicitó la celebración de consultas con el Canadá de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el "ESD"), el párrafo 1 del artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "GATT de 1994"), el artículo 8 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (el "Acuerdo sobre las MIC") y el párrafo 1 del artículo 4 y el artículo 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (el "Acuerdo SMC").[1] El 11 de agosto de 2011, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con el Canadá de conformidad con las mismas disposiciones arriba mencionadas.[2] En relación con ambas reclamaciones, las consultas se refirieron a determinadas medidas relativas a las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas (el "Programa TR"), establecido por la provincia canadiense de Ontario. Estas medidas eran las siguientes: i) la *Ley de electricidad de 1998*; ii) la *Ley sobre energía verde y economía verde de 2009*; iii) la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004*; iv) el *Reglamento de Ontario 578/05*; v) el Manual de mercado de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico (la "IESO"); vi) las Normas de mercado de la IESO; vii) la Directiva TR de 24 de septiembre de 2009 del Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructuras; viii) contratos TR y microTR individuales celebrados por el Organismo de Energía de Ontario (el "OPA"); ix) el Reglamento TR y el Reglamento microTR publicados por el OPA; x) los contratos TR y microTR publicados por el OPA; xi) el Formulario de solicitud TR y la solicitud microTR en línea publicados por el OPA; xii) las listas de precios TR y microTR publicadas por el OPA; xiii) el documento sobre interpretación de las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR; y xiv) cualesquiera modificaciones o ampliaciones de las medidas anteriores, así como cualesquiera medidas sustitutivas, de renovación y de aplicación o medidas conexas.[3]

1.2 Se celebraron consultas entre el Japón y el Canadá el 25 de octubre de 2010 y entre la Unión Europea y el Canadá el 7 de septiembre de 2011. Las consultas no permitieron resolver las diferencias.

1.3 El Japón y la Unión Europea solicitaron, respectivamente el 1º de junio de 2011 y el 9 de enero de 2012, el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD, el artículo XXIII del GATT de 1994, el artículo 8 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo 4 y el artículo 30 del Acuerdo SMC.[4]

B. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES

1.4 En sus reuniones de 20 de julio de 2011 y 20 de enero de 2012, el Órgano de Solución de Diferencias (el "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 ESD.

---

[1] WT/DS412/1.

[2] WT/DS426/1 y WT/DS426/1/Add.1.

[3] WT/DS412/1; WT/DS426/1 y WT/DS426/1/Add.1. En la solicitud de celebración de consultas formulada por el Japón no se hizo expresamente referencia al *Reglamento de Ontario 578/05*, el Manual de mercado de la IESO ni las Normas de mercado de la IESO. No obstante, estas medidas se incluyeron en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón (WT/DS412/5).

[4] WT/DS412/5 y WT/DS426/5.

1.5 Los mandatos para las respectivas diferencias son los siguientes:

> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por el Japón en el documento WT/DS412/5 y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.
>
> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por la Unión Europea en el documento WT/DS426/5 y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.

1.6 El 26 de septiembre de 2011, el Japón solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial en la diferencia WT/DS412, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD. El 6 de octubre de 2011, el Director General procedió a establecer la composición del Grupo Especial, que es la siguiente:

Presidente:	Sr. Thomas Cottier
Miembros:	Sr. Alexander Erwin
	Sr. Daniel Moulis

1.7 Con respecto a la diferencia WT/DS426, tras el acuerdo de las partes, el 23 de enero de 2012 se estableció la composición del Grupo Especial con las mismas personas. 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.[5]

1.8 Australia, el Brasil, China, Corea, El Salvador, los Estados Unidos, la India, México, Noruega, el Reino de la Arabia Saudita y el Taipei Chino se reservaron sus derechos a participar en calidad de terceros en las actuaciones del Grupo Especial en ambas diferencias. Además, Honduras y la Unión Europea se reservaron sus derechos a participar en calidad de terceros en la diferencia WT/DS412, y el Japón y Turquía se reservaron sus derechos a participar en calidad de terceros en las actuaciones del Grupo Especial en la diferencia WT/DS426.[6]

1.9 El Grupo Especial se reunió con las partes en las diferencias los días 27 y 28 de marzo de 2012 y 15 y 16 de mayo de 2012, y con los terceros el 28 de marzo de 2012. A solicitud de las partes, las reuniones del Grupo Especial con ellas estuvieron abiertas al público. También estuvo abierta al público una parte de la reunión del Grupo Especial con los terceros.

1.10 El Grupo Especial dio traslado de su informe provisional a las partes el 20 de septiembre de 2012, y les presentó su informe definitivo el 16 de noviembre de 2012.

C. AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCERO

1.11 A solicitud del Canadá, y según lo aceptaron el Japón y la Unión Europea, se concedieron a todos los terceros derechos de tercero ampliados. Los terceros en ambas diferencias tuvieron derecho a: i) asistir a la totalidad de todas las reuniones sustantivas entre las partes y el Grupo Especial; y ii) recibir ejemplares de las comunicaciones escritas presentadas por las partes antes de la distribución del informe provisional a éstas, incluidas las primeras comunicaciones escritas, las réplicas

[5] Para mayor comodidad del lector, los Grupos Especiales encargados de las diferencias WT/DS412 y WT/DS426 se denominan aquí colectivamente el "Grupo Especial".

[6] WT/DS412/6 y WT/DS426/6/Rev.1.

presentadas por escrito y las respuestas a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, en el momento en que se presentaron al Grupo Especial.[7]

D. ESCRITOS *AMICUS CURIAE*

1.12 El 14 de mayo de 2012, el Grupo Especial recibió un escrito *amicus curiae* no solicitado relativo a ambas diferencias de las siguientes organizaciones: Blue Green Canada; los Canadian Auto Workers (CAW); el Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (CEP); la Canadian Federation of Students (CFS); el Council of Canadians; el Canadian Union of Public Employees (CUPE); y el Ontario Public Service Employees Union (OPSEU). El 15 de mayo de 2012, el Grupo Especial encargado de la diferencia WT/DS412 recibió un segundo escrito *amicus curiae* no solicitado de las siguientes organizaciones: el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD); la Canadian Environmental Law Association (CELA); y Ecojustice Canada.

1.13 Durante la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, el Japón, la Unión Europea y el Canadá recordaron que el Grupo Especial posee la facultad discrecional de aceptar o rechazar los escritos *amicus curiae* no solicitados.[8] Posteriormente, y en consonancia con el enfoque adoptado por anteriores grupos especiales[9], el Grupo Especial informó a las partes de que únicamente tendría en cuenta los escritos en la medida en que las partes decidieran incorporarlos a sus propias comunicaciones. El Canadá informó al Grupo Especial de que no deseaba agregar ninguna observación sobre esta cuestión a las que ya había formulado en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, a saber, que el Grupo Especial tiene la facultad discrecional de aceptar o rechazar los escritos *amicus curiae* no solicitados. El Japón y la Unión Europea (los "reclamantes") comunicaron al Grupo Especial que no consideraban necesario incorporar a sus comunicaciones ninguna de las observaciones formuladas en los escritos *amicus curiae*. A la luz de las opiniones de las partes, el Grupo Especial no consideró necesario tener en cuenta los escritos en su análisis de las alegaciones y argumentos formulados en estas Diferencias.

E. RESOLUCIÓN PRELIMINAR SOBRE LOS MANDATOS DE LOS GRUPOS ESPECIALES

1.14 El 4 de noviembre de 2011, el Canadá presentó al Grupo Especial encargado de la diferencia WT/DS412 una solicitud de una resolución preliminar sobre la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón (WT/DS412/5) con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En particular, el Canadá adujo que las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo SMC que se describían en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón no proporcionaban una "breve exposición de los fundamentos de derecho" que fuera "suficiente para presentar el problema con claridad" y, por lo tanto, debían eliminarse del mandato del Grupo Especial.[10] El 17 de noviembre de 2011, el Japón respondió a la solicitud de una resolución preliminar formulada por el Canadá rechazando los argumentos de ese país. El 21 de noviembre de 2011, el Grupo Especial anunció a las partes que, sin perjuicio de las opiniones que el Grupo Especial pudiera formarse sobre la solicitud del Canadá a lo largo de las actuaciones, en ese momento no estaba convencido del fundamento de esa solicitud. El 14 de febrero de 2012, el Canadá presentó al Grupo Especial encargado de la diferencia WT/DS426 una solicitud de una resolución preliminar sobre la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la

[7] Procedimiento de trabajo del Grupo Especial, párrafos 14 y 18.

[8] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 108.

[9] Informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 2.10; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.2; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 2.5: *CE - Salmón (Noruega)*, párrafo 1.13; *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 1.7; y *Estados Unidos - Madera blanda IV*, nota 75.

[10] Solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá (DS412), párrafos 2 y 25; y primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 102-113.

Unión Europea (WT/DS426/5) con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD basándose esencialmente en los mismos argumentos utilizados para justificar su solicitud de una resolución preliminar en la diferencia WT/DS412.[11] El 21 de febrero de 2012, la Unión Europea respondió a la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá. El Grupo Especial anunció sus conclusiones sobre el fundamento de las solicitudes de resoluciones preliminares presentadas por el Canadá en la sesión inicial de la primera reunión sustantiva con las partes, celebrada el 27 de marzo de 2012. Posteriormente, el 11 de mayo de 2012, el Grupo Especial comunicó a las partes por escrito sus resoluciones preliminares. Después de celebrar consultas con las partes, el Grupo Especial decidió: a) distribuir sus resoluciones preliminares a todos los Miembros; y b) que las resoluciones preliminares distribuidas serían parte integrante de los informes definitivos del Grupo Especial, con sujeción a cualquier revisión que fuera necesaria a la luz de las observaciones recibidas de las partes durante el reexamen intermedio. Las resoluciones preliminares del Grupo Especial se distribuyeron el 25 de mayo de 2012 en los documentos WT/DS412/8 y WT/DS426/7.

II. ELEMENTOS DE HECHO

2.1 Estas diferencias se refieren a las prescripciones en materia de contenido nacional que llevan consigo los contratos TR y microTR concedidos en el marco del Programa TR establecido por la provincia canadiense de Ontario para determinados proyectos de producción de energía eléctrica eólica y solar fotovoltaica ("FV"). Los reclamantes impugnan la compatibilidad con las normas de la OMC de estas medidas concretas:

1) El Programa TR, como lo demuestran las medidas siguientes[12]:

   i. La *Ley de electricidad de 1998*, 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 leyes (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 leyes (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*;

[11] Carta del Canadá al Grupo Especial de 14 de febrero de 2012 (DS426); y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 48-50.

[12] WT/DS412/5 y WT/DS426/5.

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";

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 físicos");

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 (Definiciones);

vii. La Directiva TR de 24 de septiembre de 2009, dirigida por George Smitherman, Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructura, a Colin Andersen, Director Ejecutivo del Organismo de Energía de Ontario (OPA), por la que se encomienda a este Organismo que elabore un Programa TR e 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);

viii. Todas las versiones del Reglamento TR y el Reglamento microTR 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 normalizadas; y del Contrato microTR, incluidos los apéndices y la Oferta condicionada del contrato microTR, publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR;

x. Todas las versiones del Formulario de solicitud TR 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 TR y de la lista de precios microTR, publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR;

xii. Todas las versiones del documento sobre interpretación de las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR, publicadas por el OPA desde que se inició el Programa TR.

2) Los contratos TR individuales para fuentes de energía eólica o solar FV celebrados por el OPA desde que se inició el Programa TR; y

3) Los contratos microTR individuales para la fuente de energía solar FV celebrados por el OPA desde que se inició el Programa TR.

III. SOLICITUDES DE CONSTATACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

A. RECLAMANTES

1. Japón

3.1 El Japón solicita al Grupo Especial que constate que:

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) 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 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.

3.2 El Japón solicita que el Grupo Especial recomiende que el Canadá:

a) retire sin demora sus supuestas subvenciones prohibidas, según lo exige el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, eliminando 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; y

b) ponga 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.

3.3 El Japón solicita también que el Grupo Especial rechace la solicitud de resoluciones preliminares formulada por el Canadá con respecto a cualquier supuesto incumplimiento por el Japón del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

2. Unión Europea

3.4 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate que:

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 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.

3.5 La Unión Europea solicita que el Grupo Especial recomiende que el Canadá:

a) retire sus supuestas subvenciones prohibidas sin demora (y en ningún caso, después de 90 días), según lo exige el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC; y

b) ponga el Programa TR y los contratos conexos en conformidad con los acuerdos abarcados, según lo exige el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

3.6 La Unión Europea solicita también que el Grupo Especial rechace la solicitud de resoluciones preliminares formulada por el Canadá con respecto a cualquier supuesto incumplimiento por la Unión Europea del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

B. CANADÁ

3.7 El Canadá solicita que el Grupo Especial rechace las alegaciones de los reclamantes, constatando en cambio que el Canadá no ha actuado de manera incompatible 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 solicita también que el Grupo Especial constate, mediante una resolución preliminar, que no tiene competencia con respecto a las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo SMC o, subsidiariamente, que el Canadá no ha actuado de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.1 Los argumentos de las partes, expuestos en los resúmenes de las comunicaciones que éstas presentaron al Grupo Especial, se adjuntan a los presentes informes como anexos (véase la lista de anexos, página vi).

V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

5.1 Los argumentos de los terceros, expuestos en los resúmenes de las comunicaciones que éstos presentaron al Grupo Especial, se adjuntan a los presentes informes como anexos (véase la lista de anexos, página vi).[13]

[13] Australia, el Brasil, China, El Salvador, la Unión Europea (en la diferencia WT/DS412), el Japón (en la diferencia WT/DS426), Corea, los Estados Unidos, México, Noruega y el Reino de la Arabia Saudita presentaron comunicaciones escritas y/o pronunciaron declaraciones orales en la reunión del Grupo Especial con los terceros.

VI. REEXAMEN INTERMEDIO

A. INTRODUCCIÓN

6.1 El 20 de septiembre de 2012 se dio traslado a las partes de los informes provisionales sobre estas diferencias. El 4 de octubre de 2012 las partes presentaron por escrito peticiones de reexamen de aspectos concretos de los informes provisionales. El 17 de octubre de 2012 las partes presentaron observaciones escritas sobre las peticiones de reexamen formuladas por escrito. Ninguna de las partes solicitó una nueva reunión con el Grupo Especial.

6.2 La respuesta del Grupo Especial a las cuestiones de carácter sustantivo que han planteado las partes en sus peticiones y observaciones sobre los informes provisionales se expone a continuación siguiendo la organización de los propios informes, y las respectivas peticiones de reexamen formuladas por las partes, así como sus observaciones, se examinan consecutivamente. Debido a los cambios introducidos como consecuencia de nuestro reexamen, la numeración de los párrafos y notas de los informes definitivos ha variado respecto de la de los informes provisionales. En el texto que sigue se citan los números de párrafos y de notas de los informes provisionales y se indica entre paréntesis (en caso de que sea distinto) el correspondiente número de párrafo o de nota de los informes definitivos con objeto de facilitar su consulta.

6.3 Además de los cambios introducidos como consecuencia de las peticiones de reexamen intermedio que se analizan seguidamente, hemos corregido varios errores tipográficos y hemos introducido otros cambios no sustantivos (inclusive en relación con las descripciones erróneas de los hechos y argumentos identificadas por las partes) en distintas partes de los informes definitivos.

B. SOLICITUDES DE MODIFICACIONES DE LOS INFORMES PROVISIONALES PRESENTADAS POR LAS PARTES Y EVALUACIÓN REALIZADA POR LOS GRUPOS ESPECIALES

1. Párrafo 2.1

6.4 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que añada una nota la primera vez que se cita el "Programa TR" en el párrafo 2.1 para aclarar que las referencias a este Programa incluyen también el "Programa microTR". El Canadá no ha formulado observaciones sobre esta solicitud.

6.5 El Grupo Especial ha decidido no aceptar la solicitud de la Unión Europea. El párrafo 2.1 refleja las solicitudes de establecimiento de un grupo especial presentadas por el Japón y la Unión Europea y en ellas no se hizo referencia a un "Programa microTR". Además, del párrafo 2.1 se desprende con claridad que los contratos TR y microTR se conceden en el marco del Programa TR.

2. Párrafo 7.8

6.6 El Japón solicita al Grupo Especial que haga constar en el párrafo 7.8 las resoluciones preliminares que fueron distribuidas el 25 de mayo de 2012 con las signaturas WT/DS412/8 y WT/DS426/7, con el fin de reforzar la claridad de dichas resoluciones. El Canadá no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Japón.

6.7 Estimamos que no es necesario incorporar la parte principal de nuestras resoluciones preliminares en los informes definitivos. El párrafo 7.8 ya incluye una referencia a los documentos WT/DS412/8 y WT/DS426/7, en los que se expusieron plenamente y se distribuyeron las resoluciones preliminares. No obstante, en aras de la claridad, hemos añadido una frase al párrafo 7.8 en la que se resumen nuestras conclusiones de las resoluciones preliminares.

3. Párrafos 7.9, 7.64, 7.124, 7.165, 7.166, 7.216 y 7.322 a 7.324

6.8 El Japón y la Unión Europea solicitan al Grupo Especial que suprima la expresión "de pequeña escala" de la primera frase del párrafo 7.9 y de los párrafos 7.64, 7.124, 7.165, 7.166, 7.216 y 7.322 a 7.324, porque aducen que el Programa TR y el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" no se aplican exclusivamente a las instalaciones de "pequeña escala" de energía solar FV y eólica. Los reclamantes recuerdan que no hay capacidad máxima para los proyectos de energía eólica y afirman que sería incorrecto calificar los proyectos de energía solar FV como de "pequeña escala" puesto que la capacidad máxima de estos proyectos es de 10 MW. El Canadá no ha formulado observaciones sobre esta solicitud.

6.9 Hemos decidido aceptar las peticiones de los solicitantes y en consecuencia hemos introducidos varios ajustes en los párrafos pertinentes.

4. Párrafos 7.11 a 7.13 y 7.32

6.10 El Japón solicita al Grupo Especial que revise los hechos enunciados en los párrafos 7.11 a 7.13 y 7.32. Sostiene que se deben eliminar de los informes los adjetivos "gran" y "vasta", que figuran respectivamente en las frases segunda y sexta y en la frase séptima del párrafo 7.11 ya que son muy subjetivos, no se basan en el expediente y no describen con exactitud el tipo o tamaño de un sistema o estructura necesario para mantener sistemas de electricidad. Además, el Japón solicita varios cambios en los párrafos 7.11 a 7.13 y 7.32 ya que es evidente que no todos los consumidores de electricidad la obtienen a través de los sistemas que describe el Grupo Especial. El Canadá sostiene que se deben rechazar estas solicitudes porque la inclusión de los adjetivos en cuestión para describir aspectos de los sistemas de electricidad está ampliamente respaldada por el expediente.[14]

6.11 El Grupo Especial ha reflexionado sobre la terminología utilizada en los párrafos 7.11 a 7.13 y 7.32 y, cuando lo ha considerado oportuno, ha introducido algunos ajustes teniendo en cuenta las solicitudes del Japón y las observaciones del Canadá.

5. Párrafo 7.12

6.12 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que añada una nota a la segunda frase del párrafo 7.12 mencionando el hecho de que, en el caso concreto de Ontario, las Normas de mercado de la IESO prevén la posibilidad de celebrar contratos bilaterales de suministro de electricidad, en determinadas condiciones (capítulo 8 de las Normas de mercado). El Canadá considera que la solicitud de la Unión Europea es innecesaria, indicando que la declaración del Grupo Especial está matizada por la expresión "por lo general" y, como tal, significa que evidentemente no se pretendía que fuera exhaustiva. Además, el Canadá sostiene que aunque la interpretación de la Unión Europea de las Normas de mercado de la IESO es correcta, en el expediente no hay pruebas de que existan tales contratos.

6.13 El Grupo Especial ha decidido no aceptar la solicitud de la Unión Europea. Como indica el Canadá, la segunda frase del párrafo 7.12 está matizada por la expresión "por lo general". Por consiguiente, esta frase no pretende incluir la posibilidad mencionada en el capítulo 8 de las Normas de mercado de la IESO.

[14] El Canadá se refiere a las solicitudes de la Unión Europea. Sin embargo, entendemos que el Canadá quería referirse a las solicitudes del Japón.

6. Párrafo 7.21

6.14 El Canadá solicita al Grupo Especial que cambie la palabra "reconocida" por "establecida" en la tercera frase del párrafo 7.21. La Unión Europea sostiene que se debe rechazar esta solicitud, aduciendo que el Canadá no la ha justificado basándose en ninguna prueba que esté a disposición del Grupo Especial. El Japón no ha formulado ninguna observación sobre la solicitud del Canadá. El Grupo Especial ha decidido no satisfacer la solicitud del Canadá. En el párrafo 7.21 se cita el Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 5, y el Grupo Especial ha utilizado el mismo término ("reconocida") que figura en ese texto.

7. Párrafo 7.22

6.15 El Japón solicita al Grupo Especial que revise el párrafo 7.22 para aclarar los hechos que en él se indican y para añadir una frase al final indicando que la OEB fue designada organismo regulador del nuevo mercado de electricidad. El Canadá no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Japón. El Grupo Especial ha decidido satisfacer la mayoría de las solicitudes del Japón y ha efectuado los ajustes solicitados, aunque no en la forma exacta propuesta por el Japón.

8. Párrafos 7.23, 7.24 y 7.285 a 7.292

6.16 La Unión Europea alega que las descripciones que figuran en los párrafos 7.23, 7.24 y 7.285 a 7.292 no reflejan hechos no controvertidos, en particular respecto de la cuestión de si "el mercado mayorista competitivo de electricidad de Ontario" comenzó y terminó en 2002. En caso de que el Grupo Especial considere que estos párrafos exponen sus constataciones de hecho sobre la naturaleza y el funcionamiento del mercado mayorista de Ontario antes y después de noviembre de 2002, la Unión Europea le pide que identifique los cambios cualitativos específicos que tuvieron lugar en ese momento concreto.

6.17 El Canadá sostiene que el Grupo Especial debe rechazar la solicitud de la Unión Europea. Señala que el Grupo Especial, en los párrafos 7.23, 7.24 y 7.285 a 7.292, se ha basado detenidamente en pruebas obrantes en el expediente para respaldar sus constataciones de hecho. Además, el Canadá recuerda que el Grupo Especial ya ha expuesto en los párrafos 7.285 a 7.292 los cambios cualitativos específicos que tuvieron lugar después de noviembre de 2002, y que la Unión Europea aparentemente ha estado de acuerdo en que el mecanismo de mercado actual de la IESO tal vez no sea el clásico mercado competitivo en el que la oferta y la demanda coinciden, como se describe en el párrafo 7.294 de los informes provisionales.

6.18 En los párrafos 7.23 y 7.24 se describe brevemente la experiencia de Ontario con el mercado mayorista competitivo que comenzó en 2002. A nuestro modo de ver, las partes no han refutado nada de lo que se dice en estos párrafos. En ese sentido, observamos que la Unión Europea no ha negado que haya afirmado que el mercado que funcionaba en Ontario en 2002 era competitivo. Tampoco ha negado que el Gobierno de Ontario puso fin al funcionamiento de este mercado después de un período de precios relativamente altos. La Unión Europea tampoco ha negado que *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* fue una respuesta a la fallida experiencia de apertura del mercado en 2002. Por consiguiente, no vemos ninguna razón para modificar los párrafos 7.23 y 7.24.

6.19 En los párrafos 7.285 a 7.291 se hace una descripción más detallada de los acontecimientos que tuvieron lugar en torno a la experiencia de apertura del mercado competitivo de Ontario en 2002, sobre la base de varios elementos de prueba a los que se hace referencia en este pasaje. En el párrafo 7.292 se explica la conclusión del Grupo Especial de que las pruebas demuestran que la experiencia de apertura de un mercado competitivo no atrajo inversiones suficientes en la producción de electricidad en Ontario. Además, observamos que en los párrafos 7.293 a 7.298 se describe y

evalúa la naturaleza del mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO que sustituyó al mercado competitivo de 2002, tomando como base los argumentos de las partes y las pruebas presentadas. En estos párrafos el Grupo Especial llega a la conclusión de que el mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO origina el HOEP, que el Grupo Especial considera que no se puede utilizar como una referencia adecuada de cuál sería el precio de la electricidad en Ontario en un mercado mayorista de electricidad competitivo. A nuestro juicio, las descripciones y constataciones fácticas que se hacen en estos pasajes son suficientemente claras y contienen referencias suficientes a los elementos de prueba pertinentes. Por lo tanto, tampoco en este caso vemos ninguna razón para aceptar los cambios solicitados por la Unión Europea en los párrafos 7.285 a 7.292.

9. Párrafo 7.24

6.20 El Japón solicita al Grupo Especial que revise la segunda frase del párrafo 7.24 para aclarar la descripción de las reformas introducidas por la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004*. En concreto, solicita que se sustituya la expresión "*responsibility for*" por "*engaging in*" (participar en). El Canadá sostiene que el Grupo Especial debe rechazar la solicitud del Japón. La descripción del Grupo Especial se basa en el artículo 25.2(1) de la *Ley de electricidad de 1998*, modificada por la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004*, y es compatible con esa disposición. Según el Canadá, este artículo demuestra que el OPA hace algo más que "participar en" en la planificación general a largo plazo del sistema.

6.21 Consideramos que la redacción de la segunda frase del párrafo 7.24 es adecuada teniendo en cuenta los hechos que se nos han presentado, como lo demuestra el expediente. Por lo tanto no hemos aceptado las modificaciones solicitadas por el Japón.

10. Párrafo 7.25

6.22 El Japón solicita que se suprima de los informes la segunda frase del párrafo 7.25 porque es vaga y no está respaldada por el expediente del Grupo Especial. El Canadá sostiene que el Grupo Especial debe rechazar la solicitud del Japón. Señala que el Japón no indica en qué aspecto concreto esta frase es supuestamente "vaga y no está respaldada por el expediente". En todo caso, el Canadá sostiene que cada aspecto de la segunda frase del párrafo 7.25 es específico y está ampliamente respaldado por el expediente.

6.23 El párrafo 7.25 sigue la descripción que figura en los párrafos 7.21 a 7.24 del sistema eléctrico de propiedad y gestión esencialmente públicas que existía en Ontario desde 1906 hasta 2002 y de la experiencia de Ontario con un mercado mayorista liberalizado en 2002. El párrafo 7.25 es una introducción a la sección VII.A.4 c) iii) de las constataciones del Grupo Especial, que describe el *actual* sistema "híbrido" de Ontario y debe leerse teniendo en cuenta esos párrafos anteriores. Su propósito es resaltar el hecho de que el sistema eléctrico de Ontario se sigue caracterizando actualmente por un elevado grado de intervención pública. La función del Gobierno de Ontario en la producción, transmisión, distribución y regulación se describe en los párrafos siguientes al párrafo 7.25. En consecuencia, no consideramos que el párrafo 7.25 sea vago y no esté respaldado por los hechos que constan en el expediente. Por lo tanto no hemos aceptado las modificaciones solicitadas por el Japón.

11. Párrafo 7.28

6.24 El Canadá propone que el Grupo Especial modifique como sigue la segunda frase del párrafo 7.28: "De ellos, los IPP, que producen alrededor del 40% del suministro de electricidad de Ontario, reciben precios ... incluidos: contratos con los NUG; contratos con Bruce Power; los

contratos de suministro de energía limpia ("CES") para el gas natural ...". Ni el Japón ni la Unión Europea han formulado observaciones sobre la solicitud del Canadá.

6.25 A nuestro entender, el Canadá solicita al Grupo Especial que modifique el párrafo 7.28 de tal manera que explique que los precios de la electricidad producida por los IPP se fijan en el marco de iniciativas y contratos del OPA que incluyen contratos con los NUG y contratos con Bruce Power. Sin embargo, el Canadá no ha explicado cómo se fijan los precios para los IPP en el marco de los contratos con los NUG o con Bruce Power. Tampoco ha indicado ninguna fuente fáctica para respaldar el cambio que solicita. Por consiguiente no hemos aceptado las modificaciones solicitadas por el Canadá.

12. Párrafos 7.29 y 7.202

6.26 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que incluya notas en los párrafos 7.29 y 7.202 para dejar constancia del hecho de que la Unión Europea ha aducido que la supuesta tasa de rentabilidad del capital del 11% es un concepto abstracto que no se corresponde con la tasas de rentabilidad efectivas de los proyectos individuales. Además, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que modifique el párrafo 7.202 para aclarar que la cuestión de si el Programa TR se interpreta de tal manera que abarca los costos de producción más una tasa de rentabilidad razonable de las inversiones es una cuestión controvertida.

6.27 El Canadá se opone a las solicitudes de la Unión Europea, recordando que en el pasaje pertinente de los informes provisionales se utilizan términos prácticamente idénticos a los que figuran en las pruebas documentales en que se basa. Además, observa que el párrafo 7.29 figura en la sección de antecedentes de hecho del Grupo Especial y no en su resumen de los argumentos de las partes. Además, según el Canadá, el argumento específico al que se refiere la Unión Europea no aborda la cuestión de si la tasa de rentabilidad fue del 11%. La Unión Europea parece más bien que está planteando argumentos acerca de si un determinado productor puede realmente lograr esa rentabilidad del capital. Por último, el Canadá sostiene que en el párrafo 7.258 de los informes provisionales se resume adecuadamente el argumento de la Unión Europea de que la tasa de rentabilidad del capital del 11% es un concepto abstracto y, por consiguiente, según el Canadá, no es preciso añadir las notas solicitadas por la Unión Europea.

6.28 Hemos modificado el párrafo 7.29 para reflejar con más exactitud los hechos que guardan relación con la tasa de rentabilidad del 11% utilizada por el OPA para determinar los precios TR. Sin embargo, no hemos aceptado las demás solicitudes de la Unión Europea porque, como señala el Canadá, la afirmación fáctica que se hace en la frase que según sostiene la Unión Europea debe modificarse se basa en pruebas obrantes en el expediente citadas en la nota 372 (ahora nota 392) que figura en el párrafo 7.202. Esta información dice expresamente que los "precios de la lista de precios [TR] están destinados a cubrir los costos de desarrollo más una tasa de rendimiento razonable para los proyectos que satisfacen supuestos específicos relativos a costos y eficiencia". Los términos que se utilizan en el párrafo 7.202 repiten este texto casi literalmente. Por otra parte, hemos decidido añadir en el párrafo 7.325 de los informes una referencia a los argumentos de la Unión Europea relativos al carácter supuestamente "abstracto" de la tasa de rentabilidad del 11% utilizada para determinar la lista de precios TR. También hemos decidido añadir en la nota 374 (ahora nota 394) una referencia a la diapositiva 30 de la Prueba documental 46 presentada por el Canadá. Esta Prueba documental pone claramente de manifiesto que en el modelo de flujo de caja actualizado aplicado para determinar la lista de precios TR se incluyó una tasa de rentabilidad del capital después de deducidos los impuestos del 11%.

13. Párrafo 7.30

6.29 La Unión Europea solicita que se elimine la abreviatura "FV" de la segunda frase del párrafo 7.30. También solicita al Grupo Especial que añada las cifras pertinentes relativas a los proyectos con participación aborigen y comunitaria para que el párrafo 7.30 sea totalmente exacto en lo que concierne a los precios TR. El Canadá no ha formulado ninguna observación sobre esta solicitud. El Grupo Especial ha suprimido la abreviatura "FV" del párrafo 7.30. Sin embargo, no consideramos necesario añadir ninguna información en este párrafo sobre los proyectos con participación aborigen o comunitaria dado que esa información ya figura en el párrafo 7.202.

14. Párrafo 7.31

6.30 La Unión Europea sostiene que la tercera frase del párrafo 7.31 debe empezar diciendo "El Canadá no ha facilitado los precios exactos de estos contratos", en lugar de "[a]unque los precios exactos de esos contratos no están a disposición del público", dado que la información existe y está a disposición de las autoridades canadienses. La Unión Europea afirma que, pese a varias preguntas que hizo el Grupo Especial, el Canadá no ha facilitado la información pertinente. Subsidiariamente, solicita al Grupo Especial que refleje en una nota el hecho de que el Canadá no facilitó esos precios exactos en el curso del procedimiento, ni siquiera a petición del Grupo Especial.

6.31 El Canadá solicita al Grupo Especial que rechace la solicitud de la Unión Europea. Observa que las tarifas exactas de la electricidad están sujetas a los intereses comerciales y de confidencialidad de la otra parte en los contratos con los NUG en cuestión. Sin embargo, el Canadá ha facilitado al Grupo Especial la tarifa media de los contratos con los NUG y la Unión Europea no explica por qué razón esta tarifa media es una prueba insuficiente de las tarifas que los NUG obtienen de vender electricidad a la OEFC.

6.32 El Grupo Especial ha reflexionado sobre la redacción de la tercera frase del párrafo 7.31 y considera que es adecuada a la luz del expediente. Por consiguiente, hemos rechazado la solicitud de la Unión Europea.

15. Párrafo 7.46

6.33 El Canadá afirma que aunque es verdad que determinados consumidores de electricidad son capaces de variar su consumo de electricidad, eso sucede solamente en el caso de un número muy reducido de consumidores. Por consiguiente, el Canadá solicita al Grupo Especial que añada el texto siguiente después de la primera frase del párrafo 7.46: "El número de consumidores que son capaces de variar con facilidad su consumo de electricidad es muy pequeño".

6.34 Los reclamantes solicitan al Grupo Especial que rechace la solicitud del Canadá. El Japón discrepa de las observaciones del Canadá de que solamente un número muy pequeño de consumidores pueden variar su consumo de electricidad. Se remite al Plan energético a largo plazo de Ontario, en el que se prevé que todos los tipos de consumidores pueden variar su consumo mediante programas innovadores de conservación o respuesta a la demanda.[15] La Unión Europea considera que la referencia a un "número muy pequeño" es vaga. Por último, los reclamantes indican que el Canadá no ha justificado sus solicitudes basándose en alguna prueba que esté a disposición del Grupo Especial.

6.35 Observamos que el Canadá no impugna la exactitud de lo que se describe en el párrafo 7.46, sino que solicita que se amplíe la descripción fáctica para dar más detalles de la supuesta naturaleza

[15] Gobierno de Ontario, Ontario's Long-Term Energy Plan (Plan energético a largo plazo de Ontario), 2010, Canadá - Prueba documental 6, página 40.

de los consumidores de electricidad en Ontario. No consideramos necesario introducir ese cambio y por tanto hemos rechazado la solicitud del Canadá.

16. Párrafo 7.50

6.36 El Canadá solicita al Grupo Especial que, para mayor exactitud, sustituya la expresión "la mayor parte" por "casi la mayor parte" en la cuarta frase del párrafo 7.50. Los reclamantes indican que el Canadá no ha justificado su solicitud basándose en alguna prueba que esté a disposición del Grupo Especial y piden a éste que rechace esa solicitud. Aunque reconocemos la diferencia cualitativa que hay entre utilizar las palabras "la mayor parte" y "casi la mayor parte", no creemos que la elección de estas palabras en el contexto del párrafo 7.50 tenga ninguna influencia en la pertinencia de la descripción del sistema de cúmulos de la IESO que se describe en esta parte de los informes. Además, observamos que el Canadá no ha justificado su solicitud basándose en pruebas obrantes en el expediente de las presentes actuaciones. En consecuencia, no hemos hecho la modificación solicitada del párrafo 7.50.

17. Párrafo 7.54

6.37 El Japón solicita al Grupo Especial que suprima los términos "tarifa de mercado" en la primera frase del párrafo 7.54 para que esté en consonancia con el texto utilizado en el párrafo 7.53. El Canadá no ha formulado ninguna observación sobre la solicitud del Japón. No consideramos necesario introducir el cambio solicitado ya que los términos "tarifa de mercado" van seguidos inmediatamente por "(es decir, el PEM/HOEP)". Por lo tanto no hemos aceptado la solicitud del Japón.

18. Párrafo 7.55

6.38 El Canadá propone al Grupo Especial que sustituya la expresión "un cargo para los productores" por "un crédito para los consumidores" en la segunda frase del párrafo 7.55 porque, según el Canadá, el AG siempre es un cargo o un pago para el consumidor según las fluctuaciones del HOEP. El Canadá sostiene que los productores siempre recibirán sus tarifas contractuales o reguladas -o en el caso de los activos no regulados de la OPG, el HOEP- con independencia de las fluctuaciones del HOEP/AG. Por último, el Canadá señala que en la Prueba documental 1 del Japón, a la que se hace referencia al final de la segunda frase, no se utiliza esa expresión.

6.39 El Japón sostiene que el Canadá no presenta para su afirmación ningún fundamento que conste en el expediente, y que estaría justificado que el Grupo Especial utilizara cualquiera de las frases porque el AG es tanto un cargo para los productores como un crédito para los consumidores. Señala que cuando el contrato con el OPA es un contrato por las diferencias -por ejemplo, contratos para instalaciones alimentadas por gas- y el precio contractual es inferior al HOEP, al productor se le "carga" la diferencia, reduciendo por tanto el AG y dando lugar a un crédito para los consumidores. En caso de que el Grupo Especial acepte la modificación propuesta por el Canadá, el Japón solicita al Grupo Especial que cite pruebas obrantes en el expediente para respaldar esa modificación. La Unión Europea no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Canadá.

6.40 Hemos decidido modificar el párrafo 7.55 para reflejar el hecho de que, como han subrayado el Canadá y el Japón, el AG puede ser tanto un cargo para los productores como un crédito para los consumidores, y viceversa, según cuál sea el nivel del HOEP.

19. Párrafo 7.56

6.41 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que aclare que el AG no se percibe de todos los consumidores de acuerdo con el mismo método, contrariamente a lo que la Unión Europea afirma que indica la primera frase del párrafo 7.56. El Canadá sostiene que la solicitud de la Unión Europea es innecesaria y aduce que la declaración del Grupo Especial es cierta ya que el AG se asigna a *todos* los consumidores en proporción a la electricidad que consumen. No obstante, el Canadá propone el texto que considera que podría incluirse antes de la última frase del párrafo 7.56 para responder a la preocupación de la Unión Europea.

6.42 El Grupo Especial ha decidido atender la solicitud de la Unión Europea y ha hecho los ajustes adecuados basándose en el texto propuesto por el Canadá.

20. Párrafo 7.57

6.43 El Canadá solicita al Grupo Especial que modifique la primera frase del párrafo 7.57, para que sea más exacto, de modo que diga lo siguiente: "Los precios pagados por los consumidores minoristas se determinan por lo general añadiendo al precio al por mayor (es decir, el total del PEM/HOEP), el AG, otros derechos y cargas y un cargo adicional de distribución para cubrir el costo del suministro de electricidad al consumidor".

6.44 El Japón solicita al Grupo Especial que rechace la solicitud del Canadá. Observa que el precio al por mayor está constituido no solamente por el PEM/HOEP, sino también por el AG y otros derechos y cargas. Indica también que el Canadá no explica por qué razón sería necesario que el Grupo Especial singularizara los cargos de distribución como propone el Canadá.

6.45 El Grupo Especial ha modificado el párrafo 7.57 para aclarar la primera frase.

21. Párrafo 7.70

6.46 El Japón solicita al Grupo Especial que explique en el párrafo 7.70 sus razones para concluir que el Acuerdo sobre las MIC es el Acuerdo de la OMC que se ocupa más directa y específicamente y de forma detallada del Programa TR. Le pide también que exponga sus razones para rechazar los argumentos de los reclamantes de que la alegación presentada al amparo del Acuerdo SMC se debe examinar en primer lugar en el orden del análisis del Grupo Especial de sus reclamaciones. El Canadá no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Japón.

6.47 En respuesta a las solicitudes del Japón, señalamos que en el párrafo 7.70 ya se indica: i) que los reclamantes afirman (y el Canadá no ha negado) que las medidas impugnadas son MIC; y ii) que, a juicio del Grupo Especial, esto indica que es el Acuerdo sobre las MIC el que se ocupa más directa y específicamente y de forma detallada de las medidas impugnadas. El Grupo Especial considera por tanto que sus razones para decidir empezar su evaluación de las alegaciones de los reclamantes por las formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC (en contraposición a las formuladas al amparo del Acuerdo SMC) están suficientemente claras. Por consiguiente, no hemos aceptado las modificaciones solicitadas por el Japón.

22. Párrafo 7.73

6.48 El Japón solicita al Grupo Especial que incluya la frase "antes de referirse a sus alegaciones al amparo del Acuerdo sobre las MIC" después de "El Japón aduce también" al principio de la primera frase del párrafo 7.73, para aclarar que el Japón considera que la alegación que formula al amparo del GATT de 1994 es la alegación principal en comparación con la que formula al amparo del

Acuerdo sobre las MIC. El Japón solicita también que los términos "interior" y "venta" se indiquen por separado entre comillas para reflejar con exactitud sus argumentos. El Canadá no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Japón.

6.49 Hemos resumido los argumentos de las partes siguiendo el orden del análisis adoptado en los informes. Por consiguiente, no consideramos necesario la inclusión de la frase que solicita el Japón. No hay nada en el párrafo 7.73 que indique que la alegación del Japón fundada en el GATT de 1994 se presentara como una alegación subsidiaria a la formulada al amparo del Acuerdo sobre las MIC. Además, a nuestro juicio la inclusión del texto que el Japón ha solicitado que se añada al párrafo 7.73 no abordaría la relación entre las alegaciones que ha formulado al amparo del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre las MIC. En cuanto al segundo cambio solicitado por el Japón, el Grupo Especial ha hecho el ajuste correspondiente.

23. Párrafo 7.78

6.50 La Unión Europea pide al Grupo Especial que incluya la frase "en conjunción con el párrafo 1 a) de su Anexo" después de la frase "el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC", y que modifique ligeramente el texto del párrafo 7.78 para reflejar mejor las alegaciones de la Unión Europea, tal y como están resumidas en el párrafo 3.4 de los informes provisionales. El Canadá no ha formulado ninguna observación sobre la solicitud de la Unión Europea.

6.51 El Grupo Especial ha introducido un cambio en el párrafo 7.78, aunque no en la forma exacta propuesta por la Unión Europea.

24. Párrafo 7.120

6.52 La Unión Europea pide al Grupo Especial que incluya una serie de frases en el párrafo 7.120 para reflejar mejor los argumentos de la Unión Europea. El Canadá considera que la solicitud de la Unión Europea es innecesaria ya que en los informes provisionales constan con exactitud las comunicaciones de la Unión Europea. En caso de que el Grupo Especial acepte las adiciones solicitadas por la Unión Europea, el Canadá le pide que examine también su argumento de que la interpretación de la Unión Europea es incompatible con los textos del Acuerdo sobre las MIC y del párrafo 2 del artículo XI del GATT de 1994.

6.53 Hemos modificado el texto del párrafo 7.120 (y en consecuencia también del párrafo 7.80) para reflejar con más exactitud el argumento de la Unión Europea, aunque no en la forma exacta que ha propuesto. Habida cuenta de que hemos rechazado el argumento de la Unión Europea, no consideramos que para solucionar las diferencias sea necesario examinar el argumento del Canadá relativo al párrafo 2 del artículo XI del GATT de 1994. Por lo tanto no hemos introducido ningún cambio en el párrafo 7.120 en respuesta a la observación y la solicitud del Canadá.

25. Párrafo 7.124

6.54 El Canadá coincide con la conclusión del Grupo Especial de que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es una "prescripción[ ] que ri[ge]" la adquisición de electricidad a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Canadá solicita al Grupo Especial que concluya también que el artículo 25.35 de la *Ley de electricidad de 1998*, la Directiva Ministerial y los Reglamentos y contratos TR y microTR son leyes y prescripciones que rigen la adquisición de electricidad a efectos del párrafo 8 a) del artículo III.

6.55 La Unión Europea no considera adecuada la solicitud del Canadá puesto que esta sección de los informes provisionales se refiere a la interpretación de la cuestión por el Grupo Especial. Observa

que los argumentos del Canadá están bien recogidos en el párrafo 7.88 de los informes provisionales y, por tanto, no es necesario que el Grupo Especial se refiera aquí a esos argumentos.

6.56 Como señala la Unión Europea, los argumentos del Canadá relativos a esta cuestión están resumidos en el párrafo 7.88 de los informes provisionales. Además, el párrafo 7.124, y nuestras constataciones en general sobre este aspecto, se centran únicamente en la cuestión de si el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es una "prescripción[ ]" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente, no creemos que sea necesario introducir los cambios solicitados.

26. Párrafo 7.125

6.57 La Unión Europea solicita: i) algunos cambios de menor importancia en el texto de la quinta frase del párrafo 7.125; y ii) que el Grupo Especial incluya una nueva frase al final para reflejar mejor el argumento de la Unión Europea. El Canadá no considera que estas modificaciones sean necesarias porque en los informes provisionales se indican con precisión los argumentos de la Unión Europea. En caso de que el Grupo Especial acepte las modificaciones solicitadas por la Unión Europea, el Canadá le pide que examine también su argumento de que la interpretación de la Unión Europea es incompatible con el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre Contratación Pública.

6.58 El Grupo Especial ha decidido atender parcialmente la solicitud de la Unión Europea y ha introducido las modificaciones de pequeña importancia solicitadas en el texto de la quinta frase del párrafo 7.125. Como el argumento de la Unión Europea ya se describía con exactitud en las frases segunda, tercera y cuarta, el Grupo Especial ha decidido no incluir la nueva frase propuesta por la Unión Europea. En cuanto a las observaciones y la solicitud del Canadá, recordamos que en los párrafos siguientes hemos explicado la dificultad que nos plantea aceptar la interpretación de la Unión Europea y hemos expuesto nuestra conclusión de que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" debe caracterizarse debidamente como una de las "prescripciones que rigen" la supuesta adquisición de electricidad a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente, para resolver las diferencias que se nos han sometido no es necesario que examinemos el argumento del Canadá relativo al Acuerdo sobre Contratación Pública. No hemos introducido ningún cambio en este párrafo en respuesta a las observaciones y la solicitud del Canadá.

27. Párrafo 7.134

6.59 El Japón solicita al Grupo Especial que explique por qué el hecho de que el informe del Grupo Especial del GATT sobre el asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar* no fuera adoptado reduce la pertinencia de las constataciones de dicho Grupo Especial, habida cuenta de la interpretación del Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas II* de que "un grupo especial podía encontrar útiles orientaciones en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuera pertinente al asunto que examinaba".[16] También solicita al Grupo Especial que explique los hechos concretos de este asunto que le han llevado a concluir que el razonamiento seguido en el informe no adoptado del Grupo Especial del GATT sobre el asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar* no es pertinente.

6.60 El Canadá no considera que haya que complementar los informes en respuesta a la solicitud del Japón. Recuerda que en *Japón - Bebidas alcohólicas II* el Órgano de Apelación dijo simplemente que el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial podría ser útil si fuera pertinente. El Canadá insiste en que el Grupo Especial encargado de las presentes diferencias explicó

[16] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 18.

ampliamente por qué el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar* no ofrecía orientaciones pertinentes para las presentes diferencias.

6.61 En el párrafo 7.134 se exponen varias características de los hechos y la legislación en litigio en la diferencia *Estados Unidos - Cartografía por sonar* que, a nuestro juicio, reducen considerablemente su pertinencia en las presentes diferencias. Por lo tanto, consideramos que en este párrafo se explica suficientemente por qué no nos resultaron convincentes las referencias el Japón a este Grupo Especial del GATT. Además, en la última frase simplemente hemos señalado "que el informe del Grupo Especial del GATT no fue adoptado". Como esta frase no es estrictamente necesaria para nuestro razonamiento, la hemos eliminado.

28. Párrafo 7.138

6.62 El Japón solicita al Grupo Especial que revise este párrafo y propone varios cambios. Explica que su argumento relativo a la interpretación de la expresión "necesidades de los poderes públicos" en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no cuestiona si el sentido de esa expresión es amplio o limitado. Por consiguiente, el Japón opina que es muy engañoso calificar simplemente sus argumentos como los más limitados en comparación con los de las demás partes. El Canadá no ha formulado ninguna observación sobre la solicitud del Japón.

6.63 El Grupo Especial ha decidido no atender la solicitud del Japón. Hemos analizado minuciosamente los argumentos del Japón, y en particular su tesis de que "un análisis conforme a la Convención de Viena de la expresión 'para cubrir las necesidades de los poderes públicos' indica que significa para *utilización, consumo o aprovechamiento por el gobierno*, donde el Japón emplea nuevamente el término 'aprovechamiento' para referirse al que se deriva de utilizar el producto supuestamente adquirido".[17] Basándonos en esta declaración, no creemos que sea inexacto caracterizar la interpretación del Japón de la expresión "necesidades de los poderes públicos" como el "sentido más limitado" en comparación con las interpretaciones de las demás partes.

29. Párrafos 7.139 y 7.140

6.64 La Unión Europea entiende que las afirmaciones del Grupo Especial con respecto a la expresión "necesidades de los poderes públicos" se refieren a la versión inglesa del GATT de 1994, puesto que no ha analizado específicamente el sentido de las expresiones utilizadas en las versiones española y francesa, que según la Unión Europea difieren de la versión inglesa. En consecuencia, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que modifique estos párrafos para eliminar la referencia de que el sentido corriente de la expresión "necesidades de los poderes públicos" es "relativamente amplio" o para aclarar que la interpretación del Grupo Especial se refiere únicamente a la versión inglesa del GATT de 1994.

6.65 El Canadá no considera que la solicitud de la Unión Europea en esta etapa del procedimiento sea adecuada ya que está pidiendo al Grupo Especial que revoque su tesis de que el sentido corriente de la expresión "necesidades de los poderes públicos" es relativamente amplio. Observa que no hay nada en los informes provisionales que limite la declaración del Grupo Especial sobre el sentido corriente de la expresión "necesidades de los poderes públicos" a la versión inglesa del GATT de 1994.

6.66 Hemos modificado la primera frase del párrafo 7.139 para aclarar que nuestra interpretación no se limita a la versión inglesa del GATT de 1994.

[17] Declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 33. (no se reproduce la nota de pie de página)

30. Párrafo 7.149

6.67 El Canadá sostiene que Hydro One y las empresas de distribución local tienen la intención de obtener beneficios de sus *activos* de transmisión y distribución, como se explica en la Prueba documental 64 del Canadá. Por lo tanto, solicita al Grupo Especial que modifique la quinta frase del párrafo 7.149 sustituyendo el término "actividades" por "activos".

6.68 El Japón no está de acuerdo con la solicitud del Canadá. Indica que, pese a la afirmación del Canadá, en su Prueba documental 64 no se explica que los beneficios obtenidos procedan de los activos de transmisión y distribución que poseen Hydro One y las empresas de distribución local y no de sus actividades de transmisión y distribución. Además, el Japón aduce que Hydro One y las empresas de distribución local se proponen obtener beneficios de todas sus actividades reguladas y no solamente de las de transmisión y distribución. Por ejemplo, el Japón explica que cualquier parte tiene derecho a conectarse al sistema si cumple todos los criterios jurídicos y de otro tipo exigidos. Hydro One y las empresas de distribución local realizan, respectivamente, las evaluaciones de las repercusiones en el sistema y las evaluaciones de las repercusiones en la conexión, recibiendo pagos de los productores TR.[18]

6.69 La Unión Europea considera que el Grupo Especial debe rechazar la solicitud del Canadá. En primer lugar, no está clara cuál es la pertinencia de la distinción entre "actividades" y "activos" en el presente asunto. Según la Unión Europea, no se cuestiona que Hydro One y las empresas de distribución local intervienen en la transmisión y distribución de electricidad como su principal actividad o negocio y que obtienen sus beneficios de la transmisión y distribución de electricidad en Ontario. En segundo lugar, el texto propuesto por el Canadá parecería indicar que Hydro One y las empresas de distribución local no obtienen sus ingresos de sus operaciones o actividades sino simplemente de sus activos, por ejemplo de alquilar sus instalaciones o infraestructura, lo que evidentemente no es cierto.

6.70 El Grupo Especial ha reflexionado sobre la terminología utilizada en el párrafo 7.149 y, donde lo ha considerado adecuado, ha hecho algunas modificaciones teniendo en cuenta las solicitudes y observaciones formuladas en el marco del reexamen intermedio.

31. Párrafos 7.163 y 7.166

6.71 El Japón recuerda que esgrimió dos argumentos distintos para demostrar que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es incompatible con la obligación de trato nacional que corresponde al Canadá en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No obstante, observa que en la evaluación realizada por el Grupo Especial de la alegación del Japón se ha analizado solamente uno de esos argumentos. El Japón solicita al Grupo Especial que examine su otro argumento y lo haga realizando un análisis del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 separado. Considera que este análisis separado es necesario para que el Grupo Especial cumpla las obligaciones que le corresponden a tenor de los artículos 3 y 11 de ESD. El Canadá no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Japón.

[18] El Japón cita las Pruebas documentales siguientes: Transmission-connected Generators (Productores conectados con el sistema de transmisión), sitio Web de Hydro One, Japón - Prueba documental 39; Transmission System Code (Código del sistema de transmisión), Comisión de la Energía de Ontario, 10 de junio de 2010, Japón - Prueba documental 69, artículo 4.3.3; Distribution System Code (Código del sistema de distribución), Comisión de la Energía de Ontario, 1º de octubre de 2011, Japón - Prueba documental 70, artículo 6.2.11; y Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Contract, versión 1.5.1, 15 de julio de 2011 ("FIT Contract") (contrato TR), Japón - Prueba documental 127, artículo 2.4(b)(iv).

6.72 En el párrafo 7.163 se exponen nuestras conclusiones sobre la medida en que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" exige la compra o utilización de productos de origen canadiense o de una fuente canadiense, como parte de nuestro análisis de la cuestión de si las medidas impugnadas están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. Sobre la base de éstas y otras conclusiones (incluidas las formuladas en el párrafo 7.166), hemos 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.

32. Párrafo 7.165

6.73 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que comience la tercera frase del párrafo 7.165 con las palabras "Según el Canadá". El Canadá dice que esta solicitud debe ser rechazada ya que la declaración del Grupo Especial que la Unión Europea intenta modificar es una constatación de hecho ampliamente respaldada por el expediente.

6.74 El Grupo Especial ha decidido no satisfacer la solicitud de la Unión Europea. La frase pertinente refleja nuestra interpretación de los hechos y, como se resume en el párrafo 7.68, está debidamente respaldada por las pruebas presentadas en estas diferencias.

33. Párrafo 7.174

6.75 El Japón solicita que se modifique el texto de la segunda frase de este párrafo para aclarar que el argumento esgrimido por el Japón que se describe en esta frase no es condicional sino un argumento que es cierto en todos los casos. Para respaldar esta solicitud el Japón afirma que el Órgano de Apelación dejó claro en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* que una transacción puede estar abarcada por múltiples incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. El Canadá pide al Grupo Especial que rechace la solicitud del Japón, aduciendo que el Japón se equivoca al sostener que la resolución del Órgano de Apelación en que se basa es "cierta en todos los casos". Según el Canadá, la resolución del Órgano de Apelación se debe interpretar en el sentido de que una transacción "puede" estar abarcada por múltiples incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Si la forma adecuada de caracterizar la medida impugnada es como incluida en un solo inciso, como el Canadá recuerda que el Grupo Especial ha constatado en las presentes diferencias, en ese caso queda zanjada la cuestión.

6.76 No hemos aceptado la modificación solicitada por el Japón. El Japón centra su solicitud en el término "sería" que figura en la segunda frase del párrafo 7.174. Este término se refiere a una posibilidad que depende de que el Grupo Especial formule una constatación determinada -es decir, la posibilidad de que las medidas impugnadas sean caracterizadas en el marco de múltiples incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC *aunque el Grupo Especial concluyera que se pueden caracterizar jurídicamente como "compras de bienes por el gobierno" conforme a los términos del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC*-. Así pues, consideramos que el empleo del condicional "sería" es correcto y adecuado.

34. Párrafo 7.206

6.77 El Japón sostiene que la caracterización que se hace del ajuste global en el párrafo 7.206 es inexacta porque no refleja el hecho de que todos los contratos del OPA (incluidos los contratos que no son de tarifas reguladas) que tienen un precio contractual que excede del HOEP aumentan el ajuste global en la medida de ese exceso, y que otros gastos relacionados con los contratos de adquisición, como los gastos por programas y medidas de conservación, también aumentan directamente el ajuste global. A tal fin, el Japón pide que se modifique el párrafo 7.206 y ha presentado un texto para ello. El Canadá no ha formulado ninguna observación sobre la modificación solicitada por el Japón. Aceptamos los cambios solicitados por el Japón y hemos modificado en consecuencia el párrafo 7.206.

35. Párrafo 7.223

6.78 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que modifique el párrafo 7.206 para aclarar que la cuestión de si el Programa TR se interpreta de tal manera que cubra los costos de producción más una tasa de rentabilidad razonable de las inversiones es una cuestión controvertida. El Canadá pide al Grupo Especial que rechace la solicitud de la Unión Europea por las mismas razones que el Canadá expuso para justificar su objeción a la solicitud similar que hizo la Unión Europea con respecto al párrafo 7.202 (véase *supra*). No hemos aceptado la solicitud de la Unión Europea por la misma razón que rechazamos su solicitud de modificación del párrafo 7.202.

36. Párrafo 7.242

6.79 El Japón solicita al Grupo Especial que aborde en el párrafo 7.242 el argumento del Japón de que basar la interpretación de las obligaciones contraídas en la OMC en la caracterización de términos del derecho interno "equivaldría a permitir que el Miembro demandado determine si las medidas son compatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC". Además, el Japón solicita al Grupo Especial que presente su razonamiento de que la caracterización del Gobierno de Ontario no fue "artificiosa" a la luz de la preocupación relativa a la adopción de políticas proteccionistas que se planteó en un debate en la Asamblea Legislativa de Ontario. El Canadá sostiene que no es necesario que el Grupo Especial introduzca los cambios solicitados por el Japón, aduciendo que en el párrafo 7.242 ya se aborda el argumento del Japón relativo a la interpretación de las obligaciones en el marco de la OMC a la luz de la caracterización de las medidas impugnadas con arreglo al derecho interno. Aduce además que la conclusión del Grupo Especial de que el mensaje que se articula en diversos instrumentos de que el Gobierno de Ontario "compra" electricidad mediante el Programa TR "en modo alguno es artificioso" está avalada por pruebas que obran en el expediente, que incluyen documentos procedentes del sector privado. Por tanto, el Canadá sostiene que el Grupo Especial no tiene que hacer los cambios solicitados.

6.80 Opinamos que en el párrafo 7.242 ya se aborda la primera preocupación del Japón en el sentido de que se indica expresamente que la consideración realizada por el Grupo Especial de la caracterización por el derecho interno de las medidas impugnadas "no es concluyente por lo que respecta al análisis que debemos realizar a efectos de la normativa de la OMC". Además, no creemos necesario explicar por qué consideramos que las referencias a "compras" y "adquisición" que figuran en diversos instrumentos del Gobierno de Ontario no son "artificiosas" a la luz de las pruebas que el Japón ha presentado en su Prueba documental 106. No vemos de qué modo lo señalado en el acta del debate ante la Asamblea Legislativa de Ontario contenida en la Prueba documental 106 del Japón tiene alguna influencia en la determinación de si la descripción de las facultades y obligaciones del OPA (que incluyen la "compra" y "adquisición" de electricidad) contenida en varios instrumentos jurídicos es artificiosa. En particular, el hecho de que un miembro de la Asamblea Legislativa de Ontario señale que una norma de contenido nacional puede ser proteccionista a nuestro juicio no

implica que la decisión del Gobierno de Ontario de conceder al OPA la facultad de "comprar" y "adquirir" electricidad (incluso en el marco del Programa TR) no pueda ser caracterizada de no artificiosa. Por consiguiente, hemos decidido no introducir ningún cambio en el párrafo 7.242.

37. Párrafos 7.245 y 7.247

6.81 El Japón presenta varias solicitudes para que el Grupo Especial aclare el razonamiento que articula en los párrafos 7.245 y 7.247 en apoyo de su conclusión de que una transacción debidamente caracterizada como "compras de bienes por el gobierno" a tenor del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC no puede ser también una "transferencia directa de fondos" conforme al inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En primer lugar, el Japón solicita al Grupo Especial que explique el razonamiento que subyace a la conclusión que formula en el párrafo 7.245 a la luz de las constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* de que los "ejemplos" mencionados en el inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 son ilustrativos y no exhaustivos. En segundo lugar, el Japón pide al Grupo Especial que dé más explicaciones, a la luz de determinadas supuestas constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, respecto a lo que describe como la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.247 de que "el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no expone expresamente la relación entre los incisos i) y iii)". En este sentido, el Japón considera que el Grupo Especial no ha dado una explicación suficiente de cómo su constatación es compatible con las conclusiones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, ni ninguna explicación de por qué las supuestas constataciones del Órgano de Apelación en notas de pie de página son menos importantes que las constataciones que figuran en el cuerpo de sus informes. Por último, el Japón pide al Grupo Especial que indique expresamente si está rechazando las constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, y si es así, que explique suficientemente sus razones para hacerlo.

6.82 El Canadá sostiene que se deben rechazar las solicitudes del Japón, aduciendo que el Grupo Especial ha explicado minuciosamente en los párrafos 7.245-7.248 sus constataciones y razones con respecto a la cuestión que el Japón plantea. En cuanto a las preocupaciones concretas del Japón sobre el párrafo 7.247, el Canadá considera que las declaraciones del Órgano de Apelación son acordes con las constataciones generales del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. En particular, el Canadá aduce que en este párrafo el Grupo Especial observa que la constatación del Órgano de Apelación es permisiva (es decir, el Órgano de Apelación dijo "no excluye expresamente" y no, como el Japón parece dar a entender, "permite" o "autoriza"). Además, según el Canadá, el Grupo Especial interpreta debidamente la relación entre "compras de bienes" y "transferencias directas de fondos". Por consiguiente, según el Canadá, el Japón se equivoca al señalar que el Grupo Especial no ha explicado suficientemente su razonamiento jurídico.

6.83 La primera petición de reexamen del Japón se refiere al párrafo 7.245. Según la entendemos, el Japón discrepa de la siguiente declaración:

> Observamos a esos efectos que los únicos dos ejemplos de "transferencias directas de fondos" que conlleven derechos y obligaciones recíprocos identificados por el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 son los "préstamos" y las "aportaciones de capital". Las 'compras de bienes' por el gobierno podrían haberse añadido fácilmente a esos ejemplos si los redactores hubieran estimado que también debía considerarse que estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC, especialmente habida cuenta de que se mencionan expresamente en el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 de dicho Acuerdo.

El Japón nos pide que expliquemos esta declaración a la luz de la constatación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* de que los "ejemplos" del inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC son ilustrativos y no exhaustivos. A nuestro juicio, no es necesario dar la explicación solicitada porque no hay contradicción entre las declaraciones que hacemos en este párrafo y la constatación del Órgano de Apelación que cita el Japón. En particular, el hecho de que los "ejemplos" enunciados en el inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC sean ilustrativos y no exhaustivos no resta valor a nuestra observación de que la expresión "compras de bienes" se podría haber añadido fácilmente a este texto *habida cuenta de que esas transacciones se "mencionan expresamente en el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 de dicho Acuerdo*". Efectivamente, a nuestro modo de ver, cabría esperar que habiéndose referido expresamente a las "compras de bienes" en el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, los redactores del Acuerdo SMC, a la luz del principio de interpretación efectiva de los tratados, también se habrían referido expresamente a esas transacciones en el inciso i) de dicho párrafo del Acuerdo si hubieran estimado que estaban comprendidas en el ámbito de ambos inciso. Finalmente por lo que se refiere a esta cuestión, hay que recordar que nuestras razones para constatar que las transacciones caracterizadas debidamente como "compras de bienes por el gobierno" no pueden ser también "transferencias directas de fondos" no figuran solamente en el párrafo 7.245 sino también en los párrafos 7.246 y 7.247.

6.84 Por lo que se refiere a las observaciones del Japón relativas al párrafo 7.247, observamos que contrariamente a sus argumentos, el Grupo Especial no constató en este párrafo que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 "expone expresamente la relación entre los incisos i) y iii)". Además, el Grupo Especial no ha dicho en ninguna parte de este párrafo que las constataciones del Órgano de Apelación son "menos importantes" cuando figuran en notas de pie de página que cuando lo hacen en el cuerpo de los informes. Por el contrario, como ha indicado el Canadá, el Grupo Especial observa en el párrafo 7.247 que por lo que se refiere a la relación entre los incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, las declaraciones del Órgano de Apelación que figuran en una nota de pie de página en el informe sobre *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* no expresan una conclusión definitiva. Además, en consonancia con las observaciones del Órgano de Apelación en ese asunto, el Grupo Especial reconoce en el párrafo 7.247 que en determinadas circunstancias es posible caracterizar una medida como distintos tipos de "contribuciones financieras". Sin embargo, a nuestro juicio las normas usuales de interpretación del derecho internacional público (y en especial el principio de interpretación efectiva de los tratados) no permiten un resultado así *sobre la base de los hechos de las presentes diferencias*. Es por lo tanto incorrecto dar a entender que el Grupo Especial discrepa o rechaza la observación del Órgano de Apelación de que es posible caracterizar una medida de conformidad con más de uno de los incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

6.85 Por último, en la nota 453 (ahora nota 473) se indica expresamente que el pasaje del razonamiento del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* que fue rechazado por el Órgano de Apelación se menciona en el presente procedimiento únicamente como una "exposición útil del problema interpretativo que a nuestro juicio crean los argumentos de los reclamantes en el presente procedimiento". Por consiguiente, no estamos basándonos en *la constatación* del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* ni mostrándonos de acuerdo con esa constatación, que se refería a la cuestión de si las compras de servicios por el gobierno (transacciones no mencionadas expresamente en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC) se podían caracterizar como "transferencias directas de fondos". Al recordar el *razonamiento* del Grupo Especial sobre esta cuestión en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, nos centramos en el dilema interpretativo que el Grupo Especial hace notar, es decir, en la consecuencia para la utilidad de la expresión "compr[a] [de] bienes" del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, a la luz del principio de interpretación efectiva de los tratados, de una interpretación que permitiría que transacciones que

implican compras de bienes por el gobierno sean caracterizadas como "compras de bienes" a tenor del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y como "transferencias directas de fondos" a tenor del inciso i) de esa disposición del Acuerdo SMC.

38. Párrafo 7.249

6.86 El Japón solicita al Grupo Especial que formule constataciones con respecto a sus argumentos relativos a la cuestión de si las medidas impugnadas equivalen a "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, que examine por separado el fondo de sus argumentos conexos concernientes al beneficio. Aunque el Japón coincide con el Grupo Especial en que los argumentos concernientes al beneficio que ha presentado son "esencialmente los mismos" con independencia de que la medidas impugnadas sean caracterizadas como "contribuciones financieras" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios", hace hincapié en que no son idénticos. El Japón considera que las constataciones del Grupo Especial con respecto a sus argumentos concernientes al "sostenimiento de los ingresos o de los precios" podrían tener repercusiones importantes en cualquier examen realizado por el Órgano de Apelación y son necesarias no solamente para lograr la pronta solución de su diferencia con el Canadá, sino también para hallar una solución positiva a la diferencia de conformidad con los párrafos 3 y 7 del artículo 3 del ESD.

6.87 El Canadá sostiene que la solicitud del Japón es infundada ya que se basa en la misma serie de referencias inadecuadas respecto al beneficio que el Grupo Especial rechazó en las partes siguientes de sus constataciones. Además, según el Canadá, la etapa intermedia de reexamen no es el momento adecuado en el presente procedimiento para pedir nuevas constataciones fácticas y jurídicas o para intentar replantear argumentos. Por consiguiente, el Canadá sostiene que se debe rechazar la solicitud del Japón.

6.88 Hemos examinado de nuevo atentamente los argumentos que el Japón ha presentado para respaldar su afirmación de que las medidas impugnadas otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC cuando se caracterizan como una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" de conformidad con el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Aunque los argumentos no son idénticos a los que el Japón ha presentado en relación con su afirmación de que las medidas impugnadas otorgan un "beneficio" cuando se caracterizan como "contribuciones financieras", esos argumentos, mediante una referencia expresa, se basan en las mismas "tarifas de mercado" para demostrar la supuesta existencia de beneficio. Como la mayoría del Grupo Especial ha rechazado las mismas "tarifas de mercado" en su análisis del beneficio, el resultado de la evaluación realizada por el Grupo Especial del fondo de los argumentos del Japón relativos al "sostenimiento de los ingresos o de los precios", *y por lo tanto el fondo de las alegaciones del Japón concernientes a la existencia de subvenciones prohibidas*, sería el mismo con independencia de que el Grupo Especial examinara la afirmación del Japón de que las medidas impugnadas deben caracterizarse jurídicamente como una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" a tenor del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por lo tanto, no vemos ninguna razón convincente para aceptar la petición de reexamen del Japón.

39. Párrafos 7.251, 7.308, 7.313 a) y nota 588

6.89 El Japón solicita al Grupo Especial que introduzca varios cambios en el párrafo 7.251 para reflejar de manera más exacta los argumentos del Japón respecto de las referencias de precio de la electricidad que ha presentado en el presente procedimiento para demostrar la existencia de beneficio. En primer lugar, el Japón sostiene que el Grupo Especial caracterizó incorrectamente una de las referencias de precio que presentó como el "promedio ponderado del HOEP" cuando en realidad el Japón había descrito esta referencia como el "promedio ponderado de la 'tarifa al por mayor'".

En segundo lugar, afirma que, contrariamente a lo que se describe en el párrafo 7.251, el Japón no se refirió en sus argumentos a los "precios ofrecidos por dos productores minoristas privados" como referencias "alternativas". Aduce que esta prueba se presentó para "confirmar" que la tarifa al por menor actúa como un precio "máximo". El Japón pide al Grupo Especial que revise en consecuencia la cuarta frase del párrafo 7.251 y presenta un proyecto de texto a tal efecto. En tercer lugar, considera que la quinta frase del párrafo 7.251 es inexacta cuando dice que el Japón ha afirmado que los precios minoristas en Ontario son "elementos representativos" del nivel máximo del precio al por mayor de la electricidad en Ontario. El Japón pide al Grupo Especial que elimine esta frase. Por último, para reflejar las anteriores peticiones de reexamen, el Japón pide al Grupo Especial que modifique la primera frase del párrafo 7.251 para incluir una referencia no solamente a los precios del mercado mayorista sino también a los precios del mercado minorista. A tal fin el Japón propone una pequeña modificación de esta frase.

6.90 El Japón presenta otra petición de reexamen que está relacionada con los cambios que solicita para el párrafo 7.251. En particular, solicita al Grupo Especial que considere la posibilidad de formular constataciones separadas y adicionales a las que hace en los párrafos 7.308 y 7.313 a) con respecto a la cuestión de si los precios del Plan de precios regulados ("RPP") son una referencia de mercado adecuada para establecer la existencia de beneficio. Sostiene que ha presentado un argumento distinto y "alternativo" con respecto a los precios del RPP que el Grupo Especial no ha evaluado. Según el Japón, ha sostenido que los precios del RPP confirman la existencia de beneficio porque "actúan como un límite máximo de lo que los consumidores pagan realmente por la electricidad en el mercado regulado de Ontario, teniendo en cuenta todas las distintas fuentes de la electricidad producida en Ontario, y todas las subvenciones que el gobierno puede conceder a los productores de electricidad de Ontario".

6.91 El Canadá explica que entiende que los argumentos que el Japón ha presentado concernientes a las referencias del precio de la electricidad incluyen las dos siguientes referencias propuestas: "el promedio ponderado de la 'tarifa mayorista' en 2010 para productores distintos de los productores TR y RESOP" y "la parte de cargo por el producto básico de los precios al por menor". Afirma que, contrariamente a lo que sugiere el Japón, una cuarta frase más exacta en el párrafo 7.251 debería referirse a estas referencias. En cuanto a las solicitudes del Japón para que se modifiquen los párrafos 7.308 y 7.313 a) y la nota 588 (ahora nota 610), el Canadá recuerda que la finalidad del reexamen intermedio no es solicitar nuevas constataciones fácticas o jurídicas. En todo caso, el Canadá sostiene que ha respondido a la afirmación del Japón de que los precios del RPP "actúan como un límite máximo al precio de mercado de la electricidad" recordando que el RPP es "simplemente un precio regulado para los consumidores de electricidad de Ontario que agrega el costo de pagar toda la electricidad producida para la provincia".

6.92 Hemos revisado el párrafo 7.251 (y en consecuencia también la nota 588 (ahora nota 610)) para rectificar la descripción errónea del argumento del Japón relativo a la referencia constituida por el "promedio ponderado de la 'tarifa mayorista'". También se ha modificado la primera frase del párrafo 7.251 para indicar que el Japón ha presentado no sólo precios a nivel mayorista sino también precios a nivel minorista como referencias propuestas para el análisis del beneficio. También hemos tomado nota de la aclaración del Japón de que no presentó la prueba a que se hace referencia en el párrafo 7.251 sobre precios minoristas privados para presentar una referencia alternativa, sino más bien únicamente para confirmar que el RPP actúa como un límite máximo sobre el precio de la electricidad. Por consiguiente, hemos eliminado la quinta frase del párrafo 7.251 y hemos descrito de forma más detallada el argumento alternativo del Japón relativo a la referencia basado en los precios del RPP. La aclaración del Japón significa que ya no es necesario que el Grupo Especial examine el fondo de las pruebas relativas a los precios minoristas privados como referencias alternativas del precio de la electricidad. No obstante, como el Japón ha aclarado que el fundamento de su argumento alternativo relativo al precio minorista eran los precios del *RPP* (y no precios minoristas *privados*),

hemos revisado el párrafo 7.317 de modo que ahora aborda el alcance correcto del argumento alternativo del Japón relativo al beneficio. También hemos introducido los cambios correspondientes en el párrafo 7.319.

40. Párrafo 7.252

6.93 El Japón observa que en el párrafo 7.252 el Grupo Especial reconoce el argumento del Japón de que la existencia de beneficio también se puede demostrar por el historial del mercado de electricidad de Ontario y el diseño y estructura del Programa TR. No obstante, según el Japón, el Grupo Especial no se ha referido a este argumento en sus constataciones y por lo tanto le pide que lo haga. Además, el Japón solicita al Grupo Especial que modifique el texto utilizado para describir el argumento que se resume en el párrafo 7.252 con el fin de reflejar con más exactitud lo que el Japón ha dicho realmente en sus comunicaciones. A tal fin, el Japón propone varias modificaciones. El Canadá sostiene el Japón solicita al Grupo Especial que formule nuevas constataciones a pesar de que la etapa intermedia de reexamen del procedimiento se limita a verificar aspectos concretos de los informes provisionales. Por consiguiente, el Canadá insta al Grupo Especial a que rechace la solicitud del Japón porque, a su juicio, equivale a utilizar indebidamente el proceso de reexamen intermedio para replantear los argumentos del Japón.

6.94 Hemos modificado el párrafo 7.252 para reflejar con más exactitud el argumento del Japón. No obstante, no estamos de acuerdo con el Japón cuando afirma que el Grupo Especial no se refirió a esta línea argumental en sus constataciones. De las comunicaciones del Japón se desprende que está aduciendo que los antecedentes recientes del mercado de la electricidad de Ontario y el diseño y la estructura del Programa TR demuestran la existencia de beneficio porque estos dos factores indican que el *mercado mayorista de la electricidad* de Ontario no podría mantener la existencia de productores de energía renovable sobre la base de los términos y condiciones (incluido el precio) que están a disposición de los productores de electricidad. El Japón plantea este argumento en distintas partes, pero más claramente en su declaración inicial en la segunda reunión del Grupo Especial donde, después de recordar la experiencia de apertura del mercado de Ontario en 2002, la promulgación de la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* y la Directiva Ministerial de 2009 que establece el Programa TR, el Japón dice lo siguiente: "Estos antecedentes demuestran que el precio de mercado de PEM/HOEP es insuficiente para sostener la existencia de productores TR en el mercado de Ontario. La intervención del Gobierno, a través del OPA, para ofrecer precios superiores a los existentes en el mercado es la única razón por la que los productores TR operan actualmente en el mercado de Ontario".[19] El Japón amplió esta declaración en las observaciones que hizo sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 42 formulada por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva, donde explicó lo siguiente:

> En este caso, los antecedentes del mercado de la electricidad de Ontario confirman que los productores TR no habrían recibido condiciones equivalentes a las que reciben en el marco de los contratos TR de no haber existido el Programa TR.{} Esta fue la observación que hizo el Japón en los párrafos 10-13 de su declaración inicial en la segunda reunión del Grupo Especial. El Canadá confirmó esta observación ya en su primera comunicación escrita, donde escribió: "La experiencia con un mercado competitivo en 2002 demostraba que *solamente el mercado no sería suficiente* para alentar la construcción de nuevas instalaciones de producción [(por ejemplo, instalaciones de energía eólica y solar FV)] capaces de ofrecer el suministro adicional a largo plazo que necesitan los residentes de Ontario".{} El Canadá acaba de confirmar esta observación al responder a la pregunta 1 *supra*, donde ha explicado que el Gobierno de Ontario decidió poner fin al período de liberalización en

[19] Declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13.

> noviembre de 2002 porque "el suministro se vio dificultado por la estructura del mercado [liberalizado], que *no alentó una entrada suficiente de nuevos productores*" y para "*facilitar inversiones en nuevas instalaciones de producción*".[20]

6.95 Así pues, la premisa en que se basa el argumento del Japón relativo a los antecedentes y al diseño y la estructura objetivos es que esos dos factores demuestran que los productores TR no existirían sin la intervención del Gobierno de Ontario en el mercado mayorista de electricidad. Esta línea argumental se reconoce en el párrafo 7.276 y el Grupo Especial la examina más adelante, en particular en los párrafos 7.309-7.313. Por lo tanto, no hay fundamento alguno para la solicitud del Japón de que formulemos constataciones adicionales.

41. Párrafo 7.259

6.96 El Canadá sostiene que las referencias que se hacen a su comunicación en la nota 471 (ahora nota 492) no agotan sus argumentos sobre la razón por la que las referencias propuestas por los reclamantes son inadecuadas. Solicita que se deje constancia de ello en la nota 471 (ahora nota 492) añadiendo al principio la expresión "Véanse por ejemplo". Además, pide que en la nota 471 (ahora nota 492) se añada una referencia a los párrafos 136-142 de su declaración inicial en la segunda reunión del Grupo Especial porque en este pasaje es donde se analizan más ampliamente sus observaciones sobre el enfoque analítico que podría haberse adoptado en este caso. Ni el Japón ni la Unión Europea han formulado observaciones sobre la solicitud del Canadá. Hemos introducido las modificaciones solicitadas en la nota 471 (ahora nota 492).

42. Párrafos 7.272 y 7.308

6.97 El Canadá aduce que la descripción de los productores TR objeto de impugnación que se expone en los párrafo 7.272 y 7.308 es excesivamente amplia e incluye a productores de electricidad que operan en el marco del Programa TR cuyas actividades no han sido impugnadas por los reclamantes. Para rectificar esta descripción errónea, el Canadá propone dos modificaciones del texto de los párrafos respectivos. La Unión Europea propone sus propias modificaciones con el mismo propósito. El Japón no ha formulado observaciones sobre la solicitud del Canadá. Hemos introducido las modificaciones oportunas en el texto de estos dos párrafos para responder a la preocupación del Canadá.

43. Nota 503

6.98 La Unión Europea observa que la nota 503 (ahora nota 524) reproduce el mismo contenido sobre el currículum vitae del Profesor Hogan que figura en la nota 30 (ahora nota 47) y propone que el Grupo Especial elimine esta repetición. El Canadá no ha formulado ninguna observación sobre la propuesta de la Unión Europea. Hemos introducido la modificación oportuna en la nota 503 (ahora nota 524).

44. Párrafo 7.297

6.99 El Canadá sostiene que la última frase del párrafo 7.297 es incorrecta por cuanto dice que los "activos no regulados" de la OPG reciben el HOEP porque "el Gobierno de Ontario les ha ordenado que acepten cualquier precio que se fije con independencia de que cubra o no los costos marginales". En particular, el Canadá se opone a que se utilice la expresión "cualquier precio que se fije" y pide que se revise la frase para explicar que los "activos no regulados" de la OPG reciben el HOEP porque

[20] Observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial (segunda serie) (no se reproducen las notas de pie de página; las cursivas figuran en el original).

el Gobierno de Ontario considera, como cuestión de política, que el HOEP es suficiente para "estos activos más antiguos y en gran medida amortizados". La Unión Europea considera que la declaración del Grupo Especial es fácticamente correcta, pero que se podría redactar de distinta manera para tener en cuenta las preocupaciones del Canadá sin necesidad de añadir una explicación del motivo de política que subyace a la orden del Gobierno de Ontario. El Japón no ha formulado observaciones sobre el cambio solicitado por el Canadá. Hemos modificado el párrafo 7.297 para explicar con más exactitud que los activos no regulados de la OPG reciben el HOEP, con independencia de que este precio cubra o no sus costos marginales.

45. Párrafo 7.304

6.100 El Canadá solicita que se redacte de nuevo la primera frase del párrafo 7.304 de tal modo que reconozca que los argumentos del Canadá concernientes a los intentos de los reclamantes de utilizar referencias de jurisdicciones externas incluían la afirmación de que ninguna parte ha satisfecho los criterios establecidos en la jurisprudencia de la OMC para su aplicación en las presentes diferencias. No obstante, el Canadá no impugna la exactitud de lo que se dice en la primera frase del párrafo 7.304. Dicho de otro modo, el Canadá solicita que la descripción que se hace en el párrafo 7.304 de su posición respecto a las referencias de jurisdicciones externas presentadas por los reclamantes se amplíe para incluir la gama completa de sus argumentos. El Japón sostiene que la solicitud del Canadá no guarda relación con la cuestión tratada por el Grupo Especial en el párrafo 7.304 y propone que éste no la tenga en cuenta. Del mismo modo, la Unión Europea considera que la solicitud de aclaración del Canadá se refiere a una cuestión que es distinta de la tratada por el Grupo Especial en el párrafo 7.304. Estamos de acuerdo con el Japón y la Unión Europea. La cuestión tratada en los párrafos 7.303-7.307 es en qué medida las referencias extraprovinciales que han presentado los reclamantes se *derivan de mercados mayoristas de electricidad competitivos*. Como todas las partes están de acuerdo, el párrafo 7.304 es exacto cuando explica que, sobre esta cuestión concreta, el Canadá no ha impugnado las alegaciones de los reclamantes. Por consiguiente, no vemos la necesidad de aceptar las modificaciones solicitadas por el Canadá.

46. Nota 599

6.101 La Unión Europea aduce que sus afirmaciones concernientes al "elemento de garantía" del contrato TR o a la concesión de una remuneración más que razonable sobre la base de precios "reconstruidos" pueden ayudar a fundamentar una constatación de que las medidas impugnadas otorgan un beneficio independientemente de que el Grupo Especial acepte o rechace los argumentos del Canadá sobre el mercado pertinente. Por consiguiente, la Unión Europea pide al Grupo Especial que reconsidere sus conclusiones sobre el fondo de estos argumentos. El Canadá sostiene que la solicitud de la Unión Europea va más allá del ámbito de reexamen intermedio y por tanto debe ser rechazada.

6.102 Los argumentos a los que se refiere la Unión Europea en su petición de reexamen fueron presentados sobre la base de un enfoque respecto a la cuestión del beneficio que exige aceptar la tesis del Canadá de que la electricidad producida por los productores TR se vende en un mercado mayorista que está separado del resto de la electricidad. Aunque la Unión Europea indica en su petición de reexamen intermedio que esgrimió estos argumentos con carácter subsidiario, eso no se desprende de forma totalmente clara de las comunicaciones que efectivamente presentó durante el procedimiento. Más bien parece que la Unión Europea presentó los argumentos en cuestión únicamente en respuesta a las aseveraciones del Canadá relativas al beneficio *en caso de que el Grupo*

Especial las siguiera en su evaluación de la cuestión del beneficio.[21] Como hemos rechazado los argumentos del Canadá en este sentido (de hecho basándonos en parte en los propios argumentos de la Unión Europea), no es necesario que determinemos la validez de los argumentos de la Unión Europea. Por lo tanto no hay fundamento alguno para que el Grupo Especial reconsidere sus conclusiones con respecto a los argumentos de la Unión Europea.

47. Párrafo 7.321

6.103 El Japón solicita al Grupo Especial que reconozca en el párrafo 7.321 que le ha pedido que dé orientaciones sobre la referencia adecuada para determinar la existencia de beneficio en caso de que el Grupo Especial rechace los argumentos que ha presentado concernientes al beneficio. La Unión Europea también solicita al Grupo Especial que refleje con más precisión su propia solicitud de que el Grupo Especial no limite su análisis a un rechazo de los argumentos que ha presentado para justificar sus alegaciones de existencia de beneficio. El Canadá considera que las solicitudes de los reclamantes son inadecuadas porque en su opinión no están respaldadas por ninguna disposición de las normas de la OMC.

6.104 Coincidimos con el Canadá en que no hay ninguna disposición en las normas de la OMC *que obligue* a un grupo especial a examinar argumentos alternativos para justificar una alegación cuando esos argumentos no los han presentado las partes. No obstante, no creemos que la inexistencia de tal *obligación* impida a la mayoría del Grupo Especial en el presente procedimiento exponer sus propias *observaciones* sobre cómo se podría haber planteado la cuestión del beneficio, naturalmente siempre que al hacerlo la mayoría del Grupo Especial no termine exponiendo los argumentos por ninguna de las partes.[22] En este sentido observamos que los reclamantes han pedido expresamente al Grupo Especial que dé orientación adicional sobre la cuestión del beneficio, cuestión que ha estado en el centro de un debate sustancial entre las partes en el contexto de una pauta fáctica densa y complicada. A la luz de lo anterior, y teniendo presentes nuestros deberes y obligaciones a tenor del ESD[23] y los objetivos del sistema de solución de diferencias de la OMC[24], no estimamos que la inexistencia de una norma de la OMC que obligue a los grupos especiales a considerar la validez de argumentos que no han esgrimido las partes en una diferencia impida a la mayoría del Grupo Especial esbozar sus propias observaciones sobre la cuestión del beneficio en el presente procedimiento, como han pedido los reclamantes. Por consiguiente, hemos decidido aceptar los cambios en el párrafo 7.321 que han solicitado la Unión Europea y el Japón.

48. Párrafo 7.322

6.105 El Canadá señala que el Grupo Especial debe sustituir la expresión "que actualmente existen" al final del párrafo 7.322 por "condiciones reinantes en el mercado". El Japón sostiene que el Canadá no ha explicado por qué razón debe utilizarse en el párrafo 7.322 la expresión del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. A juicio del Japón, la expresión propuesta por el Canadá no es necesariamente sinónima de la utilizada por el Grupo Especial. Por lo tanto, al no haber ninguna explicación por parte del Canadá de la razón por la que deben modificarse los términos elegidos por el Grupo Especial, el Japón le pide a éste que rechace la solicitud del Canadá. La Unión Europea señala también que hay una diferencia entre las expresiones "condiciones reinantes en el mercado" y "que actualmente existen" por cuanto la primera se refiere a las condiciones reinantes en el mercado

[21] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 72, 78 y 82; y la declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 24 y 25.

[22] Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129.

[23] Artículo 11 del ESD.

[24] Véanse, en particular, los párrafos 2, 3 y 7 del artículo 3 del ESD.

(es decir, matizándolas como "reinantes"), mientras que la segunda se refiere a las condiciones (todas o la mayoría, sin matizarlas) que actualmente existen en Ontario. Por lo tanto, de forma similar al Japón, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que no acepte los cambios que ha solicitado el Canadá.

6.106 El Japón sostiene que las pruebas documentales citadas en la nota 603 (ahora nota 632) no respaldan la tesis de que el Gobierno de Ontario ha decidido que parte de su capacidad de producción adicional debe proceder "en particular" de "proyectos de pequeña escala que utilizan tecnologías solar FV y eólica". Por tanto, el Japón solicita al Grupo Especial que elimine de este párrafo las referencias a "pequeña escala". El Canadá aduce que sus Pruebas documentales 55 y 45 se refieren a la escala de los proyectos mencionados por el Grupo Especial y por lo tanto considera que la declaración del Grupo Especial está justificada y se basa en pruebas obrantes en el expediente.

6.107 En cuanto a la primera modificación solicitada por el Canadá, a nuestro juicio hay muy poca diferencia, si es que hay alguna, entre las expresiones condiciones de la oferta y la demanda "que existen actualmente" o "reinantes" en un mercado determinado. De hecho, una de las definiciones de la palabra "*prevail*" (reinar) es "*current*" (existente). Con todo, el Grupo Especial no tuvo la intención de explicar en el párrafo 7.322 el criterio para determinar la cuantía de una subvención en función del beneficio que se describe en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Por lo tanto no hemos aceptado la solicitud del Canadá.

6.108 En cuanto a la petición de reexamen presentada por el Japón, hemos modificado el texto del pasaje pertinente del párrafo 7.322 así como las referencias que figuran en la nota 603 (ahora nota 632) para reflejar de manera más exacta la observación que el Grupo Especial pretendía hacer.

49. Párrafos 7.322 a 7.326 y 8.7

6.109 La Unión Europea solicita al Grupo Especial que complete el análisis del beneficio supuestamente efectuado por éste en los párrafos 7.322-7.325 (ahora párrafos 7.322-7.327) realizando una o más de las tres acciones específicas siguientes. En primer término, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial puede completar el análisis del beneficio basándose en el conjunto de hechos actuales que constan en el expediente de las presentes diferencias. En este sentido, la Unión Europea menciona: i) la información que ha facilitado sobre los costos de producción de energía solar FV y eólica; ii) los precios que los productores de energía eólica han ofrecido en proceso de licitación en Quebec en 2008; iii) sus afirmaciones sobre la tasa de rentabilidad "razonable" ofrecida a los productores TR; y iv) sus argumentos relativos a la posibilidad de obtener suministro de electricidad a través un proceso de subasta o mediante negociación directa con los distintos productores. En segundo término, la Unión Europea sostiene que aunque el Grupo Especial considerara que los hechos que obran en el expediente son insuficientes para completar su análisis, puede constatar la existencia de beneficio sacando conclusiones desfavorables a la luz de lo que la Unión Europea describe como la opinión del Grupo Especial de que el Canadá no ha explicado suficientemente varios elementos de información necesarios para entender la tasa de rentabilidad del 11%. En tercer término, y en todo caso, la Unión Europea mantiene que el Grupo Especial debe hacer uso de las facultades que le confiere al artículo 13 del ESD y recabar la información necesaria para que pueda completar el análisis del beneficio. A este respecto, la Unión Europea no logra ver cómo el análisis del Grupo Especial podría servir a los objetivos descritos en los párrafos 4 y 7 del artículo 3 del ESD si se detuviera en un determinado momento porque el Grupo Especial considera que no hay hechos suficientes en el expediente para completar su labor. La Unión Europea considera que hay un respaldo concreto para esta última solicitud en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, donde el Órgano de Apelación constató que "al no ejercer su facultad de recabar información pertinente para que fuera satisfactorio su enfoque de preponderancia en la evaluación de la alegación que se le había presentado, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con la

obligación que le impone el artículo 11 del ESD ...".[25] Según la Unión Europea, el Grupo Especial encargado del presente procedimiento se encuentra en la misma posición que el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, que elaboró un enfoque alternativo para examinar una de las cuestiones planteadas pero no completó el análisis porque no se dio a ninguna de las partes la oportunidad de presentar las pruebas necesarias sobre la base del enfoque del Grupo Especial. Por último, en caso de que el Grupo Especial rechazara las tres solicitudes anteriores, la Unión Europea le pide que introduzca varios cambios en los párrafos 7.326 ii) y 8.7 (ahora párrafos 7.328 ii) y 8.7) para reflejar su opinión sobre cuál sería una descripción más exacta de las constataciones de Grupo Especial.

6.110 De manera similar a la Unión Europea, el Japón mantiene que hay pruebas suficientes en el expediente de estas diferencias para que el Grupo Especial complete el análisis del beneficio y le pide que lo haga. En particular, el Japón menciona una serie de hechos que a su juicio demuestran que los proyectos TR de energía solar FV y eólica, aunque llevan consigo esencialmente un riesgo soberano, tienen una tasa de rentabilidad específica del capital antes de deducidos los impuestos del 15,8%, mientras que el rendimiento del bono a largo plazo del Gobierno del Canadá es del 4,25%. El Japón observa además que aunque a las instalaciones reguladas de Ontario, que no operan sobre la base de un precio garantizado durante 20 años, se les fijó una tasa de rentabilidad del 9,75% para 2009, la tasa efectiva obtenida por esas entidades en 2011 fue el 5%, en tanto que la tasa de rentabilidad antes de deducidos los impuestos para los productores TR se fijó según el Japón en el 15,8%. Por lo tanto, el Japón aduce que el expediente contiene pruebas suficientes para que el Grupo Especial complete su análisis del beneficio y constate su existencia.

6.111 El Canadá señala que no hay ninguna disposición en las normas de la OMC que obligue a un grupo especial a considerar enfoques alternativos respecto a una cuestión que no han sido propuestos por las partes, especialmente después de que el grupo especial haya constatado que el o los reclamantes no han expuesto sus argumentos en relación con esa cuestión. El Canadá recalca que los grupos especiales no están facultados para formular los argumentos por ninguna de las partes. Además, remitiéndose entre otras a las diferencias *CE - Sardinas* y *Japón - DRAM*[26], el Canadá sostiene que está firmemente establecido que no se ha previsto que la etapa intermedia de reexamen de un procedimiento se utilice para modificar la decisión de un grupo especial, volver a plantear los argumentos, presentar nuevas pruebas o esgrimir nuevos argumentos. Según el Canadá, el reexamen intermedio se limita a reexaminar "aspectos concretos" de un informe. Por último, mantiene que está fuera de lugar el recurso de la Unión Europea al asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* para respaldar su argumento de que el Grupo Especial debe recabar nueva información. En este sentido, el Canadá señala que en el presente procedimiento el análisis del Grupo Especial equivale a un "examen de referencias teóricas después de sus constataciones sobre la cuestión del beneficio", mientras que en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Grupo Especial utilizó un método que no había propuesto ninguna de las partes ni había debatido con ellas antes de que el Grupo Especial lo utilizara para formular sus constataciones. El Canadá sostiene que, por todas estas razones, se deben rechazar en su totalidad las peticiones de reexamen de los reclamantes.

6.112 Las peticiones de reexamen intermedio de los párrafos 7.322-7.326 (ahora párrafos 7.322-7.328) presentadas por los reclamantes se centran en las observaciones que hacen la mayoría de los integrantes del Grupo Especial en estos párrafos sobre cómo consideran ellos que se podría haber abordado la cuestión del beneficio en las presentes diferencias. Como ya hemos

[25] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 1145.

[26] En particular, informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 301; e informe del Grupo Especial, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 6.2.

explicado[27], el Grupo Especial estima que no hay ninguna disposición en las normas de la OMC que *obligue* a un grupo especial a examinar argumentos alternativos para justificar una alegación cuando esos argumentos no los han presentado las partes. No obstante, en vista de las explícitas solicitudes de los reclamantes de que el Grupo Especial explique su propia posición sobre la cuestión del beneficio en caso de que rechace la considerable y diversa serie de comunicaciones que ellos mismos han presentado sobre la cuestión, la mayoría del Grupo Especial decidió exponer sus propias observaciones sobre un enfoque que estima que se podría haber seguido válidamente en el presente procedimiento. La mayoría del Grupo Especial lo hizo teniendo presentes sus deberes y obligaciones de conformidad con el ESD[28], que incluyen la obligación de no hacer una presunción *prima facie* por la parte a la que le corresponde hacerlo.[29]

6.113 Como se desprende del texto utilizado por el Grupo Especial para redactar sus conclusiones y recomendaciones generales en la sección 8 de los informes respectivos, las observaciones de la mayoría del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.322-7.326 (ahora párrafos 7.322-7.328) no forman parte de las *constataciones y conclusiones* de esa mayoría sobre la cuestión del beneficio, ni se debe considerar que forman parte de ellas. Antes bien, se debe considerar que son un intento de la mayoría del Grupo Especial de responder a las solicitudes específicas de las partes de una forma compatible con las funciones y obligaciones que corresponden a los grupos especiales a tenor de las normas de la OMC. Dicho de otro modo, las observaciones de la mayoría del Grupo Especial no forman parte de su "análisis del beneficio" *a efectos de determinar el fondo de las alegaciones de los reclamantes*. Por esta razón no hay base alguna para que el Grupo Especial acepte las peticiones de reexamen de los reclamantes. Por consiguiente, en la medida en que las peticiones de reexamen intermedio presentadas por los reclamantes se basan en la tesis de que las observaciones de la mayoría del Grupo Especial representan *constataciones* reales sobre el fondo de sus argumentos relativos a la existencia de subvención que debe ser ampliadas o tratadas con más detalle a fin de "completar el análisis del beneficio", no pueden ser aceptadas. En cualquier caso, consideramos que determinados aspectos de las solicitudes de los reclamantes de que el Grupo Especial tenga en cuenta hechos concretos que supuestamente ya constan en el expediente, así como la solicitud de la Unión Europea de que el Grupo Especial recabe información adicional, exceden del ámbito del procedimiento de reexamen intermedio. En este sentido coincidimos con el Canadá en que está firmemente establecido que no se ha previsto que la etapa intermedia de reexamen de un procedimiento se utilice para volver a esgrimir argumentos, presentar nuevos argumentos o introducir pruebas nuevas. En consecuencia, también por esta razón hemos rechazado las solicitudes de los reclamantes.

6.114 Para aclarar que las observaciones de la mayoría del Grupo Especial no son *constataciones* sobre el fondo de los argumentos de las partes relativos a la existencia de subvención, hemos introducido varios cambios en los párrafos 7.321 y 7.325 (ahora párrafos 7.321 y 7.325-7.327). También hemos modificado el párrafo 7.325 (ahora párrafos 7.325-7.327) para reflejar algunos de los hechos que los reclamantes han señalado en las observaciones formuladas en el marco del reexamen intermedio que la mayoría del Grupo Especial no tuvo plenamente en cuenta con anterioridad.

[27] Véase *supra*, párrafo 6.104.
[28] Artículo 11 del ESD.
[29] Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129.

VII. CONSTATACIONES DEL GRUPO ESPECIAL

A. INTRODUCCIÓN

1. Principios generales de interpretación de los tratados, norma de examen aplicable y carga de la prueba

a) Interpretación de los tratados

7.1 Con respecto a la cuestión de la interpretación jurídica, en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD se declara que los Miembros reconocen que el sistema de solución de diferencias sirve para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Está generalmente aceptado que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena")[30] es generalmente aceptado como una de esas normas usuales. El texto del párrafo 1 de esta norma es el siguiente:

> Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

7.2 Hay un cuerpo considerable de jurisprudencia de la OMC que se refiere a la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena en la solución de diferencias de la OMC. Es evidente que la interpretación debe basarse fundamentalmente en el texto de tratado[31], pero que el contexto de éste también desempeña un papel importante. Es asimismo una norma consagrada que los principios usuales de interpretación de los tratados "ni exigen ni aprueban que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él".[32] Además, los grupos especiales "deben guiarse por las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena y no deben aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones previstos en el Acuerdo sobre la OMC".[33]

b) Norma de examen

7.3 Los grupos especiales están obligados en general por la norma de examen establecida en el artículo 11 del ESD, que dispone en su parte pertinente que:

> [C]ada grupo especial deberá hacer una *evaluación objetiva del asunto* que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos ... (sin cursivas en el original)

7.4 La obligación impuesta por el artículo 11 del ESD incluye el examen de todos los aspectos del asunto, tanto fácticos como jurídicos, e implica, entre otras cosas, que un grupo especial debe examinar las cuestiones planteadas, sin sobrepasar los límites de su mandato. El artículo 11 dispone asimismo que los grupos especiales deberán formular también otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.

---

[30] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena, el 23 de mayo de 1969, Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27.

[31] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 14.

[32] Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 45.

[33] Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 46.

c) Carga de la prueba

7.5 Los principios generales aplicables a la atribución de la carga de la prueba en la solución de diferencias de la OMC exigen que la parte que alegue una infracción de una disposición de un acuerdo de la OMC afirme y pruebe su alegación.[34] Por lo tanto, corresponde a los reclamantes la carga de demostrar que las medidas impugnadas son incompatibles con el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994. El Órgano de Apelación ha declarado que un reclamante satisfará la carga que le corresponde cuando haga una acreditación *prima facie*, es decir, una acreditación que requiera, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el grupo especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante.[35] Por último, en general, corresponde a la parte que afirma un hecho aportar la prueba correspondiente.[36]

2. Medidas en litigio y resumen de las alegaciones

7.6 Los reclamantes han planteado estas diferencias contra el Canadá a fin de impugnar la compatibilidad con las normas de la OMC del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" prescrito en el marco del Programa TR adoptado por el Gobierno de la provincia de Ontario[37] en 2009, así como de todos los contratos TR y microTR individuales que aplican esta prescripción desde que se inició el Programa TR ("las medidas en litigio" o "las medidas impugnadas"). Según los reclamantes, el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" hace que el Programa TR, y todos los contratos TR y microTR pertinentes relativos a proyectos de producción de electricidad que utilizan tecnología solar FV o eólica[38], sean medidas incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994"), medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio ("MIC"), incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (el "Acuerdo sobre las MIC"), y subvenciones prohibidas según los términos de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (el "Acuerdo SMC").

7.7 No obstante, a lo largo de estas actuaciones, los reclamantes han puesto de relieve que, al cuestionar la compatibilidad con las normas de la OMC de las medidas impugnadas, no ponen en duda la legitimidad de los objetivos que intenta alcanzar el Gobierno de Ontario mediante el Programa TR de reducir las emisiones de carbono y promover la producción de electricidad de fuentes renovables. En particular, el Japón ha explicado que "el Japón no está en desacuerdo con el objetivo declarado por Ontario de fomentar la generación de energía renovable"[39] ni con "la intervención del gobierno como tal para internalizar las externalidades positivas de las tecnologías de producción de energía renovable".[40] Asimismo, la Unión Europea no "cuestiona el objetivo general del Programa TR, ayudar a impulsar un suministro eléctrico procedente de fuentes de energía renovables" y pone de relieve que "se trata de un objetivo legítimo y válido y ... los Miembros de la OMC pueden

[34] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.
[35] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104.
[36] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.
[37] No se discute que, de conformidad con el derecho internacional público, el Canadá es responsable de las acciones del Gobierno de la provincia de Ontario ("Gobierno de Ontario").
[38] El "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" se establece para las instalaciones de producción de energía solar FV que funcionan en el marco de un contrato TR o microTR, así como para las instalaciones de producción de energía eólica que funcionan en el marco de un contrato TR. El Programa TR y los contratos TR y microTR, incluido el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional", se describen con mayor detalle más adelante, en los párrafos 7.64-7.68, 7.158-7.166 y 7.195-7.219.
[39] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 3.
[40] Respuesta del Japón a la pregunta 44 del Grupo Especial (primera serie).

y deben apoyarlo activamente".[41] Lo que cuestionan los reclamantes es únicamente el elemento de las medidas impugnadas que supuestamente distorsiona el comercio, que identifican como el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" aplicado mediante el Programa TR y los contratos TR y microTR. Según los reclamantes, este aspecto de las medidas impugnadas concede una forma de protección incompatible con las normas de la OMC a los fabricantes de determinados tipos de equipo utilizado para producir electricidad a partir de energía solar y eólica ("equipo de producción de energía renovable") ubicados en Ontario, en detrimento de las ramas de producción competidoras de otros Miembros de la OMC y, por lo tanto, debería ser eliminado.[42] Así pues, como ha declarado el Japón[43], no es posible caracterizar debidamente estas diferencias como diferencias sobre "comercio y medio ambiente" sino que, en cambio, se las debería considerar diferencias sobre "comercio e inversiones".

3. Resoluciones preliminares

7.8 El Grupo Especial anunció sus conclusiones sobre el fundamento de las solicitudes de resoluciones preliminares formuladas por el Canadá en la sesión inicial de la primera reunión sustantiva con las partes, celebrada el 27 de marzo de 2012. El Grupo Especial desestimó las solicitudes del Canadá al constatar que los fundamentos de derecho de las alegaciones sobre subvenciones prohibidas formuladas por los reclamantes estaban descritos en sus respectivas solicitudes de establecimiento de un grupo especial con claridad suficiente para "presentar el problema con claridad". Posteriormente, el Grupo Especial trasladó por escrito sus resoluciones preliminares a las partes el 11 de mayo de 2012. Después de celebrar consultas con las partes, el Grupo Especial decidió: a) distribuir sus resoluciones preliminares a todos los Miembros; y b) que las resoluciones preliminares distribuidas serían parte integrante de los informes definitivos del Grupo Especial, con sujeción a cualquier revisión necesaria a la luz de las observaciones recibidas de las partes durante el reexamen intermedio. Las resoluciones preliminares del Grupo Especial se distribuyeron el 25 de mayo de 2012 en los documentos WT/DS412/8 y WT/DS426/7.

4. Antecedentes de hecho

a) Introducción

7.9 Como ya se ha dicho, estas diferencias se refieren al "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" que aplica la provincia de Ontario, en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR, en relación con determinadas instalaciones de producción de electricidad que utilizan tecnología solar FV y eólica. Para entender completamente esas medidas y evaluar debidamente el fundamento de las alegaciones formuladas por los reclamantes, a nuestro juicio, es esencial comprender la función que desempeñan en el sistema eléctrico de Ontario. Para ello, creemos que es importante apreciar no sólo cómo funciona actualmente el sistema eléctrico de Ontario y cómo ha evolucionado a lo largo del tiempo, sino también las principales características y rasgos de la electricidad y los sistemas de electricidad en general. La complejidad de los sistemas de electricidad y la manera en que se determinan en Ontario los precios de la electricidad son de interés para gran parte de nuestro análisis de las alegaciones formuladas por los reclamantes. Por ello, en la sección de nuestros informes que figura a continuación, exponemos lo que consideramos los antecedentes de

[41] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 2; y declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 3.

[42] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 1-3; declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 5; primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 2-6; y segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 1.

[43] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 3.

hecho generales a partir de los cuales examinaremos y evaluaremos los argumentos de las partes.[44] Comenzaremos por reseñar las características fundamentales de la electricidad y los sistemas de electricidad en general antes de describir brevemente la historia del sistema eléctrico de Ontario y, a continuación, pasaremos a explicar la estructura y el funcionamiento del sistema eléctrico que existe actualmente en Ontario basándonos considerablemente en la descripción proporcionada por el Japón en su primera comunicación escrita.[45] La sección termina con un breve resumen de las características básicas de las medidas impugnadas: el Programa TR y los contratos TR y microTR.

b) La electricidad y los sistemas de electricidad

7.10 La electricidad es el fluido vital de la sociedad moderna. Sin embargo, no puede percibirse a simple vista y con frecuencia pasa desapercibida en la vida diaria de miles de millones de personas. No obstante, no cabe duda de que los sistemas de electricidad fiables son el motor que impulsa las economías en el mundo entero, proporcionando energía a una multitud de consumidores para una multiplicidad de usos y aplicaciones en los hogares, las fábricas, las oficinas, las explotaciones agrícolas, los sistemas de transporte y las redes de telecomunicaciones. La producción de la mayor parte de las mercancías depende de la electricidad, al igual que servicios esenciales que van de la asistencia sanitaria a la banca. Ha habido pocos descubrimientos que puedan jactarse de tener una gama tan amplia de efectos en la calidad de la vida humana como la electricidad.

7.11 La electricidad tiene varias propiedades específicas en comparación con otras mercancías.[46] El suministro seguro, inocuo, fiable y sostenible de electricidad exige la existencia de un gran sistema que ha de estar en constante funcionamiento para garantizar que siga estando activo. En general, la electricidad es una forma de energía fiable, pero es también sumamente peligrosa si no se toman medidas para que no se produzcan en el sistema fugas accidentales. Una característica física decisiva de la electricidad es que es intangible y, con determinadas excepciones limitadas, no puede almacenarse eficazmente.[47] Es en particular esta última característica la que hace que la electricidad

[44] Los hechos que se describen en esta sección se seguirán explicando y detallando en la medida necesaria en el curso de nuestra evaluación de los argumentos de las partes en el resto de estos informes.

[45] Señalamos que la descripción fáctica del sistema eléctrico de Ontario hecha por el Japón fue adoptada por la Unión Europea como parte de sus argumentos en estas actuaciones y, en gran medida, no ha sido impugnada por el Canadá.

[46] Señalamos que nadie discute en estas diferencias que la electricidad generada por las instalaciones de producción de electricidad (lo que las partes denominan "el producto básico" electricidad) es una mercancía y un producto a efectos de los acuerdos abarcados de que se trata. De hecho, tanto la Unión Europea como el Canadá aducen que lo es. Al hacerlo, la Unión Europea explica que varios Miembros de la OMC (incluidos la Unión Europea y los Estados Unidos) se han basado en la partida discrecional "energía eléctrica" contenida en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías para asumir compromisos arancelarios con respecto a la electricidad en sus Listas del GATT o, como en el caso del Canadá, para incluir simplemente la línea arancelaria pertinente sin establecer una consolidación de aranceles. Aunque declara expresamente que el Japón no adopta una posición sobre la cuestión de si la electricidad es una mercancía o un producto, el Japón describe la electricidad generada por instalaciones de producción como un "producto básico" y reconoce que se trata como una mercancía en la partida discrecional contenida en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. Es importante, a nuestro juicio, el hecho de que el Japón no ha respondido en ninguna etapa de estas actuaciones al argumento canadiense de que las medidas impugnadas implican compras de *mercancías* por el Gobierno rechazando la afirmación del Canadá de que la electricidad es una mercancía y un producto. Véanse la respuesta del Japón a las preguntas del Grupo Especial 43 (primera serie) y 51 (segunda serie); la primera comunicación escrita del Japón, párrafos 85, 96, 97, 99 y 224; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 51 del Grupo Especial (segunda serie); y la respuesta del Canadá a la pregunta 51 del Grupo Especial (segunda serie).

[47] Las instalaciones hidroeléctricas de acumulación por bombeo proporcionan un medio limitado de almacenar electricidad. Esas instalaciones utilizan la electricidad para bombear agua en depósitos situados a mayor altura cuando la demanda es reducida y la liberan a través de turbinas para generar electricidad durante

deba producirse precisamente en el momento en que la consumen los usuarios finales. La electricidad se suministra a los consumidores a través del funcionamiento de una gran infraestructura integrada de líneas de transmisión de alta tensión (que conectan a los productores con los distribuidores y los grandes consumidores) y líneas de distribución de más baja tensión que, en último término, proporcionan conexión con los consumidores individuales.[48] Esto se denomina generalmente red y requiere la existencia de una vasta infraestructura de equipo complementario para asegurar su funcionamiento. El acceso a esa red, ya sea para suministrarle electricidad o para extraer electricidad de ella, tiene que estar rigurosamente controlado a fin de garantizar la integridad del sistema en su conjunto. Las redes de suministro de electricidad sufrirán fallos si el volumen de electricidad demandado (denominado "carga" en la terminología de la rama de producción) es superior o inferior al volumen de electricidad suministrado durante un cierto tiempo.[49] Por lo tanto, es necesario mantener continuamente un equilibrio oferta-demanda entre los productores y los consumidores, tarea que se ve complicada por las fluctuaciones diarias de la demanda de electricidad y por los límites físicos de la capacidad de las líneas de transmisión y distribución. Cuando se producen desequilibrios importantes, las redes de electricidad pueden desestabilizarse, lo cual da lugar a disminuciones del suministro de energía, a apagones o, en casos extremos, a la interrupción del suministro de energía a todos los consumidores.[50] Si hay un fallo importante de una red, se puede tardar un período de tiempo considerable en volver a ponerla en funcionamiento, lo cual desorganizará gravemente las economías y sociedades modernas.

7.12 Una importante consecuencia de la necesidad de mantener un equilibrio continuo entre la oferta y la demanda de la totalidad de un sistema eléctrico es que no puede haber intercambios bilaterales no coordinados entre compradores y vendedores. En otros términos, dada la manera en que la electricidad debe producirse y consumirse, por lo general no es posible que un consumidor individual celebre un contrato de suministro individual con uno o varios productores concretos. Como resultado, 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 (más las pérdidas de transmisión inevitables) y que se respetan las limitaciones físicas del sistema eléctrico.[51]

7.13 El hecho de que no existan sustitutos próximos de la electricidad, combinado con la falta de señales de precios que puedan observar fácilmente los usuarios finales en general, implica que 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. Una pauta típica de la demanda de electricidad en un día laborable en Ontario indicaría que el mayor volumen de electricidad se consume

---

los períodos de máxima demanda. William W. Hogan, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 de diciembre de 2011, Canadá - Prueba documental 2 ("Hogan Report" (Informe Hogan)), nota 6. El Profesor William W. Hogan ocupa la Cátedra Raymond Plank de Política de la energía global en la Universidad de Harvard donde, entre otras cosas, desempeña el cargo de Director de Investigaciones del Electricity Policy Group de Harvard. El Profesor Hogan ha participado activamente en el diseño y el mejoramiento de mercados de electricidad competitivos en muchas regiones de los Estados Unidos y en el mundo entero, de Inglaterra a Australia. Entre sus actividades se cuentan el diseño de estructuras de mercado y normas de mercado mediante las cuales organizaciones de transmisión regionales de diversas formas coordinan mercados de energía basados en licitaciones, servicios auxiliares y derechos financieros de transmisión.

[48] La electricidad también puede obtenerse mediante instalaciones de cogeneración. Véase Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6.

[49] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 13.

[50] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 13.

[51] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 12.

durante las horas de luz diurna y que el consumo aumenta constantemente desde las cinco de la mañana y alcanza el punto máximo alrededor de las cinco de la tarde.[52]

7.14 El hecho de que la electricidad no pueda almacenarse en grandes cantidades y de que la demanda de electricidad fluctúe a lo largo de cada día significan que deben desarrollarse formas específicas de capacidad de producción a fin de dar cabida a esa fluctuación. Además, para que una red funcione, tiene que mantenerse operativa o "activa" de manera continua. Por lo tanto, a fin de satisfacer la demanda, los sistemas de electricidad utilizan una combinación de tecnologías de producción, cada una de ellas con estructuras de costos y requisitos operacionales diferentes. Según la práctica de la rama de producción, 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 variables. La fiabilidad de la producción de una instalación se mide por su "factor de capacidad", que se define como el porcentaje de horas en que es capaz de funcionar durante el año.

7.15 La producción de carga básica es la parte de la combinación de suministro de un sistema eléctrico que se espera que pueda funcionar en todo momento, es decir, durante los períodos tanto de demanda reducida como de demanda alta. La producción de carga básica se caracteriza habitualmente por sus altos costos fijos, sus bajos costos marginales y sus factores de capacidad elevados. Las plantas hidroeléctricas y nucleares, que tienen ambas grandes costos hundidos y costos mínimos de combustible, son los mejores ejemplos de productores de energía de carga básica, pero hay también otras tecnologías (por ejemplo, las basadas en el carbón) que pueden desempeñar esa función, según cuál sea la combinación de suministro de energía en una jurisdicción determinada y el costo del combustible. Aunque los productores de carga básica tienen altos factores de capacidad, su capacidad de despacho suele ser más limitada. Las centrales hidroeléctricas son una excepción, ya que su producción puede aumentarse o reducirse en un período relativamente corto.

7.16 La producción de carga intermedia suministra energía cuando la demanda del sistema se sitúa por encima del nivel mínimo pero todavía por debajo del nivel máximo. Se caracteriza generalmente por sus costos fijos y marginales moderados. Con frecuencia se utilizan centrales de carbón para la producción de carga intermedia pero las mejoras de la eficiencia de las centrales de gas natural y el descenso de los precios del combustible han hecho que el gas natural se convierta en una opción viable de suministro intermedio. Las plantas alimentadas por carbón tienen una capacidad de despacho inferior a la de las plantas de gas natural pero superior a la de las plantas nucleares.

7.17 Los productores de carga máxima suelen tener costos fijos inferiores a los de los otros tipos de instalaciones, costos marginales relativamente altos y una elevada capacidad de despacho. Estos productores pueden funcionar sólo con poca frecuencia, habitualmente en los momentos en que la demanda se sitúa cerca del límite de la capacidad de todo el sistema.

7.18 Hasta una época bastante reciente, se ha considerado tradicionalmente que una combinación de las tecnologías de producción "convencionales" arriba descritas proporcionaba la manera más eficiente desde el punto de vista económico de producir energía para obtener sistemas de electricidad fiables. No obstante, preocupaciones acerca de los efectos ambientales y el costo de determinadas tecnologías se han convertido cada vez más en consideraciones fundamentales para la elección de una combinación de suministro.[53] Para abordar esas preocupaciones, los sistemas de electricidad de todo

[52] Puede verse una reproducción gráfica de las pautas de la demanda de electricidad en un día laborable de verano y de invierno en Ontario más adelante, en el párrafo 7.279.

[53] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 6.

el mundo han comenzado a incluir gradualmente tecnologías de energía renovable en su combinación de producción.

7.19 Las instalaciones de producción que utilizan tecnologías de energías renovables, como la tecnología solar FV y eólica, se parecen a las productoras de carga básica en el hecho de que la mayor parte de sus costos son costos de capital, y los costos del combustible son mínimos o inexistentes. No obstante, se diferencian de las que producen carga básica en que la utilización de su capacidad es menor debido a su producción intermitente. Las turbinas eólicas sólo producen electricidad cuando sopla el viento, y ese momento puede coincidir o no coincidir con la demanda de los consumidores. A diferencia de la energía eólica, que se caracteriza por la incertidumbre de su producción, la energía solar FV es más previsible y se produce en su totalidad durante el día y no por la noche. Un inconveniente de la producción de energía solar es que desciende precisamente en el momento en que aumenta la demanda diaria cuando se pone el sol, y los hogares y las empresas encienden sus luces. El hecho de que el ritmo de producción de la energía solar se oponga a los perfiles de carga diarios obliga a los productores convencionales a intensificar su producción por la noche a fin de compensar la pérdida de producción de los productores de energía solar. Como resultado, las instalaciones de producción que utilizan tecnologías solar FV y eólica pueden tenerse que emparejar con productores convencionales a fin de reducir al mínimo las posibilidades de interrupciones del suministro.[54]

7.20 Hasta los años setenta, en la mayor parte de los países, la producción de electricidad estuvo dominada por monopolios integrados verticalmente estructurados como empresas de propiedad estatal o monopolios privados regulados. Los monopolios se toleraban debido a la creencia de que sólo un gran productor único podía obtener economías de escala en el sector de la electricidad. Los avances de la tecnología de producción y el deseo de los proveedores privados de tener pleno acceso a las redes de transmisión pusieron finalmente fin a este consenso. Desde los años setenta, muchos países han reestructurado sus sistemas de electricidad para incorporar diversos elementos de competencia.

c) La electricidad en Ontario

i) De 1906 a 2002

7.21 Los orígenes del sistema eléctrico de Ontario pueden situarse en 1906, año en el que el Gobierno de Ontario estableció la Comisión de Energía Hidroeléctrica de Ontario ("HEPCO") como "primer servicio de electricidad de propiedad pública del mundo".[55] En sus primeros años, el sistema eléctrico de Ontario se basó casi totalmente en la energía hidroeléctrica pero, a medida que crecía la demanda de electricidad, la provincia optó por diversificar su combinación de suministro, agregándole plantas alimentadas por carbón durante los años cincuenta y plantas nucleares en los años setenta.[56] En 1974, la HEPCO fue reconocida como una "empresa de la Corona" y cambió de nombre para denominarse Ontario Hydro .

7.22 Como servicio público integrado verticalmente con funciones de producción, transmisión y distribución, Ontario Hydro dominó el sector de la electricidad hasta que la *Ley de competencia en el sector de la energía de 1998*, que puso en vigor la *Ley de electricidad de 1998*, autorizó su "desglose" en cinco entidades sucesoras.[57] En aquellos momentos, gran parte de la estructura de la electricidad

[54] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 11.
[55] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 5.
[56] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 5.
[57] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 5.

en Ontario, incluidas las centrales alimentadas por carbón, debía ser renovada o sustituida.[58] Además, los costos superiores a los previstos del programa nuclear de Ontario Hydro habían dejado al servicio público en una situación de gran endeudamiento, lo cual proporcionaba un fuerte incentivo para realizar reformas orientadas al mercado en una dirección similar a las que se habían ensayado en otras jurisdicciones.[59] Las entidades sucesoras de Ontario Hydro fueron: i) la Administración Independiente del Mercado (que en 2005 pasó a denominarse Administración Independiente del Sistema Eléctrico (véase *infra*)), encargada de administrar el mercado mayorista de electricidad de Ontario y dirigir la corriente de electricidad de los productores a los consumidores a través del sistema de transmisión; ii) la Ontario Power Generation ("OPG"), heredera de los activos de producción de Ontario Hydro que, en aquel momento, representaban aproximadamente el 90% de la capacidad de generación de electricidad de Ontario; iii) Hydro One Inc. ("Hydro One"[60]), que se encargó de la red de transmisión y las actividades de distribución local rural de Ontario Hydro; iv) la Ontario Electricity Financial Corporation ("OEFC"[61]), que heredó otros activos y deudas de Ontario Hydro, incluidos los contratos con productores sin vocación de servicio público ("NUG"[62]) y 20.000 millones de dólares canadienses de deuda inmovilizada; y v) el Organismo de Seguridad Eléctrica, que fue encargado de la regulación de la seguridad del sistema.[63] Además, la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998* designó a la OEB organismo regulador del nuevo mercado de la electricidad, con la facultad de, entre otras cosas, aprobar determinadas tarifas y precios aplicables en el mercado.[64]

ii) El mercado mayorista competitivo de 2002[65]

7.23 Después de varios años de preparativos, el mercado mayorista competitivo de electricidad de Ontario inició sus operaciones en mayo de 2002. Se esperaba que la reestructuración del sector de la electricidad atraería inversiones privadas hacia las actividades de producción pero, pese a un aumento del 30% del precio de la electricidad en los meses siguientes a la apertura del mercado, las inversiones previstas no se materializaron. En lugar de ello, los precios de la electricidad relativamente altos, causados por el aumento de la demanda debido a las elevadas temperaturas sin precedentes registradas en Ontario durante el verano de 2002, llevaron al Gobierno de aquella época a congelar temporalmente dichos precios para los consumidores residenciales, institucionales y que eran pequeñas empresas.[66]

---

[58] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 5; y Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 19.

[59] Véase, por ejemplo, el Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 18 y 19; y el Report of the Advisory Committee on Competition in Ontario's Electricity System to the Ontario Minister of Environment and Energy ("A Framework for Competition" (Un marco para la competencia)), mayo de 1996 Canadá - Prueba documental 3, páginas 27 y 28.

[60] La estructura empresarial básica de Hydro One y la naturaleza de sus operaciones actuales en Ontario se examinan más adelante, en los párrafos 7.34 y 7.35 y 7.234-7.238.

[61] La estructura empresarial básica de la OEFC y la naturaleza de sus operaciones actuales en Ontario, en la medida que son pertinentes en relación con los argumentos formulados en las presentes actuaciones, se examinan con mayor detalle más adelante, en el párrafo 7.43.

[62] La función de los productores paralelos de energía (NUG) en el sistema de energía de Ontario se examina más adelante, en los párrafos 7.26 y 7.31.

[63] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 20 y 21.

[64] Ontario Energy Board Act of 1998 (Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998), Japón - Prueba documental 6.

[65] La experiencia inicial del mercado mayorista competitivo de Ontario se examina y analiza con mayor detalle más adelante, en los párrafos 7.285-7.292.

[66] Comisión de la Energía de Ontario, "History of the OEB" (Historia de la OEB), Canadá - Prueba documental 17, página 2.

7.24 Como resultado de los problemas con que se enfrentó durante la experiencia inicial del mercado de 2002, el Gobierno de Ontario decidió reestructurar de nuevo el sistema eléctrico de Ontario en 2004 y, con ese objeto, promulgó la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* a fin de "reestructurar el sector de la electricidad de Ontario para promover el aumento del suministro y la capacidad de generación de electricidad, incluidos el suministro y la capacidad procedentes de fuentes de energía alternativas y renovables, facilitar la gestión de la carga y la gestión de la demanda de electricidad, fomentar la conservación de la electricidad y el uso eficiente de ésta y regular los precios en una parte del sector de la electricidad".[67] Una de las reformas fundamentales introducidas por la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* fue la creación del Organismo de Energía de Ontario ("OPA"), al que se confiaron varias funciones importantes, incluidas la planificación general a largo plazo del sistema, las actividades encaminadas a apoyar la obtención de un suministro de electricidad suficiente, fiable y seguro y la promoción de la diversificación de la oferta de electricidad de Ontario con especial hincapié en la energía renovable y limpia.[68] La *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* estableció las bases del sistema eléctrico que funciona actualmente en Ontario.

iii) El actual sistema eléctrico "híbrido" de Ontario

7.25 En su estructura actual, el sistema eléctrico de Ontario se ha descrito como un sistema parcialmente liberalizado "híbrido"[69] en el que entidades tanto públicas como privadas participan en las actividades básicas de producción, transmisión, distribución y venta al por menor. Aunque el sistema está lejos de estar dominado por el Gobierno como lo estuvo durante sus ocho primeras décadas de actividad, el Gobierno de Ontario sigue desempeñando una función decisiva en todos los aspectos de su funcionamiento. En las secciones siguientes se describen los participantes fundamentales en ese sistema y sus interacciones.

Producción

7.26 Al final del año 2010, había en Ontario aproximadamente 34.700 MW de capacidad de producción instalada.[70] Esta capacidad puede dividirse en términos generales entre tres grupos de productores[71]: i) los activos de la OPG propiedad del Gobierno, que, como ya se ha dicho, son los antiguos activos de producción de Ontario Hydro; ii) los NUG, que son productores privados que concertaron contratos de suministro con Ontario Hydro en los años ochenta y noventa; y iii) los productores de energía independientes ("IPP"), que son todos los demás productores de Ontario que iniciaron sus operaciones cuando se reestructuró el mercado al por mayor. Entre los IPP figuran los productores que funcionan en el marco del Programa TR.

[67] Highlights of the *Electricity Restructuring Act of 2004* (Puntos destacados de la *Ley de restructuración del sector eléctrico de 2004*), sitio Web de la OEB, Japón - Prueba documental 9. Véase también *Electricity Restructuring Act of 2004* (*Ley de reestructuración de la electricidad de 2004*), S.O. 2004, c. 23, Canadá - Prueba documental 18, artículo 1(a).

[68] *Electricity Act of 1998* (*Ley de electricidad de 1998*), capítulo 15, anexo A, modificada, Japón - Prueba documental 5, artículo 25.2.

[69] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 21.

[70] Power Outlook: Winter 2010-2011 ("IESO Power Outlook" (Perspectivas de la energía de la IESO)), Japón - Prueba documental 10.

[71] Overview of Electricity Regulation in Canada (Panorama general de la regulación de la electricidad en el Canadá), Blakes, Japón - Prueba documental 7, páginas 11-13; y Quick Takes: Electricity Pricing (Noticias rápidas: La fijación de los precios de la electricidad), Nº 19, sitio Web de la IESO, Japón - Prueba documental 3, páginas 2 y 3.

7.27 La OPG es una empresa totalmente propiedad del Gobierno de Ontario que posee tres instalaciones de producción nucleares, cinco térmicas, 65 hidroeléctricas y dos de energía eólica.[72] En 2010, la OPG generó aproximadamente el 58% de toda la electricidad producida en Ontario. Las instalaciones de producción nucleares e hidroeléctricas de carga básica se clasifican como "activos regulados de la OPG". Los precios que percibe la OPG por la electricidad que producen esas instalaciones son establecidos por la Comisión de la Energía de Ontario ("OEB")[73] sobre la base del principio de "recuperación de los costos y un margen de rentabilidad".[74] Para 2011, la rentabilidad del capital percibida por los activos regulados de la OPG fue fijada por la OEB en el 9,43%.[75] No obstante, los pagos percibidos por la OPG por el suministro de electricidad procedente de sus otras instalaciones hidroeléctricas y alimentadas por carbón "no reguladas", que representan el 8% de la producción de electricidad en Ontario, no están orientadas por el principio de recuperación de los costos y un margen. Estos activos reciben el precio horario de la energía de Ontario ("HOEP"[76]), que generalmente es inferior al precio regulado que obtienen los activos regulados de la OPG. El Canadá explica que los activos no regulados de la OPG reciben el HOEP porque "la mayor parte de ellos son instalaciones propiedad del Estado [que] tienen más de 60 años, y los costos de capital de esas instalaciones se han amortizado en gran medida.[77] Análogamente, las instalaciones alimentadas por carbón de la OPG reciben el HOEP porque, de nuevo, son instalaciones "cuyos costos se han amortizado en gran medida", o un precio contratado con la OEFC que permite a la OPC recuperar sus costos.[78] En 2014 se pondrá fin a las operaciones de estos activos alimentados por carbón no regulados.[79]

7.28 El resto de los productores que funcionan en Ontario representa el 42% del suministro de electricidad. De ellos, 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

[72] La OPG fue establecida de conformidad con la parte IV.1 de la *Ley de electricidad de 1998*. Japón - Prueba documental 5. Véase también OPG Investor Relations (Relaciones con los inversores), sitio Web de la OPG, Japón - Prueba documental 14.

[73] La naturaleza de las operaciones de la OEB y la relación de ésta con el Gobierno de Ontario se examinan más adelante, en el párrafo 7.42.

[74] Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial (primera serie).

[75] OEB, "In the Matter of an Application by Ontario Power Generation Inc., Payment Amounts for Prescribed Facilities for 2011 and 2012: Decision with Reasons", EB-2010-0008, 10 de marzo de 2011 ("OEB Decision on Payment Amounts for Prescribed Facilities for 2011 and 2012" (Decisión de la OEB sobre las cuantías de los pagos para instalaciones prescritas para 2011 y 2012)), Canadá - Prueba documental 65, página 122. El 1º de marzo de 2011, se pagaban a la OPG 5,59 centavos de dólares canadienses y 3,41 centavos de dólares canadienses por cada kWh de electricidad producido, respectivamente, por sus activos nucleares e hidroeléctricos regulados. Véase la primera comunicación escrita del Japón, párrafo 36; y la "OEB Payment Amounts Order" (Orden sobre la cuantía de los pagos) (EB 2010-0008), Comisión de la Energía de Ontario, 11 de abril de 2011, Japón - Prueba documental 19, páginas 4 y 5.

[76] El HOEP es el precio de la electricidad comprada y vendida a través del funcionamiento del mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO. El HOEP medio recibido por los activos no regulados de la OPG en 2010 fue de 3,7 centavos de dólares canadienses/kWh. OPG Fact Sheet: Year End 2010 ("2010 OPG Fact Sheet" (Hoja informativa de la OPG: final de 2010)), Japón - Prueba documental 15. Los mecanismos utilizados para determinar el HOEP, así como la pertinencia de éste para los precios pagados a los productores por la electricidad suministrada a la red de electricidad de Ontario, se examinan más adelante, en los párrafos 7.45-7.53.

[77] Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial (primera serie).

[78] El HOEP medio recibido por estos activos en 2010 fue de 4,3 centavos de dólares canadienses/kWh, 2010 OPG Fact Sheet, Japón - Prueba documental 15.

[79] Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial (primera serie).

natural[80]; las Solicitudes de propuestas I, II y III en relación con el suministro de energía renovable ("RES")[81]; la iniciativa sobre contratos hidroeléctricos ("HCI") para instalaciones hidroeléctricas no propiedad de la OPG conectadas a la red[82]; las Solicitudes de propuestas I, II y III en relación con la cogeneración de energía térmica y eléctrica ("CHP")[83]; el Programa de oferta normalizada de energía renovable ("RESOP")[84]; y el Programa TR.

7.29 En el marco de las iniciativas CES y 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. Los precios pagados a los productores que funcionan en el marco de las iniciativas HCI y CHP fueron negociados con el OPA y, según el Canadá, tomaron por lo general como guía las tarifas abonadas en el marco de contratos competitivos, determinadas mediante una solicitud de propuestas.[85] 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. En el caso del Programa TR, el precio recibido por los productores habilitados está orientado por el principio de recuperación de los costos y un margen.[86] La tasa de rentabilidad del capital después de deducidos los impuestos utilizada para elaborar la lista de precios TR en 2009 fue del 11%.

7.30 Según el Japón, los productores que no funcionan en el marco del RESOP o del Programa TR recibirán de 5,0 centavos de dólares canadienses/kWh a 23,9 centavos de dólares canadienses/kWh.[87] En el marco de los contratos del RESOP del OPA, los productores de energía no solar reciben 11,04 centavos de dólares canadienses/kWh con un pago adicional de 3,52 centavos de dólares canadienses/kWh por la electricidad suministrada durante las horas punta; mientras los productores de energía solar FV reciben 42,0 centavos de dólares canadienses/kWh.[88] La lista de precios TR prevé pagos en una gama de 10,3 centavos de dólares canadienses/kWh a 80,2 centavos de dólares canadienses/kWh. Los proyectos de energía eólica reciben 13,5 centavos de dólares canadienses/kWh (en tierra) o 19,0 centavos de dólares canadienses/kWh (frente a la costa) con una provisión del 20% de la tarifa para prever los aumentos debidos a la inflación, y los proyectos de energía solar FV

[80] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 31, donde se hace referencia a la Direction from Dwight Duncan, Minister of Energy, to Jan Carr, Chief Executive Officer of the OPA, 24 de marzo de 2005 ("Direction from Minister of Energy to CEO of the OPA from March 2005" (Directiva del Ministro de Energía al Director Ejecutivo del OPA de marzo de 2005)), Canadá - Prueba documental 25.

[81] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 30-32; y Progress Report on Electricity Supply: Second Quarter 2011, Organismo de Energía de Ontario ("OPA Progress Report: Second Quarter 2011" (Informe sobre los progresos realizados en el suministro de electricidad: segundo trimestre de 2011)), Japón - Prueba documental 28, página 1.

[82] OPA, Hydro electric Contract Initiative (OPA, Iniciativa sobre Contratos Hidroeléctricos), sitio Web del OPA, Canadá - Prueba documental 26.

[83] OPA, Combined Heat and Power (OPA, Cogeneración de energía térmica y eléctrica), sitio Web del OPA, Canadá - Prueba documental 27.

[84] OPA, Standard Offer Program - Renewable Energy for Small Electricity Generators, An Introductory Guide ("OPA's Standard Offer Program - Renewable Energy for Small Electricity Generators" (OPA, Programa de oferta normalizada: energía renovable para los pequeños productores de electricidad)), Japón - Prueba documental 206, página 1.

[85] Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial (primera serie).

[86] Directive from Minister of Energy and Infrastructure to Ontario Power Authority Regarding FIT Program, 24 de septiembre de 2009 ("Minister's 2009 FIT Direction" (Directiva TR del Ministro de 2009)), Japón - Prueba documental 102, página 2.

[87] Generation Procurement Cost Disclosure, sitio Web del OPA ("OPA Generation Procurement Cost Disclosure" (Divulgación de los costos de la adquisición de producción de electricidad)), Japón - Prueba documental 29. Precios en marzo de 2009.

[88] OPA Generation Procurement Cost Disclosure, Japón - Prueba documental 29.

reciben de 44,3 centavos de dólares canadienses/kWh a 80,2 centavos de dólares canadienses/kWh (según su tamaño y su tecnología) sin aumentos previstos. Todas las tarifas contratadas con el OPA "son por lo general más altas que el [HOEP]".[89]

7.31 Por último, los precios pagados a los NUG por el suministro de electricidad se negociaron hace 20 años y no están basados en el principio de "recuperación de los costos y margen". En lugar de ello, los precios pagados a estos productores están vinculados con los precios que pagan los grandes consumidores de electricidad.[90] Aunque los precios exactos de esos contratos no están a disposición del público[91], se sabe que son "por lo general más altos que el HOEP".[92] Se estima que la tarifa media de los contratos es de 8,0 centavos de dólares canadienses/kWh.[93] Según el Japón, los contratos importantes con los NUG comenzarán a expirar en 2012, y la mayor parte de ellos habrán expirado en 2017.[94]

Transmisión y distribución

7.32 Como ya se ha dicho, los sistemas de electricidad que utilizan redes integradas de líneas de transmisión de alta tensión y líneas de distribución de tensión relativamente menor suministran la electricidad desde las plantas productoras al usuario final general. En Ontario, las líneas de transmisión de alta tensión transportan la electricidad a tensiones superiores a 50 kilovoltios ("kV") y se utilizan para llevar la electricidad a grandes distancias, de las plantas productoras a los centros de carga o de población a fin de reducir las pérdidas de energía.[95] Una vez que la electricidad está próxima a un centro de distribución, la tensión se reduce en una estación transformadora, y la electricidad se transporta hasta los clientes por líneas de distribución a tensiones de 50 kV e inferiores.[96]

7.33 Normalmente los productores se conectan con el sistema de transmisión o el sistema de distribución sobre la base de su capacidad. En particular, los productores con una capacidad superior a 10 MW (incluidos los productores de gran capacidad del Programa TR) se conectan habitualmente con el sistema de transmisión, y los productores con una capacidad de 10 MW o menos (incluidos los productores TR y microTR de capacidad reducida) se conectan habitualmente con el sistema de distribución.[97] Los productores que se conectan con el sistema de transmisión deben suministrar la

[89] OPA Cash Flows from the Global Adjustment Mechanism, OPA, noviembre de 2010 ("OPA Cash Flows: November 2010" (Corrientes de efectivo recibidas por el OPA: noviembre de 2010)), Japón - Prueba documental 23, página 5.

[90] El Canadá explica que, antes de 2002, los precios pagados a los NUG se denominaban "tarifa directa para los consumidores" pero, desde entonces, se conocen con el nombre de "nueva tarifa directa para los consumidores". Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial (primera serie).

[91] Las tarifas de los contratos con los NUG están indizadas sobre la base del "costo total de mercado" de la electricidad, compuesto por el HOEP, el AG y diversas cargas por servicios. Véase "OEFC: Management of Power Supply Contracts" (OEFC: Administración de los contratos de suministro de energía), sitio Web de la OEFC, Japón - Prueba documental 22.

[92] OPA Cash Flows: November 2010, Japón - Prueba documental 23, página 5.

[93] Ontario Electricity Market: The Good, the Bad, and the Ugly, Energy Exchange, 11 de mayo de 2010 ("Ontario Electricity Market: Energy Exchange" (El mercado de electricidad de Ontario: Intercambio de energía)), Japón - Prueba documental 24.

[94] OEFC: Management of Power Supply Contracts, Japón - Prueba documental 22.

[95] Electricity Transmission and Distribution in Ontario - A Look Ahead, Ministerio de la Energía de Ontario, 21 de diciembre de 2004 ("Electricity Transmission and Distribution in Ontario" (La transmisión y la distribución de electricidad en Ontario)), Japón - Prueba documental 36, página 4.

[96] Electricity Transmission and Distribution in Ontario, Japón - Prueba documental 36, página 4.

[97] Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Program: Program Overview ("FIT Programme Overview" (Panorama General del Programa TR)), Japón - Prueba documental 37, página 18; y Organismo de

electricidad a tensiones superiores a 50 kV mientras que los productores que se conectan con el sistema de distribución deben suministrarla a tensiones de 50 kV o inferiores.

7.34 Los productores que se conectan con el sistema de transmisión se registran en la Administración Independiente del Sistema Eléctrico (IESO)[98] y se conectan con el sistema de transmisión de alta tensión, que es casi por completo propiedad de Hydro One, que se encarga de su funcionamiento.[99] Hydro One fue establecida de conformidad con la parte IV de la *Ley de electricidad de 1998* como una sociedad de cartera con el objetivo de ser propietaria de los sistemas de transmisión y los sistemas de distribución y dirigir sus operaciones a través de una o varias filiales.[100] La empresa es totalmente propiedad del Gobierno de Ontario y está bajo su control.[101] Es también un "organismo" del Gobierno de Ontario.[102] Una filial de Hydro One, Hydro One Networks Inc., es propietaria del 97% del sistema de transmisión de Ontario y se encarga de su funcionamiento.[103] Otras cuatro empresas son propietarias del 3% restante y se encargan de su funcionamiento.[104]

7.35 Los productores conectados con el sistema de distribución lo están a través de una empresa de distribución local.[105] Hydro One posee y explota aproximadamente la cuarta parte del sistema de distribución de Ontario a través de varias filiales que sirven a 1,3 millones de clientes, de un total de 4,7 millones, principalmente en las zonas rurales.[106] El resto del sistema de distribución de Ontario

---

Energía de Ontario, Micro Feed-In Tariff Program: Program Overview ("microFIT Programme Overview" (Panorama General del Programa microTR)), Japón - Prueba documental 38, página 8.

[98] La IESO administra la corriente de electricidad que recorre la red de electricidad de Ontario. La estructura empresarial básica de la IESO y la naturaleza de las operaciones de ésta se examinan más adelante, en los párrafos 7.39 y 7.40.

[99] "Transmission-connected Generators", Japón - Prueba documental 39; y Quick Facts, sitio Web de Hydro One ("Hydro One Quick Facts" (Noticias rápidas de Hydro One)), Japón - Prueba documental 40.

[100] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 48(1).

[101] News Release: Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results, sitio Web de Hydro One ("Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results" (Hydro One hace públicos sus resultados financieros correspondientes al final del año 2010)), Japón - Prueba documental 41.

[102] All Agencies List, sitio Web del Gobierno de Ontario ("Government of Ontario: All Agencies List" (Lista de todos los organismos)), Japón - Prueba documental 49. El Gobierno de Ontario define un "organismo" como "una organización del gobierno provincial: [i] establecida por el Gobierno pero que no es parte de un ministerio; [ii] que responde ante el Gobierno; [iii] en la que el Gobierno designa a la mayor parte de las personas nombradas; y [iv] 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". Agencies: Boards, Commissions, Councils, Authorities and Foundations, sitio Web del Gobierno de Ontario ("Government of Ontario: Agencies" (Gobierno de Ontario: Organismos)), Japón - Prueba documental 51.

[103] Our Subsidiaries, sitio Web de Hydro One ("Hydro One: Our Subsidiaries" (Hydro One: Nuestras filiales)), Japón - Prueba documental 43.

[104] Estas empresas son: Great Lakes Power; Canadian Niagara Power; Five Nations Energy; y Cat Lake Power Utility, IESO, The Power System (El sistema de energía), Japón - Prueba documental 44.

[105] Distribution-connected Generators, sitio Web de Hydro One, Japón - Prueba documental 45; y Electricity Transmission and Distribution in Ontario, Japón - Prueba documental 36, página 4.

[106] Hydro One: Our Subsidiaries, Japón - Prueba documental 43; Delivering Safe, Reliable and Environmentally Responsible Electricity to Ontarians, Asociación de Distribuidores de Electricidad (EDA), julio de 2010 ("EDA: Delivering Electricity to Ontarians" (EDA: El suministro de electricidad a los naturales de Ontario)), Japón - Prueba documental 46; y Overview of Electricity Regulation in Canada, Japón - Prueba documental 7, páginas 11 y 16.

es explotado actualmente por 80 empresas de distribución local, 77 de las cuales son propiedad de gobiernos municipales.[107]

Regulación y administración

7.36 El sistema eléctrico de Ontario está actualmente administrado y regulado por varias entidades públicas. Entre las más importantes a efectos de las presentes diferencias se encuentran el OPA, la IESO, la OEFC y la OEB.

- El Organismo de Energía de Ontario

7.37 El OPA es un "organismo"[108] 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. El OPA se estableció en el marco de la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* como "[u]na sociedad sin capital accionario"[109] y realiza sus operaciones y actividades sin fines de lucro.[110] Está incluida entre las "responsabilidades legislativas" del Ministerio de Energía del Gobierno de Ontario[111], y recibe y ejecuta directivas del Ministro de Energía.[112] Entre los objetivos previstos por ley para el DPA 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; ...[113]

Para alcanzar estos y otros objetivos, se concedió al OPA, entre otras, la facultad de:

> [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

[107] Find Your Local Utility, sitio Web de la IESO ("LDCs operating in Ontario" (Empresas de distribución locales que operan en Ontario)), Japón - Prueba documental 47; y EDA: Delivering Electricity to Ontarians, Japón - Prueba documental 46.

[108] Gobierno de Ontario: All Agencies List, Japón - Prueba documental 49; y Agency Details, Ontario Power Authority, sitio Web del Gobierno de Ontario ("Agency Details, OPA" (Detalles sobre el organismo, Organismo de Energía de Ontario)), Japón - Prueba documental 50.

[109] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 25.1(1).

[110] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 25.2(2).

[111] About the Ministry of Energy (Sobre el Ministerio de Energía), sitio Web del Ministerio de Energía, Japón - Prueba documental 52.

[112] Directives to OPA from Minister of Energy (Directivas del Ministro de Energía al OPA), sitio Web del OPA, Japón - Prueba documental 55.

[113] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículos 25.2(1)(c) y (d).

> objetivos de desarrollo y empleo de tecnología y recursos en materia de energía alternativa o renovable; ...[114]

7.38 Los contratos de suministro del OPA establecen precios garantizados a largo plazo, por un período que es habitualmente de 20 años.[115] El OPA ha utilizado su facultad de concertar contratos para garantizar el suministro actual y futuro de electricidad procedente de diversas instalaciones de producción de propiedad privada y pública, incluidas las que utilizan tecnologías basadas en la energía nuclear, el gas, el agua, el viento, la energía solar y la bioenergía.[116] El 30 de junio de 2011, el OPA tenía contratados 19.090 MW de capacidad de suministro de electricidad, de los cuales 12.426 MW eran resultado de operaciones comerciales.[117]

- La Administración Independiente del Sistema Eléctrico

7.39 La IESO es otro "organismo" del Gobierno de Ontario.[118] Al igual que el OPA, la IESO es una "sociedad sin capital accionario" y sin fines de lucro[119] y está incluida entre las "responsabilidades legislativas" del Ministerio de Energía del Gobierno de Ontario.[120] Análogamente, de conformidad con la *Ley de electricidad de 1998*, la IESO está también bajo control del Gobierno de Ontario.

7.40 La IESO administra los mercados de electricidad de Ontario y explota y mantiene la red que controla para garantizar la coordinación en tiempo real entre el suministro y la demanda de electricidad.[121] En particular, la IESO administra el mercado mayorista de electricidad de Ontario (el "mercado físico"), en el que participan los productores, los comerciantes, los servicios públicos y las entidades que consumen grandes volúmenes de electricidad.[122] Esto no sólo implica la supervisión y dirección por la IESO del movimiento de la electricidad en la red que controla sino también la liquidación de los pagos entre los participantes en el mercado. A este respecto, la IESO explica su función del modo siguiente: "En el mercado físico, recaudamos fondos de los compradores y transferimos fondos a los vendedores. No adquirimos realmente la titularidad sobre la energía y somos, por ley, neutrales en cuanto a los ingresos".[123] El proceso de liquidación en el mercado físico consta de cuatro pasos: i) reunión y procesamiento de los datos obtenidos de los contadores para producir datos que puedan utilizarse en la liquidación; ii) utilización de los datos que pueden utilizarse en la liquidación para determinar los ingresos debidos a los proveedores, los costos de los

---

[114] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 25.2(5)(c). Esta facultad se recoge también en el artículo 25.32(1)(a), mientras que en el artículo 25.32(4.1) se declara que el "Ministro podrá encomendar al OPA que adopte ... cualquier otra iniciativa o emprenda cualquier otra actividad relacionada con a) la adquisición de suministro de electricidad o de capacidad de generación de electricidad procedentes de fuentes de energía renovables ...".

[115] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 31.

[116] La gama de contratos de suministro que el OPA ha concertado o ha recibido de la OEFC se ha descrito más arriba, en el párrafo 7.28.

[117] OPA Progress Report: Second Quarter 2011, Japón - Prueba documental 28, página 1.

[118] Government of Ontario: All Agencies List, Japón - Prueba documental 49; y Agency Details, Independent Electricity System Operator, sitio Web del Gobierno de Ontario ("Agency Details, IESO" (Detalles sobre el organismo, IESO)), Japón - Prueba documental 57.

[119] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículos 4(1) y 5(2).

[120] About the IESO (Sobre la IESO), sitio Web de la IESO, Japón - Prueba documental 59; y About the Ministry of Energy, Japón - Prueba documental 52.

[121] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 5.

[122] IESO, Marketplace Training: Settlement Statements and Invoices, diciembre de 2010 ("IESO: Settlement Statements and Invoices" (IESO, Documentos de liquidación y facturas)), Japón - Prueba documental 62, página 1. Se entiende por "mercado físico" los mercados en tiempo real para el suministro y la utilización de electricidad. La IESO administra también el "mercado financiero" para la compra y la venta de derechos de transmisión.

[123] IESO: Settlement Statements and Invoices, Japón - Prueba documental 62, página 1.

consumidores y diversos costos generales que deben pagar los participantes en el mercado; iii) facturación a los participantes; y iv) transferencia de fondos entre los compradores y los proveedores de energía.[124]

7.41 La IESO supervisa también el funcionamiento fiable del sistema de transmisión provincial[125] y elabora y aprueba las Normas de mercado, que definen los mercados administrados por ella y describen su funcionamiento, y los Manuales de mercado, que proporcionan orientaciones detalladas para diversas actividades de los participantes en el mercado.[126]

- La Comisión de la Energía de Ontario

7.42 La OEB es un "organismo"[127] del Gobierno de Ontario que regula los sectores de la electricidad y el gas natural de Ontario de conformidad con el interés público.[128] En el sector de la electricidad, esta regulación se realiza sobre la base de la facultad de la OEB de establecer tarifas de transmisión y distribución y de su facultad de conceder licencias a todos los participantes en el mercado. Como ya se ha señalado[129], la OEB determina los precios a que se debe pagar a los activos "regulados" de la OPG por la electricidad suministrada a la red de electricidad de Ontario.[130] La OEB mantiene también el Plan de precios regulados ("RPP"), que establece los precios que pagan los consumidores minoristas que compran electricidad a empresas de distribución local. El 1º de noviembre de 2011, los precios aplicados en el marco del RPP variaban de 7,1 centavos de dólares canadienses/kWh a 8,3 centavos de dólares canadienses/kWh para los clientes con contadores normalizados y de 6,2 centavos de dólares canadienses/kWh a 10,8 de centavos de dólares canadienses/kWh para los clientes con contadores "inteligentes".[131] Por último, entre las demás funciones de la OEB figura la responsabilidad de establecer, entre otras cosas, los códigos para el sistema de transmisión, el sistema de distribución y la liquidación por suministro minorista al por menor.[132] El Código del sistema de transmisión establece las normas mínimas que deben cumplir los transmisores de electricidad (es decir, Hydro One Networks Inc. y otras empresas transmisoras de

[124] IESO: Settlement Statements and Invoices, Japón - Prueba documental 62, página 1. Los procedimientos que se utilizan para liquidar los pagos entre los participantes en el mercado mayorista se explican con mayor detalle más adelante, en los párrafos 7.60-7.63.

[125] About the IESO, Japón - Prueba documental 59; y "IESO: The Power Grid", sitio Web de la IESO (IESO: La red de energía), Japón - Prueba documental 60.

[126] Rules, Manuals and Forms, sitio Web de la IESO ("IESO: Rules, Manuals and Forms" (IESO: Normas, manuales y formularios)), Japón - Prueba documental 61.

[127] Government of Ontario: All Agencies List, Japón - Prueba documental 49; y Agency Details, Ontario Energy Board, sitio Web del Gobierno de Ontario ("Agency Details, OEB" (Detalles sobre el organismo, Comisión de la Energía de Ontario)), Japón - Prueba documental 63.

[128] What We Do, sitio Web de la OEB ("OEB functions" (Funciones de la OEB)), Japón - Prueba documental 64.

[129] Véase el párrafo 7.27 *supra*.

[130] "*Ontario Energy Board Act of 1998*", S.O. 1998, capítulo 15, anexo B, modificada, Japón - Prueba documental 6, artículo 78.1; *Ontario Regulation 53/05, Payments Under Section 78.1 of the Act* (Reglamento de Ontario 53/05, Pagos de conformidad con el artículo 78.1 de la Ley), 19 de febrero de 2008, modificado, Japón - Prueba documental 65, artículo 6; y "*OPG - Payment Amounts*" (OPG - Cuantías de los pagos), sitio Web de la OEB, Japón - Prueba documental 17.

[131] Electricity Prices, sitio Web de la OEB ("OEB: Electricity Prices (OEB: Precios de la electricidad)), Japón - Prueba documental 66; y Comisión de Energía de Ontario, Electricity Prices for Consumers on the Regulated Price Plan (abril de 2005 - noviembre de 2011) ("OEB: Electricity Prices for Consumers on the RPP" (OEB: Precios de la electricidad para los consumidores acogidos al RPP)), Japón - Prueba documental 67.

[132] Rules, Codes, Guidelines and Forms, sitio Web de la OEB ("OEB: Rules, Codes, Guidelines and Forms" (OEB: Normas, códigos, directrices y formularios)), Japón - Prueba documental 68.

menor tamaño) al diseñar, construir, administrar y explotar su sistema de transmisión.[133] El Código del sistema de distribución establece las obligaciones mínimas que deben cumplir los distribuidores de electricidad con licencia (es decir, las empresas de distribución local, incluidas las filiales de Hydro One) al distribuir la electricidad dentro de la zona de servicios prevista en su licencia.[134] El Código de liquidación por suministro minorista establece las obligaciones mínimas que deben cumplir los distribuidores de electricidad (es decir, las empresas de distribución local, incluidas las filiales de Hydro One) y los proveedores minoristas (es decir, las entidades con licencia para revender electricidad) al realizar las liquidaciones financieras.[135]

- La Ontario Electricity Financial Corporation

7.43 La OEFC fue establecida por la *Ley de electricidad de 1998* como una "sociedad sin capital accionario"[136] y es otro "organismo"[137] del Gobierno de Ontario. Se encomienda a la OEFC, entre otras cosas, la administración de los contratos para el suministro de electricidad con los productores sin vocación de servicio público (NUG).[138] Los contratos de la OEFC con los NUG se concertaron antes del establecimiento del OPA en 2004. Contratos importantes de la OEFC comenzarán a expirar en 2012.[139] Se ha ordenado al OPA que intente concertar nuevos contratos con NUG cuando expiren los contratos existentes con la OEFC o cuando un NUG y la OEFC hayan acordado poner fin a un acuerdo existente antes de su fecha de expiración.[140]

Precios al por mayor y precios al por menor

- Precios al por mayor

7.44 El precio de la electricidad al por mayor varía según el costo de la electricidad, que se determina sumando el cargo por el producto básico (compuesto por el precio horario de la energía de Ontario más el ajuste global[141]) y los costos que llevan consigo los servicios de transmisión y funcionamiento del mercado.[142] Pagan el precio al por mayor a la IESO todos los consumidores

[133] Transmission System Code, Japón - Prueba documental 69.
[134] Distribution System Code, Japón - Prueba documental 70.
[135] Retail Settlement Code, Comisión de la Energía de Ontario, 1º de octubre de 2011 ("Retail Settlement Code" (Código de liquidación por suministro minorista)), Japón - Prueba documental 71.
[136] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 54(1).
[137] Government of Ontario: All Agencies List, Japón - Prueba documental 49; y Agency Details, Ontario Electricity Financial Corporation, sitio Web del Gobierno de Ontario ("Agency Details, OEFC" (Detalles sobre los organismos, Ontario Electricity Financial Corporation)), Japón - Prueba documental 72.
[138] Ontario Electricity Financial Corporation - Mandate and Governing Legislation, sitio Web de la OEFC ("OEFC: Mandate and Governing Legislation" (Ontario Electricity Financial Corporation - Mandato y legislación reguladora)), Japón - Prueba documental 73.
[139] OPA Generation Procurement Update, sitio Web del OPA (Actualización de las compras de producción del OPA), Japón - Prueba documental 21, página 15.
[140] Directive from Minister of Energy to Ontario Power Authority Regarding Negotiating New Contracts with Non-Utility Generators, 23 de noviembre de 2010 ("Minister's Directive Regarding Negotiating New Contracts with NUGs" (Directiva del Ministro sobre la negociación de nuevos contratos con NUG)), Japón - Prueba documental 74.
[141] La naturaleza y el funcionamiento del Ajuste Global se explican más adelante, en los párrafos 7.54-7.56.
[142] Estos últimos cargos abarcan, entre otros, los cargos horarios de ajuste al alza y los cargos mensuales de ajuste al alza, los derechos de administración de la IESO y el OPA y los cargos de transmisión al por mayor a las empresas de distribución local y los grandes consumidores. Puede consultarse una lista completa de los demás derechos y cargos en A Guide to Electricity Charges - Market Participants, sitio Web de la IESO ("IESO Guide to Electricity Charges" (Guía de los cargos por la electricidad de la IESO)), Japón - Prueba documental 1.

mayoristas, incluidas las empresas de distribución local y los grandes consumidores industriales directamente conectados con la red de transmisión controlada por la IESO.

El precio horario de la energía de Ontario

7.45 El precio horario de la energía de Ontario ("HOEP") es el precio de la electricidad vendida al por mayor que establece la IESO mediante un mecanismo de mercado informatizado que utiliza "cúmulos" de suministro y demanda 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 precio de equilibrio de mercado ("PEM") y el HOEP de esa electricidad.

7.46 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.

7.47 Para determinar qué productores deben ser objeto de despacho físico, la IESO utiliza un programa informático de "despacho económico con limitaciones por motivos de seguridad" basado en un algoritmo de optimización a fin de hallar la manera menos costosa de responder a la demanda prevista con los recursos de producción disponibles.[143] El programa utiliza también un modelo de la red de transmisión para descubrir si esa combinación de producción al costo mínimo podría sobrecargar dicha red. Si el programa observa que cualesquiera limitaciones de la transmisión han sido infringidas, repite una rutina de optimización hasta que encuentra la solución al costo mínimo que no infringe ninguna limitación. Los productores no despachables no reciben ninguna instrucción de la IESO sino que se considera que su suministro previsto es fijo y que la rutina de optimización lo tiene en cuenta.

7.48 Tras el despacho físico de la electricidad, el precio de equilibrio de mercado (PEM) y el precio horario de la energía de Ontario (HOEP) se calculan sin tener en cuenta las limitaciones de la transmisión.[144] En primer lugar, la IESO crea un cúmulo de suministro en el que las ofertas de suministro se ordenan por el orden creciente de los costos, comenzando por los productores no despachables, que son colocados al principio del cúmulo.[145] Los productores no despachables no presentan "ofertas" formales sobre la electricidad que están dispuestos a suministrar durante cada intervalo de cinco minutos, pero sí deben presentar programas de producción (en el caso de los productores que determinan sus propios programas) o previsiones de producción (en el caso de los productores intermitentes), de manera que la IESO pueda tener en cuenta su volumen de suministro al principio del cúmulo.

[143] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 38.
[144] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 38.
[145] El suministro fijo comprende también las importaciones, es decir, el suministro cuya entrada en Ontario desde otra jurisdicción está prevista, ya que las importaciones se programan con una anticipación de una hora y, por lo tanto, tendrán lugar durante toda esa hora independientemente de la tarifa. IESO, Marketplace Training: Introduction to Ontario's Physical Markets, octubre de 2010 ("IESO: Ontario's Physical Markets" (IESO, Los mercados físicos de Ontario)), Japón - Prueba documental 80, página 20.

7.49 Después de tener en cuenta ese suministro fijo, la IESO pasa a ocuparse del suministro variable ofrecido por los productores despachables. Una vez más, el suministro de los productores despachables se considera variable porque se puede "despachar" o "dejar de despachar" según las instrucciones de la IESO. Los productores despachables deben presentar "ofertas" de precio/volumen para cada intervalo de cinco minutos. Aunque muchos productores despachables recibirán en realidad precios regulados o contractuales por la electricidad que suministren al sistema, deben sin embargo presentar ofertas de precios a la IESO para indicar el volumen que están dispuestos a suministrar en un determinado intervalo de cinco minutos. Estas ofertas de precios de los productores despachables sirven como una señal para el despacho -es decir, como un mecanismo que permite que la IESO seleccione el suministro de electricidad-, y no como el precio que esos productores recibirán realmente. La IESO ordena las ofertas de precios de los productores despachables por orden ascendente a fin de completar su cúmulo de suministro. Este proceso se ilustra en el diagrama presentado por el Japón que figura a continuación.[146]

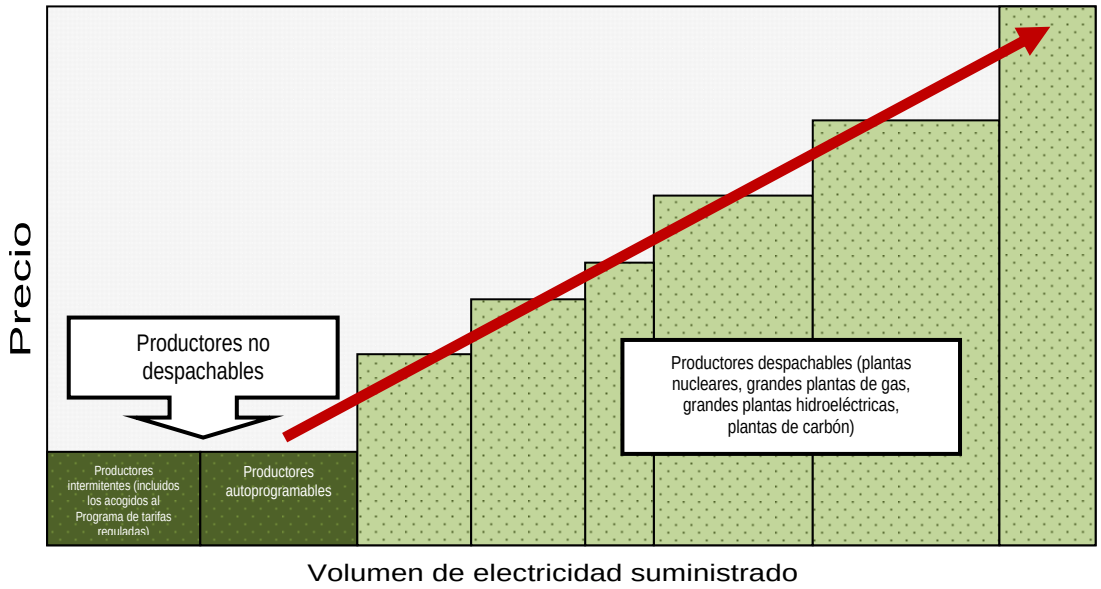

Diagrama 1: Cúmulo del suministro de electricidad de la IESO

7.50 Análogamente, la IESO ordena en cúmulos la demanda de electricidad, comenzando por las cargas no despachables, seguidas por las cargas despachables. Las cargas no despachables son aquellas que sencillamente extraen electricidad de la red cuando se necesita y, por lo tanto, no pueden variar con facilidad su consumo. Por consiguiente, la IESO las considera demanda fija[147], que se coloca automáticamente al principio del cúmulo. Las cargas no despachables representan la mayor parte de la energía consumida en Ontario. Las cargas despachables son aquellas que pueden variar su consumo de electricidad; por lo tanto, presentan a la IESO "ofertas" que indican el precio y el volumen de la electricidad que están dispuestas a comprar. La IESO hace cúmulos de esas ofertas por orden descendente según el precio ofrecido. Este proceso se ilustra en el diagrama presentado por el Japón que figura a continuación.[148]

[146] Primera comunicación escrita del Japón, apéndice II.

[147] La demanda fija comprende también las exportaciones (que, al igual que las importaciones, son fijas dentro del plazo de una hora) y las pérdidas debidas al transporte de la electricidad por los sistemas de transmisión y distribución (que crean la necesidad de un volumen adicional de energía). IESO: Ontario's Physical Markets, Japón - Prueba documental 80, página 21.

[148] Primera comunicación escrita del Japón, apéndice II.

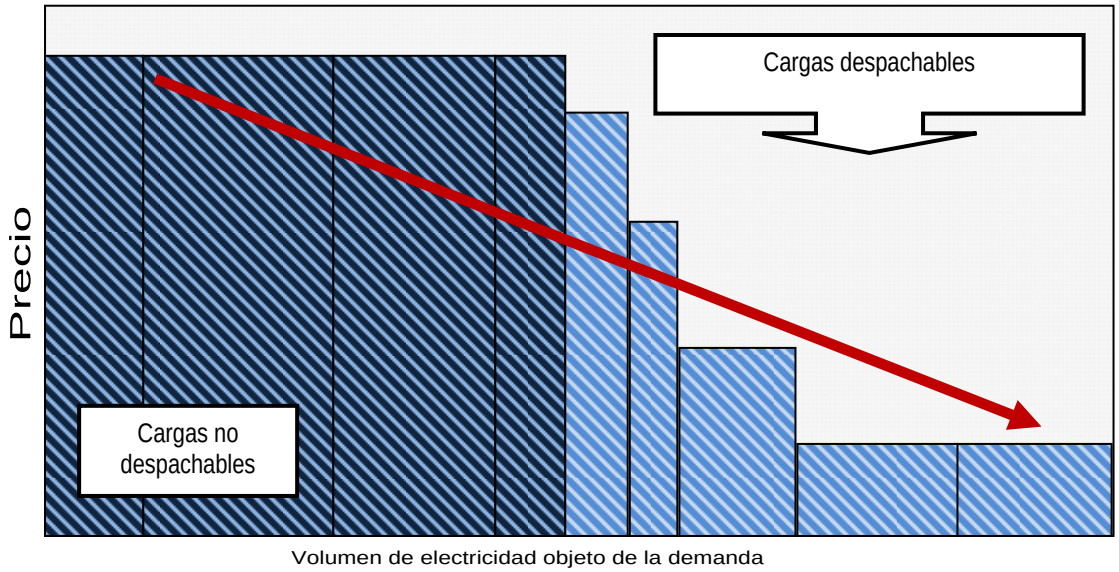

Diagrama 2: Cúmulo de la demanda de electricidad de la IESO

7.51 A continuación, la IESO sitúa el precio de equilibrio de mercado (PEM) para el intervalo de cinco minutos en la intersección de esos cúmulos de suministro y demanda de electricidad. El HOEP se calcula como un promedio de los 12 PEM determinados durante una hora dada. El promedio ponderado del HOEP basado en la demanda de Ontario durante el año civil 2010 fue de 3,79 centavos de dólares canadienses/kWh.[149] El proceso utilizado para obtener el PEM se ilustra en el diagrama, presentado por el Japón que figura a continuación.[150]

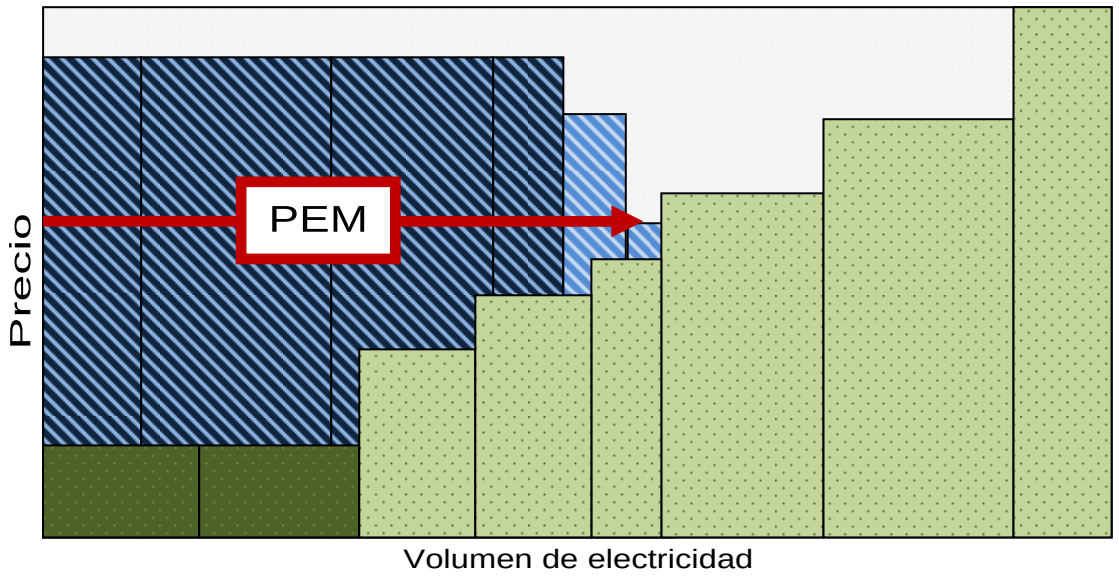

Diagrama 3: Determinación del precio de equilibrio de mercado por la IESO

[149] IESO Monthly Average Prices, Average Weighted Hourly Price ("IESO: Average Weighted Hourly Price" (IESO: Promedio ponderado del precio horario)), Japón - Prueba documental 83.
[150] Primera comunicación escrita del Japón, apéndice II.

7.52 El PEM/HOEP es un precio "no limitado" en el sentido de que en su cálculo no se tienen en cuenta las limitaciones de la transmisión. Como resultado, puede no estar conforme con las órdenes de despacho, que sí tienen en cuenta esas limitaciones. De vez en cuando, la IESO puede obligar a un productor a producir pese a que el PEM se sitúe por debajo del precio que figura en la oferta de ese productor. En otras ocasiones, la IESO puede impedir que un productor produzca incluso si su oferta se sitúa por debajo del PEM. Para armonizar los incentivos económicos de los productores con los del operador del sistema, se pagan a los primeros créditos de liquidación por administración de la congestión siempre que su despacho tiene lugar en condiciones no económicas.[151]

7.53 Todos los productores que realicen sus operaciones a través del mercado mayorista administrado por la IESO recibirán el PEM/HOEP por la electricidad que suministren al sistema.[152] Además, en el caso de los productores en relación con los cuales hay arreglos adicionales -es decir, los productores que reciben precios regulados establecidos por la OEB o precios contractuales establecidos por la OEFC o el OPA- dichos precios son objeto de un ajuste para conciliar la diferencia entre el PEM/HOEP y el precio regulado o contractual que recibe el productor. Esto se hace mediante el Ajuste Global.[153]

El Ajuste Global

7.54 La finalidad del Ajuste Global ("AG") es garantizar que los pagos de los consumidores reflejen las cantidades que han de pagarse a los productores según tarifas reguladas o contractuales que son distintas de la tarifa de mercado (es decir, el PEM/HOEP). El fundamento jurídico del AG se encuentra en el artículo 25.33 de la *Ley de electricidad de 1998*.[154] Los artículos 1.6.7 y 1.6.11 de la parte 5.5 del Manual de mercado de la IESO contienen instrucciones detalladas sobre la manera en que debe determinarse y liquidarse el AG.[155] En particular, el AG es una cantidad mensual establecida para reflejar la diferencia entre el PEM/HOEP y: i) los precios regulados pagados a los activos regulados de la OPG; ii) los precios contractuales pagados a los NUG que tienen contratos con la OEFC; y iii) los precios contractuales pagados a los productores que tienen contratos con el OPA.[156]

[151] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 40 y 41.

[152] IESO, Market Rules for the Ontario Electricity Market, 12 de octubre de 2011 ("IESO: Market Rules" (IESO: Normas de mercado)), Japón - Prueba documental 79, capítulos 7 y 9; General IESO Frequently Asked Questions, sitio Web de la IESO ("General IESO FAQ" (Preguntas generales frecuentes sobre la IESO)), Japón - Prueba documental 81 ("Se pagará a las instalaciones despachables [a]l precio [de equilibrio de mercado] por cinco minutos, se obtendrá el pago de los consumidores mayoristas no despachables utilizando un promedio horario ponderado de esos precios correspondientes a cinco minutos"); e IESO: Ontario's Physical Markets, Japón - Prueba documental 80, página 23.

[153] IESO Market Manual Part 5.5: Physical Markets Settlement Statements, Issue 44.0, 12 de octubre de 2011 ("IESO Market Manual Part 5.5" (Manual de mercado de la IESO, Parte 5.5)), Japón - Prueba documental 82, artículos 1.6.7 y 1.6.11.

[154] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 25.33(1). ("La IESO realizará ajustes, mediante sus sistemas de facturación y liquidación, de conformidad con las reglamentaciones que garantizan que, a lo largo del tiempo, los pagos por clases de participantes en el mercado de Ontario prescritos por las reglamentaciones reflejen las cantidades pagadas, de conformidad con las reglamentaciones, a los productores, los distribuidores, el OPA y la Financial Corporation, ya se determinen esas cantidades de conformidad con las normas de mercado o con los artículos 78.1 a 78.5 de la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998*".)

[155] IESO Market Manual Part 5.5, Japón - Prueba documental 82, artículos 1.6.7 y 1.6.11.

[156] Véase IESO Guide to Electricity Charges, Japón - Prueba documental 1; y Global Adjustment, sitio Web de la IESO ("IESO: Global Adjustment" (IESO, Ajuste Global)), Japón - Prueba documental 75.

7.55 Por consiguiente, el AG está en relación inversa con el HOEP -es decir, un aumento del HOEP significa una disminución del AG y viceversa-.[157] Cuando el PEM/HOEP se sitúe por debajo de los precios fijos (es decir, regulados o contractuales), el AG será un número positivo que representará la cantidad que ha de pagarse a los productores (y la cantidad cobrada a los consumidores); inversamente, cuando el PEM/HOEP supere los precios fijos, el AG será un número negativo que representará un cargo para los productores (y un crédito para los consumidores).[158] Los pagos del AG resultan afectados siempre que se inicia nuevo suministro de electricidad, y el AG aumentará con cada nuevo contrato de conservación y suministro que establezca tarifas superiores al PEM/HOEP.[159] El AG ha sido uniformemente positivo al menos desde 2009.[160]

7.56 El 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.[161] El AG total se calculará en general sumando todos los ajustes introducidos en los precios debidos a los productores de electricidad y, a continuación, distribuyendo esa cantidad a prorrata entre las compras de electricidad de los consumidores.[162] Desde su introducción en 2005, el AG se ha percibido de todos los consumidores de Ontario sobre esta base. Sin embargo, desde enero de 2011 los mayores consumidores industriales con una demanda mensual media superior a 5 MW han pagado el AG sobre la base de su parte en el consumo durante las cinco horas de mayor demanda del año. Al resto de los consumidores se les sigue cobrando sobre la base inicial.[163] En 2010, el AG medio fue de 2,718 centavos de dólares canadienses/kWh.[164]

- Precios al por menor

7.57 Los precios pagados por los consumidores minoristas se determinan por lo general añadiendo al total del PEM/HOEP, el AG y otros derechos y cargas un cargo adicional de distribución para cubrir el costo del suministro de electricidad al consumidor. 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. En el primer caso, los consumidores minoristas pagan el producto básico electricidad según el RPP de la OEB[165] y, en el segundo caso, pagan el producto básico electricidad

[157] OPA Cash Flows: November 2010, Japón - Prueba documental 23, página 6.
[158] Véase IESO Guide to Electricity Charges, Japón - Prueba documental 1.
[159] OPA Cash Flows: November 2010, Japón - Prueba documental 23, página 6.
[160] Global Adjustment Archive (Archivo del Ajuste Global), sitio Web de la IESO, Japón - Prueba documental 11.
[161] IESO, HST Guide for IESO Transactions, Nº 26.0, 12 de octubre de 2011 ("IESO: HST Guide for IESO Transactions (IESO, Guía sobre el HST en las transacciones de la IESO)), Japón - Prueba documental 84, artículo 8.11, página 35.
[162] IESO: HST Guide for IESO Transactions, Japón - Prueba documental 84, página 35.
[163] Véase el Reglamento de Ontario 398/10, dictado en virtud de la *Ley de electricidad de 1998* (Unión Europea-Prueba documental 6), artículos 6 y 7.
[164] Global Adjustment Archive, Japón - Prueba documental 11.
[165] Un consumidor minorista que desee comprar electricidad en el marco del RPP establecerá una cuenta con el distribuidor local para ser conectado al sistema de distribución de éste y, al hacerlo, asumirá la responsabilidad de recibir o utilizar la electricidad entregada por la empresa de distribución local. Los clientes acogidos al RPP no conciertan un contrato formal con la empresa de distribución local; no obstante, de conformidad con el artículo 6.1.2 del Código del sistema de distribución "[u]n distribuidor tiene un contrato implícito con cualquier cliente que esté conectado al sistema de distribución del distribuidor y reciba servicios de distribución del distribuidor. Los términos del contrato implícito resultan de las condiciones de servicio del distribuidor, el manual de tarifas, las listas de tarifas del distribuidor, la licencia de éste y el Código del sistema de distribución". Distribution System Code, Japón - Prueba documental 70, artículo 6.1.2; y Conditions of

con arreglo a un contrato de venta al por menor. En 2010, había en Ontario 77 proveedores minoristas de electricidad del sector privado que vendían "contratos a empresas y consumidores".[166] Actualmente hay 45 proveedores minoristas de electricidad con licencia que compiten con las empresas de distribución local en sus respectivas zonas de servicios.[167]

7.58 Los precios del RPP son pagados por consumidores residenciales o que son pequeñas empresas que compran electricidad a sus empresas de distribución local sobre la base del uso.[168] Aunque esos precios del RPP se pagan a las empresas de distribución local, son examinados y establecidos por la OEB cada seis meses, concretamente para los períodos del 1º de mayo al 31 de octubre y del 1º de noviembre al 30 de abril de cada año y se basan en previsiones del HOEP y el AG.[169] El AG no figura como una partida separada en las facturas de electricidad de los clientes acogidos al RPP porque se incluye directamente en las tarifas establecidas por la OEB.[170] Los precios del RPP varían según el tipo de contador utilizado por el cliente.[171] Con efectos a partir del 1º de noviembre de 2011, los precios para los clientes con contadores tradicionales (fijación de los precios por tramos) fueron 7,1 centavos de dólares canadienses/kWh (tramo bajo) y 8,3 centavos de dólares canadienses/kWh (tramo alto)[172]; y los precios para los clientes con contadores "inteligentes" (fijación de los precios según el tiempo de uso) fueron 6,2 centavos de dólares canadienses/kWh (períodos de consumo mínimo), 9,2 centavos de dólares canadienses/kWh (períodos de consumo medio) y 10,8 centavos de dólares canadienses/kWh (períodos de consumo máximo).[173]

Service, sitio Web de Hydro One ("Hydro One: Conditions of Service" (Condiciones del servicio)), Japón - Prueba documental 87.

[166] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 63.

[167] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 29; Retail Settlement Code, Japón - Prueba documental 71, artículos 1.1, 2.7, 10.1 y 12; y OEB Licensed Electricity Retailers (http://www.ontarioenergyboard.ca/html/licences/all_issuedlicences_read.cfm?showtype=Electricity%20Retailer) mencionados en Retail Contracts, sitio Web de la IESO ("IESO: Retail Contracts" (IESO: Contratos minoristas)), Japón - Prueba documental 90.

[168] IESO: Global Adjustment, Japón - Prueba documental 75; e IESO, LDC Settlement of RPP and Global Adjustment, 28 de septiembre de 2009 ("LDC Settlement" (Pago a las LDC)), Japón - Prueba documental 88, página 9.

[169] Comisión de la Energía de Ontario, Regulated Price Plan Price Report: November 1, 2011 to October 31, 2012, 17 de octubre de 2011 ("RPP Price Report: 1 November 2011 to 31 October 2012" (Informe sobre los precios del Plan de precios regulados: 1º de noviembre de 2011 a 31 de octubre de 2012)), Japón - Prueba documental 89, página 1.

[170] IESO: Global Adjustment, Japón - Prueba documental 75.

[171] RPP Price Report: 1 November 2011 to 31 October 2012, Japón - Prueba documental 89, páginas 3-5.

[172] OEB: Electricity Prices, Japón - Prueba documental 66. El plan de contadores tradicionales establece un precio fijo más bajo para el consumo de energía hasta una cantidad umbral mensual, y el consumo por encima de ese nivel se cobra a un precio más alto. A partir del 1º de noviembre de 2011, los clientes pagan 7,1 centavos de dólares canadienses/kWh por un tramo inferior (que va de 600 kWh a 1.000 kWh al mes, según la estación y el tipo de cliente) y 8,3 centavos de dólares canadienses/kWh por un tramo superior (todo el consumo mensual por encima del tramo inferior). Véase también IESO Market Manual Part 5.5, Japón - Prueba documental 82, artículo 1.6.7.7.

[173] Véase OEB: Electricity Prices, Japón - Prueba documental 66. El plan de contadores "inteligentes" establece los precios de la energía sobre la base del momento en que se consume esa energía. A partir del 1º de noviembre de 2011, los clientes pagan 6,2 centavos de dólares canadienses/kWh en los períodos de consumo mínimo, 9,2 centavos de dólares canadienses/kWh en los períodos de consumo medio y 10,8 centavos de dólares canadienses/kWh en los períodos de consumo máximo. Véase también IESO Market Manual Part 5.5, Japón - Prueba documental 82, artículo 1.6.7.7.

7.59 Los consumidores minoristas no acogidos al RPP pueden concertar un contrato de compra al por menor con una empresa de distribución local o un proveedor minorista de electricidad con licencia, pagando un precio contractual por la electricidad durante un período fijo, más el AG.[174]

Liquidación de los pagos a los productores

7.60 La IESO está encargada de la liquidación en el mercado "físico" de electricidad en el que los participantes compran y venden energía.[175] La liquidación en el mercado físico implica un proceso en cuatro etapas de reunión y procesamiento de datos, ajuste de los mercados, facturación a los participantes y transferencia de fondos.[176] Durante ese proceso, la IESO recaudará los pagos de la electricidad de los consumidores y distribuirá esos fondos a los productores de electricidad.

7.61 En general, la parte de los pagos correspondiente al PEM/HOEP que la IESO recibe de los consumidores se entregará directamente a los productores, mientras que la parte correspondiente al AG se transferirá a los productores a través del OPA o en nombre de éste. No obstante, cuando el PEM/HOEP sea negativo, la IESO recibirá un pago por concepto de PEM/HOEP de los productores. Por consiguiente, la IESO determinará los fondos que debe recibir o pagar un participante en el mercado sobre la base del PEM/HOEP durante sus horas de participación en los mercados administrados por la IESO.[177]

7.62 La IESO recaudará el AG de los consumidores y lo distribuirá a los productores por conducto del OPA o en nombre de éste, de conformidad con la parte 5.5, artículos 1.6.7 y 1.6.11, del Manual de mercado de la IESO.[178] Las normas para la liquidación del AG son complejas y varían según los distintos componentes del AG y la clase a que pertenece el participante en el mercado. No obstante, habitualmente, la IESO expide facturas mensuales en las que se indican las cantidades que los participantes en el mercado deben pagar o recibir y la fecha en que debe hacerse el pago[179], y los participantes en el mercado deben pagar esas facturas a más tardar en la fecha especificada.[180] Esas facturas contendrán una partida correspondiente a la liquidación de la diferencia entre el PEM/HOEP y los precios regulados o contractuales recibidos por determinados productores, es decir, el AG.[181] Si el AG es positivo, se recauda del consumidor; si es negativo, la IESO pagará el AG al consumidor con cargo a su cuenta de compensación para las liquidaciones.[182] A continuación, la IESO envía una parte del AG total recaudado al OPA para que liquide los pagos contractuales a los productores conectados con el sistema de transmisión y utiliza el resto para liquidar los pagos contractuales a los productores conectados con el sistema de distribución en nombre del OPA.[183]

7.63 Aunque el procedimiento de liquidación en el caso de los productores acogidos al Programa TR que están conectados con el sistema de transmisión es igual al arriba descrito, los productores acogidos al Programa TR conectados con el sistema de distribución recibirán sus pagos

[174] IESO: Global Adjustment, Japón - Prueba documental 75.
[175] IESO: Settlement Statements and Invoices, Japón - Prueba documental 62, página 1.
[176] IESO: Settlement Statements and Invoices, Japón - Prueba documental 62, página 1.
[177] IESO: Market Rules, Japón - Prueba documental 79, capítulo 7, artículo 8.3; y capítulo 9, artículos 3.1.1, 3.1.3, 3.3, 6.10.2 y 6.11.1.
[178] IESO Market Manual, Part 5.5, Japón - Prueba documental 82, artículos 1.6.7 y 1.6.11.
[179] Véase IESO: Market Rules, Japón - Prueba documental 79, capítulo 9, artículo 6.10.2.
[180] Véase IESO: Market Rules, Japón - Prueba documental 79, capítulo 9, artículo 6.11.1.
[181] OPA, 2006 Business Plan, 30 de septiembre de 2005 ("OPA's 2006 Business Plan" (OPA, Plan comercial para 2006)), Japón - Prueba documental 92, página 26.
[182] Véase IESO: Market Rules, Japón - Prueba documental 79, capítulo 9, artículo 6.11.
[183] Véase IESO Market Manual Part 5.5, Japón - Prueba documental 82, artículo 1.6.7.8. IESO Guide to Online Data Submission via the IESO Portal, marzo de 2011 ("IESO Guide to Online Data Submission" (Guía de la IESO para la comunicación de datos en línea)), Japón - Prueba documental 93, páginas 20 y 21.

contractuales completos (es decir, el HOEP más el AG) de la empresa de distribución local con la que estén conectados. A continuación, la empresa de distribución local correspondiente solicitará el reembolso del AG al OPA por conducto de la IESO.[184]

iv) El Programa TR y los contratos TR y microTR[185]

7.64 El Programa TR puede describirse en términos generales como un plan aplicado por el Gobierno 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 kWh de electricidad suministrado al sistema eléctrico de Ontario en el marco de contratos de 20 ó 40 años con el OPA. En el caso de los proyectos de energía eólica con una capacidad de producción de electricidad superior a los 10 kW y de los proyectos de energía solar con una capacidad de hasta 10 kW debe alcanzarse un "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" en el desarrollo y la construcción de la instalación de producción de electricidad admisible.

7.65 El Programa TR fue puesto en marcha formalmente por el OPA el 1º de octubre de 2009 en cumplimiento de la Directiva emitida por el Ministro de Energía e Infraestructura de Ontario[186] en ejercicio de las facultades que le confiere la *Ley de electricidad de 1998*[187], modificada por la *Ley sobre energía verde y economía verde de 2009*.[188] El Programa TR es la tercera de una serie de iniciativas adoptadas por el Gobierno de Ontario desde 2004 para aumentar el suministro de electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables al sistema eléctrico de Ontario a fin de diversificar el suministro combinado a éste y ayudar a sustituir las instalaciones alimentadas por carbón.[189] Según la descripción del Ministro de Energía e Infraestructura de Ontario, los cuatro objetivos del Programa son: i) "aumentar la capacidad de suministro de energía renovable para asegurar una producción suficiente y reducir las emisiones"; ii) "introducir un método más sencillo para adquirir y desarrollar capacidad de producción procedente de fuentes de energía renovables";

[184] El procedimiento para la liquidación de los pagos hechos a los productores acogidos al Programa TR se examina con más detalle en los párrafos 7.204-7.207.

[185] Se hace una descripción y un análisis más detallados del Programa TR y los contratos TR y microTR más adelante, en los párrafos 7.195-7.248, donde evaluamos el fundamento de los argumentos formulados por las partes acerca de la debida caracterización fáctica y jurídica de las medidas impugnadas de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

[186] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102.

[187] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículos 25.32 y 25.35, modificada por la *Green Energy and Green Economy Act of 2009*, S.O. 2009, c. 12, Lista B ("*Green Energy Act of 2009*" (Ley sobre energía verde de 2009)), Japón - Prueba documental 101.

[188] *Green Energy Act of 2009*, Japón - Prueba documental 101, artículos 5(2) y 7.

[189] Véase, por ejemplo, Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, páginas 7, 9, 10, 19 y 31. Las dos iniciativas anteriores fueron la *Request for Proposals for Renewable Energy Supply I* (2004), *II* (2005) y *III* (2008) (Solicitud de propuestas para el suministro de energía renovable I (2004), II (2005) y III (2008)) y el *Renewable Energy Standard Offer Program* (2006) (Programa de oferta normalizada de energía renovable (2006)). Véase Ministerio de Energía de Ontario, solicitud de propuestas para el suministro de 300 MW de energía renovable (RES I), emitida el 24 de junio de 2004 ("RES I"), Canadá - Prueba documental 52: Ministerio de Energía de Ontario, solicitud de propuestas para el suministro de 1.000 MW de energía renovable (RES II), emitida el 17 de junio de 2005 ("RES II"), Canadá - Prueba documental 53; Ministerio de Energía de Ontario, solicitud de propuestas para el suministro de 500 MW aproximadamente de energía renovable (RES III), emitida el 22 de agosto de 2008 ("RES III"), Canadá - Prueba documental 54; y Organismo de Energía de Ontario, Informe al Ministro de Energía - Recomendaciones sobre un programa de oferta normalizada para los pequeños productores conectados con un sistema de distribución (RESOP), 17 de mayo de 2006 ("RESOP"), Canadá - Prueba documental 55.

iii) "habilitar nuevas industrias verdes mediante nuevas inversiones y creación de empleo"; y iv) "proporcionar incentivos para la inversión en tecnologías de energía renovable".[190]

7.66 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, biogas, gas de vertederos o energía hidráulica.[191] El Programa está dividido en dos partes: i) la parte TR -para los proyectos con una capacidad de producción de electricidad superior a 10 kW pero no superior a 10 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 (habitualmente pequeños proyectos de producción en hogares, explotaciones agrícolas o empresas)-.[192]

7.67 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. Las reglas normalizadas figuran en varios instrumentos, los más específicos de los cuales son el Reglamento TR y el Reglamento microTR elaborados por el OPA. Otras reglas pertinentes están contenidas en las Normas de mercado de la IESO, el Manual de mercado de la IESO, el Código del sistema de transmisión, el Código del sistema de distribución y el Código de liquidación por suministro minorista.

7.68 Sólo se ofrecerá un contrato que les permita participar en el Programa a los proyectos que cumplan todos los requisitos específicos para ser habilitados, establecidos en el Reglamento TR y el Reglamento microTR[193], y que puedan conectarse con el sistema eléctrico de Ontario.[194] Cuando concierte un contrato TR o microTR, una entidad admisible deberá, entre otras cosas, construir, explotar y mantener la instalación de producción de electricidad a partir de energía renovable

---

[190] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, página 1. Más en concreto, el OPA explica que el programa se elaboró:

> [P]ara estimular y fomentar una mayor utilización de las fuentes de energía renovables, incluidos el viento, la energía hidráulica, la biomasa renovable, el biogas, el gas de vertederos y la energía solar (FV) para proyectos de producción de electricidad en Ontario. El objetivo fundamental del Programa TR, en conjunción con la Ley sobre energía verde y economía verde de 2009, es facilitar el mayor desarrollo de instalaciones de producción de energía renovable de diversos tamaños, tecnologías y configuraciones mediante un proceso normalizado, abierto y equitativo (Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Programme Rules, Version 1.5.1, 15 de julio de 2011 ("FIT Rules" (Reglamento TR)), Japón - Prueba documental 119, artículo 1.(1).

[191] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 2.1(a); y Organismo de Energía de Ontario, Feed-in Tariff Appendix 1, Standard Definitions, versión 1.5.1, 15 de julio de 2011 ("FIT Standard Definitions" (apéndice 1 sobre tarifas reguladas, definiciones normalizadas)), Japón - Prueba documental 135, Definiciones N^{os} 215 y 216.

[192] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 2.1(a)(iii); y Organismo de Energía de Ontario, microFIT Rules, versión 1.6.1, 10 de agosto de 2011 ("microFIT Rules" (Reglamento microTR)), Japón - Prueba documental 157, artículo 2.1(a)(iv).

[193] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 2 y 3; y microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículos 2 y 3.

[194] En particular, en el caso de los proyectos TR, el OPA debe confirmar en primer lugar que hay recursos disponibles para conectar la instalación de producción de electricidad a partir de energía renovable propuesta con la red de transmisión o distribución pertinente. FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 5.2 ("Prueba de la disponibilidad de transmisión") y 5.3 ("Prueba de la disponibilidad de distribución"). Análogamente, en el caso de los proyectos microTR, deberá existir y ser operativo un acuerdo de conexión entre una empresa de distribución local y la instalación microTR. microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículo 4.1.

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 estas 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.[195] Esto se hace mediante la aplicación de mecanismos similares a los utilizados para la liquidación de los pagos debidos a los productores que suministran electricidad al sistema eléctrico de Ontario en virtud de contratos distintos de los contratos TR.[196] Así pues, aunque, en último término, el OPA tiene la responsabilidad contractual de todos los pagos hechos en virtud de contratos TR y microTR[197], en la práctica, realiza los pagos reales una combinación del OPA, la IESO y las empresas de distribución local pertinentes.

5. Orden del análisis

7.69 Los reclamantes alegan que el Canadá actuó en forma incompatible con las obligaciones que le imponen el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994 debido al "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" adoptado por la provincia de Ontario en el marco del Programa TR, y aplicado mediante los contratos TR y microTR. Según los reclamantes, el Grupo Especial debería evaluar el fondo de estas alegaciones centrándose en primer lugar en las formuladas al amparo del Acuerdo SMC. Los reclamantes justifican esta afirmación aduciendo que, de los tres acuerdos abarcados invocados en estas diferencias, el Acuerdo SMC es el que trata más específicamente y de forma detallada las medidas en litigio, incluso con respecto a la naturaleza de la medida correctiva disponible en caso de una constatación de infracción. El Canadá, por otra parte, considera que el Grupo Especial debería tratar primero las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque, a su juicio, esta disposición se refiere más específicamente y de forma detallada al núcleo de la impugnación de los reclamantes, es decir, el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional".

7.70 Señalamos 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. Esto 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[198] los aspectos del Programa TR y los contratos TR y microTR que se sitúan en el centro de las preocupaciones de los reclamantes. 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[199], 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 evaluaremos simultáneamente el fondo de las alegaciones de los reclamantes tanto al amparo del

[195] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 7.1(a), 7.1(b) y 10.1(a); FIT Price Schedule, 3 de junio de 2011 ("2011 FIT Price Schedule" (Lista de precios TR de 2011)), Japón - Prueba documental 30; "FIT Contract", Japón - Prueba documental 127, artículo 3.1 y anexo B; y microFIT Price Schedule, 13 de agosto de 2010 ("2010 microFIT Price Schedule" (lista de precios microTR de 2010)), Japón - Prueba documental 31.

[196] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 8.1 y 8.2; y FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículos 4.2-4.4 y anexo B.

[197] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 6.3(a).

[198] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204.

[199] El texto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC se reproduce y se examina más adelante, en los párrafos 7.114-7.121.

párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC como al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

B. LA CUESTIÓN DE SI EL CANADÁ ACTÚA 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

1. Argumentos de las partes

a) Japón

7.71 El Japón alega que el Programa TR y los contratos TR y microTR son i) medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio incompatibles con la obligación que impone al Canadá el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC; y ii) medidas incompatibles con la obligación de trato nacional que impone al Canadá el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.72 El Japón aduce que el Programa TR y los contratos TR y microTR son MIC que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre las MIC porque, mediante la aplicación de las prescripciones en materia de contenido nacional previstas, i) "estimulan la inversión en la producción de energía renovable y el equipo correspondiente en Ontario"[200]; y ii) por definición, favorecen el empleo de productos (es decir, equipo para la producción de energía eólica y solar) nacionales con preferencia a los importados y, por lo tanto, están "relacionadas con el comercio".[201] El Japón recuerda que una medida en materia de inversiones relacionadas con el comercio infringirá el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC cuando sea incompatible con el artículo III o el artículo XI del GATT de 1994.[202] Por consiguiente, en la medida en que son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Japón sostiene que el Programa TR y los contratos TR y microTR deben ser también incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.[203] En todo caso, el Japón sostiene que la incompatibilidad de las medidas impugnadas con el párrafo 1 del artículo 2 se desprende también claramente de los términos del párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, en el que se describe una categoría de MIC que se considera incompatible con la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[204]

7.73 El Japón aduce también que el Programa TR y los contratos TR y microTR 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, la compra y el uso en el mercado interior de equipo de producción de energía renovable y conceden al equipo importado un trato menos favorable que a los productos similares originarios de Ontario.[205] En primer lugar, el equipo de producción de energía renovable fabricado en Ontario y el importado del Japón son "productos similares" porque se encuentran en una situación de competencia directa en el mercado y no hay una diferencia sustancial entre ellos por lo que se refiere a sus características físicas, sus usos finales, las percepciones de los consumidores ni sus clasificaciones arancelarias. En segundo lugar, las normas sobre contenido nacional del Programa y los contratos TR son "prescripciones" porque son condiciones que cumplen voluntariamente los productores TR a fin de obtener una ventaja. En tercer lugar, las normas sobre

[200] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 298, donde se cita la Directiva TR del Ministro de 24 de septiembre de 2009, que se refiere a nueva inversión en tecnologías de energía renovable. Véase Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, página 1.

[201] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 299, donde se cita el informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.82.

[202] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 296.

[203] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 295 y 300.

[204] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 295, 301 y 302.

[205] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 262.

contenido nacional del Programa y los contratos TR "afectan" a la "venta", la "compra" o el "uso" "en el mercado interior" de equipo de producción de energía renovable porque proporcionan a los productores de energía eólica y solar FV de Ontario un incentivo para elegir el equipo de energía renovable fabricado en Ontario. Por último, las normas sobre contenido nacional del Programa y los contratos TR otorgan al equipo de producción de energía renovable importado un trato menos favorable que el concedido a los productos similares originarios de Ontario porque modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados.[206]

7.74 En relación con esto, el Japón sostiene que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no se aplica a las medidas en litigio sobre la base de los tres argumentos principales que se exponen a continuación.

7.75 En primer lugar, el Japón aduce que los contratos TR no son "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados". A juicio del Japón, el OPA no "compra" electricidad "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". Además, según el Japón, incluso si se pudiera llegar a la conclusión de que los productos fueron "comprados" en el marco de contratos TR, esas compras no representarían "adquisición" por organismos gubernamentales, en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, a la luz de la debida interpretación del término "adquisición" de conformidad con las normas usuales de derecho internacional de interpretación de los tratados.[207]

7.76 En segundo lugar, el Japón aduce que los contratos TR no se conciertan "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". El Japón considera que, si se interpreta debidamente de conformidad con las normas usuales de interpretación de los tratados, la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" significa para uso, consumo o aprovechamiento por el gobierno. El Japón sostiene que el Gobierno de Ontario no usa ni consume la electricidad suministrada en el marco de contratos TR ni se aprovecha de ella.[208]

7.77 Por último, el Japón sostiene que los contratos TR se conciertan "para su reventa comercial". El Japón aduce que, si se interpreta debidamente, la expresión "para su reventa comercial" significa con miras a su venta en la corriente de comercio, en contraposición con el uso o consumo por el gobierno. El Japón sostiene que, como la electricidad suministrada en el marco de los contratos TR se incorpora a la red de transmisión y se suministra casi instantáneamente a los consumidores de Ontario para su uso, en la medida en que pueda considerarse que la electricidad ha sido comprada por el Gobierno de Ontario en el marco de los contratos TR, esa electricidad se compra con miras a su reventa comercial.[209]

b) Unión Europea

7.78 La Unión Europea aduce que el Programa TR y los contratos TR y microTR son: i) medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que son incompatibles con el párrafo 1 del

[206] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 262-283.

[207] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 49-58; segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 54 y 60; y declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 27, 28 y 32.

[208] Primera comunicación escrita del Japón, nota 457; declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 53 y 69-75; segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 61; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 33; y respuesta del Japón a la pregunta 47 del Grupo Especial (segunda serie).

[209] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 78-85; segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 64-71; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 36-39; y respuesta del Japón a la pregunta 48 del Grupo Especial (segunda serie).

artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, en conjunción con el párrafo 1 a) de su anexo; y ii) medidas incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[210]

7.79 Según la Unión Europea, las medidas impugnadas son MIC porque: i) tienen el objetivo de estimular el desarrollo de la capacidad nacional de fabricación de equipo y componentes para las instalaciones de producción de energía renovable de Ontario[211]; y ii) el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" afecta al comercio de equipo y componentes para la producción de energía eólica y solar porque crea un incentivo para la compra o el uso de productos de Ontario en detrimento de los productos similares importados.[212]

7.80 La Unión Europea sostiene que es posible establecer que una MIC es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC o bien: i) aportando pruebas que demuestren la existencia de cualquiera de las situaciones descritas en la Lista ilustrativa de MIC; o ii) demostrando de otra manera la existencia de una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 sobre la base de los términos de esa disposición.[213] La Unión Europea formula ambos argumentos en las presentes diferencias. Así, la Unión Europea aduce que las medidas impugnadas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, cuando se lee a la luz del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 1 a) del Anexo de ese Acuerdo, porque, a su juicio, son MIC que requieren la compra o la utilización por entidades de equipo y componentes para las instalaciones de producción de energía renovable originarios de Ontario o procedentes de una fuente de Ontario.[214] Además, la Unión Europea aduce que el Programa TR y los contratos conexos son incompatibles con los términos del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque, mediante la aplicación del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional", otorgan al equipo y los componentes para instalaciones de producción de energía renovable importados un trato menos favorable que el concedido a los productos similares originarios de Ontario.[215] En este sentido, la Unión Europea está de acuerdo con los argumentos formulados por el Japón en cuanto a las razones por las que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y los adopta como propios.[216]

7.81 La Unión Europea sostiene que el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 no se aplica a las medidas en litigio basándose en cuatro argumentos principales.

7.82 En primer lugar, la Unión Europea aduce que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable porque sólo abarca las prescripciones directamente relacionadas con el producto comprado por el gobierno. En el caso que se examina, la Unión Europea sostiene que el producto supuestamente adquirido por el Gobierno de Ontario es electricidad producida por productores TR. No obstante, el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" de que se trata se refiere a productos diferentes, es decir, a equipo y componentes para la producción de energía renovable cuya fuente no agrega nada a la naturaleza básica del producto adquirido o comprado, la electricidad, y está totalmente desconectada de ella. Así pues, la Unión Europea aduce que el "nivel

[210] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 98-106.
[211] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 100, donde se hace referencia a las pruebas presentadas por el Japón en su primera comunicación escrita, párrafos 121-128, y los objetivos mencionados en la Directiva del Ministro al OPA (Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, páginas 1 y 2).
[212] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 101 y 102.
[213] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 151, 156 y 157.
[214] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 141 y 153.
[215] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 156 y 158-162.
[216] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 106 y 158.

mínimo obligatorio de contenido nacional" no "rige" la supuesta adquisición de electricidad porque no está relacionado con el objeto de la supuesta adquisición.[217]

7.83 En segundo lugar, la Unión Europea aduce que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable porque el Programa TR no implica una "*purchase*" (compra) o "*procurement*" (adquisición). Según la Unión Europea, el término "*procurement*" del párrafo 8 a) del artículo III significa "*acquisition*" (adquisición). A su juicio, el OPA no adquiere electricidad de los productores TR en el marco del Programa TR. En lugar de ello, la Unión Europea afirma que el OPA facilita la producción de electricidad procedente de fuentes de energía renovables y ordena a los productores TR que suministren su electricidad a la red.[218]

7.84 En tercer lugar, la Unión Europea aduce que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable porque, incluso si se supone que las medidas implican una "compra" o "adquisición" de electricidad, esa actividad no tiene lugar "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". A juicio de la Unión Europea, la cuestión clave a este respecto es si la electricidad comprada por el OPA se adquiere con miras a cubrir las necesidades del Gobierno de Ontario. Según la Unión Europea, el hecho de que el OPA compre electricidad a los productores TR a fin de garantizar un suministro suficiente y fiable de electricidad procedente de fuentes limpias, en aplicación de una política pública, no es pertinente puesto que la electricidad no es utilizada por el OPA o el Gobierno de Ontario para desempeñar ninguna de sus funciones de servicio público ni cubre las necesidades del OPA o el Gobierno de Ontario.[219]

7.85 Por último, la Unión Europea aduce que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable porque toda compra de electricidad por conducto del Programa TR se hace "para su reventa comercial y/o para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".[220] A este respecto, la Unión Europea sostiene que una "reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III no exige necesariamente que el producto en cuestión se revenda para obtener un *beneficio*. En lugar de ello, la Unión Europea sostiene que el párrafo 8 a) del artículo III exige simplemente que el producto comprado se venda, sea objeto de comercio o se introduzca en el mercado de ese producto determinado. La Unión Europea afirma que la electricidad producida por los productores TR se introduce en el mercado y se vende a todos los consumidores a precios comerciales. Además, la Unión Europea aduce también que, como la electricidad producida por los productores TR se incorpora a la red, el producto comprado se usa para la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.[221]

---

[217] Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 22 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 41.

[218] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 57 y 115; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 49 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 12.

[219] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 116-132; declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 36 y 37; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 125-133; declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 41-49; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 46 y 47 del Grupo Especial (segunda serie).

[220] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 133.

[221] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 128-132; declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 38-40; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 134-149; declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 50-59; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 48 del Grupo Especial (segunda serie).

c) Canadá

7.86 El Canadá aduce que el Programa TR no está sujeto a las obligaciones prescritas en el artículo III del GATT de 1994 porque las leyes y prescripciones que crean y aplican dicho Programa 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.[222] Así pues, declara el Canadá, dado que el Programa TR no está sujeto al artículo III del GATT de 1994, no puede ser incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.[223]

7.87 Para apoyar su opinión de que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT se aplica a las medidas en litigio, el Canadá formula cuatro argumentos principales.

7.88 En primer lugar, el Canadá sostiene que las medidas impugnadas son leyes, reglamentos o prescripciones que rigen la adquisición de electricidad. El Canadá considera que el artículo 25.35 de la *Ley de electricidad de 1998*; la Directiva Ministerial; y los Reglamentos y contratos TR y microTR son leyes o prescripciones a efectos del párrafo 8 a) del artículo III. Además, el Canadá aduce que el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III no está limitado a la compra de los productos que son el centro de una alegación formulada al amparo del artículo III del GATT de 1994.[224] El Canadá sostiene que su interpretación está respaldada por el Acuerdo sobre Contratación Pública ("ACP") y la literatura académica al respecto.[225] Por último, el Canadá declara que en el texto del párrafo 8 a) del artículo III no hay nada que disponga que la "prescripción en materia de contenido nacional" debe "regir" la adquisición. Subsidiariamente, el Canadá aduce que la prescripción en materia de contenido nacional "rige" la adquisición por el OPA de electricidad eólica y solar.[226]

7.89 En segundo lugar, el Canadá afirma que el OPA adquiere electricidad. Señala que las partes no cuestionan que el OPA es un organismo gubernamental.[227] El Canadá explica también que en varios artículos de las medidas impugnadas se declara expresamente que el OPA adquiere electricidad de fuentes renovables.[228] En todo caso, el Canadá aduce que el sentido corriente de "*procurement*" (adquisición) es "*[t]he action of obtaining something; acquisition [...]*" (la acción de obtener algo; adquisición [...]).[229] El Canadá sostiene que confirma este significado el contexto del término en el

[222] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 67.
[223] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 101.
[224] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 68; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 13; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 10 y 46-48; respuesta del Canadá a la pregunta 22 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 62 y 69.
[225] Declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 49-51; y respuesta del Canadá a la pregunta 22 del Grupo Especial (primera serie).
[226] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 64 y 65.
[227] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 70.
[228] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 71-75. Véanse también la primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 16; la declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 29; la declaración oral final del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 3; la segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 19; y la declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 20.
[229] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 76, donde se cita el Oxford English Dictionary en línea, definición de "*procurement*" (adquisición) (OED Online Dictionary, definition of "procurement" ("OED Online Dictionary: procurement"), Canadá - Prueba documental 39). Véase también la segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 24.

párrafo 8 a) del artículo III ya que éste hace referencia a la adquisición de productos "comprados", y el sentido corriente de "*purchase*" (comprar) es "*[t]o acquire in exchange for payment in money or an equivalent; to buy*" (adquirir a cambio de un pago en dinero o un equivalente; comprar).[230] Así pues, según el Canadá, "el párrafo 8 a) del artículo III se aplica a la adquisición por el gobierno de productos a cambio de un pago".[231] El Canadá sostiene que el OPA compra electricidad de fuentes renovables por las siguientes razones: i) las medidas impugnadas declaran que el OPA compra electricidad de fuentes renovables; ii) el OPA sólo paga dinero a cambio de electricidad de fuentes renovables producida y suministrada a la red[232]; iii) el OPA compra también los subproductos de la producción de electricidad de fuentes renovables, incluidos créditos en relación con el carbono y "productos conexos contractuales futuros"[233]; y iv) el OPA paga el impuesto sobre las ventas de conformidad con los contratos TR, impuesto que en Ontario paga el adquirente de bienes y servicios.[234]

7.90 En tercer lugar, el Canadá aduce que el sentido corriente de una "compra[] para cubrir las necesidades de los poderes públicos" es una compra para un objetivo del gobierno. La compra por el OPA de electricidad de fuentes renovables promueve el objetivo del Gobierno de Ontario de garantizar el suministro de electricidad suficiente y fiable procedente de fuentes limpias.[235]

7.91 Por último, el Canadá sostiene que la compra por el OPA de electricidad de fuentes renovables no tiene lugar para su reventa comercial ya que no es una compra con el objetivo de revender por un beneficio. Análogamente, el OPA no compra electricidad de fuentes renovables para usar el producto en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial, ya que ni el OPA ni ninguna otra parte del Gobierno de Ontario utiliza la electricidad para producir mercancías.[236]

---

[230] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 76, donde se cita el Oxford English Dictionary en línea, definición de "*purchase*" (compra) (OED Online Dictionary, *definition of* "purchase" ("OED Online Dictionary: purchase"), Canadá - Prueba documental 40).

[231] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 77. Véase también la respuesta del Canadá a la pregunta 56 del Grupo Especial (primera serie).

[232] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 77-80. Véanse también la primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 16; la segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 16 y 43; la declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 20; y la declaración final del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 2.

[233] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 16; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 17-20, donde se hace referencia al FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 2.10(a); y segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 15.

[234] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 17, donde se hace referencia al Organismo canadiense de recaudación tributaria, How GST/HST Works (Cómo funciona el GST/HST), Canadá - Prueba documental 56; FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 3.5; y FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 7.3(d). Véase también la declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 21.

[235] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 86-88; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 23-34; declaración final del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 9; respuesta del Canadá a la pregunta 28 del Grupo Especial (primera serie); segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 50-67; declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 33-46; declaración final del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 5-12; y respuesta del Canadá a la pregunta 47 del Grupo Especial (segunda serie).

[236] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 90-97; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 35-47; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 54-72; respuesta del Canadá a la pregunta 25a) del Grupo Especial (primera serie); segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 68-83; declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 47-59; declaración final del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 13-16; y respuesta del Canadá a la pregunta 48 del Grupo Especial (segunda serie).

2. Argumentos de los terceros

a) Australia

7.92 Haciendo referencia a la expresión inglesa "*governmental purposes*" (necesidades de los poderes públicos) del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, Australia señala que el sentido corriente del término "*purpose*" puede ser "*practical advantage or use*" (ventaja o uso prácticos).[237] Aunque este sentido corriente tal vez no sea tan frecuente como el sugerido por el Canadá, Australia sostiene que parece ser más apropiado cuando se considera la referencia a "*les besoins*" (las necesidades) en la versión francesa del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Con respecto a la expresión "para su reventa comercial", Australia señala que el sentido corriente de "*commercial*" (comercial) es "*concerned with or engaged in 'commerce'; commerce is defined as the activity of buying and selling*" (relacionado con el comercio o dedicado al 'comercio'; comercio se define como la actividad de comprar y vender).[238] A juicio de Australia, en ambas definiciones, el concepto de beneficio es una consideración secundaria. Australia considera que interpretar que "para su reventa comercial" significa que se hace una compra con el objeto de revender por un beneficio constituiría una definición excesivamente estricta -una definición que ampliaría las posibles exenciones de las obligaciones de trato nacional prescritas en el artículo III-. Australia sostiene que no se tenía la intención de que el párrafo 8 a) del artículo III abarcara la situación en la que un gobierno concierta contratos para el suministro o la compra a precios fijos de electricidad que, a continuación, vende en un mercado para el consumo general.[239]

b) Brasil

7.93 El Brasil considera que los reclamantes limitan indebidamente el alcance de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 al mantener que sólo abarca las compras del gobierno para su propio uso o en su propio beneficio. A juicio del Brasil, la interpretación de los reclamantes parece dar a entender que la única finalidad de los poderes públicos es asegurar el mantenimiento y el funcionamiento regular de su burocracia y prescinde del hecho de que la burocracia estatal es únicamente un instrumento para lograr una gran cantidad de fines, definidos por cada sociedad. El Brasil sostiene que las necesidades de los poderes públicos no pueden interpretarse conceptualmente y sólo pueden entenderse caso por caso e informadas por la función concreta realizada por un gobierno determinado en cada sector de la economía. No obstante, el Brasil considera que la definición de "necesidades de los poderes públicos" no puede ser tan amplia como pretende el Canadá so pena de socavar considerablemente el alcance de la obligación de trato nacional establecida en el artículo III del GATT de 1994.[240]

c) China

7.94 China considera que las palabras "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 significan que i) el gobierno es la razón de la compra; ii) el gobierno se beneficiará del resultado o efecto de la compra; o iii) el gobierno es el objeto o destinatario de la compra. En estas diferencias, China considera que la electricidad comprada por el OPA no se compra para cubrir necesidades de los poderes públicos porque se

[237] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS412), párrafo 20; y comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS426), párrafo 20.

[238] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS412), párrafo 30; y comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS426), párrafo 30.

[239] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS412), párrafos 16-35; comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS426), párrafos 16-35; y declaración de Australia en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 21-24.

[240] Declaración del Brasil en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 2-8.

incorpora a la red para su venta a usuarios finales. Además, China señala que la electricidad vendida a empresas comerciales se utilizará para la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.[241]

d) Unión Europea (en la diferencia WT/DS412)

7.95 En su calidad de tercero en la diferencia WT/DS412, la Unión Europea considera que el equipo de producción de energía renovable fabricado en Ontario y el importado del Japón y de otros países son "productos similares" en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea sostiene que las medidas impugnadas son "prescripciones" en el sentido del párrafo 4 del artículo III y que puede preverse razonablemente que las medidas impugnadas modificarán de manera desfavorable las condiciones de competencia entre los productos similares nacionales e importados. La Unión Europea recuerda que el Programa TR crea incentivos para que los productores de energía eólica y solar FV ubicados en Ontario utilicen equipo de producción de energía renovable fabricado en Ontario. Por lo que se refiere al párrafo 8 a) del artículo III, la Unión Europea considera que no hay "adquisición" en el sentido de esa disposición y que, incluso si el Gobierno de Ontario adquiriera electricidad, lo haría para su reventa comercial o para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.[242]

7.96 Pasando a referirse a las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC, la Unión Europea pone de relieve que dicho Acuerdo es un acuerdo con entidad propia, que se aplica con independencia del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea señala también que las medidas en litigio estarían abarcadas por el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. La constatación de que una medida está abarcada por el párrafo 1 a) da lugar, por sí misma, a la constatación de una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y, por ende, a la constatación de una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Así pues, a juicio de la Unión Europea, no es preciso que el Grupo Especial examine en primer lugar si hay una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 para llegar después a la conclusión de que existe una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.[243]

e) Japón (en la diferencia WT/DS426)

7.97 En su calidad de tercero en la diferencia WT/DS426, el Japón sostiene que la caracterización y el trato en la legislación interna no pueden tener ninguna influencia en la aplicación o la interpretación de las disposiciones de los acuerdos abarcados o, más en general, en la determinación de si se ha incumplido cualquier obligación en el marco de la OMC. Por razones similares, el Japón considera que la manera en que un Miembro decide administrar su sistema impositivo tiene escasa pertinencia para la cuestión de si una determinada transacción es una "adquisición" o "compra" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.[244]

f) Corea

7.98 Corea considera que el texto del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, cuando se lee en su conjunto, parece indicar que el sentido de "adquisición" no es enteramente idéntico al de "compra" puesto que en esa disposición se emplean ambos términos en la misma frase en una forma que permite pensar que puede haber tipos de adquisición que no impliquen una compra. El término

[241] Comunicación presentada por China en calidad de tercero (DS412), párrafos 8-22; y declaración de China en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 2 y 3.
[242] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero (DS412), párrafos 27-42.
[243] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero (DS412), párrafos 43-47.
[244] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero (DS412), párrafos 13-15.

"adquisición" parece abarcar cualquier forma de adquisición por el gobierno, incluida la compra, y no sólo ella.[245]

7.99 Además, Corea considera que la energía eléctrica no es un objeto material, sino una forma de energía que se genera habitualmente haciendo girar bobinas de alambre en un campo magnético para producir un flujo de electrones (corriente eléctrica) como resultado de la diferencia de potencial (tensión). Corea sostiene que sigue siendo una cuestión abierta si, en las circunstancias de estas diferencias, i) la electricidad debe considerarse un "producto" y ii) una definición de "producto" (para designar la energía renovable eólica o solar FV u otra energía alternativa "limpia") que tenga en cuenta los métodos utilizados para producir la energía eléctrica sería apropiada cuando se pretende que la definición sea útil para lograr importantes objetivos ambientales.[246]

7.100 Pasando a referirse a la expresión "necesidades de los poderes públicos", Corea sostiene que la interpretación que hace de esa expresión el Canadá tendría como resultado que todas las adquisiciones de un gobierno se consideraran "para cubrir las necesidades de los poderes públicos", lo cual haría inútil la expresión. Además, Corea señala que el Canadá parece indicar que las "necesidades de los poderes públicos" pueden inferirse del interés de la sociedad en el supuesto objetivo de la medida gubernamental. Corea considera que el Canadá está en lo cierto al poner de relieve la importancia que reviste para el bienestar público un suministro de energía eléctrica suficiente y fiable. No obstante, Corea señala que lo mismo puede decirse de casi cualquier otra esfera de la actividad económica. Por consiguiente, Corea sostiene que un criterio a tenor del párrafo 8 a) del artículo III que únicamente exija algún tipo de conexión entre la compra y algún aspecto de interés para el bienestar público parecería insuficiente.[247]

g) México

7.101 México considera que, cuando se constate que una medida supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados está prohibida en virtud del Acuerdo SMC, necesariamente existirá un incumplimiento de la obligación de trato nacional establecida en el artículo III del GATT de 1994. Además, las medidas supeditadas al empleo de productos nacionales constituyen medidas en materia de inversiones y, al ser incompatibles con el artículo III del GATT de 1994, automáticamente darán lugar a una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Sin embargo, México considera que, en el caso de compras gubernamentales, las medidas quedarán excluidas del ámbito de aplicación del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.[248]

h) Noruega

7.102 Noruega coincide con los reclamantes en que la cuestión esencial en estas diferencias es si el OPA "compra" efectivamente electricidad o si es simplemente una "cámara de compensación". A este respecto, Noruega aduce que no es suficiente considerar si las actividades del OPA se denominan "adquisición". Con respecto a la interpretación por el Canadá de "necesidades de los poderes públicos", Noruega estima que, en la práctica, incluiría toda compra efectuada por un gobierno. Ello tendría como resultado que la expresión "necesidades de los poderes públicos"

[245] Comunicación presentada por Corea en calidad de tercero (DS412), párrafos 16-18.
[246] Comunicación presentada por Corea en calidad de tercero (DS412), párrafos 22-26.
[247] Comunicación presentada por Corea en calidad de tercero (DS412), párrafos 31-34.
[248] Comunicación presentada por México en calidad de tercero (DS412), párrafos 16-19, y comunicación presentada por México en calidad de tercero (DS426), párrafos 16-19.

quedara privada de utilidad y también permitiría a los Miembros eludir la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[249]

i) Estados Unidos

7.103 Con respecto al análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, los Estados Unidos recuerdan que varios grupos especiales han considerado significativo el hecho de que una medida establezca una distinción entre un producto nacional y un producto importado en función únicamente del origen.[250] Pasando a referirse al párrafo 8 a) del artículo III, los Estados Unidos tratan las tres cuestiones siguientes.

7.104 En primer lugar, los Estados Unidos sostienen que el Canadá ha asignado indebidamente al párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 un "objeto y fin". Recuerdan que el artículo 31 de la Convención de Viena dispone que la interpretación de las disposiciones de un tratado estará informada por el objeto y fin *del tratado*. Así pues, según los Estados Unidos, la debida identificación del objeto y fin de un acuerdo no se obtiene examinando un apartado aislado de ese acuerdo.[251]

7.105 En segundo lugar, los Estados Unidos aducen que el Canadá define de forma excesivamente amplia la expresión "necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III. Aducen que la interpretación del Canadá haría inútil la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" debido a dos razones: i) casi todas las adquisiciones realizadas por los poderes públicos están "ordenadas" por algún documento del gobierno; y ii) la interpretación del Canadá es circular ya que es difícil concebir una situación en la que un gobierno diga que no actúa teniendo presente un objetivo gubernamental.[252]

7.106 Por último, los Estados Unidos consideran que el Canadá ha identificado incorrectamente el producto pertinente a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Las compras concretas a las que se aplican las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa TR -ventas de equipo realizadas por los fabricantes a productores privados de energía- parecen ser diferentes tanto por su naturaleza como contractualmente de la supuesta adquisición de electricidad por los poderes públicos que constituye el eje de la defensa del Canadá al amparo del párrafo 8 a) del artículo III. En otros términos, aunque el Canadá identifica sistemáticamente la *electricidad* como el "producto" abarcado por el párrafo 8 a) del artículo III, trata de justificar las prescripciones en materia de contenido nacional aplicables al *equipo*. Según los Estados Unidos, no es lógico que la supuesta adquisición por los poderes públicos de una categoría de productos en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III justifique una prescripción en materia de contenido nacional que abarca las compras privadas de una clase diferente de productos. Los Estados Unidos consideran que la interpretación adoptada por el Canadá extendería el alcance del párrafo 8 a) del artículo III mucho más allá de su sentido corriente, ampliándolo de hecho de modo que se permitiría utilizar la adquisición de un producto por los poderes públicos para potenciar todo tipo de prescripciones en materia de contenido nacional.[253]

---

[249] Declaración de Noruega en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 2-6.

[250] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 3-5.

[251] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 6-12.

[252] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 13-15.

[253] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 16-20.

3. Evaluación realizada por el Grupo Especial

a) Introducción

7.107 En las secciones que figuran a continuación, iniciaremos nuestra evaluación del fondo de los argumentos de las partes determinando en primer lugar si los reclamantes han establecido que las medidas impugnadas son MIC en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC. Posteriormente examinaremos si los reclamantes han demostrado también que el Programa TR y los contratos TR y microTR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC al ser incompatibles con la obligación de trato nacional prescrita en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En relación con esto, la cuestión fundamental que habremos de resolver, dados los argumentos que esgrime el Canadá en su defensa[254], es si el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 puede aplicarse para extraer las medidas impugnadas del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, también de las disciplinas contenidas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

b) La cuestión de si las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio

7.108 En el artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC se estipula que "se aplica únicamente a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías". Sin embargo, en el Acuerdo sobre las MIC no se definen las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio ("MIC"). Los reclamantes aducen que las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio porque i) estimulan la inversión en la fabricación nacional de equipo y componentes de producción de energía renovable en Ontario; y ii) afectan al comercio de equipo de producción de energía eólica y solar favoreciendo a los productos de Ontario con preferencia a los productos importados.[255] El Canadá no formula ningún argumento sobre la cuestión de si las medidas impugnadas son MIC.

7.109 Con respecto a la cuestión de si las medidas impugnadas constituyen medidas "en materia de inversiones", las pruebas que se nos han presentado revelan que, como aducen los reclamantes, uno de los objetivos del Programa TR y de los contratos TR y microTR es estimular la inversión en la fabricación nacional de equipo relacionado con la producción de energía renovable en la provincia de Ontario. Así, por ejemplo, entre los objetivos del Programa TR figura la habilitación de "nuevas industrias verdes mediante nuevas inversiones y creación de empleo" y el suministro de "incentivos para la inversión en tecnologías de energía renovable".[256]

7.110 Las pruebas que se nos han presentado revelan también que el Programa TR ha sido un factor fundamental que ha llevado a varios fabricantes a establecer instalaciones para la fabricación de equipo de energía renovable en Ontario. Por ejemplo, Siemens ha comunicado que, al convertirse en un fabricante local de invertidores para la tecnología de energía solar FV, "Siemens permitirá que aquellos de sus clientes que inviertan en aplicaciones comerciales y de parques solares satisfagan la prescripción del 'nivel mínimo obligatorio de contenido nacional' establecida por el Programa de

[254] Señalamos 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.

[255] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 298 y 299; y primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 100-102, 151 y 152.

[256] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, página 1.

tarifas reguladas (TR) del Gobierno".[257] Además, otra empresa, Automation Tooling Systems, "anunció en octubre de 2009 sus planes para fabricar módulos solares en Ontario a fin de aprovechar la Ley sobre energía verde de la provincia, que garantiza un precio más alto para la energía solar a través de su Programa de tarifas reguladas".[258] Análogamente, otras dos empresas, ENERCON y Niagara Region Wind Corporation, han firmado un contrato en virtud del cual ENERCON suministrará y mantendrá turbinas eólicas para el Proyecto de energía eólica de la región de Niágara. Se ha comunicado que "un componente fundamental de este acuerdo es el compromiso de ENERCON de construir una instalación de fabricación en la región de Niágara ... [lo cual] permitirá a la NRWC cumplir las prescripciones en materia de contenido nacional, tal como exige el Organismo de Energía de Ontario".[259] La nueva instalación "sería la primera de su tipo en el mercado norteamericano y la primera de ENERCON fuera de su mercado nacional en Alemania".[260]

7.111 En cuanto a la cuestión de si las medidas están "relacionadas con el comercio", señalamos que el Programa TR impone a los productores de electricidad que utilizan tecnologías de energía solar FV y eólica un "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" que, por razones que explicamos en otro lugar de esta sección[261], los obliga 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. En esta medida, consideramos que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" en litigio en estas diferencias no es muy distinto de las prescripciones en materia de contenido nacional impugnadas en el asunto *Indonesia - Automóviles*, en el que el Grupo Especial opinó que "por definición, [las prescripciones en materia de contenido nacional] propician siempre la utilización de productos nacionales con preferencia a los importados, y, por consiguiente, afectan al comercio".[262]

7.112 Así pues, sobre la base del anterior análisis, constatamos 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. Habiendo establecido que las medidas impugnadas son MIC, pasaremos ahora a examinar si son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

c) La cuestión de si las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC porque son supuestamente incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT 1994

7.113 Como ya hemos señalado, consideramos que la cuestión central que se dirime en estas diferencias en relación con las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994 es si las medidas impugnadas quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 debido a la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.[263] A este respecto, las cuestiones fundamentales que hemos de

[257] Siemens invests in Solar Inverter Manufacturing in Canada, Siemens Canada, comunicado de prensa, 3 de junio de 2010 ("Siemens invests in Canada" (Siemens invierte en el Canadá), Japón - Prueba documental 112.

[258] Chuck Howitt, "ATS lifts curtain on green wing", *Waterloo Region Record*, 26 de noviembre de 2010 (ATS levanta el telón del sector verde), Japón - Prueba documental 113.

[259] Niagara Region Wind Corporation selects turbine manufacturer (Niagara Region Wind Corporation elige un fabricante de turbinas), Canada NewsWire, 27 de septiembre de 2011, Japón - Prueba documental 117.

[260] Niagara Region Wind Corporation selects turbine manufacturer, Japón - Prueba documental 117.

[261] El "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" se describe y se examina con mayor detalle más adelante, en los párrafos 7.158-7.165.

[262] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.82.

[263] Estamos de acuerdo con la caracterización que hace la Unión Europea del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 como una disposición sobre el "alcance" en lugar de una excepción. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 14 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial de la Unión

resolver son: i) 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 a las medidas impugnadas; y ii) 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. Trataremos ahora cada una de estas cuestiones sucesivamente.

i) 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

La cuestión de 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 impugnadas

7.114 Comenzaremos por exponer y examinar las disposiciones jurídicas pertinentes, que estipulan lo siguiente:

Artículo 2

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.

Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 29.) Recordamos que en el asunto *China-Materias primas*, el Órgano de Apelación consideró la distinta naturaleza del párrafo 2 del artículo XI y el artículo XX del GATT de 1994 y declaró que:

> Los Miembros pueden recurrir al artículo XX del GATT de 1994 como una excepción para justificar medidas que en otro caso serían incompatibles con sus obligaciones en el marco del GATT. En cambio, el párrafo 2 del artículo XI dispone que la eliminación general de las restricciones cuantitativas *no se aplicará* a los casos enumerados en los apartados a) a c) de esa disposición. Esta expresión parece indicar que el alcance de la obligación de no imponer restricciones cuantitativas está limitado en sí mismo por el párrafo 2 a) del artículo XI. En consecuencia, cuando se cumplan los requisitos del párrafo 2 a) del artículo XI, no habría margen para aplicar el artículo XX porque no existe ninguna obligación (informe del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 334).

Señalamos que, de conformidad con el párrafo 8 a) del artículo III, las disposiciones del artículo III *no se aplicarán* a las leyes, reglamentos o prescripciones que rigen determinado tipo de adquisición. Por consiguiente, en consonancia con la opinión del Órgano de Apelación relativa a la relación entre el párrafo 2 del artículo XI y el artículo XX del GATT de 1994, el texto del párrafo 8 a) del artículo III parece indicar que el alcance de la obligación de trato nacional prescrita en el artículo III está limitado por el párrafo 8 a) de dicho artículo. En otros términos, si una medida es abarcada por el párrafo 8 a) del artículo III, no quedará incluida en el ámbito de aplicación del artículo III del GATT de 1994.

7.115 El párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC 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; o ...

7.116 El párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 estipula que:

> 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.

7.117 El texto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC impone a los Miembros la obligación de no aplicar ninguna MIC que sea incompatible con las "disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994". Las "disposiciones [del] artículo[] III" incluyen la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 4 de dicho artículo. De ello se desprende que cualquier medida que se constate que es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y que sea también una MIC será incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

7.118 Es importante señalar que las "disposiciones [del] artículo ... III" a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC comprenden el párrafo 8 a) del artículo III. Esta disposición excluye la aplicación de las obligaciones establecidas en el artículo III a las "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan" determinados tipos de adquisición gubernamental.[264] Por consiguiente, 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. Por lo tanto, 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.

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. 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

[264] La obligación prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC está limitada además por la declaración de que se aplica "sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994".

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*.

7.120 A nuestro juicio, el argumento de la Unión Europea de que el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, leído en conjunción con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, puede ser determinante de si una medida infringe 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, no refleja el orden apropiado del análisis jurídico que se contempla en los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Consideramos que este orden es el siguiente. 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 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.

7.121 A la luz de las anteriores consideraciones, concluimos 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.

La cuestión de si las medidas impugnadas son del tipo descrito en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

7.122 Estas actuaciones son las primeras en las que se ha pedido a un grupo especial que interprete y aplique el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. La simple lectura de esta disposición, que ya hemos reproducido más arriba, parece indicar que puede dividirse en varios elementos acumulativos. Los argumentos de las partes parecen plantear problemas con respecto a las tres cuestiones siguientes:

i) la cuestión de si las medidas impugnadas pueden describirse como "leyes, reglamentos y prescripciones *que rijan* la adquisición";

ii) la cuestión de si las medidas impugnadas implican "*adquisición* por organismos gubernamentales"; y

iii) la cuestión de si cualquier "adquisición" que exista 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".

"Leyes, reglamentos y prescripciones *que rijan* la adquisición" de electricidad

7.123 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 se centran en el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" impuesto en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR, que, según alegan, da lugar a un trato del equipo de producción de energía renovable importado menos favorable que el trato concedido a los productos similares nacionales.[265] El Canadá aduce que no tiene obligaciones de trato nacional con respecto al "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" porque éste es parte de las "leyes, reglamentos y prescripciones *que rigen* la adquisición" de electricidad en el marco del Programa TR. En otros términos, el Canadá sostiene que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es extraído del ámbito de aplicación del artículo III por la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.[266]

7.124 Como explicamos con más detalle en otro lugar de estos informes[267], las pruebas que se nos han presentado revelan que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es una condición que *deben* cumplir los productores de electricidad que utilizan tecnologías solar FV o eólica y que desean participar en el Programa TR. En otros términos, el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" obliga a la compra y la utilización de determinado equipo de producción de energía renovable que tenga su fuente en Ontario como un requisito previo necesario para que tenga lugar la supuesta adquisición por el Gobierno de Ontario. Estamos de acuerdo con el Canadá en que una medida "que rige" la adquisición controla, reglamenta o condiciona esa adquisición.[268] De ello se desprende que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es una "prescripción[] que ri[ge]" la supuesta adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR y de los contratos TR y microTR a efectos del párrafo 8 a) del artículo III.

7.125 La Unión Europea no cuestiona que el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es una condición necesaria para que tenga lugar la supuesta adquisición de electricidad. No obstante, según la Unión Europea, "las prescripciones en materia de contenido nacional impuestas por el Gobierno de Ontario no 'rigen' la supuesta adquisición de electricidad en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III *porque no son prescripciones relativas al objeto de la adquisición, que es la electricidad*".[269] La Unión Europea sostiene que "el texto del párrafo 8 a) del artículo III está estructurado de tal manera que el término 'productos' está directamente limitado por el término 'comprados', lo cual quiere decir que las prescripciones [deben] regir los productos comprados por organismos gubernamentales y no otros productos que no tienen ninguna relación con el objeto o la materia del contrato de adquisición".[270] En otras palabras, la Unión Europea aduce que sólo puede interpretarse que las "leyes, reglamentos y prescripciones" mencionados en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 hacen referencia a "leyes, reglamentos y prescripciones" que *están directamente relacionados con el producto* adquirido por el gobierno. Así pues, como el "nivel

[265] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 272-283 y 295-297; y primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 106, 152, 153, 156 y 158-162.

[266] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 62, 67 y 101; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 3 y 11; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 5 y 9; segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 2 y 13; y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 5 y 12.

[267] Véanse los párrafos 7.164-7.166 *infra*.

[268] Véase la primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 83, donde se hace referencia al sentido corriente de "regir" que hizo suyo en su informe el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 7.529.

[269] Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 22 del Grupo Especial (primera serie), párrafo 88 (sin cursivas en el original).

[270] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 113. Véase también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Grupo Especial (primera serie).

mínimo obligatorio de contenido nacional" se impone respecto de productos (determinado equipo de producción de energía renovable) que no son distintos del producto supuestamente adquirido (la electricidad), la Unión Europea aduce que no puede decirse que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" "rija" realmente la supuesta adquisición. Por esta razón, la Unión Europea afirma que las medidas impugnadas no pueden ser abarcadas por los términos del párrafo 8 a) del artículo III.[271]

7.126 Nos resulta difícil aceptar la interpretación de la Unión Europea. Las palabras "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan" del párrafo 8 a) del artículo III no están directamente relacionadas con los "productos comprados" sino con la "adquisición" de esos productos. Teniendo esto en cuenta, no podemos aceptar que *sólo* puede entenderse que la referencia a "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición" signifique las "leyes, reglamentos y prescripciones" que afectan *directamente* a un producto que es idéntico al producto objeto de la supuesta adquisición. A nuestro juicio, del texto del párrafo 8 a) del artículo III se desprende claramente que el centro del análisis deben ser las "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan" la supuesta *adquisición* de electricidad.

7.127 Como ya se ha dicho, el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es un requisito previo necesario para que tenga lugar la supuesta adquisición por el Gobierno de Ontario y, en esa medida, somos de la opinión de que esas prescripciones "rigen" la supuesta adquisición. Además, observamos que la electricidad supuestamente adquirida por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se produce utilizando equipo de producción de energía renovable que es el objeto del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional". Así pues, en la medida en que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" se refiere al mismo equipo que se necesita y se utiliza para producir la electricidad supuestamente adquirida, es muy evidente que existe una estrecha relación entre los productos afectados por las "leyes, reglamentos y prescripciones" pertinentes (equipo de producción de energía renovable) y el producto supuestamente adquirido (electricidad).

7.128 Por consiguiente, por las razones mencionadas, constatamos que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" debe caracterizarse debidamente como una de las "prescripciones que rigen" la supuesta adquisición de electricidad a efectos del párrafo 8 a) del artículo III.

"*Adquisición* por organismos gubernamentales"

7.129 Pasaremos ahora a examinar si las medidas en litigio implican "*adquisición*, por organismos gubernamentales, de productos *comprados*" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

7.130 La Unión Europea y el Canadá consideran que debe entenderse que el sentido corriente de las palabras "*procurement*" (adquisición) y "*purchased*" (comprados), en el contexto del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, implica la misma acción gubernamental de "*acquiring*" (adquirir) un producto".[272] Aunque está de acuerdo con la opinión de que una "*procurement*" (adquisición) puede definirse como "*[t]he action of obtaining something; acquisition*" ([l]a acción de obtener algo; adquisición)[273], el Japón sostiene que el concepto de "adquisición" a que se hace referencia en el

[271] En la comunicación que presentaron en calidad de tercero, los Estados Unidos plantearon también la cuestión de las consecuencias jurídicas de la diferencia entre el producto objeto del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" y el producto que es objeto de la supuesta adquisición. Véase la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero, párrafos 18 y 19.

[272] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 114; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Grupo Especial (primera serie); primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 76; y respuesta del Canadá a la pregunta 56 del Grupo Especial (primera serie).

[273] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 51.

párrafo 8 a) del artículo III no queda totalmente abarcado por el sentido de "comprados" que proponen la Unión Europea y el Canadá. A juicio del Japón, varios de los elementos contextuales parecen indicar que la interpretación apropiada de la palabra "adquisición", y, por lo tanto, la constatación de que existe "adquisición por organismos gubernamentales", implica el examen de los cuatro factores siguientes, "ninguno de los cuales puede ser decisivo por sí solo": i) pago de la adquisición por el gobierno; ii) utilización, consumo o aprovechamiento por el gobierno; iii) obtención, adquisición o posesión por el gobierno; y iv) control de la obtención del producto por el gobierno.[274]

7.131 Nos resulta algo difícil aceptar la interpretación que hace el Japón del término "adquisición". A nuestro juicio, el argumento del Japón de que la "adquisición" implica "utilización, aprovechamiento o consumo por el gobierno" no está en consonancia con el contexto inmediato en el que se usa la palabra "adquisición" en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Como han explicado las partes, el sentido corriente de la palabra "*procurement*" (adquisición) comprende *"[t]he action of obtaining something; an acquisition*" (la acción de obtener algo; una adquisición).[275] El párrafo 8 a) del artículo III hace referencia a "la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos *comprados*". El sentido corriente de la palabra "purchase" (comprar) propuesto por las partes incluye "*to obtain; to gain possession of*" (obtener; lograr la posesión de) y "*to acquire in exchange for payment in money or an equivalent; to buy*" (adquirir a cambio de un pago en dinero o un equivalente; comprar).[276] El concepto de *utilización, aprovechamiento o consumo* por el gobierno no se desprende de manera inmediata del sentido corriente de esos términos. En lugar de ello, en nuestra opinión, en la medida en que los sentidos corrientes de ambas palabras hacen referencia a la acción de "obtener" o "adquirir" algo, respaldan la conclusión de que debe darse el mismo sentido a los términos "*procurement*" (adquisición) y "*purchase*" (compra). Efectivamente, el hecho de que en el párrafo 8 a) del artículo III se describa la "*adquisición* ... de productos" como "productos *comprados*" parecería confirmar la opinión de que el término "adquisición" del párrafo 8 a) del artículo III debe tener esencialmente el mismo sentido que la palabra "comprados" y viceversa.

7.132 Además, si se interpretara que el concepto de "adquisición" a que se hace referencia en el párrafo 8 a) del artículo III comprende necesariamente la "utilización, consumo o aprovechamiento por el gobierno" en relación con el producto en litigio, no habría sido necesario excluir la adquisición de productos por el gobierno "para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" de los tipos de adquisición gubernamental abarcados por el párrafo 8 a) del artículo III. Esto se debe a que la adquisición de un producto por el gobierno para su propia utilización, consumo o aprovechamiento no puede, por definición, ser una adquisición "para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial". Si los negociadores se hubieran propuesto que se interpretara que el concepto de "adquisición" incluye las compras de productos para la utilización, consumo o aprovechamiento por el gobierno, habría sido suficiente que terminaran el párrafo 8 a) del artículo III con las palabras "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

---

[274] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 49-58; segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 54; y declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 28.

[275] Los textos en español y en francés del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 confirman esta interpretación del sentido de la palabra "*procurement*", ya que dicen, respectivamente, en la parte pertinente: "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" y "*produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics*".

[276] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 38; segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 93; declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 22 y 23; primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 114; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 38.

7.133 Tampoco estamos convencidos de que las referencias del Japón al Grupo Especial del GATT encargado del asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar* y al Apéndice I del ACP del Canadá respalden la interpretación que hace el Japón del término "adquisición" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Comenzando por la última referencia, estamos de acuerdo con el Canadá en que el Apéndice I del ACP no está destinado a proporcionar una definición general del término *procurement* ni una interpretación del término "adquisición" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Es evidente que la definición por la que el Canadá ha accedido a verse obligado a efectos del ACP no está destinada a definir el alcance de los derechos y obligaciones de ese país de conformidad con el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

7.134 En cuanto al Grupo Especial del GATT encargado de la diferencia *Estados Unidos - Cartografía por sonar*, creemos que hay varias características de los hechos y la legislación en litigio en esa diferencia que reducen considerablemente la pertinencia, para las presentes diferencias, de las constataciones de ese Grupo Especial en que se basa el Japón. En primer lugar, observamos que el Grupo Especial del GATT que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar* examinó la cuestión de si un contrato entre dos empresas privadas acerca de la adquisición de un sistema de cartografía por sonar constituía un "*government procurement*" (contrato de suministro celebrado por una entidad pública para la adquisición de productos) en el sentido del párrafo 1 a) del artículo I del Acuerdo sobre Compras del Sector Público de la Ronda de Tokio. Por consiguiente, el Grupo Especial del GATT identificó los cuatro elementos a que hace referencia el Japón en estas actuaciones en el contexto muy específico de una supuesta contratación pública efectuada mediante compras hechas por dos empresas privadas.[277] En segundo lugar, observamos que el texto y la estructura del párrafo 1 a) del artículo I del Acuerdo sobre Compras del Sector Público de la Ronda de Tokio son fundamentalmente distintos de los del párrafo 8 a) del artículo III. En particular, el párrafo 1 a) del artículo I hace referencia a varios métodos de adquisición, incluidos el leasing, el alquiler o el alquiler-venta con o sin opción de compra, que no figuran en el párrafo 8 a) del artículo III. De hecho, fue porque todos esos métodos de adquisición mencionados en el párrafo 1 a) del artículo I "eran modos de conseguir la utilización o el aprovechamiento de un producto", por lo que el Grupo Especial del GATT llegó a la conclusión de que "podía entenderse que la expresión 'contratos de suministro ... para la adquisición ...' hacía referencia a las transacciones para conseguir tal utilización o aprovechamiento".[278]

7.135 Así pues, a nuestro juicio, debe entenderse que la palabra "adquisición", cuando se interpreta en su contexto inmediato, tiene el mismo sentido que la palabra "compra". No hallamos ningún respaldo en el texto del párrafo 8 a) del artículo III ni en el contexto de la palabra "adquisición" para aceptar el argumento del Japón de que esa palabra debe implicar necesariamente utilización, consumo o aprovechamiento del producto adquirido por el gobierno.[279]

7.136 Como ya se ha dicho, el sentido corriente de la palabra "*purchase*" (comprar) propuesto por las partes incluye "*to obtain; to gain possession of*" (obtener; lograr la posesión de) y "*to acquire in exchange for payment in money or an equivalent; to buy*" (adquirir a cambio de un pago en dinero o un equivalente; comprar).[280] Por las razones explicadas en la sección VII.C.2 c) iii) de estos

[277] Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Cartografía por sonar*, párrafo 4.7, citado por el Japón en su declaración inicial en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 50.

[278] Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Cartografía por sonar*, párrafo 4.5.

[279] Con respecto a los demás elementos que tuvo en cuenta el Grupo Especial del GATT en el asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar* -pago por el Estado, posesión por el Estado y control público del proceso de consecución del producto- consideramos que se dan cuando un organismo gubernamental "compra" un producto. Así pues, no respaldan la interpretación del Japón de que, en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, hay una diferencia entre el sentido de "adquisición" y el de "comprados".

[280] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 38; segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 93; declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 22 y 23; primera

informes, donde se evalúan los argumentos formulados por las partes acerca de la debida caracterización jurídica de las medidas en litigio de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo SMC, interpretamos que las "compras" de mercancías por el gobierno hacen referencia a la acción por la que el gobierno obtiene la posesión (incluso mediante la obtención de la titularidad) de mercancías a cambio de algún tipo de pago (monetario o no monetario). En nuestra opinión, esta interpretación del concepto de "compra" de mercancías por un gobierno es igualmente aplicable para orientar nuestro análisis de las alegaciones formuladas por las partes al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente, constatamos que, a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, debe entenderse que la "adquisición por organismos gubernamentales de productos comprados" remite a la acción de un gobierno de obtener la posesión (incluso mediante la obtención de la titularidad) de productos a cambio de algún tipo de pago (monetario o no monetario). Además, a la luz de esta interpretación y de nuestra constatación, expuesta en la sección VII.C.2 c) iii) de estos informes, de que las medidas impugnadas pueden caracterizarse apropiadamente como "compr[as] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, concluimos que las medidas en litigio implican también la "*adquisición* por organismos gubernamentales de productos comprados" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

La adquisición "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"

7.137 Pasaremos ahora a examinar 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". Las principales cuestiones que plantean los argumentos de las partes están relacionadas con el sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos" y la expresión "reventa comercial" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

- "Necesidades de los poderes públicos"

7.138 Con respecto al sentido corriente de la expresión "necesidades de los poderes públicos", señalamos en primer lugar que las partes han propuesto toda una gama de sentidos distintos. En un extremo del espectro, el Canadá propone el sentido más amplio de los que defienden las partes, sugiriendo 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.[281] En el otro extremo, el Japón preconiza el sentido más limitado, sosteniendo que una compra para cubrir las "necesidades de los poderes públicos" debe quedar limitada a las compras de productos para utilización, consumo o aprovechamiento por el gobierno.[282] La Unión Europea adopta una posición intermedia, proponiendo un sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos" que hace referencia a las compras del gobierno para cubrir necesidades de los poderes públicos, que incluyen

---

comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 114; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 38.

[281] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 86; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 23; declaración final del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 9; respuesta del Canadá a la pregunta 28 del Grupo Especial (primera serie); segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 50; declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 33; declaración final del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 5; y respuesta del Canadá a la pregunta 47 del Grupo Especial (segunda serie).

[282] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 284 y 287; declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 53, 69, 71, 74 y 75; segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 61; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 33; y respuesta del Japón a la pregunta 47 del Grupo Especial (segunda serie).

tanto la compra de mercancías consumidas por el propio gobierno como la compra de las necesarias para el suministro de servicios públicos por el gobierno.[283]

7.139 Tal como lo entendemos, el sentido corriente de la expresión "necesidades de los poderes públicos" ("las necesidades de los poderes públicos" y "*les besoins des pouvoirs publics*" en las versiones española y francesa, respectivamente) es relativamente amplio y puede abarcar los tres sentidos propuestos por las partes. No obstante, debemos interpretar esta expresión en su contexto. En ese sentido, nos parece especialmente instructivo observar que la expresión "necesidades de los poderes públicos" va seguida inmediatamente por las palabras "y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial". El Canadá aduce que la "prescripción de que la compra no se haga para la reventa comercial es una prescripción *adicional* a la prescripción de que la compra se haga para cubrir las necesidades de los poderes públicos".[284] Así pues, el Canadá opina que las palabras "necesidades de los poderes públicos" y "no para su reventa comercial" establecen *dos* prescripciones separadas que deben cumplirse *ambas* para que una ley, reglamento o prescripción quede incluido en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III. Partiendo de esta observación, el Canadá concluye que "el sentido de una compra para 'cubrir las necesidades de los poderes públicos' no puede limitarse a una compra para consumo del gobierno, y el sentido de una compra 'para su reventa comercial' no puede limitarse a una compra con el objetivo de revender".[285] No obstante, los reclamantes sostienen que la expresión "no para su reventa comercial" debe contrastarse con la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".[286]

7.140 A nuestro juicio, el claro texto del párrafo 8 a) del artículo III parece indicar que una "adquisición ... de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" *no puede* ser también una "adquisición ... de productos comprados ... para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial". En este sentido, consideramos 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". No nos convencen los argumentos del Canadá de que las expresiones "necesidades de los poderes públicos" y "no para su reventa comercial" establecen *dos* prescripciones separadas y acumulativas. En nuestra opinión, el hecho de que el párrafo 8 a) del artículo III contenga las palabras "*y no*" después de "necesidades de los poderes públicos" limita esta expresión indicando que la "adquisición ... de productos comprados ... para su reventa comercial" queda excluida de la aplicación del párrafo 8 a) del artículo III.

7.141 Las partes han aducido que el párrafo 2 del artículo XVII del GATT de 1994 sirve también de contexto pertinente para la interpretación del párrafo 8 a) del artículo III, y el Japón y la Unión Europea han sostenido además que la historia de la negociación de ambas disposiciones respalda sus

---

[283] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 116 y 118; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 128 y 130; declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 48; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 47 del Grupo Especial (segunda serie); y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 45 del Grupo Especial (segunda serie). El Japón considera que ésta también puede ser una interpretación plausible de "necesidades de los poderes públicos" (declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 33). La Unión Europea halla respaldo para su interpretación en las versiones en español y en francés del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, que disponen, respectivamente, en su parte pertinente: "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" y "*produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics*".

[284] Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 75.

[285] Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 76. Véanse también la declaración final del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 14; y las observaciones del Canadá sobre las respuestas del Japón y la Unión Europea a las preguntas 45 y 48 del Grupo Especial (segunda serie).

[286] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 82; y declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 39.

propias interpretaciones del párrafo 8 a) del artículo III. Según el Canadá, el párrafo 2 del artículo XVII contribuye a demostrar no sólo que las palabras "necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III no quedan limitadas al "consumo o aprovechamiento por el gobierno", sino también que las expresiones "necesidades de los poderes públicos" y "no para su reventa comercial" establecen dos condiciones acumulativas.[287] Por otra parte, el Japón sostiene que el párrafo 2 del artículo XVII, junto con la historia de su negociación, revela que las dos disposiciones excluyen el mismo tipo de "adquisición", es decir, la adquisición que se hace para el "consumo o utilización por el gobierno", del ámbito de aplicación de sus otros apartados operativos.[288] Análogamente, la Unión Europea considera que la historia de la negociación del párrafo 8 a) del artículo III y el párrafo 2 del artículo XVII demuestra que, pese a las diferencias entre sus textos, ambas disposiciones tienen el objetivo de tratar la misma cuestión, concluyendo que el alcance de las palabras "'para cubrir las necesidades de los poderes públicos' o las 'necesidades del gobierno' coincide con el de la frase 'productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta'".[289]

7.142 El texto del párrafo 2 del artículo XVII es el siguiente:

> Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a las importaciones de productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta, y no para ser revendidos o utilizados en la producción de mercancías destinadas a la venta. En lo que concierne a estas importaciones, cada parte contratante concederá un trato justo y equitativo al comercio de las demás partes contratantes.

7.143 Como observa la Unión Europea[290], tanto el párrafo 8 a) del artículo III como el párrafo 2 del artículo XVII describen las circunstancias en las que las compras de productos realizadas por organismos gubernamentales en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III o las importaciones de productos por empresas comerciales del Estado a efectos del párrafo 2 del artículo XVII quedarán fuera de las respectivas disciplinas principales. Así, las medidas abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III quedarán automáticamente fuera del ámbito de aplicación de las obligaciones de trato nacional prescritas en otro lugar del artículo III. Análogamente, las compras del tipo identificado en el párrafo 2 del artículo XVII quedarán fuera del ámbito de aplicación del párrafo 1 de ese artículo, que impone a las empresas comerciales del Estado la obligación de realizar sus actividades de compra que entrañen importaciones o exportaciones de manera compatible con los principios de no discriminación del GATT de 1994. Estos últimos comprenden las obligaciones de trato nacional previstas en el artículo III del GATT de 1994.[291] En esta medida, se puede llegar, a partir del texto del párrafo 8 a) del artículo III y el párrafo 2 del artículo XVII, a la conclusión de que ambas disposiciones están destinadas a definir el alcance de las obligaciones de trato nacional en el contexto de dos tipos de compras determinados: i) las compras de productos por organismos gubernamentales (párrafo 8 a) del artículo III); y ii) las compras de productos a través de empresas comerciales del Estado (párrafo 2 del artículo XVII).

7.144 Las compras gubernamentales del tipo que abarcan los términos del párrafo 8 a) del artículo III son aquellas que se realizan "para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para

---

[287] Respuesta del Canadá a la pregunta 45 del Grupo Especial (segunda serie).

[288] Primera comunicación escrita del Japón, nota 457; declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 56 y 74; y respuesta del Japón a la pregunta 45 del Grupo Especial (segunda serie).

[289] Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 45 del Grupo Especial (segunda serie), párrafo 75.

[290] Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 45 del Grupo Especial (segunda serie).

[291] Informe del Grupo Especial, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 753.

su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial". Por otra parte, el párrafo 2 del artículo XVII se aplica a las compras de productos "destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta, y no para ser revendidos o utilizados en la producción de mercancías destinadas a la venta". A primera vista, podría interpretarse que el distinto lenguaje utilizado para describir los tipos de compras pertinentes abarcados por las dos disposiciones significa que el párrafo 8 a) del artículo III y el párrafo 2 del artículo XVII tenían el objetivo de abarcar una gama diferente de transacciones (no sólo debido a las diferencias entre las entidades a que se refieren las disposiciones). No obstante, a nuestro juicio, esa conclusión no sería totalmente exacta ya que, del lenguaje utilizado en ambas disposiciones, se desprende claramente que hay, como mínimo, una superposición significativa con respecto a los tipos de compras *excluidos* de su ámbito de aplicación, es decir, las compras "no para su reventa comercial ..." (de conformidad con el párrafo 8 a) del artículo III) y las compras "no para ser revendid[a]s ..." (de conformidad con el párrafo 2 del artículo XVII). Así pues, en la medida en que el texto del párrafo 2 del artículo XVII puede servir de contexto para la interpretación del párrafo 8 a) del artículo III, constatamos que contribuye a confirmar que una "adquisición ... de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III no puede ser también una "adquisición ... de productos comprados ... para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

7.145 A la luz del análisis arriba realizado, constatamos 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. En otros términos, concluimos que una compra de mercancías para cubrir "las necesidades de los poderes públicos" no puede constituir al mismo tiempo una compra de mercancías por los poderes públicos "para su reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III. Así pues, si constatamos que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza "para su reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", esa adquisición no estará abarcada por el párrafo 8 a) del artículo III.[292] Teniendo presente esta constatación, pasaremos ahora a examinar la cuestión de si las medidas en litigio implican una compra del gobierno "para su reventa comercial".

- "Reventa comercial"

7.146 Las partes han propuesto distintos sentidos de la expresión "para su reventa comercial" contenida en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Por una parte, el Canadá aduce que significa una compra con el objetivo de revender por un beneficio.[293] Por otra parte, los reclamantes sostienen que "para su reventa comercial" significa con miras a su venta o su introducción en la corriente del comercio o el mercado, con independencia de cualquier beneficio.[294]

---

[292] Señalamos que, incluso de conformidad con la interpretación que hace el propio Canadá de "necesidades de los poderes públicos" y "reventa comercial" como prescripciones separadas y acumulativas, una adquisición del gobierno no estará abarcada por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 si se realiza "para su reventa comercial", con independencia de si puede decirse que esa adquisición se hace para cubrir las "necesidades de los poderes públicos".

[293] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 90; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 35-39; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 55 y 57; respuesta del Canadá a la pregunta 25 a) del Grupo Especial (primera serie); segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 69; y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 48.

[294] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 78 y 85; segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 66; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 36; y primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 139; declaración inicial de

7.147 Recordamos que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el marco del Programa TR y los contratos TR y microTR. La electricidad comprada es incorporada por los productores a la red de electricidad de Ontario a través de las redes de transmisión y distribución y finalmente es vendida a los consumidores por Hydro One, empresas de distribución local y proveedores minoristas de electricidad del sector privado con licencia. Hydro One es una sociedad de cartera totalmente propiedad del Gobierno de Ontario y un "agente" de ese Gobierno. Como se explica con mayor detalle más adelante[295], Hydro One es también un "organismo público" a efectos del artículo 1 del Acuerdo SMC. De las 80 empresas de distribución local que funcionan actualmente en Ontario, 77 son propiedad de gobiernos municipales. Los proveedores minoristas del sector privado con licencia "venden contratos a empresas y consumidores".[296] Entendemos que hay actualmente 45 proveedores minoristas de electricidad con licencia que funcionan en Ontario y compiten con las empresas de distribución local en sus respectivas zonas de servicios.[297] Así pues, es evidente que la electricidad comprada por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se revende a consumidores minoristas a través de Hydro One y empresas de distribución local en competencia con proveedores minoristas del sector privado. No nos convence el argumento del Canadá de que la electricidad comprada en el marco del Programa TR no se *revende* debido al hecho de que se incorpora a la red de electricidad de Ontario, donde se reúne con la electricidad procedente de otras fuentes.[298] Tal como lo vemos, el hecho de que la electricidad comprada en el marco del Programa TR se consuma exactamente a través de los mismos canales que la electricidad suministrada por otras fuentes de producción respalda la opinión de que esa electricidad es revendida por el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales a través de Hydro One y las empresas de distribución local en competencia con proveedores minoristas de electricidad del sector privado.

7.148 Así pues, en la medida en que deba entenderse, como aducen los reclamantes, que el concepto de comercio abarca simplemente la compra y la venta o la comercialización de productos en un mercado, 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. No obstante, el Canadá aduce que ni siquiera con arreglo a la interpretación que hacen los reclamantes de la expresión "reventa comercial" se puede considerar que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se hacen "para su reventa comercial". En particular, el Canadá aduce que no puede decirse que el OPA vende productos o los introduce en el "*mercado*", porque en el sistema eléctrico de Ontario no existe un "*mercado*" en el que se encuentren libremente la oferta y la demanda.[299] El argumento del Canadá no nos convence. A nuestro juicio, el examen de la cuestión de si el sistema eléctrico de Ontario está, en su conjunto, muy regulado o se compone totalmente de mercados competitivos en los distintos niveles de comercio no modifica el hecho básico de que la electricidad comprada por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR es comprada a productores y vendida a

---

la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 39; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 135; declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 54; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 48 del Grupo Especial (segunda serie).

[295] Véanse los párrafos 7.234-7.239 *infra*.

[296] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, apéndice 1.

[297] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 5, artículo 29; Retail Settlement Code, Japón - Prueba documental 71, artículos 1.1, 2.7, 10.1 y 12; y proveedores minoristas de electricidad con licencia de la Comisión de la Energía de Ontario ("http://www.ontarioenergyboard.ca/html/licences/all_issuedlicences_read.cfm?showtype=Electricity%20Retailer") mencionados en IESO: Retail Contracts, Japón - Prueba documental 90.

[298] Declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 56; respuesta del Canadá a la pregunta 25a) del Grupo Especial (primera serie); segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 68; y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 47.

[299] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 43, donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 129 y 130.

consumidores minoristas a través de los mismos canales que el resto de la electricidad por Hydro One y empresas de distribución local *en competencia con proveedores minoristas de electricidad del sector privado*. Por lo tanto, de conformidad con la interpretación que hacen los reclamantes de la expresión "reventa comercial", la electricidad comprada se introduce en el comercio.

7.149 El Canadá sostiene que las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no se hacen "para su reventa comercial" porque el OPA no se beneficia de la reventa de electricidad, sino que simplemente recupera el costo de la compra de electricidad de fuentes renovables.[300] No obstante, que el *OPA* se beneficie o no de las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR no es concluyente respecto de la cuestión de si el *Gobierno de Ontario* obtiene algún beneficio de la reventa de electricidad a los consumidores. A este respecto, señalamos que Hydro One distribuye electricidad a casi la tercera parte de los consumidores de electricidad de Ontario. El Memorándum de Acuerdo entre el Gobierno de Ontario e Hydro One dispone que ésta "funcionará como una empresa comercial con un consejo de dirección independiente que ejercerá en todo momento su función fiduciaria y tendrá la obligación de actuar en pro de los intereses de [Hydro One]".[301] El Canadá ha reconocido que tanto Hydro One como las 77 empresas de distribución local propiedad de gobiernos municipales tienen la intención de obtener beneficios de sus actividades y/o activos de transmisión y distribución de electricidad sobre la base de los precios aprobados por la OEB que son "justos y razonables".[302] En relación con esto, en 2010 Hydro One pagó 28 millones de dólares canadienses por concepto de dividendos a su accionista, la provincia de Ontario.[303]

7.150 Por lo tanto, 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. No nos convence el argumento del Canadá de que el Gobierno de Ontario no se beneficia de la reventa de electricidad 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".[304] En la medida en que el servicio de distribución de electricidad está necesariamente vinculado a la venta de electricidad como "producto básico" y es inseparable de ésta, no hay ninguna base para concluir que las actividades de reventa de Hydro One y de casi todas las empresas de distribución local no tienen como resultado la obtención de beneficios.

---

[300] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 92; y respuesta del Canadá a la pregunta 25 a) del Grupo Especial (primera serie).

[301] 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 between the Government of Ontario and Hydro One" (Memorándum de Acuerdo entre el Gobierno de Ontario e Hydro One)), Canadá - Prueba documental 107, página 1.

[302] Respuesta del Canadá a la pregunta 13 b) del Grupo Especial (segunda serie), donde se cita "Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities, EB-2009-0084, 11 de diciembre de 2009 ("OEB Report 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)), Canadá - Prueba documental 64, página 8. El Canadá declara también que las tarifas recibidas por las empresas de distribución local les permiten recuperar sus costos y obtener una tasa de rentabilidad que es "justa y razonable" (respuesta del Canadá a la pregunta 13 a) del Grupo Especial (segunda serie)).

[303] Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results, Japón - Prueba documental 41, página 2. Hydro One actúa por conducto de sus filiales en los sectores de la transmisión y la distribución de electricidad y las telecomunicaciones. Sus ingresos totales en 2010 fueron 5.124 millones de dólares canadienses, de los cuales 5.061 millones de dólares canadienses representaron los ingresos procedentes de la transmisión y la distribución, Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results, Japón - Prueba documental 41, páginas 2 y 3.

[304] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 55.

7.151 Habiendo constatado que Hydro One y las empresas de distribución local venden electricidad en competencia con los proveedores minoristas del sector privado con licencia y que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales se benefician de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR a los consumidores, nos parece evidente que, a efectos de estas diferencias, la naturaleza de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR es "comercial". Al llegar a esta conclusión, ponemos de relieve que ello no significa que estemos de acuerdo con la interpretación del Canadá de que una "reventa comercial" implicará siempre necesariamente un beneficio, ya que puede muy bien haber situaciones en que la reventa de un producto comprado por un organismo gubernamental no implique un beneficio pero pueda ser, sin embargo, "comercial" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En realidad, es un hecho que las ventas con pérdidas pueden ser, y son a menudo, parte de actividades comerciales ordinarias. No obstante, en la situación de hecho actual, hemos concluido que es suficiente, a efectos de constatar que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el marco del Programa TR "para su reventa comercial", que el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales no sólo se beneficien de la reventa de la electricidad comprada en el marco del Programa TR, sino también que las reventas de electricidad tengan lugar en competencia con proveedores minoristas de electricidad con licencia. A la luz de las anteriores consideraciones, constatamos que la adquisición de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza "para su reventa comercial".

Conclusión con respecto a 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

7.152 Hemos concluido más arriba que: i) 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; 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 iii) la "adquisición" de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR se realiza "para su reventa comercial". A la luz de esta última conclusión, constatamos 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.

7.153 Al llegar a esta conclusión, no expresamos ninguna opinión acerca de la legitimidad del objetivo del Gobierno de Ontario de fomentar el uso de energía renovable en la producción de electricidad mediante el Programa TR. Nuestra conclusión de 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 debe entenderse únicamente como un juicio acerca de la medida en que el Canadá tiene derecho a basarse en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 para mantener una medida que se alega que es discriminatoria contra los productos importados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III.

7.154 Habiendo constatado que las medidas impugnadas no quedan excluidas de las obligaciones prescritas en el párrafo 4 del artículo III en virtud de la aplicación del párrafo 8 a) de dicho artículo, de ello se desprende que también deben estar sujetas a las obligaciones previstas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, explicadas e informadas por el párrafo 2 de dicho artículo y la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC. En relación con esto, recordamos que uno de los argumentos formulados tanto por el Japón como por la Unión Europea es que puede constatarse que las medidas impugnadas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC en virtud de la aplicación del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo

del Acuerdo sobre las MIC, en el que se describe una categoría de MIC que se considera incompatible con la obligación de trato nacional prescrita en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Pasaremos ahora a evaluar el fondo de este argumento.

ii) La cuestión de si las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, por consiguiente, también con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, en virtud de la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC

7.155 Como hemos explicado anteriormente[305], en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC se estipula que las MIC identificadas en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Por consiguiente, cuando se establece que una medida queda incluida en el ámbito de aplicación de las obligaciones prescritas en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, puede constatarse que esa medida es incompatible con esas obligaciones, y, por lo tanto, también con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, si comparte las características de las MIC descritas en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa.

7.156 La Unión Europea aduce que las medidas en litigio están abarcadas por el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa porque: i) es necesario el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" por los productores para que puedan participar en el Programa TR; y ii) el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" exige que los productores compren o utilicen equipo y componentes nacionales para la producción de energía renovable.[306] Análogamente, el Japón aduce que las medidas en litigio son del tipo de las que se enumeran expresamente en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa porque el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" exige que los productores de energía eólica y energía solar FV utilicen equipo de producción fabricado en Ontario para poder aprovechar las tarifas ofrecidas por el Programa TR.[307] El Canadá no ha formulado ningún argumento para rechazar las alegaciones de los demandantes de que las medidas impugnadas son del tipo descrito en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa.

7.157 Habida cuenta de los argumentos de las partes y del texto del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa[308], somos de la opinión de que, para determinar si los reclamantes han establecido que las medidas impugnadas comparten las características de las MIC descritas en el párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa, debemos determinar: i) si el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" aplicado en el marco del Programa TR exige que los productores de electricidad que utilicen tecnología solar FV y eólica compren o utilicen equipo y componentes de producción de energía renovable que sean de origen canadiense o procedan de una fuente canadiense; y ii) si el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es necesario para obtener una "ventaja". A continuación examinamos sucesivamente cada uno de estos elementos.

[305] Véase el párrafo 7.119 *supra*.

[306] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 141, 143, 152, 156 y 157. Véanse también la declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 43; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 14 a) (primera serie) del Grupo Especial; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 152; y la declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 61.

[307] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 295, 301 y 302.

[308] El texto pertinente del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa se reproduce en el párrafo 7.115 *supra*.

La cuestión de si el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" exige la compra o la utilización de productos de origen canadiense o procedentes de una fuente canadiense

7.158 En el Reglamento TR se define el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" como el nivel del porcentaje mínimo de contenido nacional establecido en las páginas de presentación de un contrato TR que deben lograr las instalaciones abarcadas por un contrato que utilizan energía eólica con una capacidad contractual superior a 10 kW o las instalaciones abarcadas por un contrato que utilizan energía solar FV.[309] El Japón ha presentado el siguiente cuadro para resumir los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos de conformidad con el 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[310]	2011-
Nivel mínimo obligatorio de contenido nacional	25%	50%	50%	60%	40%	60%

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

7.159 El nivel de contenido nacional de una instalación abarcada por un contrato se calcula de conformidad con el método expuesto en el anexo D del contrato TR.[311] Este anexo contiene cuatro "plantillas de contenido nacional" distintas, cada una de las cuales identifica una gama de "actividades designadas" diferentes y un "porcentaje habilitador" conexo con respecto a cada una de las categorías de producción de energía renovable incluidas en el ámbito de aplicación del Programa TR.[312] Estas categorías son: i) los proyectos de energía eólica con una capacidad superior a 10 kW; ii) los proyectos de energía solar FV con una capacidad superior a 10 kW que utilicen la tecnología de energía FV basada en el silicio cristalino; iii) los proyectos de energía solar FV con una capacidad superior a 10 kW que utilicen la tecnología de energía FV basada en películas delgadas; y iv) los proyectos de energía solar FV con una capacidad inferior o igual a 10 kW. Las plantillas de contenido nacional identificadas para las dos últimas categorías de proyectos de energía solar FV se aplican igualmente a los proyectos microTR de conformidad con el Reglamento microTR.[313]

7.160 Para cada "actividad designada" realizada en relación con la instalación abarcada por el contrato, se alcanzará un "porcentaje habilitador" conexo. Por ejemplo, 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%. El Contrato TR explica que 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.

[309] Organismo de Energía de Ontario, FIT Rules, versión 1.5.1, 31 de octubre de 2011, Unión Europea - Prueba documental 4, artículo 6.4(a).

[310] 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.

[311] FIT Rules, Unión Europea - Prueba documental 4, artículo 6.4(b).

[312] Organismo de Energía de Ontario, FIT Contract, versión 1.5.1, 31 de octubre de 2011, Unión Europea - Prueba documental 5, anexo D.

[313] microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, definiciones, páginas 14-16.

7.161 El Japón aduce que "para *todos* los proyectos", el efecto de las plantillas de contenido nacional es que se estipula que "*deben* utilizarse *por lo menos algunos* productos manufacturados, formados o ensamblados en Ontario para cumplir los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional".[314] El Japón sostiene 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". En particular, el Japón afirma que esos niveles no pueden alcanzarse, a la luz de las plantillas de contenido nacional pertinentes, sin utilizar productos nacionales con preferencia a los importados por las siguientes razones[315]:

> En el cuadro 1 del anexo D del Contrato TR para los proyectos de energía eólica con una potencia superior a 10 kW, las únicas actividades designadas que son puramente actividades de servicios son la partida 17 relativa a los costos de construcción (con un porcentaje habilitador del 15%) y la partida 18 relativa a los servicios de consultores (con un porcentaje habilitador del 5%). Por lo tanto, los servicios pueden contribuir un 20% como máximo al nivel de contenido nacional. En otras palabras, cuando el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es superior al 20% (como lo ha sido siempre en el caso de estos proyectos de energía eólica ...), deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional.
>
> En el cuadro 2 del anexo D del Contrato TR para los proyectos de energía solar (FV) con una potencia superior a 10 kW que utilizan la tecnología de energía FV basada en el silicio cristalino, las únicas actividades designadas que son puramente actividades de servicios son la partida 8 relativa a los costos de construcción (con un porcentaje habilitador del 18%) y la partida 9 relativa a los servicios de consultores (con un porcentaje habilitador del 4%). Por lo tanto, los servicios pueden contribuir un 22% como máximo al nivel de contenido nacional. En otras palabras, cuando el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es superior al 22% (como lo ha sido siempre en el caso de estos proyectos de energía solar (FV) ...), deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional.
>
> En el cuadro 3 del anexo D del Contrato TR para los proyectos de energía solar (FV) con una potencia superior a 10 kW que utilizan la tecnología de energía fotovoltaica basada en películas delgadas, las únicas actividades designadas que son puramente actividades de servicios son la partida 15 relativa a los costos de construcción (con un porcentaje habilitador del 24%) y la partida 16 relativa a los servicios de consultores (con un porcentaje habilitador del 4%). Por lo tanto, los servicios pueden contribuir un 28% como máximo al nivel de contenido nacional. En otras palabras, cuando el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es superior al 28% (como lo ha sido siempre en el caso de estos proyectos de energía solar (FV) ...), deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional.
>
> En el cuadro 4 del anexo D del Contrato TR para los proyectos de energía solar (FV) con una potencia inferior o igual a 10 kW, la única actividad designada que es puramente una actividad de servicios es la partida 24 relativa a mano de obra y servicios (con un porcentaje habilitador del 27%). Por lo tanto, los servicios pueden contribuir un 27% como máximo al nivel de contenido nacional. En otras palabras,

[314] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 173.
[315] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 173.

> cuando el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es superior al 27% (como lo ha sido siempre en el caso de estos proyectos de energía solar (FV) ...), deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional.
>
> En el cuadro 1 del apéndice C del Contrato microTR para los proyectos de energía solar fotovoltaica en escala micro (≤10kW), la única actividad designada que es puramente una actividad de servicios es la partida 8 relativa a mano de obra y servicios (con un porcentaje habilitador del 27%). Por lo tanto, los servicios pueden contribuir un 27% como máximo al nivel de contenido nacional. En otras palabras, cuando el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es superior al 27% (como lo ha sido siempre en el caso de estos proyectos de energía solar (fotovoltaica) ...), deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional.
>
> En el cuadro 2 del apéndice C del Contrato microTR para los proyectos de energía solar fotovoltaica en escala micro (≤10kW) que utilizan la tecnología de energía fotovoltaica basada en películas delgadas, la única actividad designada que es puramente una actividad de servicios es la partida 6 relativa a mano de obra y servicios (con un porcentaje habilitador del 28%). Por lo tanto, los servicios pueden contribuir un 28% como máximo al nivel de contenido nacional. En otras palabras, cuando el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional es superior al 28% (como lo ha sido siempre en el caso de estos proyectos de energía solar fotovoltaica ...), deben utilizarse al menos algunos productos que tengan su fuente en Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional.[316]

7.162 La Unión Europea está de acuerdo con la descripción que hace el Japón de la manera en que actúa este aspecto de las medidas impugnadas y ha adoptado como propios todos los argumentos formulados por el Japón en este contexto.[317]

7.163 Hemos examinado cuidadosamente la manera en que actúa el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" y estamos de acuerdo con los reclamantes en que, en todas las situaciones arriba 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. Por consiguiente, constatamos que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" que se aplica en el marco del Programa TR exige que los productores de electricidad TR y microTR que utilizan tecnología solar FV y los productores TR que utilizan tecnología eólica compren o utilicen un determinado porcentaje de equipo y componentes de producción de energía renovable que tengan su fuente en Ontario y, por lo tanto, sean "de una fuente nacional" en el sentido del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa.

La cuestión de si el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es necesario para obtener una ventaja

7.164 La Directiva Ministerial de 2009 que encomendó al OPA el establecimiento del Programa TR le ordenó también que incluyera prescripciones en materia de contenido mínimo nacional y se asegurara de que cualquier incumplimiento de esas prescripciones "tuviera importantes consecuencias comerciales a los efectos del Contrato TR".[318] Con ese objeto, en el artículo 6.4(b) del Reglamento TR se estipula que "[s]i una instalación abarcada por el contrato no cumple el nivel

[316] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 173.
[317] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 16.
[318] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, páginas 1 y 2.

mínimo obligatorio de contenido nacional, el proveedor incurrirá en incumplimiento en el marco del Contrato TR". En los artículos 9.1(b) y (d) del Contrato TR se definen el incumplimiento por un proveedor de "cualquier cláusula u obligación importante" establecida en el contrato, así como una manifestación del proveedor que "no sea cierta o correcta a algún respecto importante", como hechos que colocarían al proveedor en situación de incumplimiento. Otras disposiciones del Contrato TR parecen indicar que esos hechos pueden estar relacionados con las obligaciones del proveedor respecto del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional". Por ejemplo, en el artículo 2.4(b)(iii) del Contrato TR se exige que la "solicitud de autorización para actuar" de un proveedor incluya un "plan de contenido nacional", tal como se define en dicho artículo. El artículo 2.2(f) del Contrato TR estipula que "[c]uando en las páginas de presentación del Contrato TR se identifique la fuente de energía renovable de la instalación abarcada por el contrato como energía eólica o energía solar (FV), el proveedor desarrollará y construirá la instalación abarcada por el contrato de tal manera que el nivel de contenido nacional sea igual o superior al nivel mínimo obligatorio de contenido nacional". Además, el artículo 2.11(c) del Contrato TR exige que el proveedor presente al OPA, en un plazo de 60 días a partir de la fecha en que inicie sus operaciones comerciales, un "informe sobre el contenido nacional" en el que se detalle la manera en que la instalación abarcada por el contrato ha cumplido el nivel obligatorio de contenido nacional.

7.165 De lo anterior se desprende claramente que el cumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" es una condición necesaria y un requisito previo para que los productores de electricidad participen en el Programa TR. Como hemos explicado en otro lugar de estos informes, el Programa TR garantiza durante un período de 20 años un precio fijo por cada kilovatio hora de electricidad suministrado al sistema eléctrico de Ontario por productores de electricidad admisibles que utilicen tecnología de energía solar FV y energía eólica.[319] Los precios pagados en el marco del Programa TR fueron establecidos por el OPA con objeto de garantizar que los participantes puedan cubrir sus costos de desarrollo "habituales" y obtener una tasa de rentabilidad razonable. Así pues, los productores que participen en el Programa TR serán remunerados por cada kilovatio hora de electricidad suministrado al sistema eléctrico de Ontario a un precio calculado para garantizar la viabilidad económica de las operaciones de instalaciones "habituales" durante un período de 20 años. Estamos de acuerdo con los reclamantes en que, sobre la base de estas condiciones, 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. Además, como el incumplimiento del "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" colocará a los productores TR y microTR en situación de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, también se puede llegar a la conclusión de que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" hace que los contratos TR y microTR sean MIC que son "exigibles en virtud de la legislación nacional" y que, por esa razón, deben quedar también incluidas en el ámbito de aplicación de la parte introductoria del párrafo 1 a) de la Lista ilustrativa.

7.166 Por lo tanto, sobre la base del anterior análisis, constatamos 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.

[319] Véanse los párrafos 7.64, 7.203, 7.213, 7.217 y 7.219.

d) Conclusión con respecto a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

7.167 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.

C. LA CUESTIÓN DE SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS CONSTITUYEN SUBVENCIONES EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

1. Introducción

7.168 las siguientes secciones evaluamos el fondo de los argumentos de los reclamantes según los cuales el Programa TR y los contratos TR y microTR constituyen subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Comenzamos examinando si los reclamantes han establecido que cada una de las medidas impugnadas constituye una "contribución financiera" y/o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. A continuación pasamos a evaluar los argumentos de las partes acerca de la existencia de un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

2. La cuestión de si las medidas impugnadas constituyen una "contribución financiera" y/o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC

a) Argumentos de las partes

i) Japón

7.169 El Japón aduce que cada una de las medidas impugnadas representa una "contribución financiera" en forma de una "transferencia directa de fondos" o una "posible transferencia directa de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC o, *subsidiariamente*, 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.[320]

7.170 Recordando que el Órgano de Apelación ha observado que una "transferencia directa de fondos" puede adoptar la forma de una transacción que prescribe "derechos y obligaciones recíprocos" o una "donación condicional" y que "lo que contempla [el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1] es un suministro por el gobierno ... de fondos, independientemente de que ello se haga gratuitamente o a cambio de una remuneración"[321], el Japón sostiene que la mejor forma de caracterizar las medidas impugnadas es como "transferencias directas de fondos", porque conllevan pagos por parte del OPA que son análogos a una "donación condicional". En este sentido, el Japón identifica las siguientes características de los contratos TR y microTR, que el Japón sostiene que demuestran que los

[320] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 185-214; respuesta del Japón a la pregunta 5 del Grupo Especial (primera serie); declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 24; segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 26-51; y respuestas del Japón a las preguntas 21 y 25 del Grupo Especial (segunda serie). El Japón sostiene, *subsidiariamente*, que las medidas en litigio también podrían caracterizarse como una acción del gobierno que conlleva una encomienda u orden, en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Primera comunicación escrita del Japón, nota 367.

[321] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 43, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafos 617 y 618 y nota 1292.

pagos TR no son sino financiación del gobierno facilitada a los productores TR a condición de que: i) construyan una instalación de generación de energía renovable que cumpla un nivel mínimo de contenido nacional especificado; y ii) suministren la electricidad generada en esa instalación a la red para su uso por todos los habitantes de Ontario[322]:

a) en virtud de los contratos TR y microTR, los productores TR tienen que construir una instalación de generación cumpliendo al mismo tiempo la prescripción de emplear equipo de generación de energía eólica y solar FV fabricado en Ontario al construir la instalación;

b) a cambio el OPA promete pagar un precio supuestamente superior al del mercado que garantiza la recuperación de los costos más una rentabilidad razonable por la inversión a lo largo de un período de 20 años;

c) el OPA paga el precio al productor cuando éste suministra electricidad a la red, o cuando retiene ese suministro siguiendo las instrucciones recibidas de la IESO, hasta la capacidad contractual; y

d) la electricidad incorporada a la red va directamente a los consumidores, sin que el OPA ni ningún otro organismo público tome posesión de la electricidad, tenga derecho a tomar posesión de la electricidad, utilice o pretenda utilizar la electricidad o intente obtener un beneficio de la reventa de la electricidad.[323]

7.171 Según el Japón, las mismas características también demuestran que, independientemente de los pagos efectivos realizados en virtud de los contratos TR y microTR impugnados, las medidas impugnadas pueden caracterizarse como "posibles transferencias directas de fondos", porque garantizan pagos por toda la electricidad generada (o que ha dejado de generar, siguiendo instrucciones de la IESO) en la totalidad del plazo del contrato, que es de 20 años en el caso de los proyectos de energía eólica y solar FV. Así pues, el Japón aduce que el compromiso del OPA de hacer los desembolsos previstos en virtud de las medidas impugnadas constituye una práctica gubernamental que conlleva una "posible transferencia directa de fondos".[324]

7.172 *Subsidiariamente*, el Japón aduce que las medidas en litigio constituyen "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994", en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Según el Japón, cabe caracterizar debidamente las medidas impugnadas de ese modo porque "contribuyen" a los ingresos y los precios recibidos por los productores TR al tiempo que tienen por efecto reducir las importaciones de equipo de producción de energía renovable en Ontario, lo que distorsiona el comercio internacional.[325] El Japón sostiene que hay dos aspectos concretos de los contratos TR y microTR que son compatibles con esta caracterización: i) los precios supuestamente superiores a los del mercado pagados por el Gobierno de Ontario por la electricidad; y ii) el largo plazo del contrato (20 años). El Japón aduce que el efecto combinado de esas dos condiciones contractuales es permitir que los "productores TR construyan y hagan funcionar sus instalaciones de producción en primer lugar, con la garantía de obtener una rentabilidad que de otro modo no lograrían en el mercado". Así pues, el Japón aduce que

[322] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 45; y respuestas del Japón a las preguntas del Grupo Especial 5 (primera serie) y 25 (segunda serie).
[323] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 36; y respuesta del Japón a la pregunta 25 del Grupo Especial (segunda serie).
[324] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 192-194.
[325] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 205-214.

el Gobierno de Ontario "literalmente 'sostiene' los 'ingresos' recibidos por los productores y el 'precio' que se les paga por su producción de electricidad".[326]

7.173 El Japón rechaza el argumento del Canadá de que las medidas impugnadas *sólo* pueden caracterizarse como contribuciones financieras en forma de compra de bienes por el gobierno. Recordando que "la clasificación de una transacción con arreglo a la legislación interna no es 'determinante' de si la medida puede caracterizarse como contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*", el Japón aduce que el hecho de que los contratos TR y microTR parezcan caracterizarse como "compras" del gobierno en la legislación canadiense no es determinante de la caracterización jurídica de las medidas impugnadas a los efectos del derecho de la OMC.[327] Además, el Japón afirma que el OPA nunca toma posesión de la electricidad, ejerce control sobre ella ni adquiere la titularidad de la electricidad suministrada en virtud de los contratos TR y microTR y, en consecuencia, no "compra" electricidad.[328] En este sentido, el Japón mantiene que el Programa TR no tiene por objetivo fomentar la generación de energía renovable para suministrar electricidad exclusivamente al OPA u otros organismos del Gobierno de Ontario, ni que el Gobierno de Ontario pueda vender electricidad a los distribuidores locales y/o a los consumidores. Antes bien, el Japón aduce que el objetivo del Programa TR es proporcionar electricidad a todos los consumidores de Ontario.

7.174 En cualquier caso, el Japón aduce que, incluso si el Grupo Especial concluyera que los contratos TR y microTR pueden caracterizarse como "compr[as] [de] bienes", el Grupo Especial todavía podría constatar que su caracterización es la de "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios".[329] Según el Japón, esto sería posible porque, a su juicio, el Órgano de Apelación dejó claro en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* que una transacción puede estar abarcada por múltiples incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, y que la presencia de la conjunción "o" entre los párrafos 1 a) 1) y 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC no tiene que implicar necesariamente que ambas disposiciones son mutuamente excluyentes.

7.175 Por último, si el Grupo Especial constatara que las medidas impugnadas *sólo* podrían caracterizarse adecuadamente como compras de bienes por el gobierno, como mantiene el Canadá, el Japón sostiene que a pesar de todo habría satisfecho la carga que le corresponde de demostrar que cumplen el primer elemento de la definición de subvención, recordando que la compra de bienes por el gobierno constituye una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[330]

---

[326] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 212.

[327] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 25, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 586 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 56); y segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 29-34.

[328] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 23; segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 39; y observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 47 del Grupo Especial (segunda serie).

[329] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 28; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 613 y nota 1287; y observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 24 del Grupo Especial (segunda serie).

[330] Respuesta del Japón a la pregunta 22 del Grupo Especial (segunda serie).

ii) Unión Europea

7.176 De manera similar al Japón, la Unión Europea sostiene que cada una de las medidas impugnadas 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. Sin embargo, para la Unión Europea, la caracterización jurídica más adecuada, y la afirmación "primaria" de la Unión Europea en este procedimiento, es que el Programa TR y los contratos conexos constituyen una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios". De manera *subsidiaria* a esas dos líneas de argumentación, la Unión Europea mantiene que las medidas impugnadas también podrían caracterizarse como "posibles transferencias directas 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 encomienda o una orden en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 en tanto en cuanto las empresas de distribución local privadas hacen pagos de liquidación en nombre del OPA en virtud de los términos de los contratos TR y microTR.[331]

7.177 La Unión Europea afirma que el Programa TR funciona como un sistema de sostenimiento de los precios en virtud del cual el Gobierno de Ontario, a través de su organismo, el OPA, acuerda por contrato un precio con los productores TR por la electricidad que producirán (o que se les ordenará que no produzcan), y luego lo paga directamente (a través de otro organismo, la IESO) o indirectamente (a través de empresas de distribución local) a dichos productores. Además, la Unión Europea sostiene que la naturaleza de las prescripciones del Programa TR en materia de contenido nacional reduce o incluso elimina las importaciones en Ontario de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable. Por consiguiente, la Unión Europea aduce que los precios a largo plazo, garantizados y supuestamente superiores a los de mercado pagados a los productores TR en virtud de los contratos TR y microTR impugnados proporcionan una "forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994", en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[332]

7.178 Según la Unión Europea, las medidas impugnadas pueden caracterizarse como "transferencia[s] directa[s] de fondos" porque, aparte del suministro previsto de electricidad a la red eléctrica de Ontario, suponen que el OPA efectúe pagos a los productores TR de manera incondicional. La Unión Europea sostiene que, a los efectos del análisis de la contribución financiera, los pagos comprometidos en virtud de los contratos TR y microTR, legalmente vinculantes, deberían considerarse pagos "donados" o "transferidos", incluso si físicamente esos pagos aún no se han efectuado.[333] Recordando que el Órgano de Apelación ha observado que una "transferencia directa de fondos" puede existir en forma de una "donación condicional" y que "lo que contempla [el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1] es un suministro por el gobierno ... de fondos, independientemente de que ello se haga gratuitamente o a cambio de una remuneración", la Unión Europea sostiene que la esencia del Programa TR y los contratos conexos es que los productores TR asumen una serie de obligaciones (entre ellas la construcción de una instalación generadora y el suministro de electricidad

[331] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 43 y 44; y declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 18 y 19.

[332] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 32-42; declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 14-17; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 20 del Grupo Especial (primera serie); y segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 5-18 y 33-38.

[333] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 48. Los argumentos de la Unión Europea en relación con la existencia de una contribución financiera en forma de "transferencia directa de fondos" incorporaban explícitamente todos los argumentos formulados por el Japón en su primera comunicación escrita. Primera comunicación escrita de la Unión Europea, nota 51.

a la red) a cambio de las cuales recibirán un pago del OPA. La Unión Europea mantiene que esto hace que las medidas impugnadas sean "transferencias directas de fondos".[334]

7.179 La Unión Europea presenta dos argumentos *subsidiarios* adicionales para respaldar su opinión de que las medidas constituyen "contribuciones financieras". En primer lugar, basándose en los mismos argumentos formulados en la primera comunicación escrita del Japón, la Unión Europea sostiene que las medidas impugnadas también pueden caracterizarse como "posibles transferencias directas de fondos".[335] En segundo lugar, la Unión Europea aduce que los desembolsos efectuados por las empresas de distribución local de conformidad con los contratos TR y microTR en nombre del OPA dan lugar a una "contribución financiera", en cualquiera de las formas examinadas más arriba, porque implican encomienda u orden en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[336] Sin embargo, en este sentido la Unión Europea mantiene que, dado que el OPA es en última instancia responsable de efectuar estos pagos, es probable que la mejor caracterización de las medidas impugnadas sea una "transferencia directa de fondos".[337]

7.180 Por último, aunque la Unión Europea considera que la caracterización más adecuada de las medidas impugnadas no sería una "compr[a] [de] bienes" por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC[338], aduce que esa conclusión no sería óbice para constatar que las medidas impugnadas también pueden caracterizarse como "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios". En este sentido, la Unión Europea mantiene que la utilización de la conjunción "o" entre los incisos 1) y 2) del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC no excluye la posibilidad de que una medida pueda estar comprendida al mismo tiempo en uno u otro de los incisos. Según la Unión Europea, la palabra "o" simplemente ofrece una elección o caracterizaciones alternativas para satisfacer el primer elemento de la definición de "subvención". La Unión Europea también señala que los términos del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC son lo bastante amplios para abarcar programas internos que incluyen *una combinación de* diversas formas de contribución financiera, agrupadas con otras características.[339] Del mismo modo, la Unión Europea aduce que es posible describir las medidas impugnadas como varios tipos de contribuciones financieras dentro de los apartados del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, recordando determinadas observaciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes*

[334] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 49 y 50; declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 18; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 42 y 43; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 11, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 617.

[335] La Unión Europea incorporó explícitamente todos los argumentos que en su primera comunicación escrita el Japón formuló sobre este punto. Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 53 y nota 65.

[336] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 44.

[337] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 59-61.

[338] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 41-51. La Unión Europea mantiene que el OPA actúa más como un intermediario (un agente o cámara de compensación) que un comprador efectivo de electricidad. Según la Unión Europea, otros operadores del mercado compran electricidad a tarifas de mercado o a tarifas superiores (es decir, a tarifas "reguladas"), mientras que el OPA paga tarifas supuestamente superiores a las de mercado acordadas por contrato con los productores TR. Declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 20; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 12.

[339] Declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 5-18; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 5-10.

aeronaves civiles (segunda reclamación).[340] En todo caso, si el Grupo Especial considerara que el OPA "compra" efectivamente electricidad en el marco del contrato TR, la Unión Europea considera que ello equivaldría a una contribución financiera en forma de compra de bienes de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[341]

iii) Canadá

7.181 El Canadá sostiene que los reclamantes han caracterizado erróneamente las medidas impugnadas como contribuciones financieras en forma de "transferencia[s] directa[s] de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos", o como una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios". El Canadá aduce 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" en el sentido del párrafo 1 a) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[342]

7.182 El Canadá afirma que el Programa TR y los contratos TR y microTR conllevan el pago de dinero por el OPA, que describe como el "agente" del Gobierno de Ontario[343], a productores de electricidad de fuentes renovables por el suministro de electricidad a la red de transmisión de Ontario.[344] Así pues, según el Canadá, las medidas en litigio operan para permitir que el OPA *compre* electricidad de productores que utilizan tecnología solar FV o tecnología eólica. El Canadá sostiene que su caracterización jurídica de las medidas como compra de bienes por el gobierno está justificada por determinados artículos de la *Ley de electricidad de 1998*, la Directiva Ministerial, varios aspectos de los Reglamentos TR y microTR, los términos y condiciones de los contratos TR y el Reglamento microTR, y varios otros documentos y fuentes.[345]

7.183 El Canadá aduce que una transacción debidamente caracterizada como una compra de bienes debe ser tratada únicamente como una compra de bienes a los efectos del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, aunque invariablemente conllevará una "transferencia directa de fondos" o una "posible transferencia potencial de fondos".[346] Basándose en una línea de razonamiento elaborada por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Canadá aduce que mantener que una transacción debidamente caracterizada como una compra de bienes por el gobierno también podría caracterizarse como una

[340] Declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 19, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, nota 1287.

[341] Declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 20 y 21; y segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 53.

[342] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 116-122; y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 54-63.

[343] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 1 y 70; y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 2.

[344] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 70-81; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 16-22; y respuestas del Canadá a las preguntas 1 y 2 del Grupo Especial (primera serie).

[345] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), notas 135 y 141 y párrafo 73; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 16-22; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 11-44; segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 15-22; declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 20; y respuesta del Canadá a la pregunta 25 del Grupo Especial (segunda serie).

[346] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 120.

transferencia directa de fondos sería incompatible con el principio de interpretación efectiva de los tratados.[347]

7.184 El Canadá rechaza la opinión expuesta por los reclamantes de que un producto sólo puede ser "comprado" si el comprador obtiene la posesión física, el control o la titularidad del producto, haciendo referencia en apoyo de su posición a dos ejemplos de compradores de productos que no poseen estas características.[348] Además, el Canadá sostiene que los ejemplos de "agregadores" y "comercializadores" de electricidad, que el Japón presenta como entidades que efectivamente compran electricidad en contraste con el OPA, simplemente subrayan que es posible comprar y obtener la titularidad de la electricidad sin poseerla físicamente.[349] En cualquier caso, el Canadá afirma que, en la medida en que la electricidad generada por los productores TR se suministra a las redes de transmisión y distribución de Ontario, el Gobierno de Ontario sí toma posesión física de ella debido a que Hydro One es propietaria del 97% de las líneas de transmisión y al hecho de que todas menos tres de las 80 empresas de distribución local son propiedad de gobiernos municipales.[350] El Canadá también señala que la IESO nunca ha ordenado a los productores TR que se abstengan de suministrar electricidad al sistema, explicando que las cláusulas concretas de los contratos TR en que se centran los reclamantes son habituales y que, en cualquier caso, la IESO no puede hacer ese tipo de peticiones a los productores TR más pequeños ni a los productores microTR.[351]

7.185 Por último, el Canadá mantiene que la caracterización jurídica que los reclamantes hacen de las medidas impugnadas como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" es errónea por dos razones principales. En primer lugar, basándose en el mismo razonamiento mencionado *supra* del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Canadá aduce que no puede interpretarse que el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 se aplica a transacciones debidamente caracterizadas como compras de bienes por el gobierno, porque ello privaría de sentido al párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1, y por tanto infringiría el principio de interpretación efectiva de los tratados. Así pues, de la misma forma que el Canadá rechaza las afirmaciones de los reclamantes de que las medidas en litigio conllevan "transferencias directas de fondos", el Canadá aduce que el Programa TR y los contratos individuales no pueden constituir una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" porque ello haría que fuera redundante el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1.[352] En segundo lugar, el Canadá sostiene que la referencia a "un producto cualquiera" en el artículo XVI del GATT no es una referencia a los insumos no subvencionados, sino más bien una referencia a un aumento de las exportaciones de "un producto cualquiera" que sea objeto de la supuesta subvención que se notifica en virtud de esta disposición o a una reducción de las importaciones de productos extranjeros en los que repercuta la subvención notificada. Así pues, para que el Programa TR pueda caracterizarse debidamente como una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios", el Canadá aduce que los reclamantes tendrían que demostrar que el comercio de electricidad (el producto supuestamente subvencionado) se ve afectado por la supuesta subvención, y no el comercio de equipo de producción de electricidad de fuentes renovables.[353]

---

[347] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 117-119; y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 55.

[348] Declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 41.

[349] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 26.

[350] Respuesta del Canadá a la pregunta 21 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30-32.

[351] Respuesta del Canadá a la pregunta 21 del Grupo Especia (primera serie); y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30-32.

[352] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 121 y 122; y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 59 y 60.

[353] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 62.

b) Argumentos de los terceros

i) Australia

7.186 Australia hace suyos los argumentos de los reclamantes con respecto a la clasificación de los contratos TR 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. Subsidiariamente, Australia sostiene que el Grupo Especial puede caracterizar los contratos TR como "compras de bienes" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1. Australia aduce que, al determinar si una contribución financiera es una compra de bienes, no es necesario que el gobierno utilice los bienes comprados. Antes bien, cuando un gobierno paga a una persona o entidad por el suministro de los bienes se produce una compra de bienes en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1. En consecuencia, según Australia, en estas diferencias cabría considerar que la tarifa del contrato percibida por los productores TR es la remuneración por la electricidad proporcionada al mercado de electricidad de Ontario.[354]

ii) China

7.187 China discrepa del uso que la Unión Europea hace de las restricciones a la exportación como ejemplos de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, por las siguientes razones. En primer lugar, esta expresión "no agota todas las intervenciones gubernamentales que pueden tener efectos sobre los ingresos o sobre los precios, como los aranceles y las restricciones cuantitativas". En segundo lugar, la aplicación del criterio de los "efectos" a la existencia de un "sostenimiento de los ingresos o de los precios" exageraría el alcance razonable de esta expresión. En tercer lugar, dado que el artículo XI del GATT de 1994 dispone la "eliminación general de las restricciones cuantitativas", es dudoso que el concepto de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" persiga la inclusión de esa acción del gobierno en el ámbito del Acuerdo SMC. En cuarto lugar, el concepto de "sostenimiento de los precios del mercado" incluido en el Anexo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura indica que para que se pruebe la existencia de un "sostenimiento de los precios" se requiere que el gobierno tenga un control directo del precio interno. Así pues, a juicio de China, el análisis debería centrarse en la naturaleza de la acción directa del gobierno, y no en la variación de los precios. Por último, la Unión Europea, al basarse en el párrafo 7.430 del informe del Grupo Especial en el asunto *China - Materias primas*, pasa por alto la nota de pie de página que dice que el término "subvención" incluido en ese párrafo no implica conclusiones jurídicas en el marco del Acuerdo SMC.[355]

iii) El Salvador

7.188 El Salvador subraya el papel desempeñado por las empresas de distribución local en el marco del Programa TR, y la importancia de decidir si son propiedad del gobierno. Considera que el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* puede contribuir al examen de este asunto por el Grupo Especial. Pasando al concepto de "sostenimiento de los ingresos o de los precios", El Salvador considera que deberían proporcionarse al Grupo Especial parámetros objetivos para determinar si se ha producido una reducción de las importaciones de equipo de producción de energía renovable. Indica que, para determinar la existencia de "sostenimiento de los ingresos o de los precios", el Grupo Especial podría emplear los

[354] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS412), párrafos 4-10; comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS426), párrafos 4-10; y declaración de Australia en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 3-10.

[355] Comunicación presentada por China en calidad de tercero (DS426), párrafos 3-10; y declaración de China en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 5-8.

métodos utilizados a los efectos de otras normas de la OMC, citando como ejemplo el método utilizado en la esfera de las salvaguardias para examinar la relación entre el aumento del daño y la rama de producción.[356]

iv) Unión Europea (en WT/DS412)

7.189 En su calidad de tercero en la diferencia WT/DS412, la Unión Europea considera que el Programa TR constituye una subvención según la definición del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. A juicio de la Unión Europea, el Programa TR conlleva una contribución financiera del Gobierno de Ontario, bien como transferencia directa de fondos o como posible transferencia directa de fondos. La Unión Europea sostiene que la mejor forma de caracterizar el compromiso de la provincia canadiense de Ontario de pagar el precio convenido por la electricidad generada por los productores TR es como "transferencia directa de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque los pagos futuros se efectúan de manera incondicional. Subsidiariamente, la Unión Europea considera que el Programa TR proporciona una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios a los productores TR mediante precios garantizados en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1.[357]

v) Japón (en WT/DS426)

7.190 En su calidad de tercero en la diferencia WT/DS426, el Japón aduce que el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994, en la medida en que pueda servir de contexto pertinente para interpretar la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios" del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, no respalda la tesis del Canadá de que el "sostenimiento de los ingresos o de los precios" debe proporcionarse a los productos en cuyo comercio efectivamente repercute el sostenimiento. El Japón alega que el Canadá no presenta ningún fundamento para su interpretación de que con la expresión "un producto cualquiera" se hace referencia al "objeto de la supuesta subvención" y no puede hacerse a "los insumos no subvencionados". El Japón observa que el párrafo 1 del artículo XVI utiliza la expresión "*un* producto *cualquiera*" y no una expresión como "producto *similar*" (sin cursivas en el original). El Japón considera que la expresión "un producto cualquiera" del párrafo 1 del artículo XVI hace referencia a todo producto, incluidos los insumos no subvencionados, cuyas exportaciones puedan aumentar o cuyas importaciones puedan reducirse a consecuencia del sostenimiento de los ingresos o de los precios proporcionado. En consecuencia, el Japón sostiene que el "sostenimiento de los ingresos o de los precios" proporcionado a un producto está comprendido en la definición de "subvención" si aumenta las exportaciones o reduce las importaciones de *un producto cualquiera*.[358]

vi) México

7.191 México observa que el Acuerdo SMC no contiene una disposición similar a la del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 que excluya de su ámbito las compras del gobierno. Sin embargo, México sostiene que es cuestionable si una compra gubernamental, en que el gobierno recibe algo a cambio de un pago, constituirá una contribución financiera en el sentido del Acuerdo SMC.[359]

---

[356] Comunicación presentada por El Salvador en calidad de tercero (DS426), párrafos 5-16; y declaración de El Salvador en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 3-11.

[357] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero (DS412), párrafos 19 y 20.

[358] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero (DS426), párrafos 16-18.

[359] Comunicación presentada por México en calidad de tercero (DS412), párrafo 20; y comunicación presentada por México en calidad de tercero (DS426), párrafo 20.

vii) Noruega

7.192 Noruega expresa su apoyo a la opinión expuesta por el Reino de la Arabia Saudita, que insta al Grupo Especial a respetar los principios definidos por el Órgano de Apelación respecto de las expresiones "organismo público" y "control por el gobierno".[360]

viii) Reino de la Arabia Saudita

7.193 La Arabia Saudita hace referencia al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, que establece que un "organismo público", en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, es una entidad que posee o ejerce facultades gubernamentales o está dotado de ellas. La Arabia Saudita sostiene que el elemento único que define las "facultades gubernamentales" es la autoridad para mandar u obligar a entidades privadas. Considera que si la función de una entidad es simplemente aplicar un mandato de los poderes públicos y esa entidad carece de poder en cuanto a la forma en que cumple funciones gubernamentales, tal entidad no tiene "facultades gubernamentales" y actúa simplemente siguiendo órdenes del gobierno. La Arabia Saudita sostiene que el ejercicio por el gobierno de un "control significativo" sobre una entidad no basta por sí solo para determinar que esa entidad es un organismo público, ya que el control gubernamental es sólo un elemento de prueba que puede ser examinado al determinar la existencia de "facultades gubernamentales".[361]

c) Evaluación realizada por el Grupo Especial

i) Introducción

7.194 Las afirmaciones de los reclamantes acerca de la debida caracterización jurídica de las medidas impugnadas en el marco de los párrafos 1 a) 1) y 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC son en gran medida opuestas a las formuladas por el Canadá. La jurisprudencia reciente de la OMC indica que, cuando se enfrenta a tal situación, un grupo especial debe determinar en primer lugar la debida caracterización fáctica de las medidas en litigio, antes de examinar si esas medidas, a la luz de su debida caracterización fáctica, están comprendidas en el ámbito del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[362] Al abordar la tarea de caracterizar debidamente una medida impugnada, el grupo especial debe "estudiar minuciosamente la medida que se le ha planteado, tanto en su diseño como en su funcionamiento, y determinar sus características principales".[363] Además, "[a]l realizar su evaluación objetiva de la aplicabilidad de determinadas disposiciones de los acuerdos abarcados a una medida que se le ha sometido debidamente, el grupo especial debe identificar todas las características pertinentes de la medida y reconocer cuáles son los rasgos que más representan la médula de la medida misma, y a cuáles debe atribuirse la mayor trascendencia a los efectos de caracterizar la [medida] de que se trata y, en consecuencia, determinar debidamente las disciplinas a que está sujeta en virtud de los acuerdos abarcados".[364] Aunque las clasificaciones de una transacción en la legislación interna pueden informar la evaluación de un grupo especial, no son "determinantes"[365] de

[360] Declaración de Noruega en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafo 7.
[361] Comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero (DS412), párrafos 2-17; comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero (DS426), párrafos 2-17; y declaración de la Arabia Saudita en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 2-7.
[362] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafos 585 y 589.
[363] Informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 171.
[364] Informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 171 (las cursivas figuran en el original).
[365] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 56.

la debida caracterización jurídica de una medida impugnada en el marco de las normas de la OMC. Teniendo presentes estas consideraciones, pasamos a evaluar el fondo de los argumentos de las partes.

ii) Caracterización fáctica de las medidas

Las bases legales del Programa TR[366] y el mandato y las facultades del OPA

7.195 Recordamos que el Programa TR fue puesto en marcha formalmente por el OPA el 24 de septiembre de 2009, de conformidad con la Directiva emitida por el Ministro de Energía e Infraestructura de Ontario[367] en ejercicio de las facultades que le confiere la *Ley de electricidad de 1998*[368], modificada por la *Ley sobre energía verde y economía verde de 2009*.[369] El artículo 25.35(1) de la *Ley de electricidad de 1998* modificada dispone que "el Ministro podrá encomendar al OPA que elabore un programa de tarifas reguladas diseñado para adquirir energía de fuentes de energía renovables". En el mismo artículo se define "programa de tarifas reguladas" como "programa para la adquisición, que establece normas uniformes de programa, contratos uniformes y precios uniformes ...".[370] En ejercicio de esta facultad legal, el Ministro de Energía e Infraestructura pidió al OPA que estableciera un "programa de tarifas reguladas ("TR") diseñado para adquirir energía" mediante "un acuerdo de compra de energía de 20 años de duración respecto de todos los combustibles renovables excepto el hidroeléctrico ...".[371] Esta Directiva especificaba que el contrato TR "debe exigir que el productor diseñe, construya y explote una instalación de generación de energía renovable, a cambio de lo cual se ofrecerían precios garantizados a largo plazo para la producción de la instalación de generación de energía renovable".[372]

7.196 La facultad del OPA para celebrar tales "contratos" está establecida en el artículo 25.35(4) de la *Ley de electricidad de 1998* modificada, que otorga al OPA la facultad de celebrar "contratos relativos a la adquisición de suministro de electricidad y de capacidad de generación de electricidad procedentes de fuentes de energía alternativas o 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". Esa facultad se reitera en el artículo 25.35(1)(a) y, confirmando la facultad del OPA para celebrar "contratos relativos a la adquisición de electricidad", el artículo 25.20(3) de la *Ley de electricidad de 1998* modificada otorga al OPA el derecho de "recuperar de los consumidores sus costos y pagos relacionados con contratos de adquisición".[373] Estas facultades están destinadas a permitir que el OPA realice las actividades que se le han encomendado, entre ellas "realizar actividades para facilitar la diversificación de las fuentes de suministro de electricidad fomentando la utilización de fuentes de energía y tecnologías más limpias, incluidas fuentes alternativas y fuentes renovables" y "establecer objetivos para el conjunto del sistema en relación con la cantidad de

[366] En la introducción a nuestras constataciones (párrafos 7.64-7.68) figura una descripción más general del Programa TR, con inclusión de sus objetivos y la forma en que está previsto que funcione.

[367] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102.

[368] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 101, artículos 25.32 y 25.35.

[369] *Green Energy Act of 2009*, Japón - Prueba documental 101, artículos 5(2) y 7.

[370] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 101, artículo 25.35(4). De manera más general, el artículo 25.32(4.1) de la Ley de electricidad de 1998 dispone que el "Ministro podrá encomendar al OPA que adopte ... cualquier otra iniciativa o emprenda cualquier otra actividad relacionada con a) la adquisición de suministro de electricidad o de capacidad de generación de electricidad procedentes de fuentes de energía renovables ...".

[371] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, páginas 1 y 2.

[372] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, página 2.

[373] También se hace referencia a la facultad del OPA de celebrar contratos de "adquisición" de electricidad en virtud de la *Ley de electricidad de 1998* modificada en los artículos 78.3 y 78.4 de la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998* y en el Reglamento de Ontario 578/05. "*Ontario Regulation 578/05*", modificado (Reglamento de Ontario 578/05), Japón - Prueba documental 154.

electricidad que ha de producirse a partir de fuentes de energía alternativas y fuentes de energía renovables".[374]

7.197 El hecho de que el OPA tenga el mandato y la facultad de celebrar contratos de "adquisición" para el suministro de electricidad también es evidente en varios documentos elaborados por el OPA y otros organismos gubernamentales de Ontario.[375]

El contrato TR

7.198 El contrato TR describe la relación contractual entre el OPA y la entidad o entidades jurídicas responsables del proyecto de producción de electricidad a partir de energía renovable aprobado (el "proveedor"). Consta de unas páginas de presentación del proyecto (en la que figura un resumen de los elementos y aspectos fundamentales del proyecto, entre ellos, cuando procede, el "nivel de contenido nacional" pertinente), una serie de términos y condiciones generales[376], una serie de anexos que abordan diversas cuestiones formales y sustantivas relativas a cada proyecto, y un apéndice de definiciones uniformes. Al suscribir el contrato TR, el OPA y el proveedor "acuerdan mutuamente quedar vinculados" por sus términos y condiciones "a título oneroso".[377] El apéndice de definiciones uniformes indica que el contrato TR es un "acuerdo de compra de energía".[378]

7.199 A fin de comprender plenamente los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato TR, éste debe leerse junto con el Reglamento TR. En él se describen, con distintos niveles de detalle en 42 páginas que comprenden 13 artículos y 4 anexos, las normas y procedimientos que rigen el funcionamiento del Programa TR. En particular, en el Reglamento se describen los requisitos para acogerse al programa y presentar solicitudes, los procedimientos de examen y aceptación de solicitudes y los criterios para determinar qué tipo de conexión, en su caso, puede establecerse entre la instalación de generación pertinente y el sistema eléctrico de Ontario.[379] También ofrece una reseña general del formato del contrato TR y la manera en que debe ejecutarse, con inclusión de una explicación de algunas de sus disposiciones fundamentales, por ejemplo las relativas al "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" que deben alcanzar los proyectos admisibles de energía solar FV y

[374] *Electricity Act of 1998*, Japón - Prueba documental 101, artículo 25.2(1).

[375] Por ejemplo, véase OPA Generation Procurement Update, Japón - Prueba documental 21; A Progress Report on Electricity Supply, Fourth Quarter 2010, Organismo de Energía de Ontario ("OPA Progress Report: Fourth Quarter 2010" (Informe de situación del OPA: cuarto trimestre de 2010)), Japón - Prueba documental 26, página 1 (donde se indica que "se adquirieron 4.709 MW de instalaciones de generación existentes"); OPA Progress Report: Second Quarter 2011, Japón - Prueba documental 28, página 1 (donde se indica que se adquirieron "4.716 MW de instalaciones de generación existentes"); OPA's Generation Procurement Cost Disclosure, Japón - Prueba documental 29 (donde se afirma que "[e]l OPA ha adquirido una cartera de generación que consta de diversas tecnologías y capacidades de generación para la provincia de Ontario"); Highlights of the *Electricity Restructuring Act of 2004*, Japón - Prueba documental 9, página 2 (donde se afirma que "[e]l OPA es responsable de elaborar un plan para el sistema de energía integrado y un procedimiento de adquisición de suministro eléctrico"); y OEFC: Management of Power Supply Contracts, Japón - Prueba documental 22, página 2 (donde se hace referencia a las "adquisiciones de suministro del Organismo de Energía de Ontario"). Véase también, del sector privado, Overview of Electricity Regulation in Canada, Japón - Prueba documental 7, página 18 (donde se afirma que "[e]l OPA ... es ... principalmente responsable de ... la adquisición de nueva generación mediante varios tipos de procedimientos de adquisición").

[376] El contrato TR también prevé la posibilidad de que, cuando sea necesario, se añada a él un apéndice de "términos y condiciones especiales". FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, apéndice 2.

[377] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, página de presentación.

[378] En el apéndice de definiciones uniformes se definen la "instalaciones anteriores a la fecha de funcionamiento comercial" como "la instalación, o la instalación y otras instalaciones de generación que sean objeto de un contrato TR u otro acuerdo de compra de energía con el OPA de carácter similar al contrato TR ..." (sin subrayar en el original). FIT Standard Definitions, Japón - Prueba documental 135, definición Nº 192.

[379] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 2-5.

energía eólica.[380] Además, en el Reglamento TR se identifican los precios pertinentes y se describen los procedimientos que deben seguirse para liquidar los pagos contractuales.[381]

7.200 Aparte de suministrar electricidad a la red eléctrica de Ontario, una de las obligaciones fundamentales contraídas por el proveedor en virtud de un contrato TR es diseñar, construir y poseer o arrendar una instalación de producción de electricidad a partir de energía renovable admisible ("instalación abarcada por el contrato"), y explotarla y mantenerla de conformidad con todas las Normas de mercado de la IESO, las leyes y los reglamentos pertinentes.[382] Estos requisitos no sólo sirven para garantizar que el proveedor suministre electricidad a la red, sino que también aseguran al OPA que las condiciones para su suministro se cumplen de acuerdo con las normas pertinentes. Al construir una instalación abarcada por un contrato que utiliza tecnología de energía solar FV o de energía eólica con una capacidad para producir más de 10 kW de electricidad, el proveedor debe garantizar además que se desarrolle y construya de forma que cumpla el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional".[383]

7.201 Otras obligaciones destacables del proveedor incluyen asignar todos los atributos ambientales asociados con la instalación abarcada por el contrato al OPA[384], transferir la mitad de todos los pagos recibidos del Gobierno del Canadá en virtud del "Programa de energías renovables *ecoENERGY*" al OPA[385], pagar todos los impuestos sobre la electricidad suministrada hasta el punto de conexión pertinente[386] y garantizar que la instalación abarcada por el contrato esté adecuadamente conectada al

[380] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 6.

[381] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 7 y 8. Además, en el Reglamento TR se establecen requisitos respecto del "examen y modificación del programa", la "confidencialidad" y la "puesta en marcha del programa".

[382] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículos 2.1(a) y 2.7(a); y FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 6.3(a). Las leyes y reglamentos pertinentes incluyen los que figuran en el Código del sistema de distribución, el Código del sistema de transmisión y el Acuerdo de conexión.

[383] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 2.2(f).

[384] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 7.3(c); y FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 2.10. Los "atributos ambientales" se definen, entre otras cosas, como "los intereses y derechos derivados de atributos o características relacionados con los impactos ambientales asociados a una instalación de generación de energía renovable o la producción de una instalación de este tipo, ahora o en el futuro, y el derecho a cuantificar esos intereses y derechos y registrarlos ante las autoridades competentes, incluidos: a) todos los derechos, títulos, intereses y beneficios asociados a cualquier certificado de energía renovable, crédito, derecho de reducción, compensación, derecho de contaminación asignado, concesión en materia de reducción de emisiones u otros derechos de propiedad o contractuales, sean o no comerciables, resultantes del desplazamiento real o supuesto de emisiones en virtud de la producción de electricidad de la instalación abarcada por un contrato como consecuencia de la utilización de tecnologías de energía renovable; b) los derechos a cualquier atributo o título fungible o no fungible relacionado con los impactos ambientales, bien derivados de la propia instalación abarcada por un contrato, de la interacción de la instalación abarcada por un contrato con la red controlada por la IESO, un sistema de distribución o la instalación receptora ...; c) todos y cada uno de los derechos, títulos e intereses relacionados con la naturaleza de una fuente de energía (con inclusión de un combustible renovable) que puedan definirse y otorgarse mediante leyes y reglamentos o programas voluntarios, incluidos todos los créditos por reducción de emisiones; y d) todos los ingresos, títulos, beneficios y demás rendimientos resultantes de los anteriores o relacionados con ellos ...". FIT Standard Definitions, Japón - Prueba documental 135, definición Nº 85.

[385] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 7.3(b); y FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 3.2 ("Si recibe algún pago en virtud del Programa de energías renovables *ecoENERGY* atribuible a la instalación abarcada por un contrato, el proveedor, en un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de ese pago, abonará al OPA el 50% de la cuantía del mismo; de no hacerlo, el OPA podrá compensar cualesquiera pagos de ese tipo adeudados al OPA con cualesquiera cuantías adeudadas por el OPA al proveedor").

[386] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 3.4 En esencia, el "punto de conexión" se define como el punto en que la electricidad de la instalación abarcada por un contrato entra directa o

sistema eléctrico de Ontario. Con respecto a esto último en particular, los artículos 2.3(a) y 2.7(b) del contrato TR ordenan al proveedor que haga lo necesario, a sus expensas, para que la instalación abarcada por el contrato esté conectada al punto de conexión pertinente de modo que se suministre con éxito la electricidad que produce a la red de transmisión controlada por la IESO o al sistema de distribución.[387] Para hacerlo, el proveedor debe identificar en primer lugar un punto de conexión propuesto de entre las opciones disponibles identificadas por el OPA con frecuencia semestral[388], que responda a las características concretas de la instalación abarcada por el contrato. Sin embargo, es el OPA quien decide, junto con la IESO y los titulares de licencias de transmisión o distribución pertinentes, si una determinada instalación abarcada por un contrato puede conectarse al punto de conexión propuesto. Los proyectos TR pueden conectarse a la red de transmisión controlada por la IESO o al sistema de distribución.[389] No obstante, normalmente los proyectos TR con una capacidad superior a 10 MW se conectarán a la red de transmisión controlada por la IESO.[390]

7.202 El precio del contrato TR es establecido por el OPA y, en principio, se revisa una vez cada dos años en el caso de los proyectos no ejecutados.[391] Esos precios están destinados a cubrir los costos de desarrollo más una tasa de rentabilidad razonable durante el plazo del contrato TR para los proyectos que satisfacen supuestos específicos relativos a costos y eficiencia.[392] Los 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").[393] En 2009, la tasa de rentabilidad utilizada para establecer la lista de precios TR fue de "aproximadamente el 11%".[394] En 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.[395] Además, los proyectos admisibles con participación aborigen[396] y comunitaria[397] recibirán un "aumentador de precios" en función de sus

---

indirectamente en el sistema de distribución o la red controlada por la IESO. FIT Standard Definitions, Japón - Prueba documental 135, definición Nº 54. Todos los impuestos adeudados sobre la electricidad suministrada desde el punto de conexión en adelante deben ser pagados por el OPA. Además, el OPA es responsable de todos los impuestos sobre las ventas adeudados en relación con la electricidad suministrada. FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 3.5.

[387] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículos 2.3(a) y 2.7(b).

[388] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 5.1(a).

[389] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 2.1(a)(vii).

[390] FIT Programme Overview, Japón - Prueba documental 37, página 18.

[391] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 7.1(a), 7.1(b) y 10.1(a).

[392] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 7.1(a). El precio contractual no incluye ningún impuesto sobre las ventas adeudado por el OPA en relación con la electricidad suministrada. Como ya se ha señalado, cuando se adeude el impuesto sobre las ventas, será abonado por el OPA. FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 3.5.

[393] Proposed Feed-In Tariff Price Schedule, Stakeholder Engagement - Session 4, OPA ("Proposed FIT Price Schedule Presentation" (Presentación de la lista de precios TR propuesta)), Canadá - Prueba documental 46, diapositivas 22-28.

[394] Respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial 26 (primera serie) y 12 (segunda serie); Proposed FIT Price Schedule Presentation, Canadá - Prueba documental 46, diapositiva 30.

[395] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 7.2.

[396] En el artículo 9.1(a) del Reglamento TR, Japón - Prueba documental 119, se define una "comunidad aborigen" como, entre otras cosas: "i) una Primera Nación que es una 'tribu' según lo definido en la Ley india (Canadá); ii) la Nación Mestiza de Ontario o cualquiera de sus Consejos de Comunidades que prevé la Carta activos; ...".

[397] En el artículo 9.1(e) del Reglamento TR, Japón - Prueba documental 119, se define un "Miembro inversor comunitario" como, entre otras cosas, "i) uno o más particulares residentes en Ontario; ii) una

respectivos niveles de participación aborigen y comunitaria.[398] Todos los precios pertinentes son publicados por el OPA en su sitio Web, en las listas de precios TR[399], que definen los precios contractuales en el marco del contrato TR.

7.203 Por cada kWh de electricidad suministrado al sistema eléctrico de Ontario (o no suministrado, siguiendo instrucciones de la IESO), un proveedor recibirá el pago contractual (o el pago del contrato adicional) definido en el anexo B del contrato TR en función del precio del contrato TR.[400] Dicho de forma sencilla, cuando una instalación abarcada por un contrato es una "participante en el mercado administrado por la IESO" porque, por ejemplo, está conectada a la red controlada por la IESO (es decir, conectada a la red de transmisión[401]), el pago contractual se define como el precio contractual pertinente multiplicado por la electricidad suministrada cada hora[402], menos el HOEP, menos el 80% del total de los ingresos netos que un proveedor reciba de la venta de productos conexos contractuales futuros.[403] Por otra parte, cuando la instalación abarcada por el contrato no es una "participante en el mercado administrado por la IESO" y está conectada directa o indirectamente a la red de distribución, el pago contractual se define como el precio contractual pertinente multiplicado por la electricidad suministrada cada hora, menos el 80% del total de los ingresos netos que un proveedor reciba de la venta de productos conexos contractuales futuros.[404] Sin embargo, en el caso de las instalaciones abarcadas por contratos conectadas a la red de distribución con una capacidad superior a 5 MW, el pago contractual, en las situaciones en que el HOEP sea negativo, se define como

---

organización de beneficencia registrada con sede central en Ontario; iii) una organización sin ánimo de lucro con sede central en Ontario; ...".

[398] En el artículo 9.1(b) del Reglamento TR, Japón - Prueba documental 119, se define el "nivel de participación aborigen" como "el porcentaje del interés económico en el solicitante o el proveedor que posee una comunidad aborigen". De manera similar, en el artículo 9.1(f) del Reglamento TR, Japón - Prueba documental 119, se define el "nivel de participación comunitaria" como, entre otras cosas, "el porcentaje de interés económico en el solicitante o el proveedor que poseen miembros inversores comunitarios ...".

[399] 2011 FIT Price Schedule, Japón - Prueba documental 30; y 2010 microFIT Price Schedule, Japón - Prueba documental 31.

[400] Todos los proveedores conectados al sistema de transmisión y los proveedores conectados al sistema de distribución con una capacidad superior a 5 MW recibirán el pago contractual adicional por la electricidad que la IESO les ordene *no* suministrar a la red eléctrica de Ontario por motivos de seguridad y fiabilidad del sistema. FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipos 1, 2 y 3A, artículo 1.5. ("En la medida en que la IESO dé instrucciones de reducir la totalidad o parte de la producción de la instalación abarcada por el contrato por motivos de índole económica, a fin de mitigar el exceso de generación en la totalidad de la red controlada por la IESO ..." se dará al proveedor un pago contractual adicional.)

[401] Aproximadamente el 97% de las líneas de transmisión son propiedad de Hydro One, agente del Gobierno de Ontario, que también las mantiene. Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 27; y respuesta del Canadá a la pregunta 13 del Grupo Especial (segunda serie).

[402] En esencia, la "electricidad suministrada cada hora" es la electricidad generada por la instalación abarcada por el contrato que se incorpora con éxito al sistema de transmisión o distribución durante una hora cualquiera. FIT Standard Definitions, Japón - Prueba documental 135, definición Nº 118.

[403] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipos 1 y 2, artículo 1.4. Los "productos conexos contractuales futuros" se definen como "todos los productos conexos relacionados con la instalación abarcada por el contrato y que no pudieron ser comerciados o vendidos por el proveedor en los mercados administrados por la IESO u otros mercados en la fecha del contrato o antes de ésta". FIT Standard Definitions, Japón - Prueba documental 135, definición Nº 106. Los "productos conexos" se definen como los productos y servicios, incluidos los derechos de transmisión, "que puedan ser suministrados por la instalación abarcada por el contrato ocasionalmente, ... que puedan ser comerciados o vendidos en los mercados administrados por la IESO u otros mercados, o vendidos de otro modo, y que se considerará que incluyen los productos y servicios para los que pueda no existir un mercado, como las reservas de capacidad". El artículo 3.3 del contrato TR, Japón - Prueba documental 127, dispone que el proveedor "venderá, suministrará o entregará todos los productos conexos contractuales futuros según lo solicite, ordene o apruebe el OPA".

[404] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipo 3A, artículo 1.4(a)(i) y (b); y tipo 3B, artículo 1.4.

el precio contractual pertinente multiplicado por la electricidad suministrada cada hora, menos el valor absoluto del HOEP, menos el 80% del total de los ingresos netos que un proveedor reciba de la venta de productos conexos contractuales futuros.[405]

7.204 El Reglamento TR dispone que el OPA es responsable de efectuar todos los pagos contractuales al proveedor.[406] Sin embargo, los procedimientos habituales de liquidación mediante los que se pagará al proveedor (mencionados explícita o implícitamente en el contrato y el Reglamento TR) prevén que, además del OPA, la IESO y las empresas de distribución local pertinentes que actúan en nombre del OPA también desempeñan un papel. En particular, en el caso de las instalaciones abarcadas por contratos conectadas al sistema de transmisión, el Reglamento TR especifica que los pagos en virtud del contrato TR "se ajustarán restando el [HOEP] o cero, según cuál sea mayor, con respecto a toda la electricidad suministrada por hora para tener en cuenta los pagos efectuados de conformidad con las Normas de mercado de la IESO o los beneficios otorgados a la instalación receptora, según proceda".[407] Las 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". En el caso de una instalación abarcada por un contrato conectada a la red de transmisión controlada por la IESO, esto significa que, siempre que el HOEP sea positivo, el proveedor de que se trate recibirá *de la IESO* la porción (HOEP) del precio contractual. Cuando el HOEP sea inferior al precio contractual, la parte restante del precio contractual menos el 80% de las ventas de cualquier producto conexo contractual futuro (es decir, el ajuste global) será pagada *por el OPA*. Por otra parte, corresponderá al proveedor pagar el AG al OPA cuando el HOEP sea superior al precio contractual.[408]

7.205 En el caso de las instalaciones abarcadas por contratos conectadas al sistema de distribución, el Reglamento TR estipula que el OPA "pagará al proveedor cualquier cantidad debida en virtud del contrato TR mediante procedimiento a la liquidación en relación con el proveedor y la empresa de distribución local correspondiente de manera periódica, de conformidad con los ciclos de facturación mensuales, trimestrales o de otra periodicidad de la empresa de distribución local correspondiente".[409] Dicho de otro modo, los proyectos conectados al sistema de distribución serán pagados directamente por la empresa de distribución local a la que estén conectados. Sin embargo, después de efectuar ese pago, la empresa de distribución local pertinente, de conformidad con el Código de liquidación por suministro minorista y el Manual de mercado de la IESO[410], 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[411] de la electricidad.[412]

7.206 El contrato TR prevé que, en el caso de las instalaciones abarcadas por contratos conectadas a la red de transmisión controlada por la IESO, la porción HOEP del precio contractual será pagada por la IESO mediante la aplicación del procedimiento de liquidación regulado por las Normas de mercado

[405] FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipo 3A, artículo 1.4(a)(ii) y (b).

[406] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 6.3(a) y 8.4; y FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, artículo 3.1.

[407] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 8.1(a). Esto se refleja en el contrato TR, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipos 1 y 2, artículo 1.4(a).

[408] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 8.1(b), reflejado en el contrato TR, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipos 1 y 2, artículo 1.4(c).

[409] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 8.2(a). Véase también el FIT Contract, Japón - Prueba documental 127, anexo B, tipo 4, artículo 1.4.

[410] IESO Market Manual Part 5.5, Japón - Prueba documental 82, artículo 1.6.11.2.

[411] El precio al por mayor es el precio que la empresa de distribución local de que se trate tendría que pagar en el "mercado al por mayor" por la electricidad de que se trate.

[412] Este procedimiento de liquidación es descrito con más detalle por el Japón en su primera comunicación escrita. Véase la primera comunicación escrita del Japón, párrafos 145-147.

de la IESO. Los mismos productores recibirán la porción pendiente del precio contractual menos el 80% de los ingresos netos de la venta de productos conexos contractuales futuros (es decir, el pago contractual) del OPA, que formará parte del ajuste global. En otras palabras, en el caso de los proyectos conectados al sistema de transmisión el pago contractual se incluirá en el ajuste global; y la diferencia entre el pago contractual y el precio contractual, en ausencia de cualquier ingreso neto procedente de productos conexos contractuales futuros, será el HOEP, que será abonado por la IESO a un proveedor TR como consecuencia de su condición de "participante en el mercado administrado por la IESO". Por otra parte, en el caso de las instalaciones abarcadas por contratos conectadas directa o indirectamente al sistema de distribución, el pago contractual (es decir, el precio contractual multiplicado por la electricidad suministrada cada hora, menos el 80% de los ingresos netos de la venta de productos conexos contractuales futuros) será efectuado por la empresa de distribución local asociada, en nombre del OPA, y también se incluirá en el ajuste global.

7.207 No obstante la existencia de estas disposiciones en materia de liquidación, el OPA puede decidir "a su exclusiva discreción" modificarlas "en cualquier momento y periódicamente" a los efectos de la totalidad del Programa o respecto de uno o más proyectos o empresas de distribución local.[413] Además, sean cuales sean las disposiciones en materia de liquidación aplicables, el OPA seguirá siendo responsable de efectuar los pagos contractuales.[414]

7.208 Así pues, aunque en el contrato TR no hay ninguna disposición específica que defina expresamente su objeto, es evidente cuando se lee en su totalidad, teniendo en cuenta el Reglamento TR, que su fin fundamental es el *suministro de electricidad* producida en una instalación abarcada por un contrato que cumpla el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" al sistema eléctrico de Ontario, a cambio de lo cual el OPA se compromete a pagar al proveedor la remuneración definida en el contrato mediante la aplicación de uno o más mecanismos de liquidación diferentes durante un período de 20 años.[415] El artículo 3.5 del contrato TR parece describir esta transacción como una "compra" de electricidad.[416]

El contrato microTR

7.209 El contrato microTR "rige la adquisición de electricidad por el OPA"[417] de la entidad o entidades responsables de un proyecto aprobado (el "proveedor"). Define la relación contractual entre el OPA y el proveedor sobre la base de una serie de términos y condiciones uniformes que son mucho

[413] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 8.4.

[414] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículos 6.3(a) y 8.4.

[415] Esta interpretación también es compatible con la forma en que se describen el contrato TR y el procedimiento de liquidación en el Panorama general del Programa TR: "El contrato [TR] requiere que el OPA pague al titular del contrato por la electricidad producida por el proyecto"; en el caso de los proyectos conectados al sistema de distribución, "la empresa de distribución local efectuará pagos a los proponentes de manera periódica, de acuerdo con el ciclo normal de facturación de la empresa de distribución local"; y en el caso de los proyectos conectados al sistema de transmisión, los pagos serán "liquidados directamente por el OPA y el operador independiente del sistema eléctrico". FIT Programme Overview, Japón - Prueba documental 37, artículo 6.4.

[416] En particular, el artículo 3.5 del contrato TR, Japón - Prueba documental 127, dice en su parte pertinente, que: "Si ha de abonarse algún impuesto sobre las ventas en relación con la electricidad suministrada ... comprad[a] en virtud del presente contrato, ese impuesto sobre las ventas será abonado por el OPA" (sin subrayar en el original). El artículo 3.4 del contrato TR, Japón - Prueba documental 127, indica que el proveedor "vende" electricidad en virtud de la transacción: "El proveedor es responsable de ... todos los impuestos aplicables a la electricidad suministrada ... vendid[a] en virtud del presente contrato ..." (sin subrayar en el original. La electricidad "suministrada" se define como la "electricidad ... suministrada al punto de conexión". FIT Standard Definitions, Japón - Prueba documental 135, definición Nº 65.

[417] Organismo de Energía de Ontario, "microFIT Contract", versión 1.6.1, 10 de agosto de 2011 (contrato microTR), Japón - Prueba documental 164, artículo 2.1.

más simples y menos detallados que los empleados en el contrato TR. Esto refleja la intención declarada por el OPA de proporcionar, en virtud de la parte microTR del Programa TR, "un enfoque simplificado para permitir el desarrollo de proyectos de microgeneración de energía renovable en Ontario", con el fin de atraer participantes como propietarios de viviendas, agricultores y pequeñas empresas.[418]

7.210 Al igual que el contrato TR, el contrato microTR debe leerse junto con el Reglamento microTR para poder comprenderlo plenamente. El Reglamento microTR establece las normas y procedimientos básicos que deben seguir los solicitantes y participantes en proyectos microTR. En ellas se describen los requisitos de admisibilidad pertinentes y los procedimientos de solicitud y conexión de proyectos, y se esbozan algunas de las disposiciones fundamentales del contrato microTR con respecto a la duración, el precio y la liquidación de los pagos.[419]

7.211 Un proveedor que explote un proyecto microTR debe poseer o arrendar un "proyecto de microgeneración" (la "instalación") durante el plazo del contrato microTR, y asegurarse de que suministre electricidad al sistema eléctrico de Ontario de conformidad con todas las leyes y reglamentos pertinentes.[420] Además, cuando la instalación esté basada en tecnología solar FV, el proveedor debe asegurarse de que se desarrolle y construya de forma que cumpla el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional".[421]

7.212 Un proveedor microTR debe asignar al OPA todos los atributos ambientales asociados a la instalación.[422] También debe, a sus expensas, celebrar un acuerdo de conexión con una empresa de distribución local pertinente[423], sin el cual no se le ofrecerá un contrato microTR.[424] Una instalación microTR no puede estar directamente conectada a la red de transmisión controlada por la IESO -debe estar conectada al sistema eléctrico de Ontario a través de un sistema de distribución-.[425]

---

[418] microFIT Programme Overview, Japón - Prueba documental 38, página 1 y artículo 1.2(a); y microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículo 1.1.

[419] microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículos 1-5.

[420] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, artículos 6.2 y 6.4; y microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículos 2.1(a) y 6.1(a).

[421] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, artículo 6.4.4.

[422] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, artículo 5. Los "atributos ambientales" se definen como "los intereses y derechos derivados de atributos o características relacionados con los impactos ambientales asociados a la instalación, ahora o en el futuro, y el derecho a cuantificar esos intereses y derechos y registrarlos ante las autoridades competentes, incluidos: a) todos los derechos, títulos, intereses y beneficios asociados a cualquier certificado de energía renovable, crédito, derecho de reducción, compensación, derecho de contaminación asignado, concesión, concesión en materia de reducción de emisiones o concesión reservada u otros derechos de propiedad o contractuales, sean o no comerciables; b) los derechos a cualquier atributo o título fungible o no fungible relacionado con los impactos ambientales, sea cual sea su origen; c) todos y cada uno de los derechos, títulos e intereses relacionados con la naturaleza de una fuente de energía, según puedan definirse y otorgarse mediante las leyes y reglamentos aplicables o programas voluntarios; y d) todos los ingresos, títulos, beneficios y demás rendimientos resultantes de los anteriores o relacionados con ellos ...". microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, apéndice A, Definiciones.

[423] microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículos 1.2(4), 3.1(xi) y 6.1(c). Un "acuerdo de conexión" se define como un "'acuerdo de conexión de una microinstalación de producción integrada' según lo prescrito por el Código del sistema de distribución, celebrado entre una empresa de distribución local y un proveedor". microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, definición Nº 6. Es el acuerdo uniforme utilizado por todas las empresas de distribución local y prescrito por la OEB. microFIT Programme Overview, Japón - Prueba documental 38, artículo 1.2(d).

[424] microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículos 1.2(10) y 4.1(b).

[425] microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículo 2.1(a)(v).

7.213 El precio del contrato microTR es establecido por el OPA del mismo modo que el precio del contrato TR[426] y se consigna en las listas de precios TR y microTR.[427] El precio del contrato microTR está garantizado durante 20 años. Por cada kWh de electricidad que un proveedor suministre con éxito al sistema eléctrico de Ontario, recibirá el precio contractual (el "pago por producción") de la empresa de distribución local pertinente de conformidad con el Código de liquidación por suministro minorista y el acuerdo de conexión.[428] En otras palabras, la empresa de distribución local conectada a la instalación microTR, actuando en nombre del OPA, efectuará el pago por producción de acuerdo con un procedimiento de liquidación similar al utilizado para pagar a los proveedores TR conectados al sistema de distribución.[429] Al igual que en el caso del contrato TR, la responsabilidad última de los pagos por producción en virtud del contrato microTR corresponde al OPA.[430]

7.214 Así pues, de manera similar al contrato TR, cuando el contrato microTR se lee en su totalidad y teniendo en cuenta el Reglamento microTR, resulta evidente que su fin fundamental es el *suministro de electricidad* producida en una instalación que cumpla el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" al sistema eléctrico de Ontario, a cambio de lo cual el OPA se compromete a pagar al proveedor la remuneración definida en el contrato mediante la aplicación de un mecanismo similar al utilizado para liquidar los pagos debidos a los proyectos TR conectados al sistema de distribución. El artículo 2.1 del contrato microTR caracteriza esta transacción como "la adquisición de electricidad por el OPA".[431] Asimismo, el apéndice A del contrato microTR la describe como una "venta" de electricidad.[432]

Conclusión

7.215 Tras haber examinado cuidadosamente las medidas impugnadas, y recordando las descripciones de las medidas impugnadas expuestas en otras partes de los presentes informes[433], concluimos que las principales características del Programa TR y de los contratos TR y microTR pueden describirse del siguiente modo:

El Programa TR

7.216 El Programa TR tiene claramente dos objetivos fundamentales: en primer lugar, alentar la participación de nuevas instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico de Ontario, a fin de diversificar la composición de la oferta de Ontario y ayudar a sustituir la capacidad de generación que se ha perdido (y se perderá) como consecuencia del cierre de las instalaciones alimentadas por carbón en Ontario para 2014, y de este modo también reducir las emisiones de gases de efecto invernadero; y, en segundo lugar, estimular la inversión local en la producción de equipo de generación de energía renovable necesario para diseñar y construir instalaciones de generación admisibles que utilicen tecnología solar FV y eólica. Estos objetivos se

[426] microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículo 5.2 y Definiciones. El precio contractual TR se examina *supra*, en el párrafo 7.202.

[427] 2011 FIT Price Schedule, Japón - Prueba documental 30; y 2010 microFIT Price Schedule, Japón - Prueba documental 31. Véase también el Panorama general del Programa microTR, Japón - Prueba documental 38, artículo 1.2(e).

[428] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, artículos 4.4 y 4.4.2; y microFIT Rules, Japón - Prueba documental 157, artículo 5.2.

[429] Véase el análisis *supra*, en el párrafo 7.205.

[430] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, artículo 4.4.1.

[431] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, artículo 2.1.

[432] microFIT Contract, Japón - Prueba documental 164, apéndice A, Definiciones: "Por 'precio de liquidación' se entiende el precio al que se liquidarán las ventas de electricidad de conformidad con el presente acuerdo". (sin subrayar en el original)

[433] Véase *supra*, párrafos 7.64-7.68 y 7.158-7.165.

persiguen mediante la celebración de contratos TR y microTR, que suponen un intercambio de obligaciones de actuación por parte del OPA y los proveedores admisibles. No hay ningún elemento de donación inherente a las transacciones TR y micro TR.

Los contratos TR y microTR

7.217 En esencia, los contratos TR y microTR prevén un intercambio de las siguientes obligaciones de actuación fundamentales entre los proveedores y el OPA:

7.218 El proveedor debe:

i) diseñar, construir, poseer (o arrendar) y explotar una instalación admisible de conformidad con todas las Normas de mercado de la IESO, las leyes y los reglamentos pertinentes;

ii) cumplir el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" al diseñar y construir una instalación solar FV o una instalación eólica de microTR;

iii) suministrar la electricidad que se produzca al sistema eléctrico de Ontario, de conformidad con todas las Normas de mercado de la IESO, las leyes y los reglamentos pertinentes;

iv) participar en procedimientos de pago de la electricidad definidos para liquidar los pagos contractuales que son similares a los utilizados generalmente en el sistema eléctrico de Ontario; y

v) asignar al OPA todos los atributos ambientales asociados a la instalación abarcada por el contrato, pagar al OPA el 50% de todos los pagos recibidos por el proveedor en virtud del "Programa de energías renovables *ecoENERGY*"[434] y transferir efectivamente al OPA el 80% del total de los ingresos netos de las ventas de productos conexos contractuales futuros.[435]

7.219 A cambio, el OPA acuerda efectuar los pagos contractuales, que se definen de tal modo que se asegura que cada proveedor será remunerado mediante procedimientos de liquidación definidos al precio del contrato TR garantizado por cada kWh de electricidad suministrado durante 20 años.

iii) Caracterización jurídica de las medidas

7.220 Recordamos que los reclamantes han aducido que las medidas impugnadas pueden caracterizase debidamente como uno o varios de los tipos de "contribuciones financieras" definidos en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC y/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. Por otro lado, el Canadá ha aducido que la única caracterización adecuada de las medidas en litigio es como "contribuciones financieras" en forma de "compras de bienes por el gobierno" con arreglo a los términos del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Dado que no hay diferencias entre las partes en cuanto a si cada una de las medidas impugnadas equivale a una "contribución

[434] Aunque están expresamente excluidos de la definición de atributos ambientales que figura en el Reglamento microTR, los pagos del Programa *ecoENERGY* no están excluidos de la definición de atributos ambientales contenida en el contrato microTR ni incluidos en ella. Así pues, no está claro si los pagos del Programa *ecoENERGY* hechos a proveedores microTR no tendrían que transferirse al OPA en su calidad de atributos ambientales. Véase *supra*, párrafo 7.212 y nota 422.

[435] Esta obligación sólo figura de manera explícita en el contrato TR, Japón - Prueba documental 127.

financiera", comenzaremos evaluando el fondo de la argumentación de las partes relativa a los *tipos* específicos de "contribución financiera" que cada una de ellas considera se ajustan a las principales características de las medidas impugnadas.

Las medidas impugnadas en cuanto contribuciones financieras

7.221 El párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC define una "contribución financiera" en los siguientes términos:

> a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:
>
> i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
>
> ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);
>
> iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;
>
> iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos[.].

7.222 Tras examinar cuidadosamente los argumentos de las partes, convenimos con el Canadá en que la caracterización jurídica adecuada del Programa TR y los contratos TR y microTR es la de "contribuciones financieras" en forma de "compra de bienes por un gobierno" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Llegamos a esta conclusión basándonos en las siguientes consideraciones.

El OPA paga por "electricidad suministrada"

7.223 En primer lugar, a nuestro entender, al evaluar en qué modo deben caracterizarse jurídicamente las medidas impugnadas es importante recordar 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. El Gobierno de Ontario trata de alcanzar este objetivo ofreciendo un precio contractual y haciendo pagos contractuales por *electricidad suministrada*. En otras palabras, aunque la construcción de un determinado tipo de instalación de producción de energía renovable es uno de los objetivos, "y de hecho de una de las condiciones", de las medidas impugnadas, las disposiciones de los contratos TR y microTR confirman expresamente que los fondos transferidos a los proveedores admisibles tienen por objeto pagar *por la electricidad que se suministra* a la red eléctrica de Ontario. El hecho de que el precio contractual se fije a un nivel que permita una rentabilidad razonable de las inversiones en el proyecto global no obsta para que, con arreglo a los términos expresos de los contratos TR y microTR, sólo se harán pagos

contractuales para productores de energía solar FV y eólica si se suministra electricidad.[436] Así pues, no hay ningún elemento de donación intrínseco en el diseño y el funcionamiento del Programa TR. El OPA no paga por equipo o instalaciones de energía renovable. No hace anticipos a tanto alzado a los productores TR: la obligación de pagar del OPA sólo nace cuando se produce y suministra electricidad al sistema conforme a los términos de los contratos TR y microTR.

7.224 De manera análoga, mientras que un contrato TR y microTR facilitará a un proveedor la búsqueda de financiación adecuada para el proyecto, sería erróneo caracterizar los pagos contractuales en sí mismos como pagos financieros para la construcción de la instalación abarcada por el contrato. En efecto, mientras que una entidad que proporciona financiación para el proyecto acepta el riesgo de perder dinero si no obtiene una garantía suficiente, el OPA no acepta un riesgo comparable porque sólo se paga a un proveedor TR si éste suministra electricidad -en este caso, los bienes-.

El Gobierno de Ontario toma posesión de la electricidad, y en consecuencia "compra" electricidad

7.225 En segundo lugar, no nos convence el argumento de la Unión Europea de que la noción de "compras de bienes" por el gobierno a que se alude en el párrafo 1 a) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC debe interpretarse en el sentido de que "el término 'compre' implica que el gobierno es la entidad a la que se suministra algo para su uso".[437] A nuestro juicio, la interpretación correcta de esos términos se acerca más a la propuesta por el Japón, que se deriva de los dos siguientes sentidos corrientes del verbo "*purchase*" (comprar) hallados en *The Oxford English Dictionary* (OED Online): i) "*to obtain; to gain possession of*" (obtener; lograr la posesión de); y ii) "*to acquire in exchange for payment in money or an equivalent; to buy*" (adquirir a cambio de un pago en dinero o un equivalente; comprar).[438]

7.226 Sobre la base de las dos definiciones arriba expuestas, el hecho de comprar un bien puede describirse como conseguir la posesión de, adquirir, comprar u obtener un bien. Las definiciones de los verbos "*acquire*" (adquirir), "*buy*" (comprar) y "*obtain*" (obtener) que figuran en el mismo diccionario utilizado por el Japón y el Canadá, son, respectivamente: i) "*gain possession of through skill or effort; to obtain, develop, or secure in a careful, concerted, often gradual manner*" (lograr la posesión mediante habilidad o esfuerzo; obtener, desarrollar o asegurar de manera cuidadosa, concertada, a menudo gradual)[439]; ii) "*get possession of by giving an equivalent, usually in money; to obtain by paying a price; to purchase*" (conseguir posesión dando un equivalente, generalmente en dinero; obtener mediante pago de un precio; comprar)[440]; y iii) "*come into the possession of; to procure; to get, acquire, or secure*" (entrar en posesión de; hacerse con; obtener, adquirir o asegurar).[441]

---

[436] La pertinencia para nuestra caracterización jurídica de las medidas impugnadas del hecho de que el anexo B del contrato TR, Japón - Prueba documental 127, dispone que se efectuará un "pago contractual adicional" a un productor TR cuando la IESO le ordene que *no* suministre electricidad se examina *infra* en los párrafos 7.240 y 7.241.

[437] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 13. (sin subrayar en el original)

[438] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 38. Cabe encontrar sentidos corrientes similares en las definiciones que los diccionarios dan de los términos utilizados para describir una "compra" de bienes por un gobierno en las versiones española y francesa del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC (respectivamente, "compre" y "*achètent*"). En particular, por "*acheter*" se entiende "*obtenir contre paiement la propriété et l'usage*" (obtener a cambio de un pago la propiedad y el uso) (*Le Trésor de la Langue Française Informatisé*, versión en línea, http://atilf.atilf.fr/); mientras que por "*comprar*" se entiende "*obtener algo con dinero*" (Real Academia Española, versión en línea, http://www.rae.es/rae.html).

[439] Shorter Oxford English Dictionary, versión en línea, http://www.oed.com/view/Entry/1731.

[440] Shorter Oxford English Dictionary, versión en línea, http://www.oed.com/view/Entry/25484.

[441] Shorter Oxford English Dictionary, versión en línea, http://www.oed.com/view/Entry/130002.

7.227 El hecho de que la noción de "posesión" sea crucial en las tres definiciones arriba expuestas sugiere que con independencia del término utilizado concretamente para explicar lo que significa una "compra", ésta debe necesariamente entenderse como un acto que, en el contexto del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC dará lugar a que el gobierno "posea" el bien que se compra. Además, de la mayoría de las formulaciones arriba expuestas se sigue que la noción de "compra" a efectos del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 debe conllevar algún tipo de pago (generalmente monetario) a cambio de un bien. Respalda esta última proposición el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, en el que el Órgano de Apelación observó que "en la segunda cláusula [del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC] se utiliza el término 'compre', el cual normalmente se entiende que significa que la persona o entidad que proporciona los bienes recibirá a cambio alguna remuneración".[442] Así pues, constatamos que el sentido corriente del término "compre" sugiere que a los efectos del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, se producirán "compras de bienes" por el gobierno cuando éste consigue la posesión de un bien mediante algún tipo de pago (monetario o de otra naturaleza).

7.228 Dicho lo anterior, y al igual que el Canadá[443], observamos que no hay en los sentidos corrientes que hemos examinado nada que sugiera que una "compra" deba conllevar el obtener la posesión *física* de algo. Aunque una compra de bienes puede existir cuando una entidad toma posesión física de un bien a cambio de algún tipo de pago, también puede tener lugar en otras situaciones en las que un comprador no posee físicamente el bien adquirido. El Canadá ha presentado los dos siguientes ejemplos de esas compras: i) un libro comprado por Internet por una entidad que encomienda al vendedor que lo entregue a otra persona como regalo; y ii) un producto en una embarcación en alta mar que se compra y vende por medio del correspondiente conocimiento de embarque.[444] En ambos ejemplos tiene lugar una compra de bienes por medio de un intercambio de obligaciones de actuación que conlleva la transferencia del vendedor al comprador de la *titularidad* sobre el producto comprado. No es necesaria la posesión física efectiva del producto comprado.

7.229 El hecho de que una compra de bienes pueda tener lugar mediante la transferencia de la titularidad de un producto es especialmente importante cuando se está examinando lo que significa comprar *electricidad*, la cual, como hemos explicado anteriormente[445], es un bien intangible que en general no puede almacenarse y debe consumirse casi al mismo tiempo que se produce. Así pues, dadas las características específicas de la electricidad, tal vez sea mejor concebir una compra de electricidad como algo que conlleva la transferencia de la *titularidad* sobre la electricidad, en lugar de la toma de posesión física de la electricidad. Esto parece estar en consonancia con la opinión del Japón de que "pese a la naturaleza de la electricidad, que los consumidores retiran 'casi instantáneamente' cuando encienden sus aparatos electrónicos, los intermediarios en el proceso de

[442] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 619. Observamos que la noción de "*consideration*" (remuneración) deriva del *common law*, en el que desempeña una función crucial para determinar la existencia de un contrato. Sin embargo, la palabra "remuneración" no figura en las definiciones de los diccionarios arriba expuestas. Además, la noción de "remuneración" no es un elemento necesario de los contratos celebrados en el marco de los regímenes jurídicos basados en el derecho romano (y posiblemente en el de otros regímenes jurídicos). Así pues, en la medida en que el concepto de "remuneración" pueda informar el sentido de la expresión "compre bienes" en el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, cabe recordar que se trata de una interpretación jurídica que no tiene cabida en los regímenes jurídicos de muchos Miembros de la OMC.

[443] Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 93; y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 22-23.

[444] Declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 41 y 42.

[445] Véase *supra*, párrafo 7.11.

transmisión y distribución (como los mayoristas y los minoristas) pueden obtener y obtienen la titularidad de la electricidad en su camino hacia el consumidor final, que en consecuencia poseen".[446]

7.230 Por lo que respecta a la expresión "compre bienes", la Unión Europea aduce que el texto del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 opone la palabra "compre" al término "proporcione", y que esto es instructivo a efectos de interpretar la primera. Concretamente, sugiere que esa yuxtaposición significa que así como "el término 'proporcione' implica que el gobierno es la entidad que suministra algo para uso del receptor, el término 'compre' implica que el gobierno es la entidad a la que se suministra algo para su uso".[447] Ese argumento no nos convence. A nuestro juicio, poca orientación interpretativa puede extraerse del hecho de que las palabras "proporcione bienes" y "compre bienes" figuren en el mismo inciso. Desde luego, no vemos en qué modo el distinto texto utilizado en las dos cláusulas del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 nos ayudaría a comprender si la expresión "compre bienes" debe necesariamente conllevar la utilización de los bienes de que se trate.

7.231 Es importante recordar que el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 alude a que un "*gobierno* ... compre bienes". La primera cláusula del párrafo 1 del artículo 1 aclara que debe entenderse que el término "gobierno" significa "gobierno" u "organismo público". Así pues, a la luz del análisis arriba expuesto, se sigue que se producirán "compras de bienes por el gobierno" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC 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). A nuestro juicio, y por las razones que explicamos en los párrafos siguientes, eso es exactamente lo que sucede en el Programa TR y sus contratos TR y microTR conexos.

7.232 Recordamos que las disposiciones de los contratos TR y microTR confirman expresamente que los fondos transferidos a los proveedores admisibles tienen por objeto pagar *la electricidad que se suministra* a la red eléctrica de Ontario.[448] Una vez que un proveedor ha suministrado la electricidad a la red, pierde todos los derechos y títulos sobre esa electricidad, pero será pagado por los kWh que se incorporen al sistema. Según el Japón y la Unión Europea, el OPA no toma de forma alguna posesión de la electricidad que se suministra. El Canadá no ha objetado a las afirmaciones de los reclamantes en cuanto conciernen al OPA.[449] No obstante, ha aducido que el "Gobierno" de Ontario sí se hace con la posesión física de la electricidad suministrada en el marco del Programa TR mediante las operaciones de transmisión y distribución de Hydro One y 77 de las 80 empresas de distribución local que actualmente operan en Ontario.[450]

7.233 En *Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias (China)*, el Órgano de Apelación explicó que la palabra "gobierno" se define como el "ejercicio continuo de autoridad sobre los súbditos; dirección o regulación con autoridad y control", recordando que en *Canadá - Productos lácteos* había constatado que "el aspecto básico de 'gobierno' es que dispone de las facultades efectivas para regular, controlar o supervisar a los individuos o, en caso contrario, restringir su

[446] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 39.
[447] Declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 13.
[448] Véase *supra*, párrafos 7.203-7.213.
[449] Aunque mantiene que el hecho de que la IESO no obtenga la titularidad de la electricidad "nada dice sobre la obtención o adquisición por el OPA" (segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 47), el Canadá no ha refutado concretamente la alegación del Japón de que "ninguna disposición de un contrato TR ... otorga al OPA el derecho a obtener la titularidad de la electricidad de fuentes renovables suministrada". Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 39.
[450] Respuesta del Canadá a la pregunta 21 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30-32.

conducta mediante el ejercicio de la autoridad acorde con la ley".[451] El Órgano de Apelación constató seguidamente que por "organismo público" debe entenderse "una entidad que posee o ejerce facultades gubernamentales, o que debe estar dotada de ellas".[452] El Órgano de Apelación ha explicado la naturaleza de las "facultades gubernamentales" en los siguientes términos:

> Un gobierno en sentido estricto puede otorgar facultades a las entidades de muy diversas maneras. En consecuencia, diferentes tipos de pruebas pueden ser pertinentes para demostrar que se han conferido esas facultades a una entidad determinada. Las pruebas de que una entidad ejerce, de hecho, funciones gubernamentales pueden constituir una prueba de que posee o se le han otorgado facultades gubernamentales, en particular cuando esas pruebas indican la existencia de una práctica sostenida y sistemática. De ello se desprende, a nuestro juicio, que las pruebas de que un gobierno ejerce un control significativo sobre una entidad y sobre su comportamiento pueden constituir, en determinadas circunstancias, prueba de que la entidad en cuestión posee facultades gubernamentales y actúa en ejercicio de dichas facultades para llevar a cabo funciones gubernamentales. Subrayamos, no obstante, que aparte de una delegación expresa de facultades en un instrumento jurídico, no es probable que la existencia de meros vínculos formales entre una entidad y el gobierno en sentido estricto sea suficiente para establecer la requerida existencia de posesión de facultades gubernamentales. Así, por ejemplo, el mero hecho de que un gobierno sea el accionista mayoritario de una entidad no demuestra que ejerza un control significativo sobre su comportamiento, y menos aún que el gobierno le haya conferido facultades gubernamentales. No obstante, en algunos casos, cuando las pruebas demuestran que hay múltiples indicios formales del control ejercido por el gobierno, y también hay pruebas de que ese control se ejerce de manera significativa, esas pruebas pueden permitir deducir que la entidad en cuestión ejerce facultades gubernamentales.[453]

7.234 Hydro One es un agente del Gobierno de Ontario.[454] Como hemos indicado antes, el Gobierno de Ontario describe un "agente" gubernamental como "una organización del gobierno provincial: [i] establecida por el Gobierno pero que no es parte de un ministerio; [ii] que responde ante el Gobierno; [iii] en la que el Gobierno designa a la mayor parte de las personas nombradas; y [iv] 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".[455] Especialmente este último elemento de la definición por el Gobierno de Ontario de lo que constituye un agente gubernamental es lo que hace de Hydro One un "organismo público" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

7.235 Varios otros indicadores más formales ponen de manifiesto que el Gobierno de Ontario ejerce un "control significativo" de las actividades de Hydro One en una forma que confirma que ésta es un "organismo público" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Empezando por el fundamento legislativo de la constitución de Hydro One, la *Ley de electricidad de 1998*,

---

[451] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 290, donde se hace referencia al *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 1.139; e informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos*, párrafo 97.

[452] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 317.

[453] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 318.

[454] Government of Ontario: All Agencies List, Japón - Prueba documental 49.

[455] Government of Ontario: Agencies, Japón - Prueba documental 51, página 1.

observamos que el Gobierno de Ontario no sólo ha impuesto a Hydro One el *deber* de "operar[] instalaciones de producción y sistemas de distribución" y de distribuir electricidad en "aquellas comunidades" que el Gobierno pueda prescribir, sino que también se ha otorgado amplios poderes para definir las "condiciones y restricciones" conforme a las cuales esas operaciones deben realizarse. En efecto, el artículo 48.1(1) de la *Ley de electricidad de 1998* dispone que:

> Hydro One Inc., por intermedio de una o más filiales, operará instalaciones de producción y sistemas de distribución y distribuirá electricidad en aquellas comunidades que puedan prescribirse por reglamento, con independencia de que la comunidad esté o no conectada a la red controlada por la IESO, y lo hará de conformidad con las condiciones y restricciones que puedan prescribirse por reglamento.[456]

De manera análoga, el artículo 48.2(1) de la *Ley de electricidad de 1998* revela que el Gobierno de Ontario está facultado para dictar disposiciones obligatorias en los estatutos de Hydro One "para regular la creación y emisión de una o más clases de acciones especiales a emitir por el Ministro, con titularidad de Ontario en nombre de Su Majestad", para regular "restricciones de la emisión, transferencia y propiedad, incluida la propiedad conjunta, de valores con derecho a voto de la corporación", y "con respecto a la observancia de las restricciones".[457] El alcance de esas facultades se aclara en el artículo 53(1)(c); y en el artículo 53(2) se identifican, "sin por ello limitar la aplicación general del" artículo 53(1)(c), los siguientes ejemplos de las esferas en las que el Gobierno puede optar por intervenir:

> a) la divulgación obligatoria de información contenida en documentos emitidos o publicados por la corporación de que se trate;
>
> b) los deberes y facultades de los directores para negarse a emitir o registrar transferencias de acciones de conformidad con los estatutos;
>
> c) las limitaciones de los derechos de voto de cualesquiera acciones poseídas en contravención de los estatutos;
>
> d) las facultades de los directores para requerir la divulgación de la propiedad efectiva de acciones de la corporación y los derechos de la corporación y sus directores, empleados o agentes para recurrir a la divulgación y los efectos de dicho recurso;
>
> e) la manera de determinar en qué medida son una persona o clase de personas propietarias del capital social de una corporación.

Por último, por lo que respecta a la *Ley de electricidad de 1998*, observamos que los artículos 50.4(1) y 50.4(4) disponen que Hydro One rendirá informe al Ministro sobre la base siguiente:

> Hydro One Inc., en un plazo de 90 días tras la finalización de cada ejercicio presupuestario, presentará al Ministro un informe anual, firmado por el presidente del consejo de administración, de sus actividades durante ese ejercicio presupuestario.

---

[456] En el artículo 53(1)(a) y (b) de la *Ley de electricidad de 1998*, Japón - Prueba documental 5, se reiteran las facultades gubernamentales para prescribir cuáles son las comunidades en las que han de tener lugar las actividades de producción y distribución de Hydro One, así como las condiciones y restricciones que afectan a esas operaciones.

[457] En el artículo 53(1)(c) de la *Ley de electricidad de 1998*, Japón - Prueba documental 5, se reiteran y aclaran esas facultades.

> Hydro One Inc. presentará al Ministro de Hacienda o al Ministro cualesquiera otros informes e informaciones que cada uno de ellos pueda requerir periódicamente.

7.236 El Memorándum de Acuerdo ("MOU") de 2008 entre el Gobierno de Ontario y Hydro One revela en qué modo se han hecho efectivas algunas de las facultades del gobierno y obligaciones de Hydro One arriba mencionadas. Aunque se le encomienda que funcione como "una empresa comercial con un consejo de dirección independiente"[458], Hydro One debe cumplir las instrucciones del Gobierno de Ontario de emprender "iniciativas especiales" relacionadas con cuestiones de "gobernanza". Hydro One deberá también "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". En ese sentido, se encomienda a Hydro One que "prepare un plan trienal a quinquenal de inversiones para nuevos proyectos", el cual, una vez aprobado por su Consejo de Administración, "se presentará al Ministro de Energía y el Ministro de Hacienda para su sanción". Además, Hydro One "deberá obtener por anticipado la aprobación del Ministro de Energía y el Ministro de Hacienda con respecto a: i) cualquier propuesta de emitir o transferir acciones de la corporación o de cualquiera de sus filiales; ii) cualquier adquisición o liquidación de activos propuesta".[459]

7.237 Por lo que respecta a las comunicaciones y la presentación de informes, el Consejo de Administración de Hydro One deberá reunirse con el Ministro de Energía "cuando sea necesario" "para fortalecer la comprensión mutua de las cuestiones estratégicas interrelacionadas". El Presidente, el Director y el Consejero Delegado de Hydro One se reunirán con el Ministro de Energía "periódicamente". Además, el personal directivo superior de Hydro One también está obligado a reunirse con altos funcionarios del Ministerio de Energía y el Ministerio de Hacienda "periódicamente y cuando sea necesario para examinar cuestiones pendientes y aclarar expectativas o para identificar y abordar cuestiones emergentes".[460]

7.238 Por último, en lo que respecta a las "expectativas de rendimiento" de Hydro One, "las medidas clave se acordarán con el Ministro de Energía y el Ministro de Hacienda", y los objetivos de rendimiento anuales, una vez aprobados por el Consejo de Administración de Hydro One, "se presentarán al Ministro de Energía y el Ministro de Hacienda para su sanción".[461]

7.239 Así pues, aparte de la descripción expresa que el Gobierno de Ontario hace de Hydro One como su "agente", los indicios arriba expuestos del "control significativo" ejercido por el Gobierno de Ontario sobre las operaciones comerciales y empresariales de Hydro One llevan a concluir que Hydro One es un "organismo público" a los efectos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Habida cuenta de ello, el hecho de que Hydro One posea y opere el 97% de las líneas de transmisión, unido al hecho de que distribuye electricidad a 1,3 millones de clientes, sugiere claramente que el Gobierno de Ontario compra la electricidad que se suministra a la red en el marco del Programa TR.[462] En ese sentido es también importante recordar que la IESO (otro "agente" del

---

[458] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, Canadá - Prueba documental 107, página 1.

[459] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, Canadá - Prueba documental 107, página 2.

[460] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, Canadá - Prueba documental 107, página 2.

[461] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, Canadá - Prueba documental 107, página 3.

[462] Observamos a este respecto que la Unión Europea aduce que quien compra la electricidad en virtud del Programa TR no es el OPA, *sino los distribuidores*. Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 56. De manera análoga, el Japón aduce que los compradores de electricidad en Ontario son los "*intermediarios en el proceso de transmisión y distribución como los mayoristas y los minoristas*". El Japón ha

Gobierno de Ontario), si bien ha afirmado que no adquiere la "titularidad" de la electricidad en la red eléctrica de Ontario[463], pese a ello *controla* la manera en que la electricidad fluye por esa red. Así pues, el Gobierno de Ontario no sólo contrata a los productores del Programa TR por intermedio del OPA para que suministren electricidad a la red, sino que también dirige el movimiento de esa electricidad hacia la red y a través de ella por medio de las instrucciones de la IESO, y después, por último, mediante las operaciones de Hydro One transmite y distribuye la electricidad suministrada a clientes que son usuarios finales. A nuestro juicio, la actuación combinada de esos tres "organismos públicos"[464] (pero especialmente Hydro One y el OPA) demuestra que el Gobierno de Ontario compra electricidad en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

7.240 Aunque tanto el Japón como la Unión Europea han puesto de relieve, como prueba que apoya la conclusión de que el OPA no compra electricidad[465], el hecho de que se pagará a los productores TR y microTR por electricidad que la IESO les encomienda que *no suministren*, el Canadá, como ya hemos indicado, ha explicado que: i) la IESO nunca ha encomendado a los productores TR que se abstengan de suministrar electricidad al sistema; ii) la IESO no puede hacer esa solicitud a los productores TR y microTR más pequeños, porque éstos no están conectados a la red de transmisión controlada por la IESO; y iii) los contratos de suministro con productores "no despachables" (como los productores TR de energía solar FV y eólica) normalmente incluirán una cláusula que, como mecanismo para evitar el suministro excesivo de electricidad a la red, permitirá a la IESO ordenar a una instalación que no suministre.[466]

7.241 En la medida en que los contratos TR contemplan la posibilidad de que se pague a los productores TR por electricidad que no se produce y suministra a la red de transmisión en virtud de una directiva de la IESO, nos parece claro que el OPA está pagando por la existencia de un mecanismo excepcional que es necesario para gestionar los riesgos de sobrecarga del sistema. Dadas las características intrínsecas de la electricidad y la complejidad de la operación de un sistema eléctrico seguro y fiable[467], nos parece que esa cláusula contractual sería una condición *sine qua non* para la compra de electricidad a productores no despachables. Por tanto, a nuestro juicio, el hecho de que el Contrato TR contemple el pago a los productores por un suministro de electricidad que no tiene lugar debido a una directiva de la IESO, no resta validez a la caracterización de las medidas impugnadas como "compras de bienes por el gobierno".

---

presentado además 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. Segunda comunicación escrita del Japón, nota 48, donde se cita el Ohio Electric Utility Institute, Glossary ("Glossary of the Ohio Electric Utility Institute" (Glosario del Instituto de Servicios de Electricidad de Ohio)), Japón - Prueba documental 224; Delaware Code, título 26, artículo 1001 ("Delaware Code" (Código de Delaware)), Japón - Prueba documental 225; y el Pennsylvania Code, título 52, artículo 54.2 ("Pennsylvania Code" (Código de Pennsylvania)), Japón - Prueba documental 226.

[463] IESO: Settlement Statements and Invoices, Japón - Prueba documental 62, página 1.

[464] El OPA y la IESO son "agentes" del Gobierno de Ontario. Véase Government of Ontario: All Agencies List, Japón - Prueba documental 49; Agency Details, OPA, Japón - Prueba documental 50; y Government of Ontario: Agencies, Japón - Prueba documental 51. Las partes no niegan que el OPA y la IESO son "organismos públicos" a efectos del Acuerdo SMC.

[465] Respuesta del Japón a la pregunta 21 del Grupo Especial (primera serie), segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 42; declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 18; y segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 44.

[466] Respuesta del Canadá a la pregunta 21 del Grupo Especial (primera serie); y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30-32.

[467] Véase *supra*, párrafos 7.11-7.18.

Leyes, reglamentos y contratos

7.242 Por último, la tercera consideración que nos ha llevado a concluir que las medidas impugnadas constituyen compras de bienes por el gobierno es el marco legislativo y reglamentario del Programa TR, así como el texto de determinadas cláusulas de los propios contratos TR y microTR.[468] A nuestro entender, esos documentos 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. Este es el mensaje coherente y reiterado que se articula en los instrumentos jurídicos que hemos examinado, y en modo alguno es artificioso. Reconocemos, no obstante, que, como han destacado los reclamantes, la manera en que el derecho interno califique un instrumento no es concluyente por lo que respecta al análisis que debemos realizar a efectos de la normativa de la OMC. Pese a ello, también es cierto que esas pruebas no pueden simplemente pasarse por alto, y que deberán formar parte de nuestro análisis. Así pues, aunque esas pruebas "no pueden representar el fin de nuestro análisis"[469], el hecho de que la *Ley de electricidad de 1998*, la Directiva ministerial, los contratos TR y microTR y otros documentos caractericen todos de una u otra forma las medidas impugnadas como una compra o adquisición de electricidad es un factor pertinente que tenemos en cuenta en nuestro análisis.

Conclusiones

7.243 En consecuencia, por todas las razones arriba expuestas, concluimos que la caracterización jurídica adecuada del Programa TR y los contratos TR y microTR es la de "compras de bienes por el gobierno" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Aunque reconocemos que las medidas impugnadas presentan algunas de las características básicas de determinadas formas de "transferencias directas de fondos", en cuanto conllevan un intercambio de derechos y obligaciones que incluye el pago de dinero, no estamos de acuerdo con los reclamantes en que ello significa que *también* pueden caracterizarse jurídicamente como tales a los efectos del Acuerdo SMC.

7.244 En *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Órgano de Apelación observó que "normalmente se entiende que [una compra de bienes] significa que la persona o entidad que proporciona los bienes recibirá a cambio alguna remuneración".[470] El sentido corriente de la palabra "compre" sugiere que una compra de bienes por el gobierno se producirá cuando éste haga algún tipo de pago en forma de "dinero o un equivalente" a cambio de tomar posesión (incluso por obtención de titularidad) de un bien.[471] Así pues, vemos dos diferencias importantes entre una "transferencia directa de fondos" en forma de una transacción que conlleva un intercambio de derechos y obligaciones, y las "compras de bienes" por el gobierno. En primer lugar, un gobierno que proporciona una "transferencia directa de fondos" tiene que transferir recursos financieros de algún tipo, mientras que un gobierno puede utilizar dinero *o un equivalente* para comprar bienes. En segundo lugar, mientras que el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 sólo identifica un posible objeto de compras por el gobierno, es decir, *bienes*, el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 no especifica cuál es el objeto concreto de la transferencia directa de fondos de un gobierno (cuando esto conlleva un intercambio de derechos y obligaciones).

[468] Véase *supra*, párrafos 7.195-7.214.
[469] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 593.
[470] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 619.
[471] Véase *supra*, párrafos 7.225 y 7.227.

7.245 A nuestro juicio, el hecho de que el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 identifique específicamente los "bienes" como los objetos que un gobierno comprará es significativo y revela la intención de los redactores de centrar el inciso pertinente de esta disposición en *únicamente* esta forma de contribución financiera. Es difícil imaginar que los redactores aludieran expresamente a "compras de *bienes*" en el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC con la intención de que esas transacciones estuvieran también debidamente abarcadas en el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 como "transferencias directas de fondos". Observamos a esos efectos que los únicos dos ejemplos de "transferencias directas de fondos" que conlleven derechos y obligaciones recíprocos identificados por el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 son los "préstamos" y las "aportaciones de capital". Las "compras de bienes" por el gobierno podrían haberse añadido fácilmente a esos ejemplos si los redactores hubieran estimado que también debía considerarse que estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC, especialmente habida cuenta de que se mencionan expresamente en el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 de dicho Acuerdo.

7.246 Además, a nuestro juicio, constatar que las medidas impugnadas pueden caracterizarse jurídicamente como "transferencias directas de fondos" estaría en contradicción con el principio de interpretación efectiva de los tratados, que requiere que el intérprete se abstenga de adoptar "una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado".[472] No 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" sin infringir ese principio.[473] Aunque reconocemos que limitar los tipos de compras abarcados por el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 a únicamente las efectuadas mediante un pago de naturaleza *no monetaria* podría ser una forma de leer conjuntamente ambas disposiciones, no encontramos respaldo para una interpretación tan restrictiva en el sentido corriente de la palabra "compre" que figura en el texto del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 o en su contexto inmediato; y, de hecho, los reclamantes no han aventurado ninguna.

7.247 Por último, los reclamantes alegan que sus opiniones están respaldadas por la siguiente observación del Órgano de Apelación *en una nota* de su informe sobre *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*: "La 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".[474] Es evidente que el contenido de esa nota no equivale a una *constatación* de que transacciones debidamente caracterizadas como "compras de bienes" puedan también constituir "transferencias directas de fondos". Sobre esa cuestión concreta, el Órgano de Apelación no llegó a una conclusión definitiva. Así pues, aunque comprendemos que 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),

---

[472] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27.

[473] La misma conclusión llevó al Grupo Especial a cargo del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* a afirmar que no tenía "libertad para aceptar el argumento de que las transacciones que implican compras de servicios (junto con las transacciones que implican compras de bienes) están abarcadas por otros incisos y elementos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1", y a constatar, en consecuencia, que "las transacciones debidamente caracterizadas como compras de servicios están excluidas del ámbito de aplicación del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafos 7.956 y 7.970. Aunque el Órgano de Apelación declaró que la *constatación* del Grupo Especial era "superflua y carente de efectos jurídicos" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 620), estimamos que el razonamiento del Grupo Especial, en su relación con el concepto de "compras de bienes", constituye pese a ello una exposición útil del problema interpretativo que a nuestro juicio crean los argumentos de los reclamantes en el presente procedimiento.

[474] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, nota 1287.

no creemos que las normas usuales de interpretación del derecho internacional público nos permitan aceptar la interpretación propugnada por los reclamantes.

7.248 Habiendo constatado que las medidas impugnadas deben caracterizarse jurídicamente como "compras de bienes por el gobierno", y en consecuencia rechazando que equivalgan a "transferencias directas de fondos", constatamos asimismo que no pueden ser "posibles transferencias directas de fondos". De manera análoga, en la medida en que el Japón y la Unión Europea puedan haber aducido que las medidas impugnadas podrían caracterizarse jurídicamente como 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 del Acuerdo SMC, rechazamos también ese argumento.

Las medidas impugnadas como una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios.

7.249 En estas actuaciones, ambos reclamantes han presentado argumentos en lo fundamental paralelos centrados en el mercado mayorista de electricidad para sustentar sus afirmaciones relativas a la existencia de un "beneficio", con independencia de que las medidas impugnadas estén jurídicamente caracterizadas con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 1 o el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[475] En la siguiente sección, la mayoría del Grupo Especial rechaza en su totalidad los argumentos de los reclamantes concernientes al "beneficio" en su relación con el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1. De ello se sigue que las alegaciones de los reclamantes relativas a la subvención también deben rechazarse con independencia de que la mayoría del Grupo Especial convenga o no con sus alegaciones de que el Programa TR y los contratos TR y microTR constituyen 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. En otras palabras, los argumentos que los reclamantes han presentado en apoyo de sus alegaciones acerca del grado en que las medidas impugnadas otorgan un "beneficio" cuando se caracterizan como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC son esencialmente los mismos que los examinados y rechazados por la mayoría del Grupo Especial en la sección siguiente de los presentes informes. Habida cuenta de ello, no creemos necesario, a efectos de resolver satisfactoriamente las alegaciones de los reclamantes relativas a la subvención, decidir también si el Programa TR y los contratos TR y microTR equivalen a "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, y en aplicación del principio de economía procesal, no formulamos constataciones relativas a las alegaciones de los reclamantes de que las medidas impugnadas 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.

3. Si las medidas impugnadas otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC

a) Argumentos de las partes

i) Japón

7.250 Recordando que el Órgano de Apelación y distintos grupos especiales de la OMC han constatado reiteradamente que una "contribución financiera" otorga un "beneficio" cuando se concede en condiciones mejores que aquellas que el receptor puede obtener en el mercado pertinente, el Japón

[475] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita del Japón, párrafos 219-247; y la primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 63-89.

sostiene que las medidas en litigio otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC por dos razones principales.[476]

7.251 n primer lugar, según el Japón, las medidas impugnadas otorgan un beneficio porque garantizan que los productores TR y microTR recibirán por la electricidad[477] que producen un precio que es superior al precio de la electricidad en los mercados mayorista y/o minorista de Ontario, o en cualquiera de las cuatro jurisdicciones de fuera de Ontario ("jurisdicciones extraprovinciales"). Para justificar su opinión de que los productores acogidos a TR y microTR reciben una remuneración que excede del precio de la electricidad en el mercado mayorista de la electricidad, el Japón presenta siete referencias de precio al por mayor de electricidad como "producto básico". La primera de las referencias propuestas es lo que a juicio del Japón constituye el promedio ponderado real del precio al por mayor de la electricidad en Ontario en 2010, a saber, el promedio ponderado del HOEP.[478] Las referencias segunda y tercera propuestas por el Japón son el promedio ponderado de la "tarifa mayorista" en 2010 para productores distintos de los productores TR y RESOP[479], y "la parte correspondiente al producto básico" del precio pagado por los consumidores minoristas con arreglo al Plan de precios regulados ("RPP") en 2010.[480] Las restantes cuatro referencias de precio al por mayor de la electricidad presentadas por el Japón representan supuestamente los precios medios al por mayor en 2010 en los mercados no regulados/competitivos de Alberta, Nueva York, Nueva Inglaterra y los Estados Unidos del Atlántico Medio.[481] El Japón sostiene que el Grupo Especial puede recurrir a esas referencias extraprovinciales si determina que las referencias para el precio de la electricidad basadas en Ontario están distorsionadas de alguna manera.[482] Por último, el Japón aduce que los precios del RPP que ha propuesto también pueden servir de referencia para determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio porque, a su juicio, establecen un límite máximo para la cantidad que los consumidores de Ontario estarán dispuestos a pagar por la electricidad. Según el Japón, ningún productor de electricidad en Ontario debería esperar recibir una tarifa superior al precio pagado por los consumidores minoristas por la parte correspondiente al producto básico de su factura.[483] Por consiguiente, en la medida en que los productores TR y microTR reciben precios por

[476] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 216-247; y segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 3-16.

[477] El argumento del Japón se centra en la parte de "cargo por el producto básico" de los precios al por mayor de la electricidad, que describe como la "parte de los precios pagados por los consumidores que sirve como pago de la electricidad propiamente dicha, en contraste con los pagos por servicios relacionados con el suministro de esa electricidad a los consumidores", o el "precio relacionado con el pago de la electricidad propiamente dicha (en contraste con el pago por los servicios de transmisión/distribución y funcionamiento del mercado)". Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 11 y 77.

[478] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 219 y 220.

[479] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 221. Esta tarifa se calcula obteniendo el promedio ponderado de los precios recibidos por cada kWh de electricidad suministrado al sistema eléctrico de Ontario en 2010 por los "activos cuyas tarifas no son reguladas o contractuales (es decir, los activos no regulados de la OPG sin contratos con el OPA y los IPP sin contratos con el OPA)" y los "activos que reciben una tarifa regulada o contractual (es decir, los activos regulados de la OPG, los activos no regulados de la OPG con contratos con el OPA, los NUG y la mayoría de los IPP)". El Japón explica que la primera categoría de productores recibe el mismo precio -el HOEP- y que la segunda recibe un precio parcialmente basado en el nivel del HOEP. Primera comunicación del Japón, párrafo 32.

[480] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 223 y 224.

[481] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 222.

[482] Respuesta del Japón a la pregunta 7 del Grupo Especial (primera serie); segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 8-12; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 14-19; y respuesta del Japón a la pregunta 31 del Grupo Especial (segunda serie).

[483] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 223 y 224; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 19; respuestas del Japón a la pregunta 28 del Grupo Especial (segunda serie).

la electricidad suministrada que son superiores a los precios del RPP, el Japón sostiene que las medidas impugnadas necesariamente otorgan un beneficio.

7.252 El segundo argumento que el Japón presenta para respaldar sus alegaciones concernientes al beneficio se basa en el historial del mercado de electricidad de Ontario y el diseño y estructura objetivos del Programa TR. En particular, el Japón sostiene que el historial del mercado de electricidad de Ontario demuestra que Ontario estableció su actual estructura de mercado, con inclusión del OPA y en última instancia del Programa TR, porque el mercado liberalizado que funcionaba en 2002 no atraía suficiente oferta de electricidad, en particular la procedente de fuentes renovables, para cubrir las necesidades de la Provincia.[484] Según el Japón, el Gobierno de Ontario decidió internalizar las externalidades positivas de la energía renovable garantizando pagos que cubren los costos de producción y beneficios razonables para los productores TR y microTR a lo largo de un período de 20 años. El Japón sostiene que en caso contrario los productores de electricidad renovable no habrían tenido acceso a esos pagos, porque el mercado de electricidad al por mayor que existiría a falta del Programa TR los habría expuesto no sólo a precios más bajos sino también a otros términos y condiciones contractuales menos ventajosos. Así pues, el Japón aduce que el historial de la electricidad de Ontario y el diseño y estructura objetivos del Programa TR muestran que, a falta de dicho Programa los productores TR y microTR no habrían podido operar en el actual mercado mayorista de electricidad.[485]

7.253 En respuesta a la afirmación del Canadá de que la referencia de mercado adecuada debería ser un precio que refleje los costos más altos de producción de la electricidad de fuentes renovables, el Japón aduce que el Canadá no ha establecido que actualmente exista en Ontario un mercado diferenciado para la electricidad de fuentes renovables, y que en consecuencia la alegación del Canadá debe rechazarse. El Japón destaca, por el contrario, que no hay un mercado separado de tal naturaleza, porque la electricidad es un producto básico y los consumidores de Ontario no distinguen una unidad de electricidad de otra unidad de electricidad. Observa, además, que el Programa TR no ofrece a los consumidores la opción de escoger una fuente renovable para la electricidad que utilizan, y pagar un precio más alto por esta electricidad. Antes bien, según el Japón, los precios más altos debidos a los productores TR se distribuyen entre todos los consumidores por medio del ajuste global para establecer un precio único pagado por los consumidores por la electricidad producida mediante todas las tecnologías de producción.[486]

7.254 Por último, el Japón señala a la atención del Grupo Especial la distinción entre: i) precios *regulados* que cubren los costos de producción más un beneficio razonable; y ii) precios *subvencionados* que cubren los precios de producción más un beneficio razonable. El Japón sostiene que en un entorno de mercado el productor de electricidad más eficiente (debido por ejemplo a economías de escala) debería poder vender su electricidad a un precio que cubra su costo de producción más un beneficio razonable, y debería ser el productor dominante. Según el Japón, el mercado puede incluso aceptar que ese productor cobre un precio más alto, pero no deberá permitírsele que venda a un precio más alto en virtud de una *reglamentación* gubernamental. En contraste, el Japón aduce que en un entorno de mercado los productores menos eficientes en función de los costos, como los productores de energía renovable, no podrían sobrevivir a la

[484] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 5 y 6; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 11 y 12; observaciones del Japón sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 1 y 42 del Grupo Especial (segunda serie).

[485] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 3-7; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13; y observaciones del Japón sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 1 y 42 del Grupo Especial (segunda serie).

[486] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 30-45; y segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 23.

competencia con el productor dominante. Sostiene que para que esos productores menos eficientes en función del costo sobrevivan en el mercado a pesar de su inferior eficiencia, el gobierno debe *subvencionarlos*, lo cual, a juicio del Japón, es exactamente lo que el Programa TR hace en Ontario.[487]

ii) Unión Europea

7.255 Al igual que el Japón, la Unión Europea presenta dos líneas argumentales en apoyo de sus alegaciones de existencia de un beneficio. En primer lugar, recurriendo a las mismas referencias de mercado para el precio al mayor de la electricidad presentadas por el Japón, mantiene que las medidas impugnadas otorgan un beneficio porque garantizan que los productores TR y microTR recibirán por la electricidad que producen un precio superior al precio de la electricidad en el mercado mayorista de electricidad de Ontario, o en cualquiera de las cuatro jurisdicciones extraprovinciales a que el Japón hace referencia.[488] En segundo lugar, la Unión Europea aduce que la naturaleza intrínseca del Programa TR demuestra la existencia de un beneficio, porque revela que el Programa tiene por objeto facilitar la inversión privada en nuevas instalaciones de producción de electricidad de fuentes renovables que el mercado mayorista de Ontario no puede atraer. En ese sentido, la Unión Europea hace referencia a dos características principales del Programa TR: i) los precios supuestamente superiores a los del mercado para la electricidad producida por productores TR; y ii) la garantía de duración por un período de 20 años de esos precios supuestamente superiores a los del mercado (con inclusión de condiciones "generosas" de revisión de los precios a diversos intervalos). Según la Unión Europea, ninguna de esas características sería aplicable a los mismos productores de electricidad de fuentes renovables si tuvieran que operar en el mercado mayorista de electricidad de Ontario. Así pues, la Unión Europea sostiene que de no existir el Programa TR los productores acogidos al Programa no habrían podido participar en el mercado mayorista de electricidad de Ontario.[489]

7.256 La Unión Europea rechaza el argumento del Canadá de que la referencia de mercado adecuada debería ser un precio que refleje los costos más altos de producción de la electricidad de fuentes renovables. Al igual que el Japón, la Unión Europea destaca que la electricidad es un producto básico, y que con independencia de que sea generada por fuentes de energía renovables o no renovables, es físicamente igual en todos los aspectos y perfectamente sustituible. La Unión Europea observa, además, que los precios de la electricidad pagados por los consumidores en Ontario no distinguen entre las distintas tecnologías de producción. Así pues, según la Unión Europea, en el contexto de las presentes diferencias, sólo puede haber un mercado del producto pertinente a efectos del análisis del beneficio, a saber, el mercado mayorista de Ontario para la electricidad generada por todas las fuentes de energía (es decir, energía renovable y no renovable).[490]

7.257 Si el Grupo Especial decidiera que la referencia de mercado pertinente debería tener en cuenta la existencia de una distinción entre la electricidad generada por fuentes renovables y no renovables, la Unión Europea considera que el Grupo Especial podría también determinar la existencia de un beneficio sobre la base de los distintos precios que se garantizan a los productores TR. En ese sentido, observa que la lista de precios TR revela que los precios ofrecidos a los productores que utilizan, por ejemplo, tecnologías hidráulicas, de biomasa o de biogás son más bajos que los ofrecidos a los productores de energía eólica y solar FV. Así pues, aun suponiendo que hubiera un mercado

[487] Respuesta del Japón a la pregunta 33 del Grupo Especial (segunda serie).
[488] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 65-88; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 86-102.
[489] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 69, 70, 103 y 105; declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 23 y 27.
[490] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 72-77; y declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 24.

separado para la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables, los precios más altos pagados a los productores que utilizan tecnologías eólicas y solares FV en comparación con otras tecnologías "limpias" con arreglo al Programa TR demuestran que las medidas impugnadas otorgan un beneficio a los productores que utilizan tecnologías eólica y solar FV.

7.258 Por último, la Unión Europea sostiene que aun en el caso de que, como aduce el Canadá, el costo de la producción de electricidad eólica y solar fuera una referencia adecuada para el análisis del beneficio por parte del Grupo Especial, el Programa TR otorgaría pese a ello un beneficio, porque ofrece precios normalizados a todos los productores con independencia de sus costos de producción *reales*. Según la Unión Europea, el hecho de que la ubicación de una central de generación que utiliza energía solar o eólica influye en su productividad implica que las instalaciones situadas en buenas ubicaciones tendrán costos de producción globales relativamente más bajos, dado que los costos de capital entre las distintas centrales serán muy similares. Esto, a su vez, significa que los precios normalizados aplicados en virtud del Programa TR superarán inevitablemente los costos de producción de los productores con instalaciones situadas en buenas ubicaciones, y por esa razón otorgarán un beneficio a esos productores. En ese sentido, la Unión Europea recuerda que el antecesor del Programa TR (el RESOP) funcionaba sobre la base de los mejores precios ofrecidos por los productores a través de un proceso de licitación. Por tanto, la Unión Europea sostiene que Ontario puede obtener electricidad producida de fuentes de energía renovables a un costo más bajo en comparación con lo que garantiza el Programa TR.[491]

iii) Canadá

7.259 El Canadá aduce que los reclamantes no han conseguido establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio porque las referencias de precios de la electricidad que proponen no tienen en cuenta la condición fundamental subyacente en la compra de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR, a saber, que la electricidad comprada es generada por fuentes de energía renovables. Según el Canadá, la referencia para el precio de la electricidad adecuada a efectos del análisis del beneficio por parte del Grupo Especial debe encontrarse en el "mercado" de electricidad producida mediante tecnología eólica y solar FV, habida cuenta de que el comprador de la electricidad suministrada en el marco del Programa TR es el Gobierno de Ontario (no el consumidor final). El Canadá sugiere que esa referencia puede encontrarse, en primer lugar, en los precios que pagan en Ontario los compradores privados de electricidad producida utilizando tecnología eólica y solar FV. Sin embargo, a juicio del Canadá, los reclamantes no han presentado ninguna referencia de esa naturaleza, como tampoco ninguna alternativa basada, por ejemplo, en los costos reconstruidos de la producción de electricidad generada utilizando tecnología eólica y solar FV o los precios de la electricidad extraprovinciales adecuados ajustados a las condiciones que reinan en Ontario.[492]

7.260 El Canadá destaca que sería inadecuado utilizar una referencia para los precios de la electricidad que refleje un precio único para la electricidad como producto básico compuesta o de origen mixto, como el HOEP, porque en Ontario no hay un mercado único para esa electricidad, y las diferentes tecnologías de generación no compiten entre sí. A ese respecto, el Canadá afirma que habida cuenta de la gama de factores que han de considerarse para garantizar un suministro fiable y limpio de electricidad en Ontario, las distintas estructuras de costos y las características intrínsecas de las distintas tecnologías de producción necesarias para alcanzar ese objetivo deberán tenerse en cuenta

[491] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 82-85. La Unión Europea también propone el empleo de precios de importación/exportación como referencia comercial en el presente caso. Véase, segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 95.

[492] Por ejemplo, primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 125 y 136-150; primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 64-66; y declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 111-120 y 136-142.

y en última instancia reflejarse en la fijación de precios distintos. Explica que, en su mayor parte, el Gobierno de Ontario se encarga de ello mediante la aplicación de precios regulados y contractuales que son mayores que el HOEP.[493] Según el Canadá, este criterio para garantizar un suministro de electricidad suficiente tiene en cuenta las limitaciones de los mercados mayoristas de todo el mundo en la oferta de incentivos adecuados para nueva generación. Este dilema, conocido como el problema de la "falta de dinero" se manifiesta en los sistemas de electricidad en los que los precios al por mayor no ofrecen una compensación adecuada de los costos fijos de los productores o de los costos totales de inversión de los nuevos productores, como consecuencia de lo cual los inversores no deciden entrar en el mercado.[494]

7.261 Aparte de criticar las referencias para el precio de la electricidad propuestas por los reclamantes por considerar que representan un precio de electricidad como producto básico compuesta o de origen mixto que no refleja la naturaleza de las contribuciones financieras impugnadas y la realidad de la "falta de dinero" en los mercados mayoristas de electricidad en Ontario y otras jurisdicciones, el Canadá rechaza la caracterización que los reclamantes hacen del mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO como un mercado "competitivo". Según el Canadá, el mecanismo de equilibrio del mercado que da lugar al HOEP no es sino un instrumento creado por el Gobierno de Ontario para ayudar a la IESO a adoptar decisiones de despacho a fin de equilibrar la oferta y demanda *físicas* de electricidad.[495] El Canadá afirma que la mayoría de los productores participan en ese mecanismo ofreciendo electricidad a precios que no cubren sus costos de producción ni rentabilidad alguna. Esos productores no hacen ofertas de volumen y precio sobre la base de consideraciones comerciales ordinarias, sino más bien para asegurarse de que la IESO acepta su producción de electricidad de manera que puedan obtener el precio regulado o contractual pertinente.[496] Así pues, según el Canadá, el HOEP no refleja los costos y otras condiciones de funcionamiento que afronta la mayoría de los productores de electricidad en Ontario. El Canadá destaca, además, que los productores TR no hacen ofertas en el mecanismo de equilibrio del mercado de la IESO.

7.262 El Canadá compara el mercado administrado por la IESO que existe actualmente con el mercado mayorista de electricidad que existió en Ontario entre mayo y noviembre de 2002. Mientras que este último mercado funcionaba como un "foro" donde concurrían compradores y vendedores para intercambiar electricidad a un precio que equilibraba la oferta y la demanda, el Canadá explica que el mercado administrado por la IESO que existe actualmente no fija el precio que obtiene la inmensa mayoría de productores, que representa el 92% de la capacidad de producción de Ontario.[497] Observa, además, que las instalaciones que actualmente sólo reciben el HOEP son centrales hidroeléctricas o de carbón más antiguas, de propiedad estatal, que el Gobierno de Ontario ha decidido no requieren tarifas contractuales o reguladas más altas, habida cuenta de que sus costos de capital están en gran medida amortizados, así como (en el caso de las instalaciones de carbón) de su cierre inminente.[498]

[493] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 130-140; y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 64-81.
[494] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 35; y primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 72.
[495] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 8.
[496] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafos 67-81; y primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 138.
[497] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 113-117.
[498] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 118 y 119.

7.263 Por último, el Canadá también rechaza la opinión de que de no existir el Programa TR los productores TR tendrían que sobrevivir sobre la base del HOEP. Según el Canadá, esa hipótesis es incorrecta porque, "con toda probabilidad", un futuro productor de electricidad de fuentes renovables se dirigiría al Gobierno de Ontario por medio del OPA y trataría de negociar un contrato de venta de electricidad a precios que reflejaran las condiciones prevalentes en el mercado, que incluyen los costos de producción del productor y las prescripciones del gobierno en materia de oferta.[499]

b) Argumentos de los terceros

i) Australia

7.264 A juicio de Australia, a efectos del análisis del beneficio el mercado pertinente en estas diferencias es el mercado de electricidad. En su análisis del beneficio, el Canadá se centra principalmente en las condiciones de la oferta de energía renovable. Sin embargo, Australia aduce que el Grupo Especial, al examinar el beneficio, debe también tener en cuenta la demanda en el mercado de electricidad, y observa que los consumidores de electricidad de Ontario no distinguen -y no pueden distinguir- entre fuentes de energía renovables y no renovables. Además, Australia considera que la diferencia en los costos de producción de los distintos tipos de energía no excluye un análisis del beneficio en el que se utilice el precio de mercado de la electricidad. A juicio de Australia, hay dos formas posibles en las que los contratos TR otorgan un beneficio a los productores TR. En primer lugar, la ayuda gubernamental crea un comprador de energía renovable que de otro modo no existiría. En segundo lugar, los productores TR reciben por su producto un precio más alto que el que en otro caso podría obtenerse en el mercado. En lo tocante a la segunda opción, Australia considera que el HOEP utilizado por los reclamantes es un elemento de comparación adecuado para determinar el beneficio.[500]

ii) Brasil

7.265 El Brasil considera que la referencia adecuada en estas diferencias debe evaluarse a la luz del informe del Órgano de Apelación sobre *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*. Aduce que la referencia adecuada debe tener en cuenta tanto la oferta como la demanda en el mercado de energía, y en consecuencia no puede basarse únicamente en los precios a los que determinados tipos de productores están dispuestos a vender, o en los precios establecidos por el gobierno. El Brasil mantiene además que los precios de mercado mayorista no regulados en un sector estratégico de una economía no pueden constituir la base de esa referencia.[501]

iii) China

7.266 China aduce que el examen de si se ha otorgado o no un beneficio no depende de la "proporción de receptores no subvencionados" o del costo de producción del receptor de una subvención. Por lo que respecta a la proporción de los receptores no subvencionados, estima que el Canadá no ha abordado con detalle i) por qué el mercado de electricidad de Ontario están distorsionado debido a la presencia del Gobierno de Ontario como comprador "predominante", y ii) otros factores que pueden afectar a la determinación de una referencia adecuada. China sostiene, además, que el costo de producción no es una base adecuada para determinar el precio de referencia.

[499] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 128 y 129.

[500] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS412), párrafos 11-15; comunicación presentada por Australia en calidad de tercero (DS426), párrafos 11-15; y declaración de Australia en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 11-20.

[501] Declaración del Brasil en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 9-13.

No ve por qué razón el HOEP no es una referencia adecuada, habida cuenta de que la electricidad obtenida energía renovable y la obtenida de otras formas de energía son similares y comparables.[502]

iv) Unión Europea (en WT/DS412)

7.267 En su calidad de tercero en la diferencia WT/DS412, la Unión Europea sostiene que en la mayoría de los casos el Programa TR otorgará un beneficio a los productores TR debido a la diferencia entre los precios de mercado y los precios garantizados. A juicio de la Unión Europea, la evaluación del beneficio debe centrarse en la referencia de mercado pertinente en el momento en que se concede la contribución financiera al receptor.[503]

v) Corea

7.268 Corea observa que la elección de un "precio de mercado" para el análisis del beneficio requiere a veces un análisis complejo que puede conllevar un examen de la rentabilidad a lo largo de un período de tiempo más prolongado. Teniendo en cuenta que distintas personas tienen horizontes temporales distintos, los participantes en el mercado racionales pueden atribuir distinto peso a las consecuencias a corto plazo y largo plazo de una transacción, y en consecuencia valorar la rentabilidad global de manera muy distinta. Corea recuerda que es habitual que las empresas que buscan un beneficio máximo acepten una pérdida a corto plazo a fin de obtener un beneficio mayor a largo plazo. Desde esa perspectiva, no es fácil escoger una referencia adecuada cuando, como ocurre en estas diferencias, hay que tener en cuenta complejas consideraciones comerciales y de política a largo plazo, así como inversiones con prolongados períodos de amortización. Así pues, Corea considera que una imagen instantánea de un momento dado no puede garantizar necesariamente una comparación fiable a la luz de la situación real en el mercado, como requiere el artículo 14 del Acuerdo SMC.[504]

vi) Reino de la Arabia Saudita

7.269 La Arabia Saudita considera que, conforme a las normas de la OMC, el mercado interno proporciona la referencia más adecuada para determinar la existencia y magnitud del beneficio de una subvención. A su juicio, el recurso a referencias externas, como los precios en el mercado internacional o los precios en terceros países, es por lo general inadecuado. Mantiene que un grupo especial no puede utilizar referencias externas para medir la cuantía del "beneficio" si no ha establecido que los precios privados en el país de suministro están distorsionados, con arreglo a la definición dada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*.[505]

c) Evaluación realizada por el Grupo Especial

i) Introducción

7.270 A modo de introducción, observamos que si bien la finalidad principal de los argumentos de los reclamantes relativos al beneficio era fundamentar su opinión de que las medidas impugnadas, cuando se caracterizan como *transferencias directas de fondos o posibles transferencias directas de fondos* a tenor del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y/o como *sostenimiento de los*

[502] Comunicación presentada por China en calidad de tercero (DS412), párrafos 23-38; y declaración de China en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafo 4.

[503] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero (DS412), párrafos 21 y 22.

[504] Comunicación presentada por Corea en calidad de tercero (DS412), párrafos 46-54.

[505] Comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero (DS412), párrafos 18-28; comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero (DS426), párrafos 18-28; y declaración de la Arabia Saudita en calidad de tercero (DS412 y DS426), párrafos 8-14.

ingresos o de posprecios en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1, otorgan un beneficio, entendemos que cada uno de ellos ha mantenido que los mismos argumentos tienen igual pertinencia y aplicación a cualquier análisis que hubiera que realizar para determinar si las medidas impugnadas, cuando se caracterizan como *compras de bienes por el gobierno*, otorgan un beneficio.[506] Recordamos a ese respecto que ambos reclamantes han hecho hincapié en que si las medidas impugnadas se caracterizaran como compras de bienes por el gobierno, esto sería coherente con su opinión de que equivalen a contribuciones financieras.[507] Así pues, aunque esas afirmaciones se presentaron principalmente a fin de fundamentar una serie distinta de argumentos relativos a las subvenciones, no creemos que haya impedimentos jurídicos para evaluar su fundamento a efectos de establecer si los reclamantes han demostrado que las medidas impugnadas equivalen a subvenciones cuando se caracterizan como "compras de bienes por el gobierno". Con ese fin procederemos ahora a examinar los argumentos de las partes, recordando en primer lugar el criterio jurídico pertinente para la determinación del "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Seguidamente examinaremos las afirmaciones concretas de las partes sobre la manera en que el Programa TR y los Contratos TR y microTR otorgan (o no otorgan) un "beneficio" a la luz del criterio jurídico pertinente, poniendo especial atención al grado en que el mercado mayorista de electricidad de Ontario debe ser el núcleo apropiado del análisis del beneficio. Por último, en la parte final de nuestra evaluación expondremos nuestras conclusiones sobre el valor de las afirmaciones de los reclamantes a la luz de nuestras constataciones acerca del centro pertinente del análisis del beneficio.

ii) El criterio jurídico para determinar la existencia de "beneficio"

7.271 Una contribución financiera otorga un beneficio a un receptor en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC cuando concede una ventaja a su receptor.[508] Está bien establecido que la existencia de tal ventaja debe determinarse comparando la posición del receptor con y sin la contribución financiera, y que "el mercado proporciona una base de comparación apropiada".[509] El apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC contiene directrices para calcular, a efectos de las investigaciones en materia de derechos compensatorios, la cuantía de la subvención en términos del beneficio cuando ha habido una compra de bienes por el gobierno. Aunque 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 Parte III del Acuerdo SMC, el apartado d) del artículo 14 ofrece un contexto útil para el análisis requerido en estas diferencias. El apartado d) del artículo 14 dice así:

> [N]o se considerará que el suministro de bienes o servicios o la compra de bienes por el gobierno confiere un beneficio, a menos que el suministro se haga por una remuneración inferior a la adecuada, o la compra se realice por una remuneración superior a la adecuada. La adecuación de la remuneración se determinará en relación

[506] Declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 23; segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 53; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 21 del Grupo Especial (segunda serie); y respuesta del Japón a la pregunta 22 del Grupo Especial (segunda serie).

[507] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 54; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 12 del Grupo Especial (primera serie), y respuesta del Japón a la pregunta 22 del Grupo Especial (segunda serie).

[508] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 51.

[509] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157. Observamos que hasta la fecha el "mercado" no se ha utilizado expresamente como referencia para determinar si las contribuciones financieras que adoptan la forma de las medidas descritas en el párrafo 1 a) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC (es decir, cuando "se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)") otorgan un beneficio. Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 7.103; y *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafos 8.44-8.48; e informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 140; y *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 198.

> con las condiciones reinantes en el mercado para el bien o servicio de que se trate, en el país de suministro o de compra (incluidas las de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta).

7.272 El apartado d) del artículo 14 estipula expresamente que una compra de bienes por el gobierno no otorgará un beneficio a un receptor a menos que se haga "por una remuneración superior a la adecuada", y que la adecuación de esa remuneración se determinará en relación con "las condiciones reinantes en el mercado" para el bien de que se trate en el país de compra, incluidas las de "precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta". Así pues, en el contexto de estas diferencias, el apartado d) del artículo 14 sugiere que *una* forma de probar que las medidas impugnadas otorgan un beneficio es demostrando que la remuneración dada a los productores TR que utilizan tecnología eólica y solar FV para producir la electricidad comprada por el OPA es "superior a la adecuada" en comparación con la que los mismos productores recibirían en el "mercado" de electricidad de Ontario, a la luz de "las condiciones reinantes en el mercado". A nuestro entender, el punto de partida de este análisis es la identificación del "mercado" pertinente.

7.273 En *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, el Órgano de Apelación definió un "mercado" como "la zona de actividad económica en la que compradores y vendedores se unen y las fuerzas de la oferta y la demanda afectan a los precios".[510] De manera análoga, en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación aclaró que "el mercado al que se refería el Órgano de Apelación en *Canadá - Aeronaves* constituye una esfera en la que se intercambian bienes y servicios entre compradores y vendedores voluntarios".[511] Además, el Órgano de Apelación ha explicado que:

> Las condiciones de una transacción financiera deben evaluarse con referencia a las condiciones que habrían resultado de un intercambio libre de trabas realizado en el mercado pertinente. El mercado pertinente puede estar más o menos desarrollado; puede estar formado por muchos o por pocos participantes ... En algunos casos el mercado puede ser más rudimentario. En otros casos puede ser difícil determinar el mercado pertinente y sus resultados. Pero tales limitaciones para obtener información no alteran el marco básico a partir del cual debe realizarse el análisis ... No hay más que un criterio -el criterio del mercado ...[512]

7.274 Sin embargo, en el contexto especifico del apartado d) del artículo 14 el "mercado pertinente" no es necesariamente un mercado "no distorsionado por la intervención del gobierno" o que excluya "situaciones en que existe intervención del gobierno".[513] El "mercado" pertinente no tiene que ser necesariamente un mercado "puro" exento de cualquier grado de intervención del gobierno.[514] Pese a ello, en anteriores diferencias concernientes al *suministro* de bienes por un gobierno se ha mantenido

---

[510] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - LCA*, párrafo 1122, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafo 408. El Órgano de Apelación observó asimismo que "se ha definido el término 'mercado' como 'en general, cualquier contexto en el que tiene lugar la compra y venta de bienes y servicios' y 'una serie de transacciones homogéneas. Se crea un mercado cuando posibles vendedores de un producto entran en contacto con los posibles compradores y con un medio de intercambio'", informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - LCA*, nota 2467.

[511] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - LCA*, párrafo 981.

[512] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 172.

[513] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 87; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafos 7.50 y 7.51.

[514] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 87; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 7.50 y 7.51.

que cuando "el papel del gobierno en el suministro de la contribución financiera es tan predominante que en realidad determina el precio por el que los proveedores privados venden los bienes idénticos o similares, lo que convierte la comparación prevista en el artículo 14 en un círculo vicioso".[515] En otras palabras, cuando la participación del gobierno como proveedor de un bien en particular en un mercado dado es tal que "no sea posible determinar si el receptor queda 'en una situación mejor' de no existir la contribución financiera"[516], el mercado objeto de la intervención del gobierno no puede servir como referencia adecuada a los efectos del apartado d) del artículo 14. No vemos motivos por los que las mismas consideraciones no sean igualmente aplicables a los casos que conlleven *compras* de bienes por el gobierno.

7.275 Así pues, tal como entendemos la jurisprudencia pertinente, el "mercado" en relación con el cual debe evaluarse si una contribución financiera en forma de compra de bienes por el gobierno otorga un beneficio no tiene necesariamente que ser un mercado "perfectamente competitivo" en el sentido de la teoría económica.[517] Sin embargo, debe pese a ello ser un mercado en el que haya competencia efectiva, en el sentido de que los precios del bien adquirido deben establecerse en virtud de la operación de fuerzas de oferta y demanda libres de trabas, y no por medio de una intervención gubernamental de un tipo que "convierte la comparación prevista en el artículo 14 en un círculo vicioso".[518] Teniendo presente ese criterio jurídico, procedemos a evaluar el fundamento de los argumentos de las partes.

iii) El mercado mayorista de electricidad como centro pertinente del análisis del beneficio[519]

7.276 En lo fundamental, el primer y principal argumento de los reclamantes es 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 porque los términos y condiciones, incluido el precio, que caracterizarían a las compras privadas de electricidad en un mercado de esa naturaleza los expondrían a ingresos significativamente más bajos y a riesgos comerciales significativamente más altos comparados con los términos y condiciones asociados a la participación en el Programa TR. Para respaldar ese argumento, los reclamantes presentan varias referencias para el precio de la electricidad en un mercado mayorista competitivo, o representaciones de esa referencia, que en su opinión demuestran 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. Los reclamantes también se centran en los precios garantizados a largo plazo (20 años) obtenibles en virtud del Programa TR, aduciendo que un comprador privado de electricidad en el mercado pertinente no podría beneficiarse de esa circunstancia. Además, los reclamantes observan que uno de los objetivos indiscutidos cruciales del Programa TR es inducir nuevas inversiones en instalaciones de generación de energía renovable, aduciendo que simplemente esto demuestra que los

[515] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 93.
[516] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 93.
[517] Según Nicholson, una rama de producción perfectamente competitiva tiene las siguientes características: a) un gran número de empresas productoras de un producto homogéneo; b) las empresas tratan de maximizar los beneficios; c) las empresas dan por sentado que sus propias acciones no influyen en los precios en el mercado, es decir, son tomadores de precios; d) todos los participantes en el mercado, incluidos los consumidores, tienen información perfecta, es decir, conocen los precios, y e) las transacciones no conllevan costos. W. Nicholson, *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extension*, 8ª edición (Thomson Learning, 2002) ("Nicholson 2002"), página 370.
[518] Salvo indicación en contrario, en el resto de estos informes aplicaremos este criterio jurídico aludiendo ya sea a un mercado "competitivo" o a un mercado "en el que hay competencia efectiva".
[519] La opinión disidente de uno de los miembros del Grupo Especial por lo que respecta a si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC figura en la sección IX de estos informes.

productores TR pertinentes no estarían operando en el mercado mayorista de electricidad de Ontario si el Programa no existiera.

7.277 El Canadá acepta que "la mayoría" de los productores TR afectados no podría operar de manera viable en un mercado mayorista competitivo de electricidad en Ontario. De hecho, el Canadá señala que uno de los objetivos del Programa TR era fomentar la construcción de nuevas instalaciones de generación de energía renovable que en otro caso no existirían.[520] Sin embargo, rechaza la opinión de que esto demuestra que las compras de electricidad por el OPA en el marco del Programa TR otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Canadá explica que las compras de electricidad por el OPA, incluidas las compras a productores de energía renovable en el marco del Programa TR, han sido consecuencia de la incapacidad del mercado mayorista de electricidad de Ontario para fomentar las inversiones en nuevas instalaciones de producción de electricidad que pudieran garantizar una oferta fiable y limpia suficiente para satisfacer las necesidades de Ontario a largo plazo (es decir, el problema de "la falta de dinero").[521] El Canadá hace hincapié en que dados los distintos costos asociados a las distintas tecnologías que tienen que operar para lograr ese objetivo, la referencia más adecuada para el análisis del beneficio realizado por el Grupo Especial en relación con los contratos TR y microTR debe reflejar lo que el Canadá considera que es la condición fundamental para las compras de electricidad por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR, a saber, que la electricidad sea producida por fuentes de energía renovables. Así pues, el Canadá mantiene que el "mercado" pertinente para la comparación tiene que ser el mercado de electricidad producida por tecnologías eólicas y solares FV de generación de electricidad.

7.278 Las distintas posiciones mantenidas por los reclamantes y el Canadá acerca de lo que debe ser la referencia de "mercado" adecuada plantean varias cuestiones importantes relacionadas con la naturaleza de los mercados mayoristas de electricidad competitivos y la conveniencia de utilizar uno o más de los ejemplos de esos mercados que se han presentado para determinar la existencia de beneficio en estas diferencias. Abordaremos ahora esas cuestiones, empezando por el problema de "la falta de dinero".

Las características económicas de los mercados de electricidad y el problema de "la falta de dinero"

7.279 Como ya hemos explicado[522], la electricidad tiene algunas propiedades específicas en comparación con otros tipos de bienes. Es intangible y, con algunas excepciones limitadas, no puede almacenarse eficazmente.[523] Además, se suministra a los consumidores mediante redes de líneas de transmisión y distribución que pueden fallar si la cantidad demandada (denominada carga) es mayor o menor que la cantidad suministrada durante un determinado período de tiempo. Esas propiedades implican que la electricidad tiene que producirse en el momento en que se consume, y que el flujo de la electricidad a través de una red de transmisión no puede dejarse al arbitrio de los distintos participantes en el mercado, sino que tiene que coordinarse y controlarse a nivel central.[524] Los consumidores, y en consecuencia los gobiernos, consideran que la electricidad es un producto básico esencial porque una oferta segura, fiable y a largo plazo es necesaria para el funcionamiento adecuado de todas las economías modernas. El hecho de que no existan sustitutos próximos de la electricidad, combinado con la falta de señales de los precios que se puedan observar fácilmente desde

[520] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 49.
[521] Véase *supra*, párrafo 7.261, e *infra*, párrafo 7.283.
[522] Véase *supra*, párrafos 7.11-7.13.
[523] Como ya hemos indicado, las instalaciones hidroeléctricas de acumulación por bombeo ofrecen un medio limitado de almacenar electricidad. Véase *supra*, nota 47.
[524] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 13. En la nota 47 figura información sobre los puestos que ocupa el Profesor William W. Hogan, autor del Hogan Report, y las actividades que desarrolla.

la perspectiva de la demanda[525], significa que en gran medida la demanda de electricidad no responde a los precios a corto plazo (es decir, es relativamente inelástica).[526] Por consiguiente, en un gráfico la curva de demanda puede representarse por una línea (casi) vertical en un diagrama tradicional de oferta/demanda. Esta curva de demanda se desplazará de izquierda a derecha y viceversa en el curso de una hora, un día, una semana, un mes o un año, a medida que factores distintos del precio hacen que la cantidad demandada cambie. Entre esos factores cabe mencionar la temperatura, las horas de luz diurna, la fecha del año y la estructura y rendimiento de una economía. Las fluctuaciones estacionales de la demanda de electricidad en Ontario se describen gráficamente en el siguiente diagrama.[527]

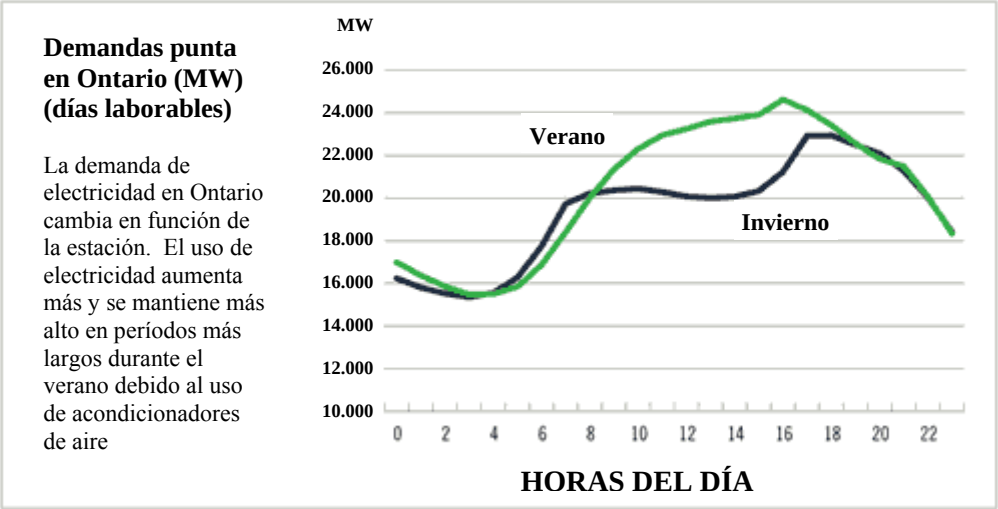

Diagrama 4: Fluctuaciones estacionales de la demanda de electricidad en Ontario

7.280 Por lo general se acepta que una composición de diversas tecnologías de producción es deseable desde la perspectiva de la oferta a fin de garantizar un sistema eléctrico fiable y limpio. De hecho, como hemos explicado en otra parte[528], el uso de una gama de tecnologías de producción es un imperativo técnico, económico y ambiental. Las tecnologías "convencionales"[529] pueden separarse en producción de carga básica (caracterizada por altos costos fijos y bajos costos marginales, por ejemplo la energía nuclear), producción de carga intermedia (costos fijos y marginales moderados, por ejemplo, vapor producido por petróleo o gas) y producción de carga máxima (bajos costos fijos y altos

[525] La mayoría de los consumidores no sabe cuál es el precio de la electricidad en el momento en que la utiliza. Esto hace que consuman más de lo que de otro modo harían en tiempos de escasez, y menos de lo que de otro modo harían en tiempos excedentarios. Hogan Report, Canadá, - Prueba documental 2, página 39; y Electricity Conservation and Supply Task Force, "Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs", Informe Final al Ministro de Energía, enero de 2004 ("2004 Report of the ECSTF" (Informe de 2004 de la ECSTF)), Canadá - Prueba documental 59, páginas 38-39.

[526] IESO: Ontario's Physical Markets, Japón - Prueba documental 80, página 4. ("Las cargas no despachables sencillamente extraen electricidad de la red cuando se necesita. Pagan el precio de la electricidad en el mercado mayorista en el momento en que se consume, con independencia de lo que ese precio pudiera ser. Las cargas no despachables representan la mayor parte de la energía consumida en Ontario.") Véase también el Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 16 y 17.

[527] Smoothing the Peaks, sitio Web de la IESO ("IESO: Smoothing the Peaks" (IESO: Suavizar las crestas)), a que se hace referencia en la segunda comunicación escrita de la Unión Europea, nota 71.

[528] Véase *supra*, párrafos 7.13-7.18.

[529] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 6.

costos marginales, por ejemplo, turbinas de combustión de gas de ciclo simple).[530] Los productores de carga básica están diseñados para funcionar casi siempre[531], proporcionando electricidad para satisfacer niveles básicos y sostenidos de demanda la mayoría de las horas del día y, lo que es importante, para mantener la red "viva". Las centrales de carga intermedia se utilizan para suministrar electricidad durante períodos en los que la demanda está por encima de los niveles básicos mínimos, pero no en su punta. Esos productores normalmente funcionan durante el día y la noche.[532] Los productores de carga máxima satisfacen la demanda cuando es muy elevada, como durante los días más calientes del verano, y algunos pueden funcionar sólo unas pocas horas al día.[533] La capacidad de los productores para ajustar rápidamente su nivel de producción, denominada *capacidad de despacho*, suele ser la más baja en los productores de carga básica y la más alta en los productores de carga máxima. Aunque por lo general la energía hidroeléctrica se clasifica como energía de carga básica, algunos tipos de instalaciones hidroeléctricas pueden ser despachadas.[534] La producción de electricidad por medio de tecnología solar FV y eólica proporciona generación variable o intermitente, lo que significa que la energía sólo se produce durante determinados momentos del día y/o la noche. Normalmente, ambos tipos de instalaciones tienen costos de capital relativamente elevados por MW de energía producida[535], pero pocos o ningún costo variable".[536] Para sustituir parte de la capacidad de producción que se perderá cuando las centrales de carbón de Ontario se cierren al final de 2014[537], la combinación del suministro en Ontario se ha ampliado para incluir tecnologías renovables como la eólica y la solar FV. Se espera que esas tecnologías representen un 11,5% de la capacidad de producción de Ontario en 2030.[538] La composición de la producción de electricidad que existía en Ontario en 2010, así como algunas de sus características, figuran en el siguiente cuadro.[539]

[530] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 2-10; y Tellus Institute, Best Practice Guide: Integrated Resource Planning for Electricity (Guía de buenas prácticas: Planificación integrada de recursos para la electricidad), 2000, Canadá - Prueba documental 45, páginas 13-15.

[531] Según el Profesor Hogan, los generadores de productores de carga básica operan "la mayoría de las horas del año, tal vez de un 50 a un 80% o más". Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 3.

[532] Según el Profesor Hogan, los productores de carga intermedia "normalmente alcanzan factores de capacidad del 15% al 50%". Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 5.

[533] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 6.

[534] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 5.

[535] En 2007, el costo de capital de las instalaciones solares montadas en techos (0,5 MW) y montadas en tierra (10 MW) se estimó, respectivamente, en 6.690 dólares canadienses/kW y 4.600 dólares canadienses/kW; y el costo de capital de una "pequeño parque eólico" (10 MW) se estimó en 2.750 dólares canadienses. Cabe comparar esas cifras con los costos de capital en 2007 de 2.970 dólares canadienses para la energía nuclear (1.000 MW), 665 dólares canadienses para turbinas de gas de ciclo simple (340 MW), y 924 dólares canadienses para instalaciones con turbinas de gas de ciclo combinado (500 MW). Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 8.

[536] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 6.

[537] En 2003, las instalaciones alimentadas por carbón representaban un 25% de la capacidad de producción de Ontario, habiendo aumentado un 127% sobre los niveles de 1995. Aparentemente, algunos de los motivos para eliminar esas instalaciones en Ontario fueron las conclusiones a las que llegó un estudio de 2005 preparado por el Gobierno ("Cost Benefit Analysis: Replacing Ontario's Coal-Fired Electricity Generation"), que estimó los costos ambientales y sanitarios anuales del carbón en 3.000 millones de dólares canadienses. Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, páginas 2 y 19.

[538] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 19.

[539] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 12.

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

Cuadro 2: Composición de la producción de electricidad en Ontario

7.281 En un mercado mayorista de electricidad donde hay competencia efectiva, las ofertas que los productores presentan al operador del sistema suelen estar por lo general muy cerca de su costo de producción marginal.[540] La comparación de esas ofertas con su producción define una curva de oferta en el marco oferta/demanda tradicional. Dadas esas características particulares, la curva de oferta de una composición habitual de productores aparecería como una función escalonada de pendiente ascendente que aumenta acusadamente a medida que la producción se acerca al límite de capacidad del mercado.

7.282 Como es habitual, la intersección de la curvas de oferta y demanda determina el precio de equilibrio de mercado y la cantidad de electricidad. Sin embargo, en los mercados de electricidad típicos la pendiente de ambas curvas sugiere que los precios pueden ser extremadamente volátiles, aumentando o cayendo acusadamente en respuesta a pequeños cambios en la demanda y/o la oferta. Esto no es necesariamente una característica indeseable en un mercado de electricidad. Siempre que se satisfagan determinados criterios (por ejemplo, consumidores bien informados del lado de la demanda, entrada/salida libre del lado de la oferta), la teoría económica sugiere que el resultado debería ser socialmente deseable.[541] Unos precios altos, por ejemplo, deberían alentar a las familias y las empresas a consumir menos del producto escaso. Unos precios altos también ofrecen incentivos para que los productores interesados aumenten su producción y para que nuevas empresas entren en el mercado invirtiendo en nueva generación. Así pues, en teoría, un mercado de electricidad "bien diseñado" proporcionará un equilibrio a largo plazo "estructurado sobre una secuencia de precios al contado en el mercado mayorista a corto plazo [que] ofrecerían incentivos y compensación adecuados para sustentar inversiones en nueva generación de electricidad".[542] No obstante, como explica el Profesor Hogan, "este mercado teórico ideal todavía no se ha alcanzado en muchos sistemas de electricidad, incluido el de Ontario".[543] A nuestro entender, una de las principales razones de ello es

[540] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 16. En términos más generales, se reconoce que siempre que una empresa opte por producir una cantidad positiva, igualar el precio al costo marginal equivale a un comportamiento de maximización del beneficio. Véase G. Jehle y P. Reny, *Advanced Macroeconomic Theory*, 2ª edición (Addison Wesley Longman, 2011), página 144.

[541] Esas condiciones permiten que los resultados de mercado en el mundo real se aproximen a los resultados de mercado ideales en condiciones de competencia perfecta (véase *supra*, nota 517). En un modelo competitivo de equilibrio parcial, el resultado competitivo es "eficiente" en el sentido que maximiza el bienestar global medido por la suma del excedente del consumidor y el productor. Véase Nicholson 2002, página 402.

[542] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 16.

[543] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 17.

la complejidad que representa la incorporación de una respuesta adecuada de la demanda a señales de la oferta en tiempos de escasez, o, en otras palabras, la dificultad de proporcionar a los consumidores de electricidad la información y los medios que necesitan para responder a las limitaciones de la oferta de electricidad *en tiempo real*.[544]

7.283 A falta de una demanda que responda mejor (pero no sólo por esa razón), los gobiernos y las autoridades reglamentarias han tratado de controlar la volatilidad potencial/real de los precios interviniendo en el mercado, debido al valor que unos precios estables de la electricidad tiene para sus economías, como consecuencia de lo cual en muchos países no ha habido inversiones suficientes en producción, porque no se permite que el precio al que se llega en su mercado mayorista "organizado" pueda 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).[545] Los 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. Esto, a lo que se hace referencia como el problema de "la falta de dinero"[546], afecta no sólo a las tecnologías de generación eólica y solar FV, más costosas, sino también a las "tecnologías de generación convencionales cuando los mercados de energía única no apoyan la inversión".[547] Para resolver este dilema "ha sido necesario establecer mercados alternativos a los mercados al contado mayoristas para incentivar las inversiones a largo plazo con objeto de satisfacer la demanda prevista", incluidos acuerdos de compra de energía (como en Ontario) y pagos por "capacidad".[548]

7.284 Por tanto, debido a las características específicas de la electricidad y a la naturaleza de los mercados mayoristas de electricidad competitivos, la intervención gubernamental será a menudo necesaria para garantizar una oferta de electricidad segura, fiable y sostenible a largo plazo.

La experiencia del mercado mayorista de electricidad de Ontario en 2002

7.285 Los reclamantes afirman que en 2002 existía en Ontario un mercado mayorista competitivo para la electricidad. El Canadá acepta que ese mercado existió entre mayo y noviembre de 2002.[549] Durante ese período de siete meses, la electricidad generada por instalaciones que representaban el 94% de la capacidad de producción de Ontario se compró y vendió en el mercado mayorista a precios establecidos mediante un mecanismo de equilibrio del mercado administrado por el Operador Independiente del Mercado.[550] Hasta un 90% de la capacidad de producción operativa durante ese período era de propiedad del gobierno y se gestionaba a través de la OPG[551], que estaba sujeta a un

[544] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 16.
[545] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 13 y 15-19.
[546] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 18 y 19.
[547] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 17.
[548] El Hogan Report define la "capacidad" eléctrica como "la capacidad de una unidad de generación para producir electricidad (medida en kilovatios)". El Hogan Report observa que tres regiones de los Estados Unidos, "PJM, Nueva York y Nueva Inglaterra, tienen mercados con capacidad para suplementar los pagos de la electricidad y los servicios auxiliares en los mercados al contado". Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 13 y 18, y notas 17 y 21.
[549] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 25; y respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial (segunda serie).
[550] El 6% restante correspondió a la electricidad producida por los NUG, a los que se pagó conforme a los precios establecidos en los contratos con Hydro One existentes, de los que se hizo cargo la OEFC. Respuestas del Canadá a las preguntas 1 y 26 del Grupo Especial (primera serie); y primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 22(iv).
[551] En 2000, es decir, dos años antes de la apertura del mercado "competitivo", el 90% de la capacidad de producción de Ontario estaba controlado por la Ontario Power Generation. Final Report of the Market

Acuerdo de mitigación del poder en el mercado que imponía un límite de precios/ingresos y otras obligaciones para controlar su posible poder en el mercado como operador dominante.[552] A pesar de ello, el Canadá explica que el mercado mayorista estaba "supeditado a que todos los productores (incluidos los de propiedad del gobierno a través de la Ontario Power Generation (OPG)) ofrecieran su electricidad en el mercado mayorista sobre la base de sus costos de producción marginales".[553] Según el Canadá, "se esperaba que ello permitiera a los productores recuperar sus costos de capital y explotación y obtener una rentabilidad".[554]

7.286 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.[555] Aunque se esperaba que capacidad nuclear adicional de propiedad de la OPG empezara a ser operativa en el curso de 2001[556], esto se demoró significativamente, y en consecuencia no estaba disponible en la fecha de apertura del mercado.[557] Debido en parte a circunstancias que llegaron a conocerse como consecuencia de la no disponibilidad de esta capacidad de generación adicional[558], así como a una falta preexistente de inversiones en nuevas fuentes de producción, se puso fin al mercado mayorista de electricidad de Ontario.[559]

7.287 El Canadá explica que durante el verano de 2002 temperaturas muy elevadas llevaron la demanda hasta niveles que los proveedores existentes no podían satisfacer sin aumentos de precios significativos. Entre mayo y noviembre de 2002, los precios aumentaron, en promedio, más del 30%.[560] El Canadá atribuye la incapacidad de los proveedores para responder al máximo de

---

Design Committee to the Honourable Jim Wilson, Minister of Energy, Science and Technology, 29 de enero de 1999 ("Final Report of the Market Design Committee" (Informe final del Comité de Diseño de Mercados)), Canadá - Prueba documental 9. En 2011, la OPG representaba aproximadamente un 70% de la capacidad de producción de Ontario. Ontario Power Generation, Frequently Asked Questions, sitio Web de la OPG ("OPG FAQ" (Preguntas frecuentes sobre la OPG)), Canadá - Prueba documental 8. Véase también Ontario Power Generation, About OPG (Sobre la OPG), sitio Web de la OPG, Canadá - Prueba documental 10; y About the Ministry of Energy, Japón - Prueba documental 52.

[552] Final Report of the Market Design Committee, Canadá - Prueba documental 9; y Comisión de la Energía de Ontario, EB-2007-0905, In the Matter of an Application By Ontario Power Generation Inc., Payment Amounts for Prescribed Facilities, Decision with Reasons, 3 de noviembre de 2008 ("OEB Decision on Payment Amounts for Prescribed Facilities" (Decisión de la OEB sobre las cuantías de los pagos para instalaciones prescritas)), Japón-Prueba documental 233, páginas 2 y 3.

[553] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 68.

[554] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 67.

[555] Otras tecnologías "diversas" representaban menos del 1% de la capacidad y la producción. Respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial (segunda serie).

[556] Se preveía que la primera unidad de las instalaciones nucleares de la OPG en Pickering estuviera en funcionamiento el 13 de noviembre de 2001. El 17 de diciembre de 2001, el IMO comunicó un retraso hasta mediados de 2002. IMO, 18-Month Outlook: An Assessment of the Adequacy of the Ontario Electricity System from January 2002 to June 2003 ("IMO: 18-Month Outlook" (IMO: Perspectiva de 18 meses)), Canadá - Prueba documental 90.

[557] Según el Plan energético a largo plazo de Ontario, Canadá - Prueba documental 6, las Unidades Bruce 3 y 4 reiniciaron el servicio en marzo de 2004 y noviembre de 2003, respectivamente, mientras que la Unidad Pickering A 1 se reinició en noviembre de 2005.

[558] En 1997, el Gobierno de Ontario decidió desconectar siete reactores nucleares para hacer frente a "necesidades críticas de mantenimiento y reparación". Esto representaba un 8% de la capacidad de producción de Ontario. 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 23.

[559] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 70; respuesta del Canadá a la pregunta 1 g) del Grupo Especial (segunda serie); y Gobierno de Ontario, Action Plan to Lower Your Hydro Bill (Plan de acción para reducir la factura hidroeléctrica), Canadá - Prueba documental 96.

[560] Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, página 6.

demanda sin aumentos de precios significativos a la "estructura del mercado" existente durante ese período y a la demora en el restablecimiento de la producción en la Unidad 4 de la central nuclear de Pickering.[561] El Japón formula aparentemente el mismo argumento, afirmando que "el que el Gobierno de Ontario promulgara la Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004, por la que se enmendó la Ley de electricidad de 1998, se debió a que la estructura de mercado establecida no incentivaba una entrada suficiente de nuevos productores".[562]

7.288 En su informe final al Ministerio de Energía, el Grupo de Tareas sobre Conservación y Oferta de Electricidad (ECSTF)[563] identificó varias circunstancias que tuvieron lugar alrededor y durante el período de existencia del mercado mayorista y que configuraron las condiciones en que éste tenía que operar. En particular, el ECSTF destacó que "el colapso de Enron repercutió gravemente en los mercados financieros que se esperaba avalarían la creación de nueva capacidad", y que "el mercado de intercambio de energía a largo plazo" dejó de funcionar, al menos temporalmente.[564] Según el ECSTF, esa "pérdida obró en menoscabo de la producción comercial, la transmisión comercial y un activo intercambio comercial de emisiones".[565] De manera análoga, el ECSTF observó que "la retirada de los mercados financieros de la rama de producción de electricidad" tuvo por efecto desacelerar el desarrollo y la construcción de nuevas instalaciones alimentadas por gas, en las que también repercutieron "los máximos en los precios del gas natural y las preocupaciones por el suministro a largo plazo".[566] De hecho, el ECSTF destaca que durante el período objeto de examen las centrales de gas "pasaron a ser considerados, cada vez más, como las más adecuadas para operaciones intermedias y de carga máxima, en lugar de carga básica".[567] Evidentemente, esto tiene repercusiones en los aspectos económicos de cualquier inversión futura en generación basada en gas, ya que cabría esperar que las centrales intermedias y de carga máxima operaran menos que las centrales de carga básica. Por último, al igual que el Canadá, el ECSTF destaca que "las demoras y el aumento de los costos para poner de nuevo en servicio las cuatro unidades nucleares Pickering A contribuyeron a reducir la oferta y a un aumento y una mayor volatilidad de los precios", y observa que esto "se sumó a la preocupación de que el Gobierno siguiera tomando decisiones de inversión no económicas que perjudicarían la posición competitiva de los proveedores competidores en el mercado".[568]

7.289 Parece, por tanto, que además de los problemas de volatilidad de los precios asociados a los atributos intrínsecos de los mercados mayoristas de electricidad competitivos[569], una combinación de otros factores que configuraron la interacción de la oferta y la demanda de electricidad en Ontario

[561] Respuesta del Canadá a la pregunta 1 g) del Grupo Especial (segunda serie).
[562] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 25.
[563] El Grupo de Tareas sobre Conservación y Oferta de Electricidad fue establecido en junio de 2003, y se le encomendó la elaboración de un plan de acción para satisfacer la necesidad de Ontario de disponer de un suministro de energía asequible, fiable y ambientalmente aceptable a lo largo del período conducente a 2020. El ECSTF "se reunió 30 veces y mantuvo debates detallados con más de 90 personas y organizaciones que representaban a todos los sectores de la sociedad". 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, páginas 1-2.
[564] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 84.
[565] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 84.
[566] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 84.
[567] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 84.
[568] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 84.
[569] Véase el examen supra, párrafos 7.279-7.284. El Hogan Report explica que "los sobrecostos del programa de construcción nuclear de Hydro en Ontario y la necesidad de sustituir o renovar gran parte de la anticuada infraestructura eléctrica de la Provincia dieron impulso a la reforma y la reestructuración", lo que sugiere que las condiciones de la oferta eran ya restringidas en la fecha en que el mercado se abrió en mayo de 2002. Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 19.

afectó a la operación del mercado mayorista competitivo que existió entre mayo y noviembre de 2002, poniendo límites críticos a lo que dicho mercado podía lograr.

7.290 Según el Canadá, la experiencia de 2002 demuestra que un mercado mayorista de electricidad competitivo "no sería suficiente para fomentar la construcción de nuevas instalaciones de producción capaces de proporcionar el suministro a largo plazo adicional que los residentes de Ontario necesitan".[570] Esto es coherente con una de las principales constataciones del ECSTF, que concluyó que "el enfoque basado en el mercado adoptado a finales del decenio de 1990 tiene que mejorarse sustancialmente para que satisfaga las nuevas necesidades de producción y conservación de Ontario en los plazos en que lo necesitamos".[571] A este último respecto, el ECSTF predijo que a falta de nueva capacidad o de medidas de reducción de la demanda, en Ontario se produciría un déficit de oferta de 5.000-7.000 MW en 2007, y de aproximadamente 25.000 MW en 2020. En el cuadro que figura a continuación se representan las previsiones del ECSTF sobre las condiciones de la oferta y la demanda.[572]

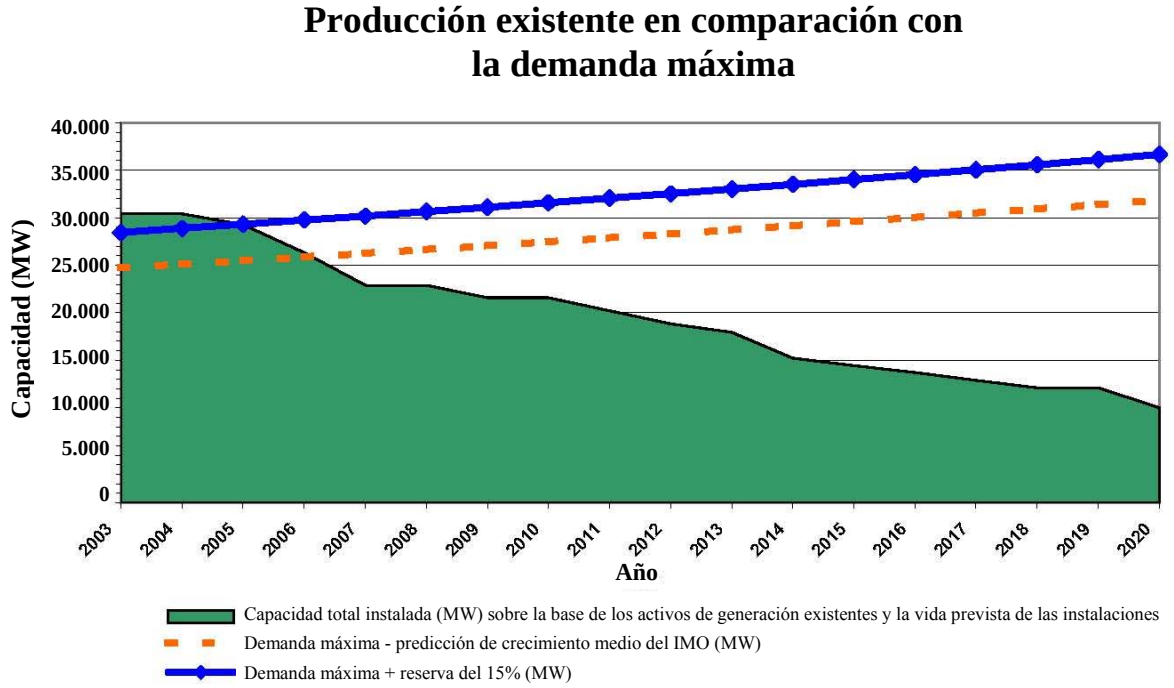

Diagrama 5: Producción existente en comparación con la demanda máxima

7.291 Tras haber "debatido seriamente" "soluciones de mercado y medidas para demostrar el compromiso con esas soluciones (como la disposición a permitir que los consumidores afronten cualesquiera precios que el mercado dicte y la venta de la producción de OPG a comerciantes y mayoristas privados)", el ECSTF opinó que esa vía "no garantiza que exista la oferta necesaria para sustituir a la producción basada en carbón en 2007 o para garantizar un comienzo temprano del proceso de desarrollo de opciones de oferta y demanda eficaces para rehabilitar o sustituir centrales nucleares anticuadas. No proporciona los precios estables y predecibles que los consumidores de Ontario demandan... [y] no garantiza que Ontario disponga de la composición de energías diversas que a nuestro juicio necesita para que los precios de su electricidad sigan siendo competitivos con los

[570] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 27.
[571] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página (i).
[572] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, figura 1 A, página 1.

de mercados vecinos".[573] El ECSTF concluyó que "habida cuenta de todo ello, ... recurrir únicamente a señales del mercado es simplemente un enfoque demasiado peligroso, dadas las posibles consecuencias que tendría el no conseguir pronto las inversiones necesarias en nueva oferta y conservación".[574] Así pues, el ECSTF recomendó que "se recurriera menos al mercado al contado como señal para las nuevas inversiones".[575]

7.292 A nuestro juicio, la experiencia de apertura del mercado de Ontario en 2002 confirma lo que se sugiere en el Hogan Report, a saber, 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. Las pruebas que tenemos ante nosotros indican que ese objetivo universal de todos los sistemas de electricidad no se podría haber alcanzado en Ontario en 2002 únicamente sobre la base de la operación de un mercado mayorista de electricidad competitivo.

El mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO

7.293 El Japón afirma que el actual mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO es un mercado mayorista de electricidad competitivo. Aduce que las fuerzas normales del mercado, entre ellas la oferta y la demanda, así como el costo de producción, actúan conjuntamente en ese mercado para fijar los precios de la electricidad al por mayor (es decir, el HOEP).[576] Según el Japón, esos precios sirven "no sólo como señales sobre cuándo debe despacharse la electricidad, sino también como señales sobre cuándo debe consumirse la electricidad, al igual que hacen los precios en el mercado".[577] El Japón observa que las Normas de mercado de la IESO indican que el objetivo de los mercados administrados por la IESO es "promover un mercado eficiente, competitivo y fiable para la venta y la compra al por mayor de electricidad y servicios auxiliares en Ontario".[578] El Japón observa, además, que la propia IESO ha descrito el mercado que administra como un "mercado mayorista competitivo", en el que "los precios al por mayor se basan en la oferta y la demanda y reflejan el costo de la producción de electricidad".[579]

7.294 La Unión Europea, aunque inicialmente compartió muchas de las afirmaciones del Japón acerca del carácter "competitivo" del mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO[580], posteriormente coincidió con la afirmación de que el mecanismo de mercado de la IESO "tal vez no sea" el "clásico" mercado competitivo en el que la oferta y la demanda coinciden.[581] De hecho, según

[573] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, páginas 64 y 65. Cuando se redactó el Informe de 2004 de la ECSTF, el Gobierno de Ontario había indicado que cerraría las instalaciones alimentadas por carbón no más tarde de 2007. Posteriormente se decidió que la última instalación de carbón finalizaría sus operaciones a finales de 2014.

[574] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 4.

[575] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página (iii).

[576] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 79-81 y 219; y respuesta del Japón a la pregunta 45 del Grupo Especial (primera serie).

[577] Observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 43 del Grupo Especial (segunda serie).

[578] Observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 43 del Grupo Especial (segunda serie), donde se hace referencia a IESO, Market Rules for the Ontario Electricity Market ("IESO Market Rules" (Normas de mercado de la IESO)), Canadá - Prueba documental 106, capítulo 1, sección 3.1.1.

[579] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 79, donde se hace referencia a Noticias rápidas: la fijación de los precios de la electricidad, Japón - Prueba documental 3, página 1.

[580] Por ejemplo, primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 70-73.

[581] Sin embargo, la Unión Europea considera no obstante que "el mecanismo de mercado de la IESO es un mercado en el que la demanda, representada por las autoridades competentes pertinentes de Ontario, coincide con la oferta (es decir, los productores de electricidad); y es el mecanismo de mercado elegido por las autoridades competentes de Ontario para regular los intercambios de electricidad". Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 91.

la Unión Europea, "tal vez no haya muchos mercados 'clásicos' en muchas jurisdicciones por lo que respecta a la electricidad u otros productos".[582]

7.295 Observamos que el Japón, si bien ha aducido que el mercado mayorista administrado por la IESO es competitivo, ha hecho la siguiente descripción de la manera en que el HOEP realmente se determina;

> Los productores despachables deben presentar "ofertas" de precio/volumen para cada intervalo de cinco minutos. Aunque muchos productores despachables recibirán en realidad tarifas reguladas o contractuales por la electricidad que venden, deben sin embargo presentar ofertas de precios a la IESO para indicar el volumen que están dispuestos a suministrar en un determinado intervalo de cinco minutos, y al hacerlo tienen que establecer estratégicamente el precio a ofrecer a fin de que su cantidad sea efectivamente seleccionada por la IESO. Así pues, las ofertas de precios de los productores despachables sirven como una señal para el despacho -es decir un mecanismo para que la IESO seleccione el suministro de electricidad- y no como la tarifa que esos productores realmente reciben. Aquellos para los que sería muy costoso cerrar, como las instalaciones nucleares, probablemente ofrecerían un precio cero o cercano para poder siempre operar, mientras que otros productores probablemente ofrecerían precios que cubrieran sus costos de producción marginales.[583]

7.296 La descripción del Japón pone de relieve dos puntos importantes, el primero de ellos que la mayoría de los productores que participan en el mercado mayorista administrado por la IESO no reciben el HOEP. De hecho, instalaciones que en 2010 representaban el 92% de la capacidad de generación de Ontario no reciben 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).[584] Los 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.[585] El Canadá ha explicado que esas instalaciones son relativamente antiguas (la mayoría de ellas funciona desde hace más de 60 años), con costes de capital en gran medida amortizados.[586] Además, las instalaciones de carbón quedarán fuera de servicio a fines de 2014.[587] Debido a ello, el Gobierno de Ontario ha decidido que esas instalaciones no reguladas reciban el HOEP en lugar de un precio "guiado por el principio de recuperación de los costos y un margen de rentabilidad".[588]

7.297 La segunda característica significativa del mercado mayorista administrado por la IESO que pone de manifiesto la descripción del Japón se sigue de la primera, a saber, que 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. El Canadá confirma que esto es exactamente lo que sucede, y explica que las instalaciones nucleares e hidroeléctricas reguladas de la OPG (que representan la mayoría de la producción en Ontario) hacen en el mecanismo de equilibrio

---

[582] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 91.

[583] Primera comunicación escrita del Japón, apéndice II, párrafo 8 (no se reproduce la nota de pie de página; el subrayado es del Grupo Especial).

[584] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 37. Véase también *supra*, párrafos 7.27-7.31.

[585] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 38.

[586] El Profesor Hogan describe a esos proveedores como "un pequeño subconjunto de instalaciones de producción antiguas o que funcionan infrecuentemente y han recuperado en su totalidad sus costos hundidos, por lo cual para ser rentables sólo tienen que cubrir sus costos variables". Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 10.

[587] Respuesta del Canadá a la pregunta 41 del Grupo Especial (segunda serie).

[588] Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial (primera serie).

del mercado de la IESO ofertas que son "tan bajas (a menudo tarifas negativas) que la IESO tiene que aceptarlas".[589] Según el Canadá, la OPG hace ofertas a un precio tan bajo "para asegurarse de que su electricidad sea aceptada", sabiendo que no afectarán a sus ingresos, que dependen del precio regulado establecido por la OEB. De manera análoga, con respecto a una categoría de productores acogidos a los contratos, los NUG, Hogan destaca que "como los precios contractuales están por encima tanto del costo marginal como del precio de equilibrio de mercado durante los períodos que no son de consumo máximo los NUG tienen incentivos para producir energía no rentable en esos períodos".[590] Generalmente, los costos de producción tampoco son motivo de consideración para los "activos no regulados" de la OPG que reciben el HOEP, ya que este precio, como cuestión de política, se ha considerado suficiente para estos activos más antiguos y en gran medida amortizados, con independencia de que les permita o no cubrir los costos marginales.

7.298 De lo anterior se desprende 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 (como normalmente ocurriría en el caso de un mercado mayorista de electricidad competitivo como el que existía en Ontario en 2002[591]), 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. En la medida en que el Gobierno de Ontario (a través de la OEB, el OPA y la OEFC) garantiza que el 92% de la capacidad de producción de Ontario se remunere a precios superiores al HOEP, y ordena a los activos no regulados de la OPG que acepten el HOEP con independencia de sus costos de producción, nos parece claro que el HOEP no es un resultado de mercado que pueda utilizarse a fin de realizar el presente análisis del beneficio. Esto es así porque, en muchos aspectos importantes, el nivel de equilibrio del HOEP es una consecuencia directa de la política de fijación de precios de la electricidad y las decisiones sobre composición del suministro adoptadas por el Gobierno de Ontario. En consecuencia, como destacan el Canadá y el Profesor Hogan, el mecanismo de equilibrio del mercado mayorista administrado por la IESO tal vez puede caracterizarse mejor como un instrumento para que la IESO adopte las decisiones de despacho necesarias para equilibrar la oferta y demanda *físicas* de electricidad.[592]

7.299 La Unión Europea sostiene que "un posible medio para evaluar si el HOEP representa el precio de la electricidad en Ontario en condiciones de mercado" consiste en compararlo con los precios de las importaciones y exportaciones de electricidad de Ontario.[593] Tras examinar los precios medios de importación y exportación de electricidad de y a las provincias vecinas (incluida Manitoba) y los Estados Unidos (Michigan, Minnesota y Nueva York) a lo largo de los últimos tres años, la Unión Europea concluye que "la similitud entre el HOEP y los precios de importación y exportación es ... reveladora de que el HOEP refleja fielmente el precio aplicado en Ontario y las jurisdicciones vecinas en condiciones de mercado".[594] La Unión Europea considera que esta conclusión es válida porque "ni las provincias canadienses ni los Estados de los Estados Unidos están sujetos a

[589] Respuesta del Canadá a la pregunta 41 del Grupo Especial (segunda serie).
[590] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 30.
[591] El Canadá destaca a ese respecto que el mercado mayorista administrado por la IESO es cualitativamente distinto del mercado mayorista operado por el IMO durante la experiencia de apertura del mercado de 2002, porque en este último caso los productores de electricidad competían sobre la base de ofertas tanto de precio como de volumen, mientras que no hay tal competencia entre los productores que operan hoy en día. Respuestas del Canadá a las preguntas 41-43 del Grupo Especial (segunda serie).
[592] Primera comunicación escrita del Canadá (DS426), párrafo 71; declaración inicial del Canadá en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 83; y Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 37-41.
[593] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 92.
[594] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 95.

reglamentaciones gubernamentales generales", lo que significa que "esas entidades comercian electricidad basándose totalmente en su demanda y en la oferta disponible".[595] Las inferencias que la Unión Europea saca de los datos nos plantean varios problemas.

7.300 En primer lugar, recordamos que el HOEP no representa un precio de equilibrio fijado en un mercado mayorista competitivo de un tipo que pueda utilizarse a efectos de realizar el presente análisis del beneficio. Antes bien, el HOEP es un precio que está muy influido por la política de fijación de precios de la electricidad y los reglamentos y decisiones sobre la composición del suministro del Gobierno de Ontario. Así pues, en la medida en que los precios de exportación e importación reflejan el HOEP o están "vinculados" a él, no puede considerarse que reflejen precios establecidos en un mercado mayorista de electricidad competitivo.

7.301 En segundo lugar, si, como el Profesor Hogan sugiere, los exportadores de electricidad la suministrarán a Ontario cuando la diferencia entre los precios al por mayor en distintas jurisdicciones sea "lo bastante grande" para justificar el arbitraje entre los dos sistemas, se sigue que el nivel del precio en el mercado mayorista interno de un exportador influirá de manera significativa en el precio de las exportaciones. Sin embargo, aparte de afirmar que los exportadores pertinentes "comercializan electricidad basándose totalmente en su demanda y en la oferta disponible", la Unión Europea no ha presentado ninguna prueba que demuestre que los propios mercados mayoristas de electricidad internos de Manitoba, Michigan, Minnesota y Nueva York se basan en "condiciones de mercado" que no están distorsionadas de manera significativa por la intervención gubernamental. Habida cuenta de ello, el hecho de que el HOEP sea similar a los precios de exportación e importación podría simplemente reflejar la existencia de mercados mayoristas no del todo competitivos en las jurisdicciones vecinas. Además, como se explica con más detalle en la siguiente sección, el mercado mayorista de electricidad de Nueva York no es la única fuente de remuneración que hace que los productores sigan participando en el sistema eléctrico de Nueva York.[596]

7.302 Las características de los intercambios de importación y exportación de electricidad arriba mencionadas nos hacen pensar que el precio de la electricidad que se comercializa entre Ontario y sus jurisdicciones vecinas no corrobora, como la Unión Europea aduce, que el HOEP "representa el precio de la electricidad en Ontario en condiciones de mercado".

Mercados mayoristas de electricidad de fuera de Ontario

7.303 Los reclamantes aducen que el precio de la electricidad en cuatro mercados mayoristas de electricidad supuestamente competitivos que operan fuera de Ontario podría utilizarse como elemento representativo del precio de mercado mayorista en Ontario. En particular, los reclamantes hacen referencia a los precios establecidos en los mercados mayoristas de electricidad de Alberta, el Estado de Nueva York, Nueva Inglaterra y la región del Atlántico Medio de los Estados Unidos (la Interconexión PJM). Para demostrar el carácter supuestamente competitivo de esos mercados, el Japón, apoyado por la Unión Europea[597], destaca, entre otras cosas, las siguientes declaraciones que figuran en publicaciones de cada uno de los cuatro mercados[598]:

[595] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 92.
[596] Véase el examen *infra*, párrafos 7.304 y 7.305.
[597] Por ejemplo, respuesta de la Unión Europea a la pregunta 27 del Grupo Especial (segunda serie).
[598] Respuesta del Japón a la pregunta 31 del Grupo Especial (segunda serie). Véase también la respuesta del Japón a la pregunta 7 del Grupo Especial (primera serie).

> El mercado de electricidad de Alberta es único en el Canadá. Sus mercados minorista y mayorista están abiertos a la competencia ... Las inversiones en generación se hacen a riesgo del empresario ...[599]
>
> NYISO (y, en términos más generales, el mercado mayorista competitivo de Nueva York) ha tenido un éxito extraordinario en cuanto a la obtención de muchos de los resultados, cuando no la mayoría de ellos, a los que la reestructuración por el Estado de su rama de producción de electricidad aspiraba. En muchos aspectos, NYISO es un modelo de mercado de electricidad eficiente que depende ampliamente de mercados competitivos para aportar beneficios a los consumidores de electricidad del Estado.[600]
>
> Para evaluar la competitividad de los mercados de energía eléctrica, el [*Internal Market Monitor* de ISO *New England*] examinó dos tipos de medidas de competitividad en el mercado: medidas estructurales, que analizan la concentración de la propiedad de los recursos de producción en los mercados de Nueva Inglaterra; y medidas basadas en los precios, que comparan los precios en el mercado mayorista con el costo estimado del suministro de energía eléctrica. Los resultados de los análisis de concentración demuestran que el mercado es estructuralmente competitivo ... Los resultados de mercado demuestran que los precios de la energía eléctrica reflejan los costos de producción de los proveedores (es decir, en gran medida los precios del combustible), lo cual es coherente con la constatación de que el mercado es competitivo.[601]
>
> Los resultados de mercado globales respaldan la conclusión de que en promedio los precios en la Interconexión PJM son fijados por unidades marginales que operan a nivel de sus costos marginales o cerca de ello. Esto es prueba de un comportamiento competitivo y de resultados de mercado competitivos.[602]

7.304 Aunque parece que el Canadá no impugna concretamente las alegaciones de los reclamantes concernientes al carácter competitivo de los mercados mayoristas arriba mencionados, a efectos de evaluar la naturaleza de los mercados mayoristas que existen en Nueva York, Nueva Inglaterra y la Interconexión PJM, nos parece instructivo leer en el Hogan Report que, debido al problema de "la falta de dinero":

> Ha sido preciso establecer mecanismos alternativos a los mercados al contado mayoristas para incentivar las inversiones a largo plazo con objeto de satisfacer la demanda prevista. En algunas regiones, como Ontario, los encargados de adoptar decisiones a nivel central utilizan contratos de energía adquirida para financiar nuevas inversiones. En los Estados Unidos, muchos mercados organizados han optado por una vía similar, desarrollando mercados de capacidad paralelos y exigiendo a los

---

[599] Independent Power Producers Society of Alberta, Alberta's Power Market (El mercado energético de Alberta), Japón - Prueba documental 208.

[600] The New York Independent System Operator: A Ten-Year Review, Analysis Group, 12 de abril de 2010 ("New York Independent System Operator" (Administración Independiente del Sistema de Nueva York)), Japón - Prueba documental 209, página 3.

[601] ISO New England, 2010 Annual Markets Report, 3 de junio de 2011 ("New England 2010 Annual Markets Report" (Informe anual sobre los mercados de Nueva Inglaterra, 2010)), Japón - Prueba documental 210, páginas 4-6 y 56-64.

[602] Monitoring Analytics, 2010 State of the Market Report for PJM, 10 de marzo de 2011 ("2010 State of the Market Report for the PJM Interconnection" (Informe de 2010 sobre la situación del mercado para la Interconexión PJM)), Japón - Prueba documental 211, páginas 30-32.

> abonados que paguen cargas de capacidad adicionales por su participación en los niveles de capacidad requeridos, a fin de satisfacer las prescripciones en materia de idoneidad de los recursos y proporcionar la compensación adicional a los productores.[603]

7.305 El Hogan Report identifica a Nueva York, Nueva Inglaterra y la Interconexión PJM como ejemplos de regiones que "operan mercados de capacidad para complementar los ingresos por electricidad y servicios auxiliares en los mercados al contado".[604] En otras palabras, los precios en los mercados mayoristas de entrega inmediata de Nueva York, Nueva Inglaterra y la Interconexión PJM no son las únicas fuentes de ingresos de los productores que suministran electricidad a sus respectivos sistemas. En esos sistemas, los productores también reciben pagos por "capacidad". Así pues, de manera similar a la experiencia de apertura del mercado de Ontario en 2002, el hecho de que los productores de Nueva York, Nueva Inglaterra y la Interconexión PJM operen sobre la base de no sólo los ingresos obtenidos del mercado de electricidad al contado mayorista pone de manifiesto las dificultades que los mercados mayoristas competitivos tienen para atraer, *por sí solos*, inversiones suficientes en capacidad de producción necesaria para garantizar un sistema fiable de suministro de electricidad.

7.306 Por lo que respecta a la referencia de los reclamantes a la Provincia de Alberta, tomamos nota de que el ECSTF observó que un enfoque "basado en el mercado" "ha tenido algún éxito en Alberta". Sin embargo, a la luz de, entre otras cosas, las condiciones de la oferta y la demanda que se preveía existirían en Ontario entre 2003 y 2020[605], el ECSTF concluyó que aplicar el mismo enfoque en Ontario conllevaba riesgos que "eran simplemente excesivos".[606] Como ya se ha indicado, el ECSTF constató que "habida cuenta de todo ello, ... recurrir únicamente a señales del mercado es simplemente un enfoque demasiado peligroso, dadas las posibles consecuencias que tendría el no conseguir pronto las inversiones necesarias en nueva oferta y conservación"[607], y recomendó que "se recurriera menos al mercado al contado como señal para nuevas inversiones".[608]

7.307 Aunque el ECSTF no identificó expresamente las diferencias concretas entre Alberta y Ontario que lo llevaron a sacar las conclusiones arriba expuestas, el contenido de su informe sugiere que dichas conclusiones, al menos en parte, tuvieron que estar relacionadas con las condiciones de la oferta y la demanda en las dos provincias. Por tanto, aunque no tenemos ante nosotros pruebas que pongan en entredicho la afirmación de que Alberta tiene un mercado mayorista de electricidad competitivo, tal vez sea mejor caracterizarlo como una de las excepciones a que se alude en el Hogan Report. Más importante, sin embargo, es el hecho de que el ECSTF, encargado de elaborar un plan para el futuro de la electricidad en Ontario hasta 2020 concluyera, en 2004, que no sería posible establecer un mercado mayorista competitivo que garantizara el mismo grado de éxito que el de Alberta.

---

[603] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 18.
[604] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, nota 21.
[605] El Grupo de Tareas sobre Conservación y Oferta de Electricidad fue establecido en junio de 2003, y se le encomendó "la elaboración de un plan de acción para satisfacer la necesidad de Ontario de disponer de un suministro de energía asequible, fiable y ambientalmente aceptable a lo largo del período conducente a 2020". 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 1.
[606] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 64.
[607] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página 4.
[608] 2004 Report of the ECSTF, Canadá - Prueba documental 59, página (iii).

Conclusiones concernientes al mercado mayorista de electricidad como núcleo pertinente del análisis del beneficio

7.308 Recordamos que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC ofrece orientación útil para determinar si una "contribución financiera" mediante la cual "un gobierno... compre bienes" otorga un beneficio a efectos de las alegaciones formuladas al amparo de la Parte III del Acuerdo SMC. Con arreglo a esa orientación, una manera en que puede constatarse que las medidas impugnadas otorgan un beneficio es demostrando que la remuneración obtenida por los productores TR que operaban sobre la base de tecnología eólica y solar FV en virtud del Programa TR es "superior a la adecuada" comparada con la remuneración que los mismos productores recibirían en el "mercado" de electricidad pertinente de Ontario, a la luz de las "condiciones reinantes en el mercado". A lo largo de estas actuaciones el principal argumento de los reclamantes ha sido que la referencia para la "remuneración adecuada" debe encontrarse en el mercado mayorista de electricidad supuestamente competitivo que existe en Ontario o en cuatro jurisdicciones extraprovinciales. No obstante, por las razones que hemos explicado antes, las pruebas que tenemos ante nosotros indican 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. Tenemos pocas dudas de que el HOEP es resultado de la operación de fuerzas de oferta y demanda que están afectadas de manera significativa por la intervención gubernamental, lo cual hace de él una referencia inadecuada para realizar el presente análisis del beneficio. A la luz de la norma concerniente al beneficio que hasta la fecha se ha aplicado en las diferencias en el marco de la OMC[609], constatamos que el HOEP y todos los derivados del HOEP a que han hecho referencia los reclamantes[610] no pueden servir como referencias adecuadas a efectos del análisis del beneficio.

7.309 Es importante señalar que los reclamantes no nos han convencido de la validez de la premisa subyacente en sus dos principales líneas argumentales relativas al beneficio, 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. Las pruebas que tenemos ante nosotros indican 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 solares FV y eólicas en la composición del suministro. En el contexto específico de Ontario, la experiencia de apertura del mercado de 2002 así lo pone de manifiesto. Aunque se estableció para operar como un mercado competitivo "clásico" en el que los productores venderían la electricidad a precios al contado iguales a los costos marginales, las condiciones de oferta y demanda existentes en aquellas fechas hicieron imposible que el mercado atrajera las inversiones en capacidad de producción necesarias para garantizar un sistema de suministro de electricidad fiable. Aparentemente, el Japón, al afirmar que "el que el Gobierno de Ontario promulgara la Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004, por la que se enmendó la Ley de electricidad de 1998, se debió a que la estructura de mercado establecida no incentivaba una

[609] Véase *supra*, párrafos 7.271-7.275.

[610] Concretamente, el promedio ponderado de la "tarifa mayorista" en 2010 para productores distintos de los productores TR y RESOP, y el precio minorista pagado por los consumidores con arreglo al Plan de precios regulados en 2010.

entrada suficiente de nuevos productores"[611], reconoce los límites de la experiencia del mercado competitivo en Ontario.

7.310 Los reclamantes han hecho referencia a ejemplos de lo que a su juicio son mercados mayoristas competitivos existentes fuera de Ontario. No obstante, como ya hemos explicado, las pruebas que tenemos ante nosotros sugieren que, debido, al menos parcialmente, a las condiciones específicas de la oferta y la demanda previstas en 2003 para Ontario hasta 2020, el ECSTF constató que la experiencia de Alberta no podía reproducirse en Ontario con el mismo éxito. Dado el volumen significativo de capacidad de producción (alrededor del 43%) que se prevé será necesario renovar, sustituir o añadir al sistema eléctrico de Ontario para 2030[612], y a la luz de las limitaciones intrínsecas de los mercados mayoristas de electricidad competitivos, los argumentos de los reclamantes relativos al beneficio no nos convencen de que las recomendaciones del ECSTF no sean igualmente válidas hoy en día. Por lo que respecta a los tres ejemplos de mercados mayoristas supuestamente competitivos en los Estados Unidos, del Hogan Report se desprende que de hecho esos mercados no proporcionan a los productores participantes *todos* los ingresos que necesitan para estar presentes en el mercado. Como explica el Profesor Hogan, los sistemas de electricidad de Nueva York, la Interconexión PJM y Nueva Inglaterra han desarrollado "mercados de capacidad paralelos y exigi[do] a los abonados que paguen cargas de capacidad adicionales por su participación en los niveles de capacidad requeridos, a fin de satisfacer las prescripciones en materia de idoneidad de los recursos y proporcionar la compensación adicional a los productores".[613] De ello se sigue que los mercados mayoristas de electricidad supuestamente competitivos de Nueva York, la Interconexión PJM y Nueva Inglaterra no representan ejemplos de mercados mayoristas competitivos que puedan, *por sí solos*, atraer inversiones en capacidad de producción suficientes para garantizar un sistema fiable de suministro de electricidad.

7.311 Observamos que todas las partes en el presente procedimiento convienen en que los productores TR que utilizan tecnologías solar FV y eólica no podrían realizar operaciones viables sobre la base de los precios de equilibrio que podrían conseguirse en un mercado mayorista de electricidad competitivo.[614] Sin embargo, el Canadá también ha sugerido que habría riesgos inaceptables en cuanto a la *fiabilidad* del sistema eléctrico de Ontario si se permitiera que las fuerzas competitivas de la oferta y la demanda establecieran la estructura de la composición del suministro de Ontario. Tendemos a compartir esa opinión. Dadas la complejidad técnica de los sistemas de electricidad y las limitaciones intrínsecas de los mercados mayoristas de electricidad competitivos, y recordando, en particular, la experiencia fallida de apertura del mercado en Ontario en 2002, así como las condiciones actuales y previstas de la oferta y la demanda en Ontario, no estamos persuadidos de que en Ontario podría garantizarse en la actualidad un suministro *fiable* de electricidad únicamente mediante la operación de un mercado mayorista de electricidad competitivo.

---

[611] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 25.

[612] El Plan energético a largo plazo de Ontario revela que 15.000 MW de los 35.000 MW de capacidad de generación existentes en Ontario tendrán que renovarse, sustituirse o complementarse para 2030. Esto se debe a que las instalaciones nucleares de Ontario estarán temporalmente cerradas para su mantenimiento entre 2010 y 2020, y porque a finales de 2014 se habrán eliminado las instalaciones de carbón. Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 34, donde se hace referencia al Plan energético a largo plazo de Ontario, Canadá - Prueba documental 6, páginas 10 y 23. Habida cuenta de ello, parece que la posibilidad de que se den las mismas condiciones restringidas de la oferta que existieron hace un decenio y que al menos en parte informaron las recomendaciones del ECSTF persiste hoy en día.

[613] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 18.

[614] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 3-7; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13; observaciones del Japón sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 1 y 42 del Grupo Especial (segunda serie); declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 18; y primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafos 27 y 39.

7.312 A nuestro juicio, la aplicación de una norma de mercado mayorista competitivo en las circunstancias propias de estas diferencias no sólo respondería de manera insuficiente a los considerables desafíos causados por las propiedades específicas de la electricidad que afrontan los sistemas de electricidad, sino que también pasaría por alto la situación concreta de Ontario. No tendría en cuenta, y esto es importante, las pruebas que indican que las condiciones de la oferta y la demanda que prevalecen en Ontario sugieren 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 de intervención gubernamental sobre lo que de otro modo constituirían resultados de mercado competitivo inaceptables. En esas circunstancias, y dada la importancia crucial de la electricidad para todos los aspectos de la vida moderna, no podemos aceptar que 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 hay competencia efectiva.[615]

7.313 En consecuencia, por todas las razones arriba expuestas, concluimos que:

a) el HOEP es un precio fijado mediante la interacción de fuerzas de oferta y demanda que en muchos aspectos cruciales están afectadas de manera significativa por la composición del suministro y los reglamentos y decisiones de política de precios del Gobierno de Ontario, y que por tanto el HOEP y todos los derivados relacionados con el HOEP que los reclamantes han presentado como referencias adecuadas a efectos del análisis del beneficio no pueden aceptarse;

b) los reclamantes no nos han convencido de que, de no existir el Programa TR, los productores acogidos a él se verían obligados a operar en un mercado mayorista de electricidad competitivo porque: i) los aspectos económicos de los mercados mayoristas de electricidad sugieren que éstos rara vez atraerán el nivel de inversión en capacidad de producción necesario para garantizar un sistema eléctrico fiable; y ii) la mayoría de las pruebas que tenemos ante nosotros indica que, por el momento, un mercado mayorista de electricidad competitivo no podría alcanzar ese resultado en Ontario; y

c) a la luz de las conclusiones expuestas en los apartados a) y b) *supra*, y dada la importancia crucial de la electricidad para todas las facetas de la vida moderna, constatamos que la cuestión de si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC no puede resolverse sobre la base de una referencia derivada de las condiciones para la compra de electricidad en un mercado mayorista de electricidad competitivo.

iv) Alternativas al mercado mayorista de electricidad como núcleo pertinente del análisis del beneficio

7.314 Tanto el Japón como la Unión Europea han presentado varias referencias alternativas al mercado mayorista de electricidad competitivo que a su juicio pueden utilizarse para demostrar que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

[615] Véase también, a esos efectos, el párrafo 7.320.

7.315 En primer lugar, tanto el Japón como la Unión Europea aducen que el HOEP, aunque no es el precio establecido en un mercado mayorista de electricidad competitivo, es pese a ello el *precio real* que los productores TR recibirían de no existir éste[616], y que por esa razón debe utilizarse como la referencia adecuada a efectos del análisis del beneficio. Aunque los reclamantes no han explicado con mucho detalle este argumento, entendemos que se basa en la hipótesis de que, de no existir los contratos TR y microTR, los proveedores no suscriptores de esos contratos que actualmente operan en Ontario seguirían operando de la misma manera, manteniendo así el HOEP a los niveles actuales. A nuestro entender, esto sólo podría suceder si los proveedores existentes siguieran recibiendo los precios (generalmente) superiores al HOEP que se han contratado con el OPA y la OEFC o han sido regulados por la OEB. En otras apalabras, en la hipótesis presentada por los reclamantes el Gobierno de Ontario seguiría desempeñando el papel de contratista y regulando los precios al por mayor de la electricidad.[617] Habida cuenta de ello, nos resulta difícil aceptar que la *única* opción, de no existir el Programa TR, para que un productor que utiliza tecnologías solar FV y eólica pueda entrar en el mercado sería aceptar el HOEP. Antes bien, como sugiere el Canadá, lo más probable es que esos nuevos participantes procedan a acordar un precio negociado con el Gobierno de Ontario.

7.316 La Unión Europea también aduce que una alternativa a una referencia hallada en el mercado mayorista de electricidad competitivo, o un elemento representativo de dicho mercado, serían los precios de las importaciones y exportaciones de electricidad en Ontario y a Ontario.[618] Respetuosamente, discrepamos. Como hemos explicado antes, no puede considerarse que esos precios, en la medida en que reflejan el HOEP o están "vinculados" a él, son precios en un mercado competitivo, por lo cual no pueden utilizarse a efectos de realizar el presente análisis del beneficio.

7.317 Según el Japón, otra forma de determinar si las medidas impugnadas otorgan un "beneficio" consistiría en comparar los precios de los contratos TR y microTR con los precios ofrecidos en el marco del Plan de precios regulados ("RPP"). Aunque pertenecen a un nivel comercial distinto que las referencias del mercado mayorista que ha propuesto, el Japón aduce que los precios del RPP pueden no obstante tomarse en cuenta como posibles referencias porque "ningún productor de electricidad de Ontario debería esperar recibir una tarifa superior al precio pagado por los consumidores minoristas por la parte correspondiente al producto básico de su factura".[619] El Japón afirma que los precios RPP representan el "límite máximo" de la cantidad que los consumidores de Ontario estarán dispuestos a pagar por la electricidad[620], afirmación esta que, sostiene el Japón, queda confirmada por las pruebas que ha presentado respecto de los precios fijados en dos contratos minoristas privados ofrecidos en una promoción reciente en Ontario.[621] En consecuencia, el Japón parece aducir que, como los precios contractuales (a nivel mayorista) ofrecidos en el marco del Programa TR son superiores a los precios del RPP pagados a nivel minorista, las medidas impugnadas necesariamente otorgan un beneficio. No podemos compartir la opinión del Japón. Como ya hemos explicado, los precios del RPP son precios regulados que están intrínsecamente vinculados al HOEP, que, según hemos constatado, no puede servir como referencia adecuada para determinar la existencia de "beneficio". A nuestro juicio, para que puedan ser utilizados a los efectos del argumento que el

[616] Aparentemente, la Unión Europea formula ese argumento caracterizando el HOEP como el precio que se forma en el mercado mayorista de electricidad "nominal". Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 88.

[617] Una hipótesis en la que el Gobierno de Ontario no está en absoluto presente implicaría la existencia de un mercado mayorista competitivo, que ya hemos rechazado como centro adecuado del análisis del beneficio.

[618] Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 95.

[619] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 223.

[620] Declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 19.

[621] Respuesta del Japón a la pregunta 28 del Grupo Especial (segunda serie), donde se hace referencia a ofertas hechas por "Canada Energy", sitio Web de Canada Energy ("Canada Energy"), Japón - Prueba documental 229; y "MyRate Energy", sitio Web de MyRate Energy ("MyRate Energy"), Japón - Prueba documental 230.

Japón está tratando de hacer valer, los precios a nivel minorista en que se basa el Japón tendrían que determinarse en un mercado competitivo. Por consiguiente, aun cuando aceptáramos que un precio de la electricidad *a nivel minorista* puede servir de referencia adecuada para determinar si los precios *a nivel mayorista* pagados a los productores TR otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1.1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, los precios a nivel minorista no podrían ser los fijados en el marco del RPP porque, al igual que el HOEP, el RPP está considerablemente influido por la combinación de suministro de energía y las decisiones y reglamentos en materia de política de precios del Gobierno de Ontario. Dadas esas consideraciones, no podemos aceptar el argumento del Japón de que los precios RPP pueden servir como referencias adecuadas para el análisis del beneficio.

7.318 Finalmente, tomamos nota de que a lo largo de estas actuaciones el Canadá ha aducido que el "mercado" pertinente a efectos del análisis del beneficio debe ser el mercado de electricidad producida por tecnologías solar FV y eólica, como reflejo del hecho de que lo que el Gobierno de Ontario compra en virtud del Programa TR es electricidad generada por fuentes renovables. Sin embargo, según los reclamantes, 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. Esto es así porque en Ontario no hay distintos mercados de electricidad basados en diferencias en las tecnologías de producción. En este punto concreto coincidimos con los reclamantes. Como tanto el Japón como la Unión Europea han argumentado convincentemente, 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.[622] Además, no se nos han presentado argumentos que sugieran que las propiedades físicas de la electricidad cambien en función de la forma en que se genera. No hay, por tanto, 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.[623]

7.319 Por consiguiente, constatamos que ninguna de las alternativas presentadas por los reclamantes (o por el Canadá) pueden utilizarse como referencias adecuadas con las que medir 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. En particular, hemos determinado que el HOEP no sería la única opción disponible para posibles productores que utilizaran tecnología solar FV y eólica si el Programa TR no existiera. Por tanto, el HOEP no puede utilizarse para establecer si los precios de los contratos TR y microTR otorgan un beneficio a los productores del Programa TR. Las otras dos alternativas presentadas por los reclamantes (precios de importación y exportación de la electricidad y precios del RPP) están ambas intrínsecamente conectadas con el HOEP, y en consecuencia con los reglamentos y decisiones de política de precios de la electricidad del Gobierno de Ontario. Así pues, tampoco puede recurrirse a esas alternativas para determinar si el Programa TR otorga un beneficio. Por último, hemos constatado que no hay pruebas que respalden la existencia en Ontario de un mercado mayorista separado para la electricidad generada únicamente por tecnologías solar FV y eólica. No hay, por tanto, un fundamento fáctico que respalde la afirmación del Canadá de que en estas diferencias la

[622] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 31; respuesta del Japón a la pregunta 53 (primera serie); segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 23; observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 41 del Grupo Especial (segunda serie); respuesta de la Unión Europea a la pregunta 64 del Grupo Especial (primera serie), segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 74; y declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 25.

[623] Como hemos rechazado las aseveraciones del Canadá concernientes al criterio adecuado para determinar la existencia de beneficio, no es necesario que evaluemos el fundamento de los argumentos subsidiarios presentados por la Unión Europea para demostrar que incluso con arreglo a la argumentación del Canadá los contratos TR y microTR equivalen a contribuciones financieras que otorgan un beneficio a los productores TR en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

existencia de beneficio podría haberse determinado comparando los precios de los contratos TR y microTR con los precios establecidos en ese mercado.

v) Conclusiones y observaciones finales sobre la existencia de beneficio

7.320 Hemos examinado minuciosamente los argumentos jurídicos y fácticos de las partes a la luz del criterio jurídico para determinar la existencia de beneficio que hasta la fecha se ha venido aplicando en los procedimientos de solución de diferencias en la OMC. A la luz de las circunstancias particulares de estas diferencias, hemos concluido que determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio sobre la base de una referencia derivada de un mercado mayorista de electricidad *competitivo* significaría que los contratos TR y microTR podrían caracterizarse jurídicamente como subvenciones por medio de una comparación con un criterio de mercado cuya existencia real no se ha demostrado y que no podría razonablemente aplicarse en Ontario -un criterio de mercado que los reclamantes no niegan que rara vez, o nunca, atraería inversiones en capacidad de generación suficientes para garantizar un sistema fiable de suministro de electricidad incluso fuera de Ontario-.[624] A nuestro juicio, ese resultado no reflejaría la realidad de los sistemas de electricidad modernos, que por su misma naturaleza tienen que obtener electricidad de una gama de distintas tecnologías de producción que desempeñan papeles diferentes y tienen distintos costos de producción y efectos ambientales. Como hemos destacado varias veces, sólo en circunstancias excepcionales podrá atraerse la capacidad de generación necesaria de todas esas tecnologías en un mercado mayorista que opere bajo condiciones de competencia efectiva. Así pues, el mercado mayorista de electricidad competitivo que constituye el centro de las principales comunicaciones de los reclamantes no puede ser el meollo adecuado del análisis del beneficio en estas diferencias. Además, por las razones que hemos esbozado más arriba, las alternativas al mercado mayorista de electricidad que se nos han presentado tampoco pueden utilizarse como referencias adecuadas para determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio. No hay, por tanto, fundamento alguno para aceptar los argumentos de los reclamantes relativos al beneficio.

7.321 Al llegar a esta conclusión señalamos que los reclamantes han pedido al Grupo Especial que no limite su análisis a un rechazo de las referencias propuestas por las partes, y lo han invitado a que "encuentre la referencia adecuada para formular una constatación sobre la existencia o ausencia de beneficio"[625] e "identifique la referencia adecuada para completar el análisis relativo al beneficio".[626] De hecho, según la Unión Europea, el Grupo Especial está obligado a hacerlo.[627] No compartimos la convicción de la Unión Europea. A nuestro juicio, ninguna disposición de las normas de la OMC nos *obliga* a examinar el fundamento de las alegaciones sobre subvenciones prohibidas formuladas por los reclamantes basándonos en argumentos que no han presentado ellos mismos. No estamos convencidos de que los pasajes del informe del Órgano de Apelación sobre *Japón - DRAM* y del informe del Grupo Especial que se encargó del asunto *Canadá - Aeronaves* a los que se ha referido la

[624] Observamos a ese respecto que las descripciones generales que los reclamantes han hecho de sus propios sistemas de electricidad confirman que distintos grados de intervención gubernamental en los resultados de mercado son también una característica de los mercados mayoristas de electricidad en el Japón y la Unión Europea. Por ejemplo, la Unión Europea explica que "algunos Estados miembros de la UE han adoptado medidas para seguir utilizando energía nuclear, mientras que otros prefieren no recurrir a esa fuente de energía específica (o eliminarla gradualmente). Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 27 del Grupo Especial (segunda serie). De manera análoga, el Japón afirma que "sólo los GEU pueden suministrar electricidad a usuarios de pequeña escala, y tienen que hacerlo a tarifas reguladas por el Gobierno ... Las tarifas mayoristas para las ventas de electricidad a los GEU pueden estas sujetas a reglamentación gubernamental". Respuesta del Japón a la pregunta 27 del Grupo Especial (segunda serie).

[625] Declaración final de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 19.

[626] Declaración oral final del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7.

[627] Declaración final de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 19

Unión Europea[628] respalden la tesis de que la mayoría del Grupo Especial en estas diferencias no puede limitar su análisis a un rechazo de los argumentos relativos al beneficio formulados por los reclamantes. Además, recordamos que en la práctica de la solución de diferencias de la OMC se ha reconocido sistemáticamente que corresponde a la parte reclamante establecer la infracción de los acuerdos abarcados alegada presentando al menos una acreditación *prima facie* de infracción sobre la base de argumentos jurídicos y fácticos pertinentes.[629] Por tanto, si bien un grupo especial tiene el deber de considerar y examinar esos argumentos y hacer constataciones objetivas basándose en ellos, no está facultado para hacer una acreditación *prima facie* por la parte a la que corresponde la carga de hacerla.[630] Teniendo presentes estos principios, y a la luz de las explícitas solicitudes de los reclamantes de que el Grupo Especial explique su propia posición con respecto al beneficio en caso de que rechace la considerable y diversa serie de comunicaciones que ellos mismos han presentado sobre la cuestión, en los cuatro párrafos siguientes exponemos nuestras propias *observaciones* sobre un enfoque de la cuestión del beneficio que creemos se podría haber seguido válidamente en estas diferencias.

7.322 Como hemos constatado que la existencia misma de un suministro de electricidad eficiente en Ontario requiere actualmente una intervención global del gobierno en el mercado mayorista de electricidad, una manera que a nuestro entender permite evaluar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio, manteniendo al mismo tiempo una disciplina basada en el mercado, consiste en la evaluación de la naturaleza comercial de los contratos TR y microTR en comparación con las acciones de compradores privados de electricidad en un mercado mayorista en el que las condiciones de la oferta y la demanda reflejan las que actualmente concurren en Ontario. Con ese fin nos parece importante recordar que: i) el Gobierno de Ontario ha decidido eliminar las centrales eléctricas de carbón para fines de 2014; ii) que debido a ello, y debido al mantenimiento previsto de las instalaciones nucleares de Ontario entre ahora y 2020, aproximadamente un 43% de la capacidad de producción de Ontario tendrá que ser renovada, sustituida o añadida al sistema eléctrico de Ontario para 2030[631]; y iii) que el Gobierno de Ontario ha decidido que al menos parte de la capacidad de producción adicional necesaria para hacer frente a necesidades futuras hasta 2030 debe proceder de fuentes de energía renovables, incluso de proyectos de pequeña y gran escala que utilizan tecnologías solar FV y eólica.[632] Así pues, 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

[628] En particular, la Unión Europea hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM*, párrafo 174; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 9.312.

[629] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 282; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 15.

[630] Véase, por ejemplo, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 129.

[631] Véase *supra*, párrafo 7.310.

[632] En particular, como ya hemos indicado, el Plan energético a largo plazo de Ontario prevé que la electricidad generada por proyectos que utilizan tecnologías eólica y solar FV (incluidos los proyectos de pequeña escala) represente un 11,5% de la capacidad de producción de Ontario en 2030. Ontario's Long-Term Energy Plan, Canadá - Prueba documental 6, páginas 18 y 28. Aunque el OPA ha observado que los proyectos de pequeña escala no producirán economías de escala, también reconoce que esos proyectos pueden "reducir los costos del sistema al reducir las pérdidas por transmisión". Además, como "cabe considerar que [los proyectos de pequeña escala] reducen la demanda marginal cuando están funcionando", también puede "acreditárseles una reducción de las pérdidas marginales". RESOP, Canadá - Prueba documental 55, página 20. Los proyectos de energía solar FV y eólica de pequeña escala son también algunas de las tecnologías que se consideran adecuadas para la producción local y dispersa de energía. Véase Best Practice Guide: Integrated Resource Planning for Electricity, Canadá - Prueba documental 45, página 14.

definidos por el Gobierno de Ontario.[633] En el presente conjunto de circunstancias, esto podría hacerse comparando los términos y condiciones de los contratos TR y microTR impugnados con 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. Ese enfoque nos parece atractivo porque no sólo tiene en cuenta la complejidad de los mercados de electricidad y las condiciones particulares de la oferta y la demanda que actualmente existen en Ontario, sino también porque evalúa las medidas del Gobierno de Ontario comparándolas con una referencia comercial.

7.323 A nuestro juicio, cualquier distribuidor racional al que se ha encomendado que compre un volumen de electricidad que no es insignificante a productores (incluidas las instalaciones de pequeña escala) que utilizan tecnología solar FV y eólica trataría, actuando sobre la base de consideraciones comerciales, de negociar un contrato de suministro con términos y condiciones que en última instancia le permitieran maximizar u optimizar la rentabilidad global de sus actividades comerciales (es decir, comprar y vender electricidad). En general, esto significa que un distribuidor tratará de suscribir un contrato de suministro con el productor de electricidad cuyos costos netos globales sean más bajos. Con arreglo a este simple criterio[634], opinamos que un enfoque para determinar si las medidas impugnadas otorgan un beneficio consistiría en comparar 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. A nuestro juicio, esa comparación permitiría determinar inmediata y claramente si los productores TR están recibiendo una compensación excesiva, y en consecuencia están subvencionados en el sentido del Acuerdo SMC.

7.324 La tasa de rentabilidad de un proyecto en particular que conlleva inversiones de capital determina la medida en que ese proyecto obtiene un beneficio (o incurre en una pérdida). En otras palabras, la tasa de rentabilidad representa la proporción de dinero obtenido en un proyecto específico en relación con el capital realmente invertido. Normalmente, una tasa de rentabilidad que sea al menos igual al costo de oportunidad del capital en una economía dada para un proyecto con un perfil de riesgo comparable sugerirá que una inversión representa un uso eficiente del capital. Por otro lado, cuando la tasa de rentabilidad asociada a un proyecto en particular está por debajo del costo de oportunidad del capital, no tendría sentido invertir en ese proyecto, porque los fondos en cuestión podían utilizarse más eficientemente invirtiéndolos en otros sectores de la economía. De ello se sigue que un productor de electricidad en Ontario que utilice tecnologías solar FV y eólica sólo estará dispuesto a suscribir un contrato de suministro de electricidad con un distribuidor si los términos y condiciones de ese contrato le permiten obtener una tasa de rentabilidad de las inversiones requeridas

[633] Los gobiernos intervienen habitualmente en los mercados por diversas razones, entre ellas para evitar resultados que se consideran socialmente inaceptables, o para hacer frente a distintos fallos del mercado. Por ejemplo, los gobiernos pueden decidir limitar la disponibilidad de determinados productos debido a preocupaciones relacionadas con la salud de las personas y el medio ambiente, o, como ha hecho el Gobierno de Ontario, optar por poner fin a la utilización de una tecnología de producción en particular (generación de electricidad basada en carbón) por las mismas razones. Esos tipos de actuaciones tienen por objeto internalizar los costos sociales (en el caso de las externalidades negativas) y los beneficios sociales (en el caso de las externalidades positivas) de determinadas medidas en las decisiones sobre producción y consumo de los agentes económicos. No obstante, cuando esa intervención gubernamental se limita a definir los parámetros generales de un mercado, quedará un margen significativo para que los agentes privados operen en el marco de esos parámetros sobre la base de consideraciones comerciales.

[634] Reconocemos que las consideraciones que configuran las compras de electricidad por un distribuidor con arreglo a instrucciones definidas del gobierno sin duda afectarían a diversas otras cuestiones. No obstante, a nuestro juicio, el principio orientador global sería el de la minimización de los costos con miras a maximizar u optimizar la rentabilidad.

que sea al menos igual al costo de oportunidad del capital para proyectos comparables en el Canadá (es decir, el costo medio del capital en el Canadá). En cuanto requisito mínimo que tendría que satisfacerse para que ese productor suscribiera un contrato de suministro, es evidente que el costo para el distribuidor de la suscripción de un contrato que proporcione esa tasa de rentabilidad deseada deberá también representar como resultado el costo más bajo para el distribuidor. Así pues, un distribuidor al que se ha ordenado que compre electricidad generada por productores (incluidas instalaciones de pequeña escala) que operen en Ontario sobre la base de tecnologías solar FV y eólica, actuando con arreglo a consideraciones comerciales, tratará de asegurarse de que los términos y condiciones que acepta en virtud del contrato de suministro tengan como resultado una tasa de rentabilidad para el productor que esté dentro de un margen aceptable por encima o por debajo del costo medio del capital para proyectos con un perfil de riesgo comparable en el Canadá. Es, por tanto, posible determinar a esa luz si las compras de electricidad efectuadas por el Gobierno de Ontario en virtud del Programa TR otorgan un beneficio examinando si las tasas de rentabilidad asociadas a los contratos TR y microTR son significativamente superiores al costo medio en el Canadá del capital para proyectos con un perfil de riesgo comparable. De ser así, cabría concluir que el Gobierno de Ontario estaría compensando excesivamente a los productores acogidos al Programa TR en relación con lo que éstos podrían esperar obtener de contratos de suministro con distribuidores privados que actuaran en virtud de una instrucción gubernamental de comprar electricidad a centrales de energía solar FV y eólica (incluidas instalaciones de pequeña escala) sobre la base de consideraciones comerciales, otorgando así un beneficio a esos productores en el sentido del Acuerdo SMC.

7.325 El Canadá ha comunicado que la tasa de rentabilidad de los contratos TR utilizados para elaborar la lista de precios para tales contratos se fijó en 2009 "aproximadamente en el 11%".[635] Las pruebas revelan que este porcentaje representa una tasa de rentabilidad *después de deducidos los impuestos*, lo que implica que la tasa de rentabilidad antes de deducidos los impuestos sería más elevada.[636] El Canadá no ha explicado por qué la tasa de rentabilidad del 11% después de deducidos los impuestos se escogió como objetivo adecuado para los precios establecidos en el marco del Programa TR. Además, el método exacto que se utilizó en el modelo de flujo de caja actualizado aplicado para establecer los precios para el Programa sobre la base de una tasa de rentabilidad del 11% no está del todo claro. No disponemos, por ejemplo, de información sobre la medida en que el modelo de flujo de caja actualizado tiene en cuenta la prima pagada a proyectos con participación aborigen y comunitaria o los posibles ingresos que podría obtener el Gobierno de Ontario mediante la asignación de atributos ambientales o la venta de productos conexos contractuales futuros.[637] Además, la Unión Europea cuestiona la validez de la tasa de rentabilidad del 11%, aduciendo que subestima las tasas de rentabilidad efectivas que podían obtener los productores TR más eficientes sobre la base de los precios de los contratos TR.[638]

[635] Respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial 26 (primera serie) y 12 (segunda serie).

[636] Proposed FIT Price Schedule Presentation, Canadá - Prueba documental 46, diapositivas 28 y 30. En esta última diapositiva se pone de manifiesto que el tipo efectivo del impuesto sobre la renta utilizado en los cálculos del OPA fue el 30,5%.

[637] En la presentación del proyecto de lista de precios TR, Canadá - Prueba documental 46, figura una exposición general del modelo de flujo de caja actualizado que se empleó para establecer la lista de precios TR. Esa exposición revela que "no se asignó ningún crédito por ingresos del programa ecoENERGY". Sin embargo, no se indica si la prima pagada a proyectos con participación aborigen y comunitaria o los posibles ingresos de la asignación de atributos ambientales o productos conexos contractuales futuros se tiene o no en cuenta.

[638] Véase, por ejemplo, declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 26; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 34 del Grupo Especial (segunda serie); observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 12 del Grupo Especial (segunda serie).

7.326 Pasando a examinar las pruebas que tenemos ante nosotros con respecto al costo medio en el Canadá del capital para proyectos con un perfil de riesgo comparable al de los proyectos TR de energía solar FV y eólica, observamos que la OEB fijó el objetivo de tasa de rentabilidad del capital para las empresas de servicios públicos reguladas de Ontario en 2009 en el 9,75%.[639] Sin embargo, esta tasa fue calculada sobre la base de la prima media por riesgo de capital de 550 puntos básicos correspondiente a las empresas de servicios públicos de electricidad *y gas* reguladas de Ontario. En consecuencia, la cifra de 550 puntos básicos no es específica de las empresas de servicios públicos productoras de electricidad de Ontario. A este respecto, observamos que los datos utilizados por la OEB para llegar a la prima por riesgo de capital revela que la prima por riesgo de capital correspondiente sólo a los proyectos de servicios públicos de electricidad podría ser de hasta 871 puntos básicos[640], lo que da a entender que la tasa de rentabilidad para los servicios públicos de electricidad podría ser de hasta el 12,96%.[641] También es importante recordar que los servicios públicos de electricidad de Ontario operan instalaciones nucleares e hidroeléctricas. Habida cuenta de las importantes diferencias técnicas entre estos últimos tipos de operaciones, que, conviene recordar, también se establecieron hace tiempo y están controladas por el gobierno, y los proyectos de energía solar FV y eólica que operan en el marco del Programa TR, no creemos que sea adecuado aceptar que la prima de riesgo asociada a los activos de electricidad regulados de Ontario se podría comparar automáticamente con la tasa de rentabilidad asociada a los proyectos de energía solar FV y eólica acogidos al Programa TR. En consecuencia, parece que el expediente de estas diferencias no contiene información adecuada alguna que pueda utilizarse 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 proyectos TR y microTR de energía solar FV y eólica impugnados.

7.327 Por consiguiente, aunque consideramos que una comparación de las tasas de rentabilidad pertinentes de los contratos TR y microTR impugnados con el costo medio del capital pertinente en el Canadá sería una forma útil de determinar, sobre la base de la norma del beneficio que hemos esbozado antes, si las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, para poder llevar a cabo un análisis de ese tipo sería necesario estudiar y resolver varios asuntos y cuestiones fácticas importantes.

4. Conclusión global por lo que respecta a las alegaciones de existencia de subvención

7.328 A la luz de nuestra evaluación del fundamento de los argumentos de las partes y de las constataciones que hemos hecho en las secciones VII.C.1 a 3 de estos informes, concluimos que:

i) el Programa TR y los contratos TR y microTR equivalen a compras de bienes por el gobierno en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC; y que

ii) el Japón y la Unión Europea no han logrado establecer que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

---

[639] OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities, Canadá - Prueba documental 64, página 37.

[640] OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities, Canadá - Prueba documental 64, páginas 38 y 40.

[641] La tasa de rentabilidad del 9,75% fue fijada por la OEB sobre la base del rendimiento del bono del Gobierno canadiense a largo plazo previsto (4,25%) más la prima por riesgo de capital (550 puntos básicos). La cifra del 12,96% puede calcularse sumando el rendimiento del bono del Gobierno canadiense a largo plazo previsto del 4,25% a la prima por riesgo de capital de 871 puntos básicos determinada por uno de los consultores de la OEB. OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities, Canadá - Prueba documental 64, páginas 37 y 40.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 Como se indica en la portada de estos informes, nuestras conclusiones y recomendaciones se exponen por separado con respecto a cada diferencia en las secciones siguientes.

A. RECLAMACIÓN DEL JAPÓN (DS412)

1. Conclusiones

8.2 A la luz de las constataciones expuestas en las secciones anteriores del presente informe, concluimos que el Japón ha establecido que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" prescrito en el Programa TR, y aplicado mediante los contratos TR y microTR individuales celebrados desde la creación del Programa TR, hace que el Canadá incumpla 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 1994.

8.3 Por otro lado, a la luz de las constataciones expuestas en las secciones anteriores del presente informe, concluimos que el Japón no ha 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, constituyan subvenciones, o prevean el otorgamiento de subvenciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y en consecuencia que el Canadá haya actuado de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

2. Recomendaciones

8.4 Conforme al párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo de ventajas dimanantes de dicho acuerdo. 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.

8.5 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.

B. RECLAMACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA (DS426)

1. Conclusiones

8.6 A la luz de las constataciones expuestas en las secciones anteriores del presente informe, concluimos que la Unión Europea ha establecido que el "nivel mínimo obligatorio de contenido nacional" prescrito en el Programa TR, y aplicado mediante los contratos TR y microTR individuales celebrados desde la creación del Programa TR, hace que el Canadá incumpla 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 1994.

8.7 Por otro lado, a la luz de las constataciones expuestas en las secciones anteriores del presente informe, concluimos que la Unión Europea no ha 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, constituyan subvenciones, o prevean el otorgamiento de subvenciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y en consecuencia que el Canadá haya actuado de manera incompatible con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

2. Recomendaciones

8.8 Conforme al párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo de ventajas dimanantes de dicho acuerdo. 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 la Unión Europea.

8.9 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.

IX. OPINIÓN DISIDENTE DE UN MIEMBRO DEL GRUPO ESPECIAL CON RESPECTO A SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS OTORGAN UN BENEFICIO EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

A. INTRODUCCIÓN

9.1 La mayoría del Grupo Especial ha realizado una extensa y minuciosa evaluación de los argumentos de las partes concernientes a la cuestión de si las medidas impugnadas otorgan un beneficio, y ha llegado finalmente a la conclusión de que los reclamantes no han logrado establecer la existencia de subvención.[642] Aunque estoy de acuerdo con partes del análisis del beneficio realizado por la mayoría del Grupo Especial, discrepo respetuosamente de ciertos aspectos cruciales de su razonamiento y de sus constataciones definitivas. En lo fundamental, la mayoría del Grupo Especial ha constatado que el hecho de garantizar un suministro fiable de electricidad que permita alcanzar determinados objetivos buscados por el Gobierno de Ontario justifica el rechazo del mercado mayorista de electricidad competitivo como meollo pertinente del análisis del beneficio. La mayoría del Grupo Especial también ha sugerido que, dadas esas circunstancias, la existencia de beneficio podría determinarse centrándose en la tasa de rentabilidad asociada a los contratos TR y microTR y comparándola con el costo medio del capital en el Canadá.

9.2 Discrepo respetuosamente de esas constataciones y de la prueba del beneficio alternativa. El mercado mayorista de electricidad que actualmente existe en Ontario puede describirse como un mercado para la compra y la venta de electricidad. Es indudable que el suministro de electricidad, su precio y la competencia entre los productores de electricidad -en particular la entrada en el mercado- están sumamente regulados y condicionados en el mercado por el Gobierno de Ontario. Por tanto, el mercado mayorista de electricidad que actualmente existe en Ontario no es un tipo de mercado en el que el precio es determinado por las fuerzas irrestrictas de la oferta y la demanda. La repercusión de la reglamentación en el mercado no es simplemente la de una reglamentación marco dentro de la cual esas fuerzas pueden operar. El Gobierno de Ontario (a través de Hydro One) y los gobiernos municipales (a través de las empresas de distribución local) efectúan prácticamente todas las compras de electricidad a nivel mayorista. Esas entidades compran el mismo producto, en este caso la electricidad, a precios distintos en función de su método de producción o de su estatus dentro de la política del Gobierno de Ontario en materia de suministro de electricidad, incluido el Programa TR. Dadas esas circunstancias, los reclamantes han expresado su preocupación por que se esté otorgando una ventaja a los participantes en el mercado que están obteniendo los precios más altos por la electricidad que producen, a saber, los productores que utilizan tecnologías solar FV y eólica que operan en el marco del Programa TR. Incumbe al Grupo Especial analizar esa preocupación de conformidad con las disciplinas del Acuerdo SMC.

9.3 La cuestión pertinente que un grupo especial en un asunto como éste debe abordar es si se está otorgando un beneficio al receptor de la contribución financiera. El mercado mayorista de electricidad de Ontario no permite descubrir un único precio de equilibrio de mercado establecido en virtud de las fuerzas irrestrictas de la oferta y la demanda. En ese mercado, el Gobierno de Ontario y los gobiernos municipales son los principales compradores de los bienes de que se trata. En esas circunstancias, el Grupo Especial debe examinar si hay algún marco de referencia adecuado para determinar si la provisión de esa contribución financiera conlleva el otorgamiento de un beneficio. A mi juicio, el mercado mayorista de electricidad competitivo que *podría* existir en Ontario es el meollo adecuado del análisis del beneficio. Además, en mi opinión, cabe considerar que facilitar la entrada de determinadas tecnologías en un mercado que ya existe -como ocurre- por medio de una contribución financiera otorga por sí mismo un beneficio. Teniendo en cuenta esas consideraciones, de los argumentos y pruebas presentados por las partes, así como de las propias declaraciones del

[642] Véase *supra*, sección VII.C.3.

Canadá, se sigue que las medidas impugnadas otorgan un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

B. EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD COMPETITIVO ES EL MEOLLO PERTINENTE DEL ANÁLISIS DEL BENEFICIO

9.4 Como ha explicado la mayoría del Grupo Especial, una contribución financiera otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC cuando otorga una ventaja a su receptor. Está bien establecido que la existencia de tal ventaja debe determinarse comparando la posición del receptor con y sin la contribución financiera, y que "el mercado proporciona una base de comparación apropiada [a esos efectos]".[643] Habiéndose constatado que las medidas impugnadas equivalen a "contribuciones financieras" en forma de "compras de bienes por el gobierno", se sigue que el "mercado" pertinente tiene que ser el mercado competitivo en el que se compra electricidad al mismo nivel comercial que las compras del gobierno impugnadas en estas diferencias, a saber, el nivel comercial mayorista.

9.5 La mayoría del Grupo Especial ha concluido que el mercado mayorista de electricidad que actualmente opera en Ontario no puede utilizarse a efectos de realizar el análisis del beneficio. Ha constatado, además, que el mercado mayorista de electricidad competitivo que en teoría podría existir en Ontario tampoco podría utilizarse como base para el análisis del beneficio porque, a la luz de las condiciones de demanda y oferta que prevalecen, ese mercado no podría atraer la capacidad de producción necesaria para garantizar un suministro fiable de electricidad para la población de Ontario.[644] Sin embargo, a mi entender, el hecho de que un mercado competitivo podría no existir a falta de intervención gubernamental, o no podría alcanzar todos los objetivos que un gobierno desearía que alcanzara, no significa que no pueda utilizarse a efectos de realizar un análisis del beneficio. En efecto, el que los gobiernos decidan influir en los resultados de mercado, convirtiéndose, por ejemplo, en participantes en el mercado, sometiendo a reglamentos a los participantes en el mercado o proporcionándoles incentivos (o creando desincentivos) para que se comporten en una forma en particular, se debe a que los mercados competitivos a menudo no funcionan tal como los gobiernos quisieran. Un gobierno puede también optar por intervenir en los resultados de un mercado competitivo otorgando subvenciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Siempre que las subvenciones no estén prohibidas por el artículo 3 del Acuerdo SMC, un gobierno tendrá derecho a mantener esas medidas, a reserva de las medidas correctivas a que puedan recurrir otros Miembros de la OMC al amparo de las Partes III y V del Acuerdo SMC cuando se demuestra la existencia de "efectos desfavorables" o de "daño importante".

9.6 La mayoría del Grupo Especial ha llegado a varias conclusiones en cuanto a las deficiencias de los mercados mayoristas de electricidad competitivos y la incapacidad del mercado para alcanzar los objetivos legítimos del Gobierno de Ontario para su sistema eléctrico. No obstante, el hecho de que un mercado no funcione perfectamente o no satisfaga los objetivos que un gobierno pueda tener en cuanto a los bienes o servicios que se comercializan en él no excluye las contribuciones financieras que tienen lugar en el mercado del análisis del beneficio requerido por el Acuerdo SMC. A ese respecto es importante recordar que el Órgano de Apelación ha identificado reiteradamente el "mercado", independientemente de sus características o imperfecciones particulares, como el meollo pertinente de un análisis del beneficio:

> Las condiciones de una transacción financiera deben evaluarse con referencia a las condiciones que habrían resultado de un intercambio libre de trabas realizado en el mercado pertinente. El mercado pertinente puede estar más o menos desarrollado;

---

[643] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157.
[644] Véase *supra*, párrafo 7.312.

> puede estar formado por muchos o por pocos participantes. ... En algunos casos el mercado puede ser más rudimentario. En otros casos puede ser difícil determinar el mercado pertinente y sus resultados. Pero tales limitaciones para obtener información no alteran el marco básico a partir del cual debe realizarse el análisis. ... No hay más que un criterio -el criterio del mercado ... ...[645]

9.7 Basándome en las consideraciones arriba expuestas, procederé ahora a examinar los fundamentos de las dos líneas argumentales presentadas por los reclamantes en apoyo de sus alegaciones de existencia de subvención.

C. LA CUESTIÓN DE SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS PROPORCIONAN UNA "REMUNERACIÓN SUPERIOR A LA ADECUADA" EN EL SENTIDO DEL APARTADO D) DEL ARTÍCULO 14 DEL ACUERDO SMC

9.8 La primera línea argumental relativa al beneficio presentada por los reclamantes se basa en el enfoque descrito en las directrices para calcular la cuantía de una subvención en función del beneficio que figuran en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Anteriores diferencias, aunque trataban de orientar las determinaciones del beneficio a efectos de las investigaciones en materia de derechos compensatorios, nos dicen que el enfoque adoptado por los reclamantes puede representar una forma de demostrar la existencia de beneficio en las presentes actuaciones.[646] A esos efectos, los reclamantes han presentado una serie de distintos precios de la electricidad, que según afirman representan el precio que un distribuidor o comerciante tendría que pagar por la electricidad en el actual mercado mayorista de electricidad de Ontario, o son un elemento representativo de ese precio. Como observan los reclamantes, cada uno de los precios de referencia propuestos es inferior a los precios obtenidos por los proyectos solar FV y eólico en el marco del Programa TR.

9.9 Antes de evaluar los fundamentos de los argumentos de los reclamantes es importante recordar que las directrices establecidas en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC estipulan que la cuantía del beneficio puede calcularse identificando la medida en que se ha pagado "una remuneración superior a la adecuada" por un producto comprado "en relación con las condiciones reinantes en el mercado" en el *país* de compra. En estas diferencias, los reclamantes no han presentado referencias de precio específicas de un *país*, sino referencias basadas en precios establecidos en mercados intranacionales regionales que operan en el Canadá y también en los Estados Unidos. Aparentemente, los reclamantes lo han hecho porque en el Canadá no hay un mercado mayorista de electricidad de ámbito nacional. En otras palabras, las "condiciones reinantes en el mercado" en el país de compra (Canadá) son tales que no existen mercados de electricidad a nivel de todo el país. A mi juicio, el apartado d) del artículo 14 no sugiere que las condiciones reinantes en el mercado sólo pueden ser las de un mercado nacional. Las condiciones del mercado en un mercado regional son, y esto es importante, condiciones del mercado "en el país de compra". Habida cuenta de ello, el enfoque aplicado por los reclamantes no es incompatible con las directrices estipuladas en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC.

9.10 Por lo que respecta al contenido de las afirmaciones de los reclamantes relativas al beneficio, cabe señalar que el carácter competitivo del mercado mayorista de electricidad administrado por la IESO en Ontario ha sido minuciosamente examinado por la mayoría del Grupo Especial, que ha constatado que el nivel de equilibrio del HOEP que se fija en ese mercado está directamente relacionado con la política de fijación de precios de la electricidad y las decisiones en materia de composición del suministro del Gobierno de Ontario.[647] Coincido con esa constatación.

---

[645] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 172.
[646] Véase *supra*, párrafos 7.271-7.275.
[647] Véase *supra*, párrafos 7.298 y 7.300.

La intervención del Gobierno de Ontario en la fijación de los precios en el mercado mayorista administrado por la IESO comprende una participación no sólo como comprador de electricidad, sino también como productor, transmisor, distribuidor y agente que determina el precio (tanto para los productores como para los consumidores). Como consecuencia de ello, 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. Por esa razón, el HOEP y todos los derivados conexos presentados por los reclamantes no pueden utilizarse como referencias de mercado adecuadas a efectos de realizar un análisis del beneficio con arreglo a lo dispuesto en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC.[648] No representan un precio establecido en un mercado mayorista de electricidad competitivo en Ontario.

9.11 Los reclamantes presentan también los precios de la electricidad pagados en cuatro mercados mayoristas de electricidad supuestamente competitivos de fuera de Ontario como elementos representativos del precio en el mercado mayorista de electricidad en Ontario, y aducen que esos precios demuestran que las medidas impugnadas otorgan un beneficio. Se trata de precios en Alberta (Canadá) -"la referencia de Alberta"-, y precios en Nueva York, Nueva Inglaterra, y la Interconexión PJM -las "referencias estadounidenses"-.[649]

9.12 En *Estados Unidos - Madera blanda IV*, el Órgano de Apelación constató que cuando los precios privados de un bien en particular establecidos por un gobierno "están distorsionados debido al papel preponderante del gobierno en el suministro de esos bienes", el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC permite a las autoridades investigadoras utilizar el precio de los mismos bienes, o de bienes similares, en un mercado de fuera del país de que se trate como referencia para realizar un análisis del beneficio.[650] Sin embargo, el Órgano de Apelación advirtió que cuando "cuando una autoridad investigadora procede de este modo está obligada a 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". Además, las autoridades investigadoras deben tener presente que:

> [C]abe esperar que los precios del mercado de un Miembro de la OMC reflejen las condiciones reinantes en el mercado de ese Miembro; es improbable que reflejen las condiciones reinantes en otro Miembro. Por lo tanto, no puede presumirse que las condiciones reinantes en el mercado de un Miembro, como por ejemplo los Estados Unidos, guarden relación o conexión con, o se refieran a, las condiciones reinantes en el mercado de otro Miembro, como por ejemplo el Canadá. En realidad, nos parece que sería difícil, desde el punto de vista práctico, que la autoridad investigadora reprodujera de manera fiable las condiciones reinantes en el mercado de un país sobre la base de las condiciones reinantes en el mercado de otro país. En primer lugar, existen numerosos factores que han de tenerse en cuenta al efectuar ajustes de las condiciones reinantes en el mercado de un país para reproducir las reinantes en otro; en segundo lugar, sería difícil asegurar que se realizaran todos los ajustes necesarios en los precios de un país para desarrollar un punto de referencia que guarde relación o conexión con, o se refiera a, las condiciones reinantes en el mercado de otro país en forma que reflejase las condiciones de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta en ese otro país ...[]

[648] A ese respecto convengo con la descripción del criterio jurídico pertinente expuesto en la opinión de la mayoría del Grupo Especial, *supra*, párrafos 7.271-7.275.

[649] Colectivamente, las referencias "extraprovinciales".

[650] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafos 90, 103 y 115.

> Es evidente, en abstracto, que hay distintos factores por los que un país puede tener una ventaja comparativa frente a otro respecto de la producción de determinados bienes. De cualquier modo, toda ventaja comparativa quedaría reflejada en las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro y, por lo tanto, debería tenerse en cuenta y reflejarse en los ajustes efectuados en cualquier método que se utilizara para determinar la adecuación de la remuneración para que pudiera guardar relación o conexión con, o referirse a, las condiciones reinantes en el mercado de suministro. ...[651]

9.13 Al igual que la mayoría del Grupo Especial, no veo motivos por los que los principios arriba expuestos, que se enunciaron en el contexto de una diferencia concerniente a una contribución financiera en forma de *suministro* de bienes por un gobierno, no han de ser también aplicables en el contexto de las presentes diferencias, concernientes a *compras* de bienes por el gobierno.

9.14 Por tanto, para que las referencias estadounidenses de los reclamantes puedan aplicarse válidamente en el análisis del beneficio deberá demostrarse que: i) representan precios establecidos en mercados mayoristas de electricidad competitivos -es decir, mercados mayoristas de electricidad que no están significativamente distorsionados por la intervención gubernamental, como el de Ontario-; y ii) están ajustadas para reflejar las "condiciones reinantes en el mercado" de electricidad en Ontario. La aplicación de la referencia de Alberta está sujeta a la misma consideración expuesta en el inciso i). Dado que la referencia de Alberta es un precio que sí existe "en el *país* de ... compra", cabe preguntarse si también es aplicable la consideración expuesta en el inciso ii). En mi opinión, es igualmente aplicable porque las "condiciones reinantes en el mercado" en el país de compra incluyen tanto las de Ontario como las de Alberta. Para determinar si se otorga un beneficio "en relación con" las condiciones reinantes en el mercado del Canadá hay que tener en cuenta las divisiones entre los mercados de ese país, así como la manera en que las condiciones propias de un mercado regional (el de Ontario) podrían tener que reflejarse en una referencia de precio obtenida de otro mercado regional en ese país (la de Alberta).

9.15 En cuanto a si los precios en los mercados extraprovinciales se establecen en virtud de las fuerzas irrestrictas de la oferta y la demanda, el Canadá no ha discutido las afirmaciones de los reclamantes de que los mercados mayoristas de electricidad en Alberta y en Nueva York, Nueva Inglaterra y la interconexión PJM son competitivos y podrían servir como referencias del precio de mercado (de no ser porque pasan por alto la condición fundamental de que la referencia tiene que estar relacionada con la compra de electricidad producida partir de fuentes de energía renovables). Pese a ello, los reclamantes no han presentado el mismo análisis detallado sobre la naturaleza supuestamente competitiva de esos mercados que se ha presentado con respecto al mercado mayorista administrado por la IESO en Ontario. Esto es una deficiencia importante, porque del Hogan Report y de otros argumentos y pruebas presentados en estas actuaciones se desprende claramente que los sistemas y/o mercados de electricidad están muy reglamentados en todo el mundo. Hay muchas consideraciones políticas, sociales y económicas subyacentes en esa reglamentación. Además, las características específicas de la electricidad (intangibilidad, imposibilidad de almacenamiento efectivo y producción-consumo casi simultáneos), así como su importancia crucial para todos los aspectos de la vida moderna, hacen de ella un tipo de producto cuya producción, distribución y uso serán invariablemente susceptibles a diversos grados de intervención gubernamental. Por tanto, a falta de información más detallada sobre la manera en que cada uno de los cuatro mercados extraprovinciales

[651] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafos 108 y 109. (no se reproduce la nota de pie de página)

realmente opera es difícil sacar conclusiones definitivas sobre su naturaleza competitiva a efectos de realizar un análisis del beneficio en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[652]

9.16 En cualquier caso, los reclamantes no han hecho ninguno de los ajustes de los precios en los mercados extraprovinciales que sería necesario hacer para utilizarlos como referencias adecuadas para evaluar la existencia de beneficio. Como ya se ha indicado, esos ajustes tendrían que tener en cuenta las "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario para la electricidad al nivel comercial mayorista. Esas condiciones podrían incluir: i) la composición de tecnologías de producción que se necesita actualmente para satisfacer la demanda de carga básica, carga intermedia y carga máxima en Ontario; ii) las características especiales de la red de transmisión de Ontario; iii) las ventajas (o desventajas) comparativas de Ontario en cuanto al acceso a fuentes de energía utilizadas para generar electricidad; y iv) características cruciales de la demanda como el tamaño de la población, la base industrial y las fluctuaciones estacionales o diarias del consumo. Los reclamantes no han hecho ningún ajuste en los precios extraprovinciales que tenga en cuenta esas y otras "condiciones reinantes en el mercado" de Ontario, ni han explicado adecuadamente por qué no es preciso hacer esos ajustes. Por tanto, en mi opinión, las pruebas no son suficientes para que el Grupo Especial pueda realizar el análisis del beneficio con arreglo a lo establecido en el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC en la forma en que el Órgano de Apelación ha insistido que debe realizarse.[653]

---

[652] El Japón ha remitido al Grupo Especial al sitio Web de la Sociedad de Productores de Energía Independientes de Alberta, y también ha presentado pruebas documentales que contienen información sobre los mercados de electricidad de Alberta, Nueva York, Nueva Inglaterra y la Interconexión PJM. (Respuesta del Japón a la pregunta 7 del Grupo Especial (primera serie), en la que se presentan las Pruebas documentales 208 a 211 del Japón.) La información que figura en esas pruebas documentales indica que de las experiencias en otros mercados de electricidad pueden derivarse referencias de mercado competitivas. Sin embargo, la información facilitada por el Japón no era lo bastante detallada para que pudiera llegarse a conclusiones definitivas a ese respecto. En ese sentido, el Japón adujo que:

> Aunque esas referencias no sean "perfectas", son "razonables y objetivas", lo cual, como explicó el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, es cuanto se requiere a efectos del análisis del beneficio. (no se reproduce la nota de pie de página)

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* hizo las observaciones a que se remite el Japón en el contexto de su examen de una decisión de una autoridad investigadora de imponer una medida compensatoria. Sin embargo, las observaciones del Grupo Especial no guardaban relación con la aceptación de una referencia de fuera del país *per se*, sino con la necesidad de que una autoridad investigadora identifique una referencia que "guarde relación o conexión con, o se refiera a" las condiciones reinantes en el mercado en el país de suministro. Se trataba de una descripción de esa relación y de los ajustes necesarios para que pueda aceptarse una referencia basada en información de fuera del país, que no existían en las comunicaciones del reclamante en aquella diferencia.

[653] Como pone de manifiesto la cláusula introductoria del artículo 14, el apartado d) de dicho artículo establece un método para determinar el beneficio "a los efectos de la Parte V" del Acuerdo SMC. El párrafo 1 b) del artículo 1 está en la Parte I del Acuerdo SMC. No obstante, el apartado d) del artículo 14 informa claramente la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 en caso de otorgamiento de un beneficio por la venta o compra de productos. En todos los casos, un examen de si la referencia de fuera del país debe ajustarse, y en qué forma, para que pueda decirse que está "en relación con las condiciones reinantes en el mercado" en el país de que se trate es una consideración pertinente. La Unión Europea ha hecho referencia a las "condiciones naturales reinantes en Ontario" en el contexto de una comparación "con las tarifas en Francia y Alemania, además de todas las pruebas ya presentadas por la Unión Europea" (respuesta de la Unión Europea a la pregunta 27 del Grupo Especial (segunda serie)). Sin embargo, esa referencia no exime del cumplimiento de la "clara obligación" de tener en cuenta las "condiciones reinantes en el mercado" en la que insistió el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 106.

D. LA CUESTIÓN DE SI LAS MEDIDAS IMPUGNADAS PERMITEN A LOS PRODUCTORES DE ENERGÍA SOLAR FV Y EÓLICA EMPRENDER OPERACIONES VIABLES Y EN CONSECUENCIA PARTICIPAR EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD

9.17 La segunda línea argumental relativa al beneficio presentada por los reclamantes se centra en la naturaleza misma y los objetivos del Programa TR. En particular, los reclamantes mantienen que dicho Programa se creó y opera con la finalidad de permitir a los productores de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, incluidas la solar y la eólica, suministrar electricidad al sistema de Ontario, porque un mercado mayorista de electricidad competitivo no podría sustentar a esos productores de altos costos. Así pues, los reclamantes aducen que, de no existir el Programa TR, los productores de energía solar FV y eólica no podrían sustentar operaciones comercialmente viables en el mercado mayorista de electricidad de Ontario.[654]

9.18 El Canadá acepta que, de no existir el Programa TR, "la mayoría" de los productores TR afectados no podría llevar a cabo operaciones viables. Explica que:

> Como los programas TR de otras partes del mundo, el Programa TR de Ontario se creó para promover la nueva producción de energía de fuentes renovables. Como reconoce el Japón, el Programa TR de Ontario ... se hizo necesario para fomentar la entrada en el mercado de productores de energía renovable, la mayoría de los cuales no podría haber entrado en el mercado de no existir dicho Programa.[655]

9.19 Además, el Canadá, haciendo referencia a la episódica experiencia de apertura del mercado de Ontario en 2002, afirma que "el mercado por sí solo no sería suficiente para fomentar la construcción de nuevas instalaciones de producción capaces de proporcionar el suministro a largo plazo que los residentes de Ontario necesitan", y añade que "como reconoce el Japón, el OPA se creó 'porque la estructura de mercado establecida inmediatamente después de la disolución de Ontario Hydro en 1998 no incentivaba una entrada suficiente de nuevos productores, especialmente productores que utilizan fuentes de energía alternativas y renovables'".[656] En consecuencia el OPA, se estableció con el mandato de:

> [R]eestructurar el sector de la electricidad de Ontario para promover el aumento del suministro y la capacidad de generación de electricidad, incluidos el suministro y la capacidad procedentes de fuentes de energía alternativas y renovables ...[657]

9.20 De los objetivos del Programa TR descritos en la Directiva Ministerial, que incluyen "aumentar la capacidad de suministro de energía renovable para garantizar 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", también puede desprenderse que el Programa TR tenía por finalidad lograr nueva capacidad de producción mediante fuentes de energía renovables que de otro no existiría en el mercado mayorista de electricidad de Ontario.[658] De manera análoga, en el Reglamento TR se explica que "el objetivo fundamental del Programa TR, en conjunción con la *Ley sobre energía verde y economía verde de*

---

[654] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 3-7; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13; observaciones del Japón sobre la respuesta del Canadá a las preguntas 1 y 42 del Grupo Especial (segunda serie); segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 69-70, 103 y 105; y declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 23 y 27.

[655] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 39.

[656] Primera comunicación escrita del Canadá (DS412), párrafo 27.

[657] Highlights of the *Electricity Restructuring Act of 2004*, Japón - Prueba documental 9.

[658] Minister's 2009 FIT Direction, Japón - Prueba documental 102, página 1.

2009, es facilitar el mayor desarrollo de instalaciones de producción de energía renovable de diversos tamaños, tecnologías y configuraciones ...".[659]

9.21 El Profesor Hogan confirma que normalmente las tecnologías de producción de energía renovable son demasiado costosas para que puedan soportarlas los precios al contado obtenidos en los mercados mayoristas de electricidad.[660] En el Cuadro 2 (Composición de la producción de electricidad en Ontario) que figura en la opinión mayoritaria del Grupo Especial se indica que las tecnologías solar FV y eólica tienen costos de capital relativos "muy altos", si bien costos de explotación relativos "muy bajos" por kWh de electricidad generado. Esto refleja los siguientes datos sobre costos específicos que se aportan en el Hogan Report.[661]

Costo y características operativas de distintas tecnologías de producción

Tipo de central	Tamaño habitual de la central (MW)	Costo de capital (2007 C$/kW)	Costo de explotación fijo (2007 C$/kW)	Costo de explotación variable (2007 C$/MWh)	Costo del combustible (2007 C$/MWh	Rendimiento térmico (BTU/kW h HHV)	Combustible inicial (BTU/kW/ Inicio HHV)	Costo inicial (2007 C$/ Inicio/ Unidad)	Vida del proyecto (años)	Disponibilidad media anual (%)	Factor de capacidad (%)
Turbina de gas de ciclo simple estándar[1]	340	665	16	3,50		9.500	700	10.000	20	97%	10-30%[3]
Turbina de gas de ciclo simple aeroderivada[1]	93	1.174	34	3,50		8.700	200	375	20	97%	10-30%[3]
Turbina de gas de ciclo combinado[1]	500	924	17	2,75		7.000	800	10.000	20	95%	
Nuclear[1]	1.000	2.970	89	1,50	6				30	90%	70-80% o superior[3]
Parque eólico grande[1]	100	1.741	37	0					20	98%	13,5-43%[4]
Gas de vertedero[1]	1	2.288	140	0	0	10.000			15	85%	
Biomasa de residuos de madera[1]	20	2.096	231	4,00	23	14.800			20	85%	
Biomasa de aguas residuales[1]	2	4.215	68	13,00	0	10.000			15	85%	85%
Parque eólico pequeño[1]	10	2.750	41	0					20	98%	13,5-43%[4]
Cogeneración de energía térmica y eléctrica a nivel de distrito[1]	2	2.346	24	8,00		5.700	0	0	20	95%	
Cogeneración de energía térmica y eléctrica a nivel industrial [1]	50	1.413	22	3,00		6.300	150	0	20	95%	
Producción distribuida por máquina de gas[1]	0,5	1.172	9	16,00		10.770	0	0	15	85%	
Solar montada en techo[2]	0,5	6.690	12	0					20		13%
Solar montada en tierra[2]	10	4.600	15	0					20		14%

Fuentes:
[1] "*Evaluations of Costs of New Entry, Prepared for: Ontario Power Authority*", *Navigant Consultant*, 21 de febrero de 2007, página 35, factor de capacidad de biogás en la página 30 (Canadá - Prueba documental 49).
[2] "*Proposed Feed- in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement - Session 4, Ontario Power Authority*, 7 de abril de 2009, página 36. Las estadísticas mostradas figuran en 2008 C$ (Canadá - Prueba documental 46).
[3] *IESO Monthly Generator Report Overwiew*, http://www.ieso.ca/imoweb/marketdata/genDisclosure.asp.
[4] *Dr. Khagan Khan, Ontario IESO, "Growing Wind in Canada: An Ontario Perspective on Wind", CanWEA 2008 Annual Conference and Trade Show*, 20 de octubre de 2008, página 9 (Canadá - Prueba documental 47).

Cuadro 3: Costo y características operativas de distintas tecnologías de producción

[659] FIT Rules, Japón - Prueba documental 119, artículo 1.1.
[660] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, páginas 15-18 y 36.
[661] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, cuadro 1, página 8.

9.22 Según el Profesor Hogan, las principales diferencias de costos entre las instalaciones de producción eólica y solar y las tecnologías más "convencionales" existen por las siguientes razones:

> La relativamente pequeña escala de las instalaciones de energía eólica y solar lleva a pocas o ninguna economía de escala en la producción, en comparación con las grandes centrales nucleares, de carbón, hidroeléctricas y de gas.
>
> Las instalaciones de energía eólica y solar tienen factores de capacidad relativamente bajos debido a su dependencia del viento y el sol, lo que significa que las instalaciones de producción producen electricidad en una proporción mucho menor de las horas del año o del día que las tecnologías de producción convencionales.
>
> La relativamente estrecha base de experiencia en el funcionamiento de instalaciones de producción de energía eólica y solar significa que el funcionamiento de las nuevas instalaciones es menos eficiente.
>
> La falta de experiencia en la construcción de instalaciones de generación de energía eólica y solar hace que la construcción de nuevas instalaciones sea relativamente menos eficiente.[662]

9.23 De ese modo, el Gobierno de Ontario, al suscribir contratos para comprar electricidad producida mediante tecnologías solar FV y eólica en el marco del Programa TR a un precio calculado para que ofrezca la rentabilidad razonable de una inversión asociada a un proyecto "habitual", se asegura de que los productores admisibles sean remunerados a un nivel que les permita recuperar en su totalidad sus "muy altos" costos de capital. Como aducen los reclamantes, y el Canadá acepta, esos niveles de remuneración nunca se lograrían por la operación de fuerzas irrestrictas de oferta y demanda en un mercado mayorista de electricidad competitivo en Ontario. Tampoco se lograrían en el marco establecido por las fuerzas restringidas de la oferta y la demanda que realmente operan en el mercado mayorista de electricidad de Ontario sin una intervención que remunerara a las instalaciones que generan energía mediante tecnologías solar FV y eólica a una tarifa superior que la pagada por la electricidad generada por las demás tecnologías.[663] De ello se sigue que al integrar a esos productores de electricidad de costos más altos y menos eficientes en el mercado mayorista de electricidad, en el que de otro modo no estarían presentes, las compras de electricidad procedentes de productores de energía solar FV y eólica efectuadas por el Gobierno de Ontario en el marco del Programa TR otorgan claramente un beneficio a los productores acogidos a dicho Programa pertinentes, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

---

[662] Hogan Report, Canadá - Prueba documental 2, página 10.

[663] Además, tanto el Japón como la Unión Europea hacen referencia a los precios garantizados para 20 años a disposición de los productores TR como características de los contratos TR y microTR que demuestran la existencia de beneficio. Véase, por ejemplo, la declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13; y la declaración inicial de la Unión Europea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 22.