



Transición Energética a la Luz de la Normativa de la OMC.

Perspectivas, Análisis y Lecciones Derivadas del Caso Canadá - Energía Renovable

Autora

Maria Paula Lucena Ortiz

Director

Rafael Alberto Tamayo Álvarez

Título a obtener: Abogada

Facultad de Jurisprudencia

Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá - Colombia

2025

RESUMEN

Canadá – Energía renovable hace parte de un conjunto de controversias resueltas por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio que refleja las tensiones ampliamente reconocidas entre comercio y medio ambiente. En concreto, la citada disputa se refiere al fomento estatal a la transición energética y se suele presentar como un avance significativo ante los obstáculos que impone la normativa internacional para la descarbonización de la economía. Sin embargo, este progreso no es absoluto. Como sostendrá este texto, si bien el Órgano de Apelación elaboró una interpretación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) que resulta favorable para la evaluación de incentivos estatales a la transición energética, no hizo lo mismo respecto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Por el contrario, al evaluar los programas impugnados a la luz de este último, el Órgano de Apelación reprodujo su lógica convencional, privilegiando los intereses de liberalización de los mercados sobre la inminente necesidad de acelerar la transición energética a través de políticas de fomento estatal. En esencia, considerando el panorama actual, los obstáculos para incentivar la descarbonización de las economías no están dados por el ASMC, sino por el GATT. En consecuencia, *Canadá – Energía renovable* sugiere que la transición energética dista de contar con un marco jurídico sólido que, en su integridad, le otorgue a los Estados un margen regulatorio suficiente para conceder incentivos económicos en esta materia.

Palabras clave: Transición energética; comercio y ambiente; incentivos estatales a la transición energética; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

ABSTRACT

Canada – Renewable energy is part of a set of disputes resolved by World Trade Organization's Dispute Settlement Body that reflects the widely recognized tensions between trade and environment. Specifically, this dispute concerns government promotion of energy transition and is often presented as significant progress in the face of international regulatory barriers to decarbonization of the economy. However, this progress is not absolute. As this text will argue, while the Appellate Body developed a favorable interpretation of the Agreement of Subsidies and Countervailing Measures (ASCM) for the assessment of state incentives for energy transition, it did not do the same when applying the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). On the contrary, in assessing the challenged programs considering the latter, the Appellate Body reproduced its conventional logic, privileging market liberalization interests' over the imminent need to accelerate energy transition through strategic governmental promotion. Essentially, given the current scenario, the main obstacles to incentivizing the decarbonization of economies stem not from the ASCM, but from the GATT. As a result, *Canada – Renewable energy* suggest that the energy transition is far from having a solid legal framework that grants States sufficient regulatory leeway to provide economic incentives in this area.

Key words: Energy transition; trade and environment; government promotion of the energy transition; Agreement of Subsidies and Countervailing Measures; General Agreement on Tariffs and Trade.

Tabla de contenido

Introducción	4
I. Régimen jurídico aplicable a los incentivos gubernamentales a la transición energética	7
El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC)	7
A. La definición de subvención y el ámbito de aplicación del ASMC.....	8
B. Clasificaciones. Subvenciones recurribles y prohibidas.....	13
El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en materia de Trato Nacional.....	16
A. Estándar legal de aplicación del artículo III del GATT.....	17
B. Elementos para acreditar el incumplimiento de la obligación de trato nacional.....	18
II. Estudio del caso Canadá - Energía renovable	23
A. Hechos y contexto de la controversia	25
B. Argumentos de las partes.....	26
C. Argumentos y decisión del Grupo Especial	27
III. Argumentos y decisión del Órgano de Apelación para el caso Canadá – Energía renovable.....	30
A. Argumentos del Órgano de Apelación por presuntas infracciones al artículo 1, párrafo 1 del ASMC	30
B. Argumentos del Órgano de Apelación por presuntas infracciones al artículo III, párrafo 4 del GATT.....	32
C. Decisión final	34
IV. Consecuencias de la decisión. Comentarios y prácticas litigiosas de los Estados con ocasión del caso Canadá – Energía renovable	34
A. Consecuencias derivadas de la decisión Canadá – Energía renovable. Casos posteriores y tendencias de litigio.....	34
B. Comentarios doctrinales derivados de la decisión Canadá – Energía renovable	38
V. Comentario. Canadá – Energía renovable: un sustento incierto para las subvenciones verdes en el marco del GATT y el ASMC	41
VI. Conclusión	45
Referencias bibliográficas	46

Introducción

La Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC o “la Organización”) se posiciona como una institución protagónica en la regulación de asuntos económicos transnacionales propios del Derecho Internacional Económico. A través de una serie de principios que configuran el entramado normativo de la Organización, se protegen intereses económicos alineados con la lógica de la liberalización progresiva del mercado y la intervención estatal reglada, bajo el entendido de que estos postulados son condiciones necesarias para lograr el crecimiento económico de los Estados y la reducción de la pobreza (Igwe, 2019).

Como es de esperarse, la protección que brinda la OMC al modelo económico imperante ha sido objeto de cuestionamientos recurrentes, muchos de los cuales advierten las limitaciones que los acuerdos anexos al Acuerdo de Marrakech (constitutivo de la OMC) imponen a la capacidad regulatoria de los Estados para alcanzar objetivos de interés global, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente¹. En este sentido, la literatura predominante en círculos académicos heterodoxos y ambientalistas sostiene que el marco normativo de la OMC constituye un impedimento, o al menos un obstáculo significativo, para la adopción de medidas dirigidas a abordar problemáticas medioambientales concretas (Hartwick & Peet, 2003).

Esta tesis ha surgido del análisis casuístico, pues, si bien los textos normativos de la OMC preveían desde sus orígenes las potenciales tensiones existentes entre comercio internacional y medio ambiente², gran parte de las controversias que materializan esta realidad se han circunscrito a casos concretos (Switzer, 2022). Entre los ejemplos que han nutrido las discusiones se encuentran (i) *Estados Unidos – Camarones*, relativo a la prohibición de importación de camarones pescados mediante métodos susceptibles de provocar altos niveles de mortalidad en tortugas marinas; (ii) *Brasil – Neumáticos recauchutados*, centrado en la imposición de una prohibición a la importación de este tipo

¹ Al respecto, Verhoosel, G. (2002) advierte que, a través del funcionamiento de su sistema de solución de diferencias, la OMC ha cruzado en ocasiones la línea entre la liberalización del comercio y la integración profunda de los mercados hacia una armonización negativa. De ello se derivan inquietudes acerca de la “legitimidad” del sistema y de sus órganos adjudicadores, es decir, de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.

² Acerca de los textos jurídicos que en el marco de la OMC abordan la relación entre medio ambiente y comercio, véase el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech (1994) -constitutivo de la OMC-, el cual señala que la actividad comercial y económica debe permitir “la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente (...)”; el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1994), que contiene como excepciones a la aplicación del tratado y sus principios aquellas medidas “(...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (...) g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables (...)”; o la Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente (1994), que crea Comité Ministerial de Comercio y Medio Ambiente, bajo el deseo de “coordinar las políticas de la esfera de comercio y el medio ambiente (...) que se limita a (...) los aspectos de las políticas ambientales relacionados con el comercio que pueden tener efectos comerciales significativos (...)” (énfasis añadidos).

de neumáticos, cuya corta vida útil propicia la rápida acumulación de desechos con consecuencias ambientales y sanitarias; y (iii) *Estados Unidos – Atún II (México)*, vinculado a la imposición de restricciones comerciales al atún capturado mediante redes de cerco, por considerarse esta una técnica riesgosa para la biodiversidad marina.

Más recientemente, la dicotomía entre comercio y medio ambiente ha estado especialmente mediada por los debates en torno a la crisis climática y su mitigación. Particularmente, se ha señalado que las normas comerciales son relevantes, no solo porque han contribuido a causar la crisis climática actual, sino también porque contienen técnicas potencialmente útiles para la transición hacia una economía baja en carbono (Young, 2011). En este sentido, el creciente interés de los gobiernos por adoptar medidas para combatir la crisis climática mediante la promoción de energías limpias ha puesto en manifiesto las tensiones que la intervención estatal en mercados económica y ambientalmente estratégicos puede generar.

En concreto, la actividad estatal en la promoción de mercados de energías limpias ha dado lugar a seis controversias³ ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante, OSD), motivadas por presuntas violaciones a algunas disposiciones de los Acuerdos Abarcados. De todas ellas, *Canadá – Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable* y *Canadá – Medidas relativas al Programa de Tarifas Reguladas*⁴ orientarán las reflexiones de este texto, pues constituyen las más relevantes de las controversias en la materia. Esto se debe a que, por un lado, ambas controversias fueron resueltas mediante un único procedimiento, que, además, fue la primera ocasión en que el OSD se pronunció respecto de programas de fomento a la transición energética; y por el otro, su importancia radica en que los estándares allí fijados no han sido modificados mediante decisiones posteriores.

Como se profundizará más adelante, la controversia surgió a raíz de un programa adoptado por el gobierno canadiense con el propósito de promover la transición hacia energías limpias en la provincia de Ontario. Dicho programa fue impugnado ante el OSD y evaluado a la luz de dos de los principales acuerdos que componen el cuerpo normativo de la OMC: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, GATT, por sus siglas en inglés) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante, ASMC). Lo significativo del caso radica en que el OSD aplicó de manera dispar ambos tratados, arribando a conclusiones divergentes. Aunque tanto el GATT como el ASMC se fundamentan en principios comunes de liberalización del comercio y de no discriminación, los estándares utilizados y las interpretaciones

³ En orden cronológico, estos casos son (i) *Canadá – Energía renovable* y *Canadá – Programa de tarifas reguladas* (resueltos en conjunto); (ii) *China - Medidas relativas a los equipos de energía eólica*; (iii) *Unión Europea y determinados Estados miembros – Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*; (iv) *India – Células solares*; *Estados Unidos – Energía Renovable*; y (v) *Estados Unidos – IRA (China)*.

⁴ En adelante, el este texto se referirá a ambos casos a partir de su nombre abreviado “*Canadá - Energía renovable*”.

adoptadas en el examen de las presuntas violaciones distan de obedecer a una misma lógica, fomentando así múltiples reflexiones.

En este sentido, a partir de un análisis casuístico, este texto persigue dos objetivos centrales. El primero, de carácter divulgativo, consiste en traer el debate jurídico de los incentivos estatales a la transición energética al español, considerando que la literatura existente hasta el momento se encuentra mayoritariamente en inglés. El segundo, de naturaleza crítica, consiste en desarrollar la tesis central que sostiene el presente texto: el marco jurídico existente no es lo suficientemente sólido para proteger los incentivos estatales necesarios para fomentar y acelerar la transición energética, pese a que el caso *Canadá – Energía renovable* podría sugerir lo contrario. Si bien la decisión del OSD respecto del ASMC resulta favorable para sustentar jurídicamente la transición hacia una economía baja en carbono, no sucede lo mismo en relación con el GATT, cuya aplicación en este caso privilegió lógicas de liberalización económica sobre objetivos ambientalmente relevantes. En consecuencia, el principal aporte de este texto consiste en fomentar la reflexión en torno a las deficiencias interpretativas que genera el caso *Canadá – Energía renovable* respecto del GATT, teniendo en cuenta que los principales debates doctrinales se han dado en torno ASMC, ignorando así la relevancia del primero.

Con ello en mente, siguiendo una metodología de revisión documental⁵, el presente texto se estructurará en seis secciones. La primera sección ofrece una breve explicación acerca del marco normativo e interpretativo que ha dotado de contenido al ASMC y al GATT. Este último, particularmente, en lo relativo a la obligación de Trato Nacional. Se pretende que la primera sección obre como insumo teórico para comprender la aplicación práctica que hizo el OSD en el caso objeto de estudio. Seguidamente, la segunda sección presenta un recuento sucinto de los antecedentes del litigio, los argumentos esgrimidos por los Estados involucrados y la decisión inicial adoptada por el Grupo Especial en el caso *Canadá - Energía renovable*. La tercera sección se enfocará en la decisión que adoptó el Órgano de Apelación en la misma disputa, siguiendo para estos fines dos ejes: (i) la línea argumentativa mediante la cual el OSD concluyó que la medida impugnada no constituía una subvención y, por lo tanto, no podía ser evaluada a la luz del ASMC; y (ii) los fundamentos que condujeron a establecer una infracción a la obligación de Trato Nacional. La cuarta sección aborda las consecuencias de la decisión, también, a través de dos enfoques: (i) un recuento de las reclamaciones que se han elevado ante el OSD con posterioridad a la decisión adoptada en el caso de Canadá; y (ii) los comentarios y análisis doctrinales motivados por la misma. La quinta sección reflexiona y problematiza algunos elementos controversiales derivados de la postura del OSD, a fin de evaluar el sustento con que cuentan los incentivos estatales a la transición energética en el marco regulatorio actual del GATT y del ASMC. La sexta sección aborda una serie de conclusiones.

⁵ Para este texto, la revisión documental consistió en la recopilación y análisis de textos doctrinales, de decisiones del Órgano de Apelación o de los Grupos Especiales de la OMC en determinadas controversias y de informes de organizaciones internacionales.

I. Régimen jurídico aplicable a los incentivos gubernamentales a la transición energética

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC)

Una primera aproximación a las subvenciones permite definir las como “una contribución financiera efectuada por un gobierno o cualquier entidad que constituye una forma de ingreso o soporte al precio que beneficie al productor de una mercancía de exportación”⁶ (Rodríguez & Sánchez, 2008, como se citó en Gallegos, 2015, p. 40). En consecuencia, las subvenciones suelen interpretarse como instrumentos utilizados para impulsar políticas industriales en sectores considerados “estratégicos” (Banco Mundial et al., 2022), distorsionando el comercio, la inversión y alterando otras economías una vez el producto subvencionado se introduce en mercados internacionales (Banco Mundial et al., 2022). Esta situación ha conducido, en primer lugar, a que las subvenciones despierten el interés de la comunidad internacional en regularlas y vigilarlas, lo que en la práctica ocurre principalmente a través del ASMC. En segundo lugar, esta aproximación acerca de las subvenciones ha propiciado que su adopción se convierta en una causa recurrente de litigios internacionales ante el OSD de la OMC, foro encargado de vigilar y disciplinar la actuación de los Estados en esta materia.

En este contexto, el ASMC pretende “imponer disciplinas multilaterales entre los países con la finalidad de erradicar las subvenciones que distorsionan el comercio internacional” (Organización Mundial del Comercio [OMC], 1999, WT/DS46/R, p. 96). Este propósito, además, es transversal a los principios que fundamentan la Organización misma. Como admitió el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Madera Blanda IV*, “el objeto y fin del Acuerdo SMC (...) consiste en aumentar y mejorar las disciplinas del GATT referentes al uso de las subvenciones y de los derechos compensatorios (...)” (OMC, 2004, WT/DS257/AB/R, p. 28). Por lo tanto, el ASMC es un tratado que, junto con los demás Acuerdos Abarcados, contribuye a la liberalización del comercio internacional. Con ello en mente, resulta válido cuestionarse acerca de cuál es el efecto distorsivo sobre el comercio internacional que generan las subvenciones, para que los Estados hayan puesto especial interés en vigilarlas y contenerlas a través del ASMC.

Pues bien, teniendo en cuenta su definición preliminar, las subvenciones pueden funcionar como medidas proteccionistas al proporcionar asistencia financiera de cualquier naturaleza a ciertos productores o comercializadores, otorgándoles una posición más ventajosa que la de sus competidores en el mercado. Además, estas medidas suelen estar atadas a diversas condiciones para que sus destinatarios puedan acceder al

⁶ Vale la pena resaltar que las subvenciones no solo recaen sobre mercancías destinadas a la exportación. Aunque metodológicamente esta definición sea útil —pues el efecto distorsivo de las subvenciones sobre productos destinados a la exportación es claro— las subvenciones también suelen adoptarse con miras a estimular la industria interna.

beneficio⁷, lo que favorece selectivamente a determinados actores (Lester, 2011), sin que estos, por las simples lógicas del mercado, hayan obtenido esa ventaja competitiva. En este punto, cabe recordar la doctrina imperante en la OMC que, desde su creación, procura que el comercio se desarrolle de la manera más fluida, previsible y libre posible (Organización Mundial del Comercio [OMC], s.f.). De ahí que, en términos puramente económicos, en ausencia de un acuerdo que regule y supervise la adopción subvenciones, estas podrían convertirse en poderosas herramientas de política industrial en detrimento de las leyes de mercado.

Esta introducción pone de manifiesto la necesidad de contar con una comprensión inicial de los criterios jurídicos que el OSD ha adoptado en la interpretación del ASMC. Panorama que, por lo demás, resulta esencial para comprender el contexto jurídico en el que se inscribe el caso *Canadá – Energía renovable*, así como lo inusual de la decisión adoptada. Por ahora, a fin de conceptualizar el marco jurídico aplicable a las subvenciones, en las páginas subsiguientes se abordará el ámbito de aplicación del Acuerdo, los elementos que deben concurrir para determinar la existencia de una subvención, los tipos existentes y las consecuencias jurídicas derivadas de su adopción.

A. La definición de subvención y el ámbito de aplicación del ASMC

El ASMC establece en su artículo 1.1 que, para que una medida se considere una subvención, deben concurrir tres elementos iniciales. Primero, es necesaria la existencia de una *contribución financiera* o de *alguna forma de sostenimiento de ingresos o precios*. Segundo, se requiere que esta haya sido *otorgada por un gobierno o cualquier organismo público* perteneciente a algún Estado miembro de la Organización. Y, tercero, debe comprobarse que, se conceda un *beneficio* a su destinatario con su otorgamiento. Adicionalmente, el artículo 1.2 del ASMC señala que una subvención solo estará sujeta a sus disposiciones cuando esta cumpla con el criterio de *especificidad*. A continuación, se desarrollan las interpretaciones que el OSD ha proporcionado en aplicación de los artículos 1.1 y 1.2 del ASMC.

- *Existencia de una contribución financiera o alguna forma de sostenimiento de ingresos o precios*

En primer lugar, una contribución financiera puede manifestarse bajo cualquiera de las modalidades contenidas en el artículo 1.1 del ASMC. Es decir, como una (i) transferencia directa de fondos o posibles transferencias de fondos; (ii) como condonaciones de ingresos públicos; (iii) o como suministro de bienes o servicios distintos a infraestructura general. Una mirada a los casos resueltos por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD)

⁷ Los dos eventos en los que las subvenciones suelen estar atadas a requisitos discriminatorios suceden cuando el acceso al beneficio (i) está supeditado a la utilización de productos de origen nacional, reemplazando así las importaciones; o (ii) se condiciona a lograr resultados de exportación, lo que garantiza que los productos subvencionados mantengan un precio artificialmente más competitivo (Luengo, 2000).

de la OMC muestra una interpretación más profunda de cada uno de los tipos de contribución financiera:

- i. Respecto de las transferencias directas de fondos, el Órgano de Apelación ha reconocido que la palabra “fondos” no solo abarca transferencias de dinero, sino también otros derechos financieros más generales como donaciones, préstamos y aportaciones de capital (OMC, 2007, WT/DS336/AB/R). Incluso, todas aquellas ayudas provenientes de un gobierno que mejoren la situación financiera de un prestatario —como ocurre con las condonaciones de deuda, las prórrogas en el plazo de vencimiento de un préstamo y la reducción de intereses— pueden llegar a constituir transferencias de fondos (OMC, 2007, WT/DS336/AB/R).
- ii. En lo referente a las condonaciones de ingresos públicos, el criterio más completo se encuentra en *Estados Unidos - EVE*⁸, pues allí se señala el paso a paso para su distinción. En esencia, la identificación de una condonación de ingresos públicos supone una comparación entre el trato fiscal otorgado a los receptores de la presunta subvención y el trato fiscal otorgado a contribuyentes que se encuentren en situaciones análogas. Una vez realizada la comparación, se estará en presencia de una condonación de ingresos públicos si los receptores de la presunta subvención cuentan con un tratamiento fiscal más favorable que no recibirían bajo condiciones de mercado (OMC, 2000, WT/DS108/AB/R). Toda vez que los Estados cuentan con soberanía en la fijación de su régimen tributario, la existencia de una condonación de ingresos no resulta tan evidente en todos los casos. Por lo tanto, es imprescindible contar con un entendimiento profundo sobre los principios y la estructura del régimen evaluado.
- iii. La tercera modalidad de contribución financiera incluye dos tipos de transacciones. Por un lado, la provisión de bienes o servicios que no sean de infraestructura general, en cuyo caso se deberá comprobar que el gobierno está otorgando a una empresa o industria insumos de valor económico, al punto de reducir artificialmente sus costos de producción (OMC, 2004, WT/DS257/AB/R). Y por el otro, ocurre una compra de bienes cuando la medida gubernamental logra acrecentar o potencialmente acrecienta los ingresos de una empresa mediante la compraventa del producto (OMC, 2004, WT/DS257/AB/R).
- iv. Finalmente, en *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM* se enfatiza que las contribuciones financieras en cualquiera de sus modalidades (transferencia de fondos, condonación de ingresos o provisión / compra de bienes o servicios) pueden efectuarse directamente por el gobierno, o indirectamente, cuando “una entidad privada es utilizada por el

⁸ La postura allí desarrollada respecto de las condonaciones de ingresos públicos fue posteriormente reiterada en *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2a reclamación)* y en *India – Medidas relacionadas con la exportación*.

gobierno como intermediario para llevar a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii)” (OMC, 2005, WT/DS296/AB/R, p. 55).

En segundo lugar, el Acuerdo no se limita a las subvenciones que toman alguna de las anteriores formas, sino que también adopta el concepto de “sostenimiento de ingresos o precios en el sentido del artículo XVI.1 del GATT”⁹. Desafortunadamente, ni el GATT, ni el ASMC, ni el OSD han dado con una definición concreta de lo que se entiende por “sostenimiento de ingresos o precios”. En principio, esta expresión parece ampliar el alcance del ASMC al abarcar todas aquellas medidas gubernamentales que directa o indirectamente tengan un impacto sobre los ingresos o precios del beneficiario de la subvención, aunque no se ajusten a ninguna de las modalidades de contribución financiera. Sin embargo, esta aproximación se enfoca exclusivamente en el impacto de la medida sobre los ingresos o precios. Como consecuencia, prácticamente cualquier disposición que tenga un efecto en el precio de un producto o en los ingresos de una compañía podría resultar cobijada por la expresión “sostenimiento de ingresos o precios”. Por este motivo, el Grupo Especial del caso *China - GOES* enfatizó que, si bien la expresión tiene un sentido más amplio que el de contribución financiera, no por ello incluye aquellas medidas que tengan efectos *incidentales* sobre el precio: “el ‘sostenimiento de los precios’ entraña el establecimiento y mantenimiento de un precio fijo por el gobierno, y no un cambio casual del precio que sea simplemente un efecto colateral de algún tipo de medida gubernamental” (OMC, 2012 WT/DS414/R, p. 44).

- *Otorgamiento de la subvención por parte de un gobierno o cualquier organismo público*

Ahora bien, para que la contribución financiera o el sostenimiento de ingresos o precios se convierta en una subvención, el siguiente elemento que debe acreditarse es que el incentivo haya sido otorgado por el gobierno o por cualquier organismo público perteneciente a un Estado miembro de la Organización. Este criterio, aparentemente sencillo de identificar, puede generar problemas para los intérpretes del ASMC cuando quien otorga la presunta subvención es un organismo conformado por capital público-privado, o cuando, pese a no estar controlado financieramente por el gobierno, a dicho organismo se le confieren funciones gubernamentales.

Pues bien, en un primer pronunciamiento, el Grupo Especial del caso *Corea - Embarcaciones comerciales* determinó que el criterio para identificar a los organismos públicos era el control ejercido por el gobierno: “[c]onsideramos que el KEXIM es un organismo público porque está controlado por el Gobierno de Corea. Esto se pone

⁹ El artículo XVI.1 del GATT (1994) señala: “Si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las PARTES CONTRATANTES (...)”.

principalmente de manifiesto por el hecho de que el 100 por ciento del capital del KEXIM pertenece al Gobierno de Corea (...)” (OMC, 2005, WT/DS273/R, p. 33). Tal parece que el criterio de identificación de organismos públicos en este caso fue el control financiero del gobierno. No obstante, en pronunciamientos más recientes, el Órgano de Apelación ha matizado esta postura y se ha decantado por otros estándares. Así las cosas, recurriendo a la definición de “gobierno” propuesta para un caso anterior, el Órgano de Apelación reconoció un estándar distinto con ocasión de la disputa *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*. En concreto, señaló que “el mero hecho de que un gobierno sea el accionista mayoritario de una entidad no demuestra que ejerza un control significativo sobre su comportamiento (...)” (OMC, 2011, WT/DS379/AB/R, p. 144). Por lo tanto, en este último caso el criterio determinante para considerar que se está ante un organismo público fue el ejercicio de facultades gubernamentales, sin importar la modalidad bajo la cual estas fueron otorgadas.

Casos más recientes demuestran una convergencia entre ambos criterios. Por ejemplo, en la controversia *Canadá - Energía renovable*, objeto de análisis de este texto, el Grupo Especial señaló que *Hydro One* era un organismo público en el sentido del art. 1.1(a) ASMC con base en dos argumentos. Por un lado, debido a que este organismo contaba con facultades que le permitían desempeñar funciones eminentemente públicas; y, por el otro, ya que el Gobierno de Ontario ejercía un “control significativo” sobre las actividades de *Hydro One* (OMC, 2012, WT/DS412/R y WT/DS426/R). Evidentemente, estos argumentos incorporan tanto el estándar del control efectivo así como el criterio de ejercicio de facultades gubernamentales.

- *La contribución redundante en un beneficio para su destinatario*

Por último, el literal (b) del artículo 1.1 del ASMC exige la existencia de un beneficio para el destinatario de la presunta subvención. Si bien en el ASMC no se encuentra una definición o siquiera una aproximación de lo que se entiende por “beneficio”, los pronunciamientos del OSD en diversas instancias han señalado que “los conceptos de contribución financiera y “beneficio” se confieren recíprocamente significado” (OMC, 1999, WT/DS70AB/R, p. 28). Sin embargo, una definición más precisa fue propuesta por el Órgano de Apelación, el cual determinó que un beneficio consiste en toda *ventaja* para el receptor de la contribución financiera, la cual se determina según las condiciones de mercado, esto es, a través de una comparación. En otras palabras, una contribución financiera comporta un beneficio cuando se coloca a su destinatario en una situación de mercado mejor a la que habría tenido de no existir tal contribución (OMC, 1999, WT/DS70/AB/R).

Ahora bien, bajo algunos supuestos, la determinación del mercado relevante que permita hacer la comparación no es un procedimiento sencillo. Tal es el caso de los mercados que, debido al rol predominante que tiene el gobierno, están de entrada distorsionados. Este problema fue abordado en la disputa *Estados Unidos – Madera Blanda IV*, donde uno de

los elementos centrales de la discusión fue determinar el punto de referencia apropiado para calcular el beneficio y, en consecuencia, el valor de los derechos compensatorios. Por un lado, Canadá alegaba que los precios pertinentes para efectuar el análisis eran los “privados del Canadá”; mientras que, por el otro, Estados Unidos señalaba que “las ventas privadas de madera en bruto de Canadá no representaban un mercado “comercial” porque estaban distorsionadas por la intervención gubernamental” (OMC, 2004, WT/DS257/AB/R, p. 35). En consecuencia, Estados Unidos solicitó que se utilizaran los precios de sus Estados fronterizos, ajustados a las condiciones del mercado de Canadá. Si bien en esta oportunidad el Órgano de Apelación le concedió la razón a Canadá, también precisó que:

(...) la autoridad investigadora puede utilizar un punto de referencia distinto de los precios privados de los bienes de que se trata en el país de suministro cuando ha quedado establecido que esos precios privados están distorsionados debido al papel predominante del gobierno en el mercado como proveedor de los mismos bienes u otros similares (OMC, 2004, WT/DS257/AB/R, p. 50).

- *Requisito de especificidad*

Si bien la existencia de una contribución financiera o de alguna forma de sostenimiento de ingresos o precios, que sea hecha por un gobierno o cualquiera de sus órganos, y que otorgue un beneficio a sus destinatarios, ya presupone la existencia de una subvención, para que esta sea cobijada por el ASMC es necesario que sea específica al tenor del artículo 1.2 del Acuerdo. Luego, el criterio de especificidad abrirá paso a que pueda darse el debate sobre la prohibición o no de la subvención, así como a su carácter de recurrible y, con ello, a la posibilidad de aplicar medidas de defensa comercial. El criterio de especificidad tiene dos fundamentos. Por un lado, se trata de un reconocimiento que hacen los Estados miembros de la Organización de que las subvenciones específicas son más distorsivas de la competencia que las subvenciones generales y disponibles a diversos actores. Ello, como se vio, resulta trascendental, toda vez que el ASMC persigue la disminución de las medidas proteccionistas que alteran el libre mercado. Por otro lado, el criterio de especificidad pretende excluir del ámbito de aplicación del ASMC las medidas que toma un Estado en aras de solucionar o atenuar problemas como la poca oferta de determinados bienes, o para incentivar el desarrollo de actividades económicas que dejan externalidades positivas (Müller, 2017). En este orden de ideas, del artículo 2 del Acuerdo se extraen varias reglas que distinguen los tipos de especificidad (Van den Bosche & Zdouc, 2022), consagradas en los numerales 1, 2 y 3 de la norma así:

- i. Para el caso de la especificidad de industria o sector, la subvención otorgada por el gobierno va dirigida a una compañía, grupo de compañías o a un sector económico concreto. Una definición más precisa fue proporcionada por el Órgano de Apelación para el caso *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el cual estableció que “en general es posible hacer

referencia a una rama de producción o un grupo de 'ramas de producción', en función del tipo de productos que producen"; y que "el concepto de 'rama de producción' se relaciona con los productores de determinados productos (...)" (OMC, 2011, WT/DS379/AB/R, p. 167).

- ii. Por su parte, la especificidad geográfica fue consagrada en el artículo 2.2 del ASMC y comprende a aquellas "subvenciones que se limiten a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante".
- iii. Finalmente, existe la especificidad de subvenciones prohibidas. Como se verá a continuación, según el artículo 3 del ASMC, son prohibidas aquellas subvenciones cuyo otorgamiento se supedita a resultados de exportación de bienes, o a la preferencia en la utilización de bienes nacionales frente a los extranjeros. Al tenor del artículo 2.3 del Acuerdo, toda subvención prohibida cumple automáticamente el criterio de especificidad y resulta cobijada por las disposiciones del ASMC.

B. Clasificaciones. Subvenciones recurribles y prohibidas

El simple otorgamiento de una subvención no implica que esta necesariamente se torne en prohibida. De hecho, la doctrina ha caracterizado los distintos tipos de subvenciones al margen de la "doctrina del semáforo". Bajo esta lógica, las subvenciones prohibidas equivaldrían al color rojo, mientras que las recurribles se asemejarían al color amarillo (Barbosa & Bernal, 2007). Por un tiempo, incluso existieron las subvenciones no recurribles que se asociaban con el color verde. Sin embargo, el artículo 8 del ASMC que las preveía, fue derogado. Este apartado, entonces, se orientará a conceptualizar los tipos de subvenciones, distinguiéndolas entre recurribles y prohibidas.

- *Subvenciones recurribles*

Al tenor del artículo 5 del ASMC las subvenciones recurribles son "la mayoría de las subvenciones otorgadas por los Estados y (...) no están prohibidas, pero si tienen efectos desfavorables sobre los intereses de otro miembro, pueden ser impugnadas en el marco del OSD o ser objeto de una medida compensatoria" (De Narda, 2008, p. 78). Seguidamente, el Acuerdo propone un listado subvenciones que generan dichos efectos y que se pueden caracterizar así:

- i. En primer lugar, las subvenciones que ocasionan daño a una rama de la producción nacional han sido explicadas, dividiendo el contenido de la frase en dos momentos. Por un lado, la expresión "daño" debe entenderse de conformidad con el artículo 15 del ASMC, lo que implica analizar (i) el volumen de importaciones subvencionadas y el efecto que estas producen en

los precios de los productos similares¹⁰ del Estado importador afectado; (ii) la repercusión de las importaciones sobre los productores nacionales; y (iii) la existencia de un nexo entre el daño causado y las importaciones subvencionadas (Luengo, 2006). Por el otro, la expresión “rama de producción nacional” se refiere a que “el daño debe afectar a una parte importante de los productores que fabrican productos similares a los que se benefician de una subvención”¹¹ (Luengo, 2006, p. 206).

- ii. En segundo lugar, se ha entendido que existe una subvención recurrible por anular o menoscabar las ventajas resultantes del GATT cuando “un miembro incumple alguna de sus obligaciones a través del otorgamiento de una subvención (...)” (Luengo, 2006, p. 207). En concreto, este apartado del Acuerdo es aplicable en casos donde una subvención perjudica a exportadores rivales extranjeros, cuando unos (los subvencionados) y otros (los no subvencionados), compiten en terceros mercados.
- iii. Finalmente, las subvenciones recurribles por generar un perjuicio grave parecen incluir múltiples e innumerables situaciones debido a la vaguedad de la expresión. No obstante, se han establecido criterios para limitarla como que la prueba del perjuicio grave recaiga sobre el Estado que lo alega, lo cual, a la larga, supone hacer un análisis en términos de mercado.

En términos procedimentales, el ASMC prevé la imposición de derechos compensatorios sobre subvenciones recurribles con el propósito de fijar condiciones equitativas de competencia para los productores nacionales, quienes se enfrentan a importaciones que obtuvieron una ventaja competitiva como resultado de la subvención (Montaguti, 2003). Seguidamente, es necesaria la celebración de consultas con el Estado otorgante de la subvención en las que figuren las pruebas de su existencia y naturaleza, así como del daño causado según corresponda. Con las consultas se pretende llegar a una solución convenida que, de no lograrse en el plazo de 60 días, habilita al Estado que se considera vulnerado a someter su caso a consideración del OSD.

- *Subvenciones prohibidas*

Por su parte, las subvenciones prohibidas son aquellas que no pueden concederse ni mantenerse por ningún Estado miembro y son de dos tipos: las subvenciones supeditadas a resultados de exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia de los importados. Sin importar la categoría a la que pertenezcan, las subvenciones serán prohibidas si su otorgamiento está condicionado al

¹⁰ La definición de productos similares aplicable al ASMC se encuentra en el pie de página 46 del Acuerdo. Según la Montaguti (2003), la similitud existe cuando un producto es idéntico a otro, es decir, similar en todos los aspectos al producto objeto de examen. En ausencia de tal producto, otro que, aunque no sea similar en todos los aspectos, posea características que guarden estrecha semejanza con las del producto objeto de examen.

¹¹ Énfasis añadido.

cumplimiento de metas de exportación o a la utilización de productos, insumos o mano de obra local. En consecuencia, resulta necesario mencionar los estándares legales que permiten identificar aquellos eventos en que ocurre dicha supeditación.

Pues bien, el Órgano de Apelación ha entendido que la palabra “supeditada” se refiere aquellas subvenciones “condicionadas a' o 'dependientes para su existencia de algo” (OMC, 1999, WT/DS70/R, p. 270). Esta condicionalidad puede ser *de iure* o *de facto*, como lo reconoce explícitamente el Acuerdo. Aunque las consecuencias de una u otra son las mismas, el análisis para determinar si se está ante supeditación *de iure* o *de facto* es distinto. Así las cosas, “el primero es el análisis que se le hace a una norma jurídica, para determinar la existencia de una situación jurídica, mientras que el segundo es el análisis que se le hace a una situación fáctica para determinar una situación jurídica” (Barbosa & Bernal, 2007, p. 170). Por lo tanto, se tratará de una subvención supeditada *de iure* cuando de la misma norma se extrae el condicionamiento, es decir, cuando “se demuestra a partir del texto de la ley, reglamento u otro instrumento legal pertinente” (OMC, 1999, WT/DS70/AB/R, p. 50) que el otorgamiento de la subvención depende del cumplimiento de determinados requisitos. Algo similar dispuso el Grupo Especial en el asunto *Canadá – Automóviles*:

No queremos decir (...) que la letra de la ley debe (...) “estipular expresamente” que la subvención está supeditada a los resultados de exportación, sino más bien que la existencia de una obligación de exportar puede demostrarse sobre la base de la ley o de otro instrumento jurídico pertinente, sin referencia a elementos fácticos externos (OMC, 2000, WT/DS139/R y WT/DS142/R, p. 462).

Por su parte, la prohibición de subvenciones supeditadas *de facto* pretende incluir a aquellas que generan efectos prácticos, independientemente de la forma jurídica que adopten (Luengo, 2006). Entonces, se tratará de una subvención supeditada *de facto* cuando se prueben tres elementos: “en primer lugar, la ‘concesión de una subvención’; en segundo lugar, ‘vinculada a’; y, en tercer lugar, ‘las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos’” (OMC, s.f., WT/DS541/R, p. 108). Evidentemente, la prueba de la supeditación *de facto* es mucho más difícil, pues su existencia tendrá que “inferirse de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodea, ninguno de los cuales será probablemente decisivo por sí solo (...)”¹² (OMC, 1999, WT/DS70/AB/R. p. 50).

¹² Téngase por ejemplo el supuesto señalado por el Grupo Especial en el caso *Canadá – Aeronaves*, en el que se representa claramente una supeditación de facto: “(...) obligando contractualmente a una empresa a producir el doble de lo que vendiera en el país. Una condición de ese tipo requeriría un aumento de las actividades de exportación” (OMC, 1999, WT/DS70/AB/R. p. 30).

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en materia de Trato Nacional

Como reconoce Verhoosel (2002), el GATT “regula la regulación” que adoptan los Estados en múltiples materias, pero principalmente propende por el cumplimiento de la obligación de no discriminación. En lo fundamental, esta obligación contribuye a garantizar relaciones comerciales previsibles y simétricas, en tanto exige a los Estados no tratar de manera menos favorable a productos similares independientemente su origen. Entonces, dados los objetivos de liberalización por los que propende la OMC, resulta previsible que dicho principio se erija como la piedra angular del sistema multilateral de comercio (Cartier, 2003) y que oriente la interpretación y aplicación de todos los demás acuerdos anexos al Acuerdo de Marrakech (constitutivo de la OMC). En términos prácticos, la obligación no discriminación cuenta con dos dimensiones: la obligación de la Nación más Favorecida y la obligación del Trato Nacional. Para efectos de este texto¹³, la última de ellas se encuentra en el artículo III del GATT y su objetivo principal consiste en “evitar el proteccionismo en la aplicación de (...) medidas reglamentarias interiores” (OMC, 1996, WT/DS8/AB/R, p. 20), lo cual se logra al garantizar que “los productos importados, después de abonados los derechos de aduana correspondientes, sean tratados de la misma manera que los productos similares de origen nacional” (OMC, 1958, 7S/60, párr. 11). En consecuencia, el artículo III del GATT sienta un estándar para evaluar la idoneidad del régimen regulatorio de un país, a fin de determinar si este es coherente con los valores y principios de la OMC (Gerhart & Baron, 2004).

Ahora bien, en materia de transición energética, hacer referencia al GATT —en general— y al estándar de trato nacional —en particular— resulta esencial. En primer lugar, porque el GATT es el acuerdo que de manera más general disciplina el comportamiento regulatorio de los Estados cuando sus políticas interfieren en el comercio internacional. Dado su amplio margen regulatorio, el GATT les otorga a los miembros de la Organización múltiples oportunidades de impugnación, y al OSD una extensa capacidad de aplicación e interpretación del Acuerdo. De hecho, como se desarrollará en las páginas siguientes, cualquier medida que afecte “la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior” (ART. III.1, GATT) está sujeta a las disposiciones del Acuerdo en lo que respecta a la obligación de trato nacional. Por ello, todas aquellas políticas implementadas por los Estados para incentivar una economía baja en carbono podrían ser analizadas a la luz de dicha obligación, siempre que con ellas se interfiera de algún modo en el mercado energético o en el mercado de los insumos requeridos para la generación de energía. En segundo lugar, porque, en la práctica, en todas las disputas elevadas ante el OSD a raíz de programas para el fomento a las energías renovables se ha invocado una infracción al estándar de

¹³ Teniendo en cuenta los propósitos enunciados al inicio de este texto, el marco teórico que desarrolla esta sección se limitará a la obligación de Trato Nacional. Ello se debe a que, como se verá más adelante, todos los programas de fomento a la transición energética impugnados y efectivamente eliminados tienen en común que la decisión se fundamentó en incumplimientos a la obligación de Trato Nacional.

Trato Nacional contenido en el artículo III.4 del GATT. Más aun, en todos los casos en que un programa ha sido efectivamente eliminado, ha sido por contravenir dicho estándar. Por lo tanto, esta sección se encargará de analizar el principio de Trato Nacional a la luz de las interpretaciones que el OSD ha adoptado en su aplicación. Fuera de ser un marco meramente teórico, esta subsección tiene el objetivo de identificar las interpretaciones que han dotado de contenido artículo III.4 del GATT, así como los elementos que confluyen en aquellos casos en que se infringe la obligación allí contenida. Al igual que la subsección anterior, este panorama servirá para comprender el contexto jurídico en que se enmarca el caso *Canadá – Energía renovable*.

A. Estándar legal de aplicación del artículo III del GATT

El párrafo 1 del artículo III del GATT constituye la puerta de entrada para la aplicación del estándar de trato nacional. En esencia, el párrafo 1 formula un principio general que “informa el resto del artículo III” (OMC, 1996, WT/DS8/AB/R, p. 22). Ello se debe a que la citada norma proscribiera aquellas regulaciones que imponen una desventaja comercial a los productos extranjeros que compiten en el mercado interno con productos nacionales similares (Hudec, 2000). A su vez, los párrafos subsiguientes del mismo artículo dotan de contenido a la norma, pues contienen obligaciones específicas de no discriminación que aplican dependiendo de la naturaleza de la medida adoptada por el gobierno. Estas pueden caracterizarse así:

Criterio	Artículo III, párrafo 2 del GATT	Artículo III, párrafo 4 del GATT
Naturaleza de la medida	Impuestos o cualquier forma de disposición tributaria.	Cualquier tipo de medida contenida en leyes, reglamentos o prescripciones.
Similitud de los productos	Test de dos niveles: (i) ¿Los productos nacionales y los importados son similares? (ii) ¿Los productos importados son competidores directos o sustitutos en el mercado?	Test de un solo nivel: (i) ¿Los productos nacionales y los importados son similares?
Efecto de la medida evaluada	(i) Si los productos son similares: Identificar si al producto importado se le gravó con un <u>impuesto superior</u> con respecto al producto nacional (análisis cuantitativo)	Identificar si un trato menos favorable fue otorgado a los productos importados con respecto a los productos nacionales.

	(ii) Si los productos son competidores directos o sustitutos en el mercado: Identificar si el producto importado fue gravado <u>de manera similar</u> al producto nacional (análisis valorativo)	
--	--	--

Tabla 1. Elaboración propia con base en el artículo III del GATT.

Ahora bien, como se desarrollará en la siguiente sección, el caso *Canadá – Energía Renovable* fue objeto de análisis en virtud de presuntas infracciones a, entre otros, el artículo III.4 del GATT. Asimismo, en las controversias subsiguientes relativas a programas de fomento a las energías renovables, la misma norma sale a la luz por su presunto incumplimiento. En consecuencia, a fin de acotar el análisis al régimen jurídico aplicable, a continuación, se abordarán a mayor profundidad los criterios de aplicación del artículo III.4 del GATT. Así pues, a fin de determinar si hubo o no una infracción a esta norma, el OSD ha sido reiterativo en señalar que es necesaria la concurrencia tres elementos que se pasan a analizar a continuación: (i) que la medida en cuestión sea una ley, reglamento o prescripción que afecte, en términos generales, la venta y el uso de productos importados en el mercado interior; (ii) que los productos importados y los nacionales sean productos similares; y (iii) que los productos importados reciban un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional (OMC, 2001, WT/DS161/AB/R, p. 45).

B. Elementos para acreditar el incumplimiento de la obligación de trato nacional

- *Leyes, reglamentos o prescripciones que afectan la venta y el uso de productos importados*

En primer lugar, el ámbito de aplicación del artículo III.4 del GATT ha sido interpretado de manera extensa, debido a la amplitud de las expresiones que emplea la citada norma. Tal es el caso de, por ejemplo, la expresión “que afectan” utilizada en el texto literal de la disposición. Al respecto, el OSD ha señalado que la utilización de este enunciado no es fortuita, sino que tendría la intención de abarcar tanto aquellas medidas que rijan directamente la venta y el uso de productos importados, como, además, todas aquellas “que [indirectamente] puedan alterar en el mercado interior las condiciones de competencia” (OMC, 1958, 7S/60, p. 3) entre los productos de origen nacional y los importados.

Siguiendo la misma línea argumentativa, el OSD ha determinado que artículo III.4 cubre tanto leyes, reglamentos o prescripciones de carácter sustancial, como procedimental que afecten la venta y uso de productos importados. Esto ocurre bajo el entendido de que la

inaplicabilidad del artículo respecto de disposiciones procedimentales permitiría que los Estados miembros eludieran su obligación de trato nacional aplicando una ley, reglamento o prescripción que imponga procedimientos menos favorables a los productos importados con respecto a los exigidos a productos similares de origen nacional (OMC, 1989, 36S/345). Esta postura se fortalece, además, con el hecho de que las normas procedimentales no pueden separarse de las disposiciones sustantivas que pretenden ejecutar, y de que el texto literal del artículo III.4 no establece distinción alguna entre disposiciones procedimentales y sustanciales.

Finalmente, otro aspecto relevante para la interpretación de la norma es la utilización de la expresión “prescripciones”. De nuevo, el empleo de este término amplía la cobertura de la obligación de trato nacional en tanto extiende su aplicación—incluso— a medidas que no hayan sido impuestas por el gobierno o por un organismo asociado a este. Indudablemente, las leyes o reglamentos son disposiciones de origen gubernamental, pero el concepto de “prescripciones” permite que una acción emprendida por un actor privado pueda estar cobijada por el artículo III.4, siempre y cuando exista un vínculo entre la acción privada y la aquiescencia de un gobierno:

(...) Si se considera que una actuación privada constituye una "prescripción" en el sentido del párrafo 4 del artículo III, ello significa que en relación con esa actuación un Miembro está sujeto a una obligación internacional, a saber, otorgar a los productos importados un trato no menos favorable que a los productos nacionales.

Por consiguiente, para determinar si una actuación privada constituye una "prescripción" en el sentido del párrafo 4 del artículo III será preciso constatar que entre esa actuación y la actuación de un gobierno existe un vínculo en virtud del cual puede hacerse al gobierno responsable de esa actuación (OMC, 2000, WT/DS139/R y WT/DS142/R).

- *Similitud de los productos*

En segundo lugar, el concepto de productos similares juega un rol fundamental al determinar la cobertura e infracción de múltiples obligaciones estatales en materia de Derecho Internacional Económico. Como resultará evidente más adelante, este criterio es trascendental para comprender el sustento ideológico que antecede al GATT y que, en consecuencia, resulta transversal para comprender las críticas que el presente texto propone en sus secciones finales respecto de la aplicación de este Acuerdo. Pues bien, aunque ni el contenido textual del artículo III.4 ni ninguna otra norma dentro de los Acuerdos Abarcados menciona explícitamente los requisitos para identificar productos similares, la jurisprudencia del OSD ha dado con algunos criterios más o menos estables. Ello ocurre en, por ejemplo, el caso *CE – Amianto*. Allí, retomando lo establecido por el Grupo de Trabajo sobre Ajustes fiscales en frontera, el informe final de *CE – Amianto*

señala que son cuatro los criterios generales para determinar la similitud entre los productos importados y los nacionales objeto de comparación¹⁴:

- i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor -más ampliamente denominados percepciones y comportamiento del consumidor- con respecto a los productos, y iv) la clasificación arancelaria de los productos (OMC, 2001, WT/DS135/AB/R, p. 45).

Así pues, como reconoce Mog Choi (2003), en estos criterios pueden identificarse dos aproximaciones distintas. La primera, denominada por el autor como “enfoque basado en el uso final general del producto” (*end-use in general approach*), abarca los criterios i), ii) y iv), los cuales priorizan elementos objetivos tales como las características y propiedades físicas de los productos, su uso generalizado y su clasificación internacional a efectos arancelarios. Es decir, este enfoque prescinde de evaluar las relaciones del mercado. En contraste, la segunda aproximación denominada “enfoque basado en el uso final del producto en un mercado determinado” (*end-use in a given market approach*) comprende el criterio iii), que da prioridad a elementos “invisibles” como la percepción y el tratamiento que los consumidores les dan a los productos dentro de un mercado concreto, con independencia de las propiedades objetivas de los mismos (Mog Choi, 2003). En esencia, se trata de un análisis del comportamiento de los productos en un mercado concreto.

En todo caso, cada uno de estos enfoques ha sido privilegiado en distintos momentos de la jurisprudencia del OSD. Así, en disputas iniciales como *Estados Unidos – Gasolina, Japón – Bebidas Alcohólicas II* o *Canadá – Publicaciones* el OSD evaluó la similitud de los productos comparados acudiendo al enfoque basado en el uso final general del producto, pues los elementos determinantes para identificar dicha similitud fueron, en todos los casos, las características físicas, los usos finales y la clasificación tarifaria de los productos (Mog Choi, 2003), ignorando, por lo tanto, el rol del consumo y las preferencias en la demanda. En contraste, a partir de *EC – Amianto* se ha privilegiado la relación de competencia en el mercado entre los productos evaluados, adoptando así un enfoque basado en el uso final del producto en un mercado determinado. De ahí que, incluso en los eventos en que se evidencian pronunciadas diferencias físicas entre los productos comparados, siempre que entre ellos exista una relación de competencia, se estará ante productos similares en los términos del artículo III.4 del GATT. Es por esto por lo que refiriéndose al criterio que evalúa los hábitos y gustos del consumidor, el Órgano de Apelación en *EC – Amianto* señaló que:

¹⁴ Vale la pena recordar que el mismo Órgano de Apelación reconoció que estos cuatro criterios constituyen un marco general y que, por lo tanto, simplemente cumplen la función de facilitar el análisis, sin que sean una lista taxativa de caracterización jurídica.

Las pruebas de este tipo son de particular importancia en el marco del artículo III del GATT de 1994, precisamente porque esa disposición se refiere a las relaciones de competencia en el mercado. Si hay -o puede haber- una relación de competencia entre los productos, un Miembro no puede intervenir, mediante reglamentos o impuestos interiores, para proteger la producción nacional.

(...) en los casos en que las pruebas relativas a las propiedades demuestran que los productos de que se trata son, desde el punto de vista físico, totalmente diferentes. En tales casos, a fin de superar esta indicación de que los productos *no* son "similares", los Miembros reclamantes deben soportar la carga más pesada de establecer que, a pesar de las pronunciadas diferencias físicas, existe una relación de competencia tal entre los productos (OMC, 2001, WT/DS135/SB/R, p. 52)¹⁵.

Finalmente, otro punto relevante dentro del análisis de la similitud es la cuestión de si las diferencias en los procesos y métodos de producción (en adelante, PMP) son relevantes al determinar dicha similitud. Como su nombre lo indica, los PMP se refieren a métodos utilizados para la producción de bienes que, a diferencia de las características físicas, no están incorporados —al menos de manera visible— en los productos (Conrad, 2011) y suelen ser considerados por los Estados en la adopción de medidas a fin de estimular ciertas prácticas de producción y consumo. Pues bien, el interrogante de si las diferencias en los PMP son relevantes para establecer la similitud de los productos no ha estado exenta de controversias que han oscilado entre dos posturas. Así pues, los asuntos emblemáticos que las ilustran son la serie de controversias *Atún - Delfines*, dentro de las que se encuentran *Estados Unidos - Atún I*—tramitado a través del anterior procedimiento de solución de diferencias del GATT— y *Estados Unidos - Atún II (México)*.

En síntesis, ambas disputas analizan una prohibición impuesta por Estados Unidos a la importación de atún en cuya pesca no se cumpliera con las normas de protección de delfines fijadas en la Ley de Protección de Mamíferos Marinos —para el caso de *Estados Unidos - Atún I*— y en Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines —para el caso de *Estados Unidos - Atún II (México)*—. Si bien los informes no hacen una mención expresa a los PMP, la postura del grupo especial en la primera de las controversias es evidente respecto de esta temática en el párrafo 5.15 de su análisis. Específicamente, el grupo especial concluyó que las medidas regulatorias basadas en PMP violaban las obligaciones del artículo III.4 del GATT en los siguientes términos: (...) el artículo III.4 exige una comparación del trato otorgado al atún importado como producto con el trato otorgado al atún nacional como producto. **Las regulaciones sobre la captura incidental de delfines durante la pesca de atún no pueden afectar al atún como producto.** Por lo tanto, el artículo III.4 obliga a Estados Unidos a conceder al atún mexicano un trato no menos favorable que el otorgado al atún estadounidense,

¹⁵ Énfasis añadido.

independientemente de si la captura incidental de delfines por parte de embarcaciones mexicanas es similar o no a la de las embarcaciones estadounidenses (OMC, s.f., 39S/155, p. 33)¹⁶.

En este caso es manifiesto que el grupo especial fijó una clara distinción entre productos y procesos, y adicionalmente señaló que el artículo III.4 del GATT establece que aquellas medidas que crean distinciones entre productos en función de los PMP empleados para su obtención y/o elaboración eran inadmisibles *per se* (Conrad, 2011). Contrariamente, en el caso *Estados Unidos – Atún II (México)*, “el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos” (Condon, s.f, p. 148). De ahí que, sin abandonar el enfoque que privilegia las relaciones de competencia en el mercado entre los productos comparados, el grupo especial sostuvo los PMP serían relevantes al efectuar un análisis de similitud, siempre y cuando estos repercutieran en las preferencias de los consumidores. En sus palabras:

La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de la similitud. **En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud** (OMC, 2012, WT/DS381/R, p. 197)¹⁷.

- *Trato menos favorable*

Finalmente, para determinar si una medida infringe el Artículo III.4 del GATT, no basta con identificar que los productos nacionales y los importados son similares, sino que es necesario probar que existe un trato menos favorable concedido para estos últimos. Al respecto, existe una postura uniforme sentada desde el caso *Estados Unidos – Artículo 377*, según la cual el trato menos favorable involucra una afectación a las oportunidades de competencia en el mercado. Entonces, “[l]a frase ‘no deberán recibir un trato menos favorable’ **exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados** en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte la distribución o el uso de productos en el mercado interior” (OMC, 1989, 36S/345, p. 51). Lo que es igual, el “(...) criterio de **la igualdad efectiva de las condiciones de competencia en el mercado interno** constituye el criterio del trato nacional exigible (...) en relación con el "trato no

¹⁶ Énfasis añadido.

¹⁷ Énfasis añadido.

menos favorable" a que se refiere el párrafo 4 del artículo III"¹⁸ (OMC, 1998, WT/DS44/R, p. 578).

Si bien las discusiones respecto del trato menos favorable no han sido tan prolíferas como en el análisis de similitud de los productos, una aclaración importante se encuentra en el caso *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*. Allí, el Órgano de Apelación reconoció que para que el trato sea discriminatorio no basta con que sea formalmente diferente, sino que, en efecto, debe ser 'menos favorable' afectando así las condiciones de competencia entre productos similares. En sentido contrario, el hecho de que no existan diferencias formales en el tratamiento de los productos importados con respecto de los nacionales no permite inferir por sí mismo que no se otorgó un trato menos favorable:

Una diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares no es, por consiguiente, ni necesaria ni suficiente para demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III. En cambio, se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato "menos favorable" que a los productos nacionales similares examinando si una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados (OMC, 2001, WT/DS161/AB/R, p. 47).

II. Estudio del caso Canadá - Energía renovable

Sin aspirar a una exposición exhaustiva, la anterior conceptualización del régimen de subvenciones y del principio de Trato Nacional pretende servir como punto de partida para comprender los criterios jurídicos generales que el OSD aplica en litigios relativos a aquellos eventos en que los Estados, a través de su ejercicio regulatorio, intervienen en los mercados. En consecuencia, la siguiente sección se enfocará aplicar dicho marco jurídico al caso concreto de los incentivos al sector de las energías renovables, tomando como referencia el caso *Canadá – Energía renovable*.

Como se señaló previamente, las subvenciones constituyen uno de los principales instrumentos de política pública empleados por los Estados para fomentar la inversión en sectores estratégicos. En este sentido, frente a los desafíos que supone el cambio climático y en virtud de los compromisos internacionales¹⁹ asumidos por los Estados para reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero, resulta razonable que el

¹⁸ Énfasis añadido.

¹⁹ Los compromisos internacionales adquiridos por los Estados se enmarcan en el contexto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y sus instrumentos complementarios, los cuales constituyen la respuesta global más evidente a los desafíos que supone la crisis climática. Su principal instrumento es el Acuerdo de París, el cual compromete a sus firmantes a reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero, a fin de mantener el aumento de la temperatura promedio mundial por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales (Acuerdo de París, 2015, artículo 2).

sector de las energías limpias sea protagonista en la asignación del gasto público a través de subvenciones. Es así como la intervención estatal a través de incentivos fiscales, inyecciones de capital, préstamos blandos, aprovisionamiento de bienes, entre otros mecanismos (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo [OCDE], 2022), se ha convertido en una práctica común en la lucha contra el cambio climático y en los intentos por descarbonizar las economías (OCDE, 2022). De hecho, un informe divulgado por la Agencia Internacional de Energía Renovable (2022) advierte la importancia de las subvenciones en el proceso de la transición energética. El informe señala que mecanismos fiscales y financieros como los incentivos tributarios, los subsidios y las subvenciones complementan las regulaciones internas de los Estados en materia de precios, y son necesarias para mejorar el acceso al capital, reducir costos de financiamiento y garantizar la disponibilidad de las tecnologías utilizadas para la transición energética.

Como era de esperarse, esta creciente tendencia a incentivar económicamente la inversión en mercados de energías limpias ha impactado en el sistema multilateral de solución de controversias de la OMC, donde es considerable el número de reclamaciones contra programas que otorgan este tipo de incentivos. En total, se han elevado seis controversias a conocimiento de dicho órgano en esta materia²⁰ siendo los casos *Canadá - Energía renovable*²¹ y *Canadá - Programa de tarifas reguladas*²² —resueltos de manera conjunta— los más relevantes. En primer lugar, ello se debe a que estas controversias constituyen el primer pronunciamiento del OSD en materia de subvenciones a las energías renovables; y, en segundo lugar, a que los criterios jurídicos allí establecidos no han sido modificados por ninguna decisión posterior. De hecho, de las cinco disputas iniciadas con posterioridad, ninguna de ellas ha concluido con un pronunciamiento del OSD por las presuntas violaciones al ASMC alegadas, aunque en algunos casos sí se han proferido decisiones con base en el GATT, cuyos estándares de aplicación, como se vio, difieren de los establecidos en el acuerdo específico sobre subvenciones. Con ello en mente, este apartado del texto se enfocará en exponer el contenido de los casos *Canadá - Energía renovable* y *Canadá - Programa de tarifas reguladas*, haciendo especial énfasis en los hechos y contexto de la controversia, los argumentos esgrimidos por los Estados que intervinieron y los fundamentos de la decisión proferida por el Grupo Especial, en primera instancia.

²⁰ Vale la pena resaltar que este número no incluye las acciones unilaterales de imposición de derechos compensatorios adoptadas internamente por distintos Estados; ni los tres casos de subvenciones a biocombustibles sometidos a consideración del OSD, cuyo análisis requiere de precisiones particulares. Los casos aquí señalados se refieren a subvenciones concretas a energías producidas a partir de instalaciones eólicas y solares.

²¹ Reclamante: Japón.

²² Reclamante: Unión Europea.

A. Hechos y contexto de la controversia

El 13 de septiembre de 2010, Japón solicitó consultas con Canadá y el 11 de agosto del año siguiente la Unión Europea hizo lo mismo. Ambas reclamaciones se referían a los contratos de tarifas y micro-tarifas reguladas celebrados en el marco de los Programas TR y Micro-TR, creados por la provincia de Ontario para determinados proyectos de producción de energía renovable proveniente de fuentes eólica y solar fotovoltaica. Mediante líneas argumentales ligeramente diferentes, tanto Japón como la Unión Europea alegaban, en esencia, que los Programas TR y Micro-TR mantenían subvenciones prohibidas, supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia de los importados, infringiendo así los párrafos 1(b) y 2 del artículo 3 del ASMC.

Con estos programas, desde 2009, el gobierno provincial de Ontario pretendía incentivar la producción de electricidad proveniente de generadores eólicos y solares, atando el beneficio a una serie de requisitos de contenido local. Sin embargo, la intervención estatal en el mercado de electricidad en Ontario no era nueva. Dos años antes, a partir de 2007, la provincia había decidido eliminar gradualmente todas las generadoras eléctricas a base de carbón para 2014, lo que implicaba un cambio en sus modelos de producción energética a largo plazo. Sumado a lo anterior, el gobierno subnacional intervenía permanentemente en distintos ámbitos del mercado de electricidad a través de sus instituciones. En primer lugar, la empresa pública *Ontario Power Generation* era la principal proveedora de energía, junto con otros proveedores independientes²³. Al mismo tiempo, la entidad *Hydro-One*, constituida por capital público-privado, era la dueña de las casi todas las líneas de transmisión y distribución de la electricidad. Y, finalmente, la regulación y administración del sistema corría por cuenta de dos entidades públicas: por un lado, *Ontario Power Authority* (OPA), encargada de celebrar contratos con los proveedores de electricidad; y por el otro, *Independent Electricity System Operator* (IESO), encargada de intermediar la transferencia de fondos entre los consumidores y proveedores de electricidad. De ahí que el legado de las intervenciones regulatorias incluyese una prolongada propiedad pública, un congelamiento prolongado de los precios de la electricidad y una estricta gestión regulatoria por parte del gobierno (Charnovitz & Fischer, 2015).

Bajo este contexto, en 2009, Ontario adoptó los Programas TR y Micro-TR, con el objetivo de garantizar la prestación de un servicio fiable y permanente de energía ante la eliminación inminente de las generadoras eléctricas a base de carbón. Con ello en mente, los programas fueron estructurados aplicando el conocido instrumento de tarifas de inyección (*feed-in tariff* o FIT, por sus siglas en inglés), el cual consiste en la celebración de contratos a largo plazo, donde la entidad estatal asegura la compra al por mayor de la electricidad puesta en la red de transmisión a un precio fijo y superior al del mercado. En

²³ Dentro de estos proveedores independientes se encontrarían, posteriormente, los beneficiarios de los Programas TR y Micro-TR.

el caso concreto, los contratos tenían una vigencia de 20 años y la elegibilidad de los contratistas estaba condicionada al cumplimiento de un requisito mínimo obligatorio de contenido nacional (*local content requirement* o LCR, por sus siglas en inglés). Este requisito establecía que entre el 25% y el 50% del costo total del proyecto en instalaciones eólicas, y entre el 40% y el 60% en instalaciones solares, debía corresponder a insumos y mano de obra originarios de Ontario, utilizados en la fabricación de las instalaciones generadoras de electricidad.

B. Argumentos de las partes

En el origen de la controversia, tanto Japón como la Unión Europea, alegaron que los Programas TR y Micro-TR otorgaban subvenciones prohibidas por estar supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia de los importados. Si bien el reclamo era el mismo, la diferencia en su argumentación radicó en la modalidad de contribución financiera que cada Estado alegaba.

Por un lado, Japón señalaba que la medida cuestionada era una contribución financiera bajo la forma de transferencia directa de fondos (ASMC, artículo 1(a)(1)(i)), porque lo que en la práctica ocurría era una donación condicionada a que los generadores de electricidad: (i) construyeran una planta de energía renovable; (ii) en cuya instalación se emplearan insumos y mano de obra provenientes de Ontario en los porcentajes establecidos; (iii) y que la electricidad producida fuese efectivamente suministrada a la red de Ontario. Según Japón, la concurrencia de estos tres elementos le permitía al contratista obtener una suma de dinero a título de donación. Por su parte, la Unión Europea argumentó que el programa impugnado no era una contribución financiera, sino una forma de sostenimiento de ingresos o precios (ASMC, artículo 1(a)(2)), porque a través de la OPA, el gobierno provincial acordaba un contrato bajo un precio fijo, garantizado y superior al del mercado por un tiempo prolongado.

En este punto resulta relevante destacar la defensa presentada por Canadá, que alegó que sus programas consistían en una contribución financiera bajo la forma de una compra de bienes por parte del gobierno (ASMC, artículo 1(a)(1)(iii)), siendo la electricidad el “bien” objeto de la transacción. Más allá del razonamiento que fundamentó su postura, es interesante evidenciar cómo, mediante la caracterización de la medida, Canadá intentó dificultar el siguiente paso del análisis: identificar el otorgamiento de un beneficio por parte del gobierno. Por un lado, si la medida se interpretaba como una transferencia de fondos o como una forma de sostenimiento de precios (postura que sostenía Japón y la UE, respectivamente), la existencia de un beneficio habría sido casi automática, ya que este tipo de medidas, por su naturaleza, colocan a sus destinatarios en una situación más favorable que la que podrían alcanzar bajo las dinámicas normales del mercado (Charnovitz & Fischer, 2015). Por el otro, al tratar la medida como una compra de bienes por el gobierno, el análisis para determinar la existencia de un beneficio era más complicado. En estos casos, al existir una compra de por medio, el análisis del beneficio

implica determinar un punto de referencia, esto es, un precio comparable dentro del mercado al que pertenecen los destinatarios de la medida. Esto ocurre porque la compra de bienes por parte del gobierno no concede, por sí misma, un beneficio, sino solo cuando el precio pagado es artificialmente superior.

Otro punto importante dentro de la discusión, fueron los argumentos presentados por las partes en cuanto a la existencia del beneficio. En general, tanto Japón como la Unión Europea señalaban que las medidas impugnadas otorgaban un beneficio porque: (i) ambos programas garantizaban que los productores TR y micro-TR recibieran un precio superior al de la electricidad en el mercado mayorista de Ontario o de provincias vecinas; (ii) y las medidas conferían unos pagos que no habrían sido posibles sin la existencia de ambos programas, teniendo en cuenta el mercado “liberalizado” de electricidad que existía en la provincia desde el año 2002. Canadá, por su parte, presentó una defensa interesante ante estos razonamientos, argumentando que los reclamantes habían cometido un error al seleccionar el mercado mayorista de electricidad como punto de referencia para la comparación. Según Canadá, los reclamantes pasaban por alto un aspecto esencial que sustentaba la compra de electricidad a través de los programas impugnados: su origen a partir de fuentes renovables. Para este Estado, el punto de referencia adecuado no era el mercado mayorista de energía, sino el mercado particular de generadores que emplearan tecnologías eólica y solar fotovoltaica. Si bien la electricidad era la misma independientemente de la fuente que la producía, no existía un mercado único de electricidad en Ontario, pues las distintas tecnologías de producción no competían entre sí.

C. Argumentos y decisión del Grupo Especial

En primer lugar, el Grupo Especial se ocupó de analizar la naturaleza de la medida a partir de las reclamaciones y defensa presentadas por las partes. En este sentido, su labor consistió en determinar si la medida impugnada era un sostenimiento de precios, o una contribución financiera bajo la modalidad de transferencia directa de fondos o de compra de bienes por parte del gobierno. Al respecto, el Grupo Especial reconoció que los programas TR y Micro-TR eran una compra de bienes por parte del gobierno provincial de Ontario, acogiendo la postura de Canadá en su defensa. A grandes rasgos, los argumentos sostenidos en el informe fueron dos. Por un lado, el Grupo Especial reconoció los contratos TR y micro-TR manifestaban expresamente el objeto de “pagar” solo por aquellos kW efectivamente suministrados a la red de transmisión y distribución de Ontario, lo cual excluía la posibilidad de que la medida fuera una donación condicionada. Y por el otro, esclareció que la compra de un bien no conlleva necesariamente a la posesión física del mismo, sino a la transferencia de la titularidad a cambio de un pago. Como sucedía en el presente caso, la provincia de Ontario se hacía dueña de la electricidad, aunque no la poseyera físicamente, dada la naturaleza de la electricidad y sus propiedades distintas a otros bienes materiales.

Habiendo identificado la naturaleza de la medida, el Grupo Especial continuó analizando si esta otorgaba o no un beneficio a sus destinatarios. Como se mencionó en la parte inicial del texto, el primer paso de este análisis consiste en identificar el mercado que servirá de punto de referencia en la comparación, a fin de determinar si hubo o no concesión de una ventaja. Fue en este punto donde el Grupo Especial tuvo que construir todo un razonamiento en torno a las características económicas de los mercados de electricidad en general y del mercado provincial de Ontario en concreto, para, finalmente, determinar que el mercado mayorista de electricidad alegado por Japón y la Unión Europea no era un punto de referencia adecuado. En concreto, el Grupo Especial se refirió a la naturaleza y características propias de los mercados de electricidad, en los cuales no existe una competencia efectiva y, por el contrario, requieren de una alta intervención estatal que garantice el suministro permanente y sostenible en el tiempo. Entre estas características se encuentra, por ejemplo, la naturaleza del bien comercializado. De hecho, al ser la electricidad un intangible imposible de almacenar, su generación y su consumo ocurren simultáneamente, lo que conlleva a que el sistema de transmisión falle cuando demanda y oferta se desequilibran. En consecuencia, los precios de la energía son altamente volátiles y sujetos a las contingencias del consumo y de la generación. A ello se suma la diversidad de costos de producción y márgenes de rentabilidad entre las distintas tecnologías de generación presentes en el mercado, a pesar de que el precio final que paga el consumidor es el mismo, pues no tiene en cuenta de la fuente que haya generado la electricidad. De ahí que para el Grupo Especial resultase imprescindible una intervención estatal orientada a asegurar sistemas eléctricos fiables, y sostenibles en términos técnicos, económicos y ambientales, ya que su consolidación no podría lograrse únicamente mediante las leyes del mercado.

Seguidamente, estas observaciones fueron puestas en contexto por el Grupo Especial, quien concluyó que ni el mercado mayorista de electricidad de Ontario ni los demás mercados presentados por los reclamantes eran puntos de referencia adecuados para efectuar el análisis comparativo de la existencia de un beneficio:

(...) [L]os 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 (...) 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 (OMC, 2012, WT/DS412/R y WT/DS426/R, p. 146).

Ahora bien, el Grupo Especial tampoco avaló la postura de Canadá, pues consideró que no existían mercados eléctricos diferenciados según las tecnologías de generación, dado que, para los consumidores, no existía una distinción de los “tipos” de electricidad en función de su fuente generadora al momento de pagar el precio final:

(...) 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. 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 (OMC, 2012, WT/DS412/R y WT/DS426/R, p. 150)²⁴.

De hecho, el Grupo Especial admitió que, si se tomara como punto de referencia un mercado mayorista de electricidad competitivo, los contratos TR y Micro-TR calificarían necesariamente como subvenciones. Sin embargo, en el caso concreto, no se logró demostrar la existencia de dicho mercado. Por ello, el Grupo Especial optó por proponer el que, a su juicio, constituía el punto de referencia más adecuado para desarrollar el análisis. Así, sostuvo que debía compararse la tasa de rentabilidad obtenida por los productores TR y Micro-TR con la alcanzada por proyectos con un perfil de riesgo similar. Estos proyectos serían aquellos en los que los distribuidores de electricidad, en cumplimiento de una obligación impuesta por el gobierno, estuviesen obligados a adquirir energía de productores que operaran centrales eólicas o solares fotovoltaicas de escala comparable. En esencia, la postura del Grupo Especial se basó en el principio de maximización de beneficios, como lo refleja su informe:

(...) [C]ualquier distribuidor racional al que se ha encomendado que compre un volumen de electricidad que no es insignificante a productores (...) 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) (OMC, 2012, WT/DS412/R y WT/DS426/R, p. 153).

²⁴ Énfasis añadido.

En este punto, el Grupo Especial decidió finalizar su análisis respecto de las alegaciones formuladas por violaciones al ASMC, dado que consideró que no contaba con información suficiente para identificar el mercado relevante en el caso concreto.

III. Argumentos y decisión del Órgano de Apelación para el caso Canadá – Energía renovable

Hasta ahora, resulta evidente la perspectiva marcadamente economicista adoptada por el Grupo Especial al evaluar el programa canadiense impugnado. En esencia, este centró su análisis en criterios de mercado para definir lo que consideró como el mercado relevante. Si bien reconoció la existencia de intervención estatal —al ser esta la que imponía la obligación de adquirir energía proveniente de fuentes limpias—, asumió que los distribuidores de electricidad continuaban tomando decisiones orientadas por la maximización de sus beneficios, como si operaran en condiciones puramente comerciales. No ocurrió lo mismo con el Órgano de Apelación, cuya decisión dejó en firme una línea argumental sorprendentemente distinta en algunos aspectos. Cabe recordar que, en este caso, las reclamaciones relativas a los programas TR y Micro-TR se fundamentaban tanto en presuntas violaciones al ASMC, como en presuntas infracciones al GATT. Entonces, esta sección se centrará en exponer la decisión adoptada por el Órgano de Apelación respecto de ambas reclamaciones, con el propósito final de —en la última sección— examinar sus consecuencias, los debates que ha suscitado y las reflexiones críticas que plantea este texto.

A. Argumentos del Órgano de Apelación por presuntas infracciones al artículo 1, párrafo 1 del ASMC

En principio, el Órgano de Apelación mantuvo en firme la postura adoptada por el Grupo Especial en cuanto a la naturaleza jurídica de la medida, al acoger el argumento de que los programas impugnados constituían contribuciones financieras en forma de compra de bienes. Sin embargo, no ocurrió lo mismo respecto del criterio jurídico aplicado por el Grupo Especial en lo relativo a la determinación del mercado utilizado como punto de referencia para identificar la existencia de un beneficio. En este sentido, el Órgano de Apelación señaló que, si bien el Grupo Especial acertó en considerar inadecuada la comparación de los programas impugnados con los términos y condiciones de un mercado mayorista competitivo de electricidad, cometió un error al concluir que la energía proveniente de fuentes eólicas y/o solares no constituía un mercado en sí mismo. Para el Órgano de Apelación, el desacierto radicó en que el Grupo Especial determinó el mercado pertinente basándose exclusivamente en la demanda de energía. El hecho de que los consumidores finales de energía no pudieran identificar la fuente de la electricidad que consumían no era, a su juicio, un criterio suficiente para descartar la existencia de un mercado específico para la electricidad generada a partir de fuentes renovables.

Por el contrario, para el Órgano de Apelación el análisis debió considerar que elementos como los tipos de contratos celebrados al margen del Programa TR, la diferencia de cargas generadas entre fuentes renovables y convencionales, los costos de producción, o incluso las exigencias del gobierno provincial de una determinada combinación de suministro, hacían del mercado de energía renovable uno suficientemente individualizable para ser tomado como punto de referencia:

(...) los factores relacionados con la oferta indican que los productores de electricidad a partir de energía eólica y solar FV no pueden competir con otros productores de electricidad debido a las diferencias en las estructuras de costos y en los costos y características de explotación. Las tecnologías solares FV y eólica tienen costos de capital muy elevados (en comparación con otras tecnologías de producción), costos de explotación muy bajos y menos economías de escala, por no decir ninguna. Las tecnologías eólica y solar FV producen electricidad de forma intermitente (en función de que haya viento y sol) y no se puede recurrir a ellas en los casos de la electricidad de carga básica y de carga máxima (OMC, 2013, WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, p. 141).

En otras palabras, las diferencias especialmente relacionadas con la oferta de electricidad tienen efectos sobre los costos y características propias de cada tecnología de producción, sea esta convencional o renovable, individualizando el mercado de la electricidad producida a partir de fuentes renovables. De haber examinado estos factores, el Grupo Especial habría concluido la existencia un mercado concreto de electricidad producida a partir de fuentes renovables como punto de referencia para efectuar el análisis de la existencia de un beneficio. En definitiva, la consideración de factores relacionados con la oferta para delimitar el mercado relevante fue una técnica jurídica novedosa que el Órgano de Apelación introdujo para dificultar que los demandantes demostraran la existencia de un “beneficio” bajo el artículo 1.1(b). La comparación ya no se realizaba entre los precios del programa FIT y los precios de la electricidad en mercados competitivos, sino entre los precios del programa FIT y los precios de la electricidad en mercados competitivos de electricidad renovable (Asmelash, 2022).

Adicionalmente, el Órgano de Apelación observó que, si el Grupo Especial hubiera considerado criterios adicionales a la demanda, también habría advertido que la producción de electricidad a partir de fuentes eólicas y solares fotovoltaicas no habría sido viable sin intervención gubernamental en la determinación de la combinación de suministro. En otras palabras, según el Órgano de Apelación, el mercado de fuentes de energía renovables existía precisamente *gracias* a la intervención del gobierno provincial de Ontario y a las exigencias de suministro que este establecía mediante sus programas gubernamentales, garantizando así un acceso permanente, fiable y a largo plazo a electricidad proveniente de fuentes renovables. No obstante, fue enfático en señalar que la creación de un mercado por parte del gobierno no implica, por sí sola, la concesión de un beneficio. Este solo se configura cuando la intervención gubernamental no deja un

“margen significativo” para que agentes privados operen basados en consideraciones comerciales (OMC, 2013, WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, p. 145):

(...) Convendría establecer una distinción entre las intervenciones gubernamentales que crean mercados que de otro modo no existirían, por un lado, y otros tipos de intervención gubernamental para apoyar a determinados participantes en mercados que ya existen o para corregir distorsiones de dichos mercados, por otro. **Cuando un gobierno crea un mercado, no puede decirse que la intervención gubernamental lo distorsiona, ya que no existiría si el gobierno no lo hubiera creado.** Si bien la creación de mercados por un gobierno no da lugar, *en y por sí misma*, a subvenciones en el sentido del Acuerdo SMC, las intervenciones gubernamentales en mercados existentes pueden equivaler a subvenciones si adoptan la forma de una contribución financiera, o de sostenimiento de los ingresos o de los precios, y si otorgan un beneficio a empresas o ramas de producción específicas (OMC, 2013, WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, p. 144) ²⁵.

Finalmente, el Órgano de Apelación reconoció que la intervención estatal en mercados de electricidad no solo busca garantizar un suministro permanente y fiable a partir de la diversificación de las fuentes de generación energética, sino que también responde a la decisión gubernamental de reducir progresivamente la dependencia a los combustibles fósiles agotables.

B. Argumentos del Órgano de Apelación por presuntas infracciones al artículo III, párrafo 4 del GATT

Como se expuso previamente, en su análisis por la presunta infracción al artículo 1, párrafo 1 del ASMC, el Órgano de Apelación puso de presente consideraciones de política pública que pueden tener los Estados para la creación de nuevos mercados de electricidad. Teniendo presente la postura tradicional de la OMC respecto de la intervención estatal en los mercados —donde poco importan los valores y/o intereses que dicha intervención persiga proteger—, la aproximación adoptada por el Órgano de Apelación al evaluar presuntas infracciones de los programas TR al ASMC es inusual. Como se pasa a desarrollar, lo extraño de la decisión respecto del ASMC se reafirma al contrastarla con las infracciones identificadas por el OSD a la obligación de trato nacional.

Así pues, habiendo identificado los estándares que rigen en la aplicación del artículo III.4 del GATT, resulta evidente que los Estados reclamantes adujeran que los programas TR y Micro-TR eran violatorios del principio de Trato Nacional, dados los requisitos de contenido local que debían cumplir los contratistas para ser beneficiarios de dichos programas. Según argumentaban las partes, al imponerse este requisito, la provincia de

²⁵ Énfasis añadido.

Ontario concedía un trato menos favorable a los equipos importados de producción de energía renovable, en comparación a productos similares de origen nacional, ya que la elegibilidad de los contratistas para la adjudicación de los contratos estaba *condicionada* a la utilización de un porcentaje de insumos y mano de obra originarios de Ontario.

Por la manera en que fueron formulados los argumentos por los Estados intervinientes, el análisis jurídico que realizó el Grupo Especial —y que fue posteriormente confirmado por el Órgano de Apelación— consistió en determinar si las medidas en litigio estaban cobijadas dentro de párrafo 1, literal a) de la lista ilustrativa contenida en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (en adelante, AMIC). Esta norma establece que las MIC incompatibles con la obligación de Trato Nacional del artículo III.4 del GATT son aquellas que cumplen tres requisitos acumulativos: (i) haber sido impuestas en virtud de la ley o de resolución administrativa; (ii) que, como condición para obtener una ventaja; (iii) prescriban a las empresas comprar o utilizar productos de origen nacional, en términos de tipo, volumen, valor o proporción. En esencia, esta norma refleja la filosofía de no discriminación que impera en todos los Acuerdos Abarcados y consiste en una aplicación concreta del principio de Trato Nacional.

Entonces, aplicando un razonamiento lineal de tres pasos, el OSD consideró que los programas TR y Micro-TR estaban cobijados por el ámbito de aplicación del AMIC, en los términos del párrafo 1, literal a) y, en consecuencia, eran violatorios del artículo III.4 del GATT. En primer lugar, el informe señala que, teniendo en cuenta la manera en que actúa la prescripción del *nivel mínimo obligatorio de contenido nacional* dentro de los contratos TR, en todos los casos era necesario que el contratista utilizara —al menos— algunos productos fabricados en Ontario, a fin de cumplir con los requisitos habilitantes para contratar con la OPA (OMC, 2012, WT/DS412/R y WT/DS426/R, p. 89). En segundo lugar, el informe evaluó la normativa aplicable a los programas, identificando que el cumplimiento del *nivel mínimo obligatorio de contenido nacional* era un requisito previo para participar en el programa, y cuya inobservancia colocaba a los contratistas en situación de incumplimiento de sus obligaciones contractuales²⁶ (OMC, 2012, WT/DS412/R y WT/DS426/R, p. 90). Además, el cumplimiento de estos requisitos otorgaría al contratista una *ventaja concreta*, consistente la garantía de una tasa de rentabilidad razonable para su negocio, a través de la compra de energía a un precio fijo, por un periodo de 20 años.

²⁶ Entre los elementos que demostraban que las leyes y reglamentos de Ontario prescribían la utilización de productos de origen nacional se encontraban determinadas solicitudes de autorización previas a iniciar la operación, incluyendo en ellas un “plan de contenido nacional”, así como la presentación de “informes sobre el contenido nacional” periódicos una vez iniciada la operación.

C. Decisión final

Respecto de las alegaciones formuladas por los reclamantes al margen del ASMC, Órgano de Apelación reconoció que, en el caso de los programas TR y Micro-TR, no contaba con los elementos fácticos suficientes para determinar si el gobierno de Canadá estaba otorgando un beneficio a través de dichos programas. En consecuencia, el Órgano de Apelación se limitó a fijar el estándar interpretativo para los casos en que los gobiernos crean mercados que de otro modo no existirían, sin aplicarlo al asunto concreto de los programas TR y Micro-TR. Por su parte, si bien el Órgano de Apelación conoció de algunas impugnaciones presentadas por Canadá, Japón y la Unión Europea, optó por conservar en su integridad las interpretaciones y la decisión que tomó el Grupo Especial previamente, respecto de las presuntas infracciones al artículo III.4 del GATT y al artículo 1, literal a) de la lista ilustrativa del AMIC.

IV. Consecuencias de la decisión. Comentarios y prácticas litigiosas de los Estados con ocasión del caso Canadá – Energía renovable

Con un panorama más o menos claro acerca del régimen jurídico que regula aquellas medidas con las que los Estados intervienen en la economía, y a partir de un caso práctico que permitió aplicar dicho régimen a los incentivos gubernamentales a la transición energética, esta sección del texto indagará acerca de la pregunta central que orienta las reflexiones del presente texto: ¿la transición energética cuenta con un respaldo jurídico suficientemente sólido en el Derecho Internacional Económico de la OMC dada la jurisprudencia vigente del OSD? . Con ello en mente, esta sección del texto está compuesta de dos apartados. El primero, desarrollará los efectos prácticos que dicha decisión ha tenido, a partir de la exposición sucinta de casos posteriores en los que los gobiernos implementaron programas de incentivo a la transición energética. El segundo, presentará brevemente los pronunciamientos, críticas y observaciones de la academia, derivados de la decisión en el caso de Canadá.

A. Consecuencias derivadas de la decisión Canadá – Energía renovable. Casos posteriores y tendencias de litigio

Como se anticipaba al inicio del texto, el caso *Canadá – Energía renovable* se inscribe dentro de un significativo corpus jurisprudencial de la OMC que aborda las tensiones entre comercio y medio ambiente. Sin embargo, esta disputa adquiere particular relevancia, dado que constituye el primer pronunciamiento del OSD sobre los subsidios vinculados a la transición energética. Por lo tanto, es razonable anticipar que los criterios interpretativos establecidos en este caso han influido en controversias posteriores, no solo porque se fijaron estándares para evaluar medidas adoptadas por otros Estados en el fomento de la transición energética, sino también, porque, en la práctica, estos criterios han incidido en las estrategias de litigio empleadas por los Estados y por el propio OSD en casos similares. Así pues, del total de 43 disputas iniciadas en el lapso de 11 años por

presuntas infracciones al ASMC²⁷, 5 de ellas se dirigen contra medidas de fomento a las energías renovables, las cuales, en orden cronológico han sido: (i) *China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica* (2011); (ii) *Unión Europea y determinados Estados miembros – Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable* (2012); (iii) *India - Células solares* (2016); *Estados Unidos - Energía renovable* (2019); y (iv) *Estados Unidos - IRA (China)* (2024)²⁸.

Ahora bien, lo verdaderamente interesante no radica en la cantidad de disputas gestionadas por el sistema multilateral de solución de controversias, sino en que en ninguno de los cinco casos registrados se emitió un pronunciamiento de fondo respecto de infracciones al ASMC, ni siquiera como una reiteración de lo resuelto en el caso de *Canadá - Energía renovable*. Por tanto, resulta crucial analizar el comportamiento y las estrategias adoptadas tanto por los Estados miembros como por el OSD al abordar estas reclamaciones. Un recuento sucinto de las controversias se realiza a través de la siguiente tabla:

Diferencias elevadas ante el sistema multilateral de solución de controversias de la OMC relativas a medidas que fomentan o promueven la transición a energías limpias en presunta transgresión al ASMC y al GATT			
Nombre de la disputa	Acuerdos invocados	Medida	Estado del caso
China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica (DS419)	ASMC	Concesión de donaciones, fondos o adjudicaciones a empresas que fabricaran equipos de energía eólica en China.	China eliminó el programa cuando el caso aún se encontraba en consultas.
Unión Europea y determinados Estados miembros –	GATT y ASMC	Prescripciones de contenido nacional relativas a programas	China (Estado reclamante) abandonó

²⁷ De las 43 diferencias, 5 fueron elevadas en la segunda mitad del 2023, 3 en 2014, 4 en 2015, 4 en 2016, 5 en 2017, 5 en 2018, 6 en 2019, 2 en 2020, 3 en 2021, 1 en 2022, 2 en 2023 y 3 en 2024.

²⁸ Los años señalados corresponden a la fecha de distribución del informe final de un grupo especial o del Órgano de Apelación, según sea el caso. En aquellos eventos en los que el procedimiento no concluyó con el informe definitivo de algún tribunal, el año corresponde a la fecha del último documento que reposa en la base de datos de la OMC.

<p>Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable (DS452)</p>		<p>de tarifas reguladas (FIT), adoptados por Italia y Grecia en virtud de las facultades delegadas a través de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.</p>	<p>sus reclamaciones en fase de consultas.</p>
<p>India – Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares (DS456)</p>	<p>GATT, AMIC y ASMC</p>	<p>Prescripciones de contenido nacional relativas al programa de tarifas reguladas (FIT) JNNSM, según el cual sus beneficiarios debían usar módulos y/o células solares fabricados en la India, dependiendo del lote y fase del proyecto de generación energética.</p>	<p>Pronunciamiento del Grupo Especial, el cual encontró la medida inconsistente con el artículo III.4 del GATT y con el artículo 2, párrafo 1 del AMIC.</p> <p>Respecto del ASMC, el Estado reclamante (Estados Unidos) optó por retirar sus reclamaciones.</p>
<p>Estados Unidos – Determinadas medidas relativas al sector de la energía renovable (DS510)</p>	<p>GATT, AMIC y ASMC</p>	<p>Concesión incentivos financieros adicionales (pagos) sometidos a prescripciones de contenido nacional y fijados por los gobiernos estatales de Washington, California, Montana, Connecticut, Michigan, Delaware y Minnesota. Según el Estado, el incentivo oscilaba entre el 5%, el 10% y el 20% adicional al precio</p>	<p>Pronunciamiento del Grupo Especial que encontró la medida inconsistente con el art. 3, párr. 4 del GATT y con el art. 2.1 del AMIC.</p> <p>No hubo pronunciamiento respecto del ASMC, pues el Grupo Especial consideró aplicable el principio de economía procesal.</p>

		pagado por kW suministrado.	
Estados Unidos – Determinadas bonificaciones fiscales en virtud de la ley de reducción de la inflación (DS623)	GATT y ASMC	Bonificaciones fiscales para los vehículos limpios y bonificaciones fiscales para las energías renovables (tanto para las inversiones como para la energía producida), sometidas a prescripciones de contenido nacional. Estas medidas fueron adoptadas a través de la Ley de Reducción a la Inflación (IRA, por sus siglas en inglés).	El Grupo Especial establecido en septiembre de 2024.

Tabla 2. Elaboración propia con base en el buscador de casos la OMC y en los textos de Asmelash (2022) y de Espa & Marín (2018).

La anterior tabla sugiere algunos puntos relevantes que comparten los programas impugnados, así como el trámite que se les dio al interior del OSD, los cuales se pasan a mencionar. En primer lugar, respecto de la naturaleza de las medidas impugnadas, en dos de las disputas (DS452 y DS456) las reclamaciones se dirigen contra programas FIT, similares a los programas TR y Micro-TR adoptados por Canadá (DS412 y DS426). En los demás casos, las medidas adoptan otras formas de estímulos gubernamentales al sector de energías renovables (DS419, DS510 y DS623). Además, en todos ellos, el otorgamiento de la presunta subvención estaba sometida a requisitos de contenido local, consistentes en la utilización de insumos o en la contratación de mano de obra local o nacional.

En segundo lugar, aunque en todos los casos se alegaron inicialmente infracciones a las obligaciones derivadas del ASMC, en ninguno de ellos se emitió un pronunciamiento de fondo al respecto. Las razones son diversas. En algunos casos, los procedimientos fueron abandonados en fase de consultas por los mismos Estados (en DS419 debido a la eliminación del programa impugnado, y en DS452 por abandono del trámite), lo que impidió un pronunciamiento por parte del OSD. En otros, los grupos especiales

determinaron la vulneración los demás acuerdos invocados (GATT y AMIC), pero se inhibieron de pronunciarse respecto del ASMC, ya sea alegando motivos de economía procesal (DS510) o debido al retiro de las reclamaciones por parte del Estado reclamante (DS456).

Finalmente, el único caso que podría significar un cambio en esta tendencia es *Estados Unidos – IRA* (DS623), debido a que el Grupo Especial fue recientemente constituido en septiembre de 2024. Según China en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, la regulación impugnada constituye “(...) la mayor medida en materia de subvenciones de la historia económica moderna. Según las estimaciones oficiales, el valor de las subvenciones relacionadas con el clima otorgadas en el marco de la IRA rondaría los 393.000 millones de dólares”, lo que indica que vale la pena seguir de cerca los pronunciamientos de fondo que se emitan en torno a esta controversia. (OMC, 2024, WT/DS623/, p. 1).

B. Comentarios doctrinales derivados de la decisión Canadá – Energía renovable

En principio, el pronunciamiento del Órgano de Apelación en el caso *Canadá – Energía renovable* podría considerarse un avance frente a las críticas habituales de sectores académicos y ambientalistas, quienes en múltiples oportunidades han advertido acerca de los obstáculos que impone el ASMC a los Estados en su interés por adoptar “políticas verdes”²⁹. En términos generales, estas críticas señalan que, a diferencia de otros acuerdos, el ASMC carece de un listado de excepciones que conceda a los Estados un margen regulatorio suficientemente flexible para adoptar subvenciones “deseables” a las energías renovables, por lo que abogan por su reforma (Rubini, 2012)³⁰.

Como es bien sabido, la norma que por excelencia consagra un régimen de excepcionalidad al interior de la OMC es el artículo XX del GATT. En esencia, este artículo señala una serie de eventos en los que los Estados miembros pueden desviarse de

²⁹ Respecto de las dificultades que presenta el ASMC para la adopción de políticas verdes, véase Asmelash, H. (2015). Energy Subsidiers and WTO Disputte Settlement: Why only renewable energy subsidies are challenged. *Journal of International Economic Law*, 18(2), 261-285; Bigdeli, S.Z. (2011). Resurrecting the Dead? The Expired Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of Green Space. *Manchester Journal of International Economic Law*, 8(2), 2-37; Cosbey, A. y Mavroidis, P. (2014). A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO. *Journal of International Economic Law*, 17(1), 11-47.

³⁰ Esta crítica se inserta en la tendencia que aboga por una reforma al ASMC, la cual permita adoptar subsidios “buenos”, especialmente aquellos que fomentan la lucha contra el cambio climático. Al respecto, véase Howse, R. (2009). Do the Wolrd Trade Organization Disciplines on Domestic Subsidies make sense? The case for Legalizing some Subsidies. En K. Bagwell, G. Bermann y P. Mavroidis (Eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*. Cambridge University Press (pp. 85 – 102); o Sterger, D. (2010). The Subsidies and Countervailing Measures Agreement: Ahead of its Time or Time for Reform? *Journal of World Trade*, 4(44), 779-796.

sus compromisos internacionales de liberalización comercial adquiridos en virtud del Acuerdo, a través de medidas gubernamentales que sean “necesarias para proteger la moral pública”, “necesarias para proteger la vida o la salud humana o vegetal” y “relacionadas con la conservación de los recursos naturales agotables”, entre otras (Du, 2016). Si bien el artículo XX no ha estado exento de críticas³¹, el hecho de que el ASMC carezca de una norma equivalente ha puesto en el centro del debate la necesidad de contar con un régimen de excepcionalidad, sobre todo, en aquellos casos en que se está ante subvenciones verdes. Como destaca el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente [PNUMA] (2016), este tipo de financiación pública es vista como un elemento esencial para la transición hacia economías verdes y está más que justificada por las externalidades positivas que genera. En este sentido, desde una mirada jurídica, el hecho de que el Órgano de Apelación otorgara particular relevancia a la decisión gubernamental sobre la combinación de fuentes de energía constituye un salto revolucionario en la interpretación del Acuerdo, aspecto progresista que parece descartar la necesidad de una reforma al texto legal. En otras palabras, al señalar que “cuando un gobierno crea un mercado, no puede decirse que la intervención gubernamental lo distorsiona” (OMC, 2013, WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, p. 144), el Órgano de Apelación creó una excepción *de facto*, ante el hecho de que el ASMC no cuenta con una cláusula general de excepciones, como sí ocurre con el artículo XX del GATT (De Lima, 2022).

Por su parte desde una perspectiva de economía política, lo destacable de la lectura que hizo el OSD respecto del ASMC fue que se apartó de la teoría neoliberal que orienta filosóficamente a la Organización, según la cual se da por sentado que los mercados son estructuras naturales y espontáneas (Chang, 2001). Adicionalmente, desde lo político, la teoría neoliberal se muestra reacia al intervencionismo estatal, el cual es visto como un mecanismo funcional a intereses particulares, que amenaza con distorsionar la “racionalidad” natural de los esquemas de mercado (Chang, 2001). Entonces, en esencia, la OMC es un reflejo de esta racionalidad, por lo que en su actividad procura suprimir toda institucionalidad ajena al mercado y garantizar que el comercio se dé de la forma más fluida, previsible y libre posible (Organización Mundial del Comercio [OMC], s.f.). En este sentido, dado que la decisión en *Canadá – Energía renovable* se cimienta en que los mercados de energía renovable son creaciones gubernamentales, que bajo condiciones de competencia normales no podrían emerger, la postura del OSD se contrapone sorpresivamente a los cimientos ideológicos de la Organización.

En contraste, si bien la postura final del OSD parece superar décadas de críticas al reducido margen regulatorio que supone el ASMC para la adopción de políticas verdes,

³¹ Como lo señala Arato, Claussen y Benton (2020), las críticas al artículo XX radican en que este es, sobre todo, un régimen de excepcionalidad. En consecuencia, el artículo XX refuerza la percepción que las medidas que afectan el comercio son *per se* ilegales, salvo que cumplan con los estrictos requisitos de las excepciones establecidas en las normas pertinentes, en cuyo caso, además, el Estado infractor tiene la carga de la prueba.

su extraña decisión frente a los Programas TR y Micro-TR no ha estado exenta de críticas. Para algunos, la actuación del Órgano de Apelación constituye un típico caso de “activismo judicial”³² que, aunque novedoso, parece insuficiente para garantizar a largo plazo la protección de las medidas que fomenten la transición hacia energías limpias frente al escrutinio de la OMC. Esto se explica en que el Órgano de Apelación incorporó consideraciones de política pública en la definición de una subvención para excluir el programa FIT [TR y Micro-TR] del ámbito de aplicación del ASMC (Asmelash, 2022) Consideraciones que, en todo caso, se apartan por completo del texto legal y de cualquier posición jurisprudencial sentada previamente por el propio Órgano. Así las cosas, de no haberse adoptado este enfoque —que algunos incluso llegan a denominar “*judicial acrobatics*”—, la medida habría enfrentado inevitablemente su prohibición bajo el artículo 3, párrafo 1, literal b) del ASMC, el cual proscribía las subvenciones de contenido nacional (Cosbey & Mavroidis, 2014)³³.

Según estos autores, el enfoque adoptado por el Órgano de Apelación carece de respaldo legal a partir de la lectura del ASMC y su definición de subvención: la distinción entre la intervención gubernamental que crea nuevos mercados y aquella que opera en mercados ya establecidos carece de fundamento normativo (Cosbey & Mavroidis, 2014). Por lo tanto, plantea incertidumbre respecto de cómo diferenciar entre la acción gubernamental que da origen a nuevos mercados y aquella que interviene en mercados ya consolidados, lo que hace muy improbable que la postura pueda reproducirse en otros casos similares. Esta incertidumbre respecto de la potencial aplicación de los razonamientos derivados del caso *Canadá – Energía renovable* se manifiesta en inquietudes como ¿qué define exactamente un mercado creado por el gobierno? ¿O se trata del mercado para las tecnologías preferidas que se ven favorecidas por la regulación? ¿O acaso se refiere a un mercado que, debido a la existencia de monopolios naturales, requiere regulación para fomentar la competencia? O, finalmente, ¿es cualquier mercado para una tecnología o producto nuevo que no puede competir por sí mismo? (Charnovitz & Fischer, 2015)

En esencia, el caso genera la impresión, de que el OSD desvió la atención sobre la necesidad de reforma legal que recae sobre el ASMC y, en su lugar, intentó protegerlo de las críticas ambientales que lo cuestionan (Asmelash, 2022). Esto, a través de una postura aparentemente flexible y progresista que, sin embargo, resulta insuficiente cuando se

³² Por activismo judicial, este texto adopta la definición que propone Chang-fa (2020). Según el autor, el término “activismo judicial” se aplica cuando los jueces no se limitan a interpretar y aplicar los textos legales de su competencia, sino que deciden los casos sin que exista una conexión plausible entre su interpretación y la norma que pretenden aplicar (Lo, 2020).

³³ Otros textos que adoptan este mismo enfoque son Charnovitz, S. y Fischer, C. (2015). Canada-Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-So-Green Subsidies. *World Trade Review*, 14(2), 177-210. <https://doi.org/10.1017/S1474745615000063>; Rubini, L. (2012). Ain't Wastin' No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform. *Journal of International Economic Law*, 15(2), 525-579; y más recientemente Asmelash, H. (2022). The First Ten Years of WTO Jurisprudence on Renewable Energy Support Measures: Has the Dust Settled Yet? *World Trade Review*, 21(4), 455-478. <https://doi.org/10.1017/S1474745622000180>

examina en términos de la certeza y la seguridad jurídica necesarias para fomentar el desarrollo y la implementación de tecnologías para la generación de energía renovable (Espa & Marín, 2018). En paralelo, una revisión cuidadosa de la doctrina derivada del caso *Canadá – Energía renovable* pone en manifiesto la poca atención que esta ha prestado a los razonamientos abordados por el OSD en torno al artículo III.4 del GATT, pese a que los programas impugnados en este y en otros casos fueron, en efecto, eliminados en aplicación de esta norma. En consecuencia, este vacío doctrinal y las reflexiones aportadas por este texto serán tratados en la última sección.

V. Comentario. Canadá – Energía renovable: un sustento incierto para las subvenciones verdes en el marco del GATT y el ASMC

Con el propósito de recapitular lo desarrollado hasta este punto, pueden identificarse tres consideraciones generales. En primer lugar, resulta plausible que las políticas de fomento a la transición energética se encuentren cobijadas por el GATT y el ASMC, pues —teniendo en cuenta el marco jurídico aplicable y sus fundamentos ideológicos— los incentivos económicos necesarios para fomentar la inversión en este sector pueden interferir en las condiciones de competencia al interior de los mercados que dichos acuerdos pretenden proteger. En segundo lugar, las determinaciones del Órgano de Apelación en el caso *Canadá – Energía renovable* fueron inusuales teniendo en cuenta las interpretaciones tradicionales que ha hecho el OSD respecto del ASMC, pues puso de presente que los mercados pueden ser creados por los gobiernos. En contraste, el análisis efectuado en función de la obligación de Trato Nacional reproduce las interpretaciones convencionales del GATT, las cuales privilegian en su análisis las relaciones de competencia en los mercados. En tercer lugar, resulta evidente que en ninguna de las controversias relativas a programas de fomento a la transición energética el OSD ha identificado infracciones al ASMC. Sin embargo, en todos los casos en que hubo pronunciamiento del OSD los programas impugnados fueron efectivamente eliminados por otras vías legales. Leídas en conjunto, estas observaciones conducen a una conclusión preliminar que este apartado se propone desarrollar: el marco normativo de la OMC, aún a través de interpretaciones judiciales, no ofrece una protección efectiva a las medidas de fomento a la transición energética. Tres argumentos sustentan esta afirmación.

En primera instancia, como se anticipaba en la sección anterior, más que representar un avance significativo en la interpretación del ASMC, el caso *Canadá – Energía renovable* parece actuar como una “cortina de humo” ante las demandas políticas y sociales que abogan por una reforma sustancial del Acuerdo. Al carecer de una cláusula general de excepciones, el ASMC ha sido objeto de crítica constante por parte de sectores que lo consideran un límite indiscutible al margen regulatorio de los Estados en materia ambiental. La decisión, al enfatizar que los Estados pueden crear mercados —y, sobre esa base, descartar la existencia de un beneficio— amplía el margen interpretativo del ASMC respecto de sus aplicaciones más tradicionales y proporciona argumentos que dificultan impugnar programas de fomento a las energías renovables ante el OSD. Ello no implica

desconocer que esta novedosa interpretación abre nuevas estrategias jurídicas ante eventuales litigios. No es extraño que en disputas posteriores relativas a programas de tarifas reguladas u otros esquemas similares, los Estados recurran al precedente de *Canadá – Energía renovable*, aludiendo al argumento de la creación de mercados por parte de los gobiernos. Sin embargo, esta postura merece ser analizada con cautela por dos motivos:

- i) Primero, porque si bien el Órgano de Apelación señaló que los gobiernos pueden crear mercados que de otro modo no existirían, no indicó en ningún momento bajo qué términos o condiciones ocurre la creación de estos mercados³⁴. Esto genera incertidumbre para los operadores gubernamentales que pretendan regular la materia y puede conducir—incluso— a desincentivar la adopción de políticas públicas.
- ii) Segundo, porque la postura del Órgano de Apelación fue completamente alejada al texto del ASMC. Como se vio en la sección I, los estándares interpretativos que tradicionalmente ha aplicado el OSD por presuntas infracciones al ASMC nunca incorporan consideraciones de política pública en la identificación de los mercados relevantes. Fuera de ser este un argumento netamente legalista, la práctica litigiosa posterior ha demostrado que existe un riesgo latente. Así, ante la ausencia de fundamentos jurídicos sólidos y coherentes que respalden la noción de creación de mercados por parte del gobierno, la discusión sobre el fomento a la transición energética dentro del sistema multilateral se ha desviado hacia el GATT y el AMIC, cuyas interpretaciones privilegian racionalidades economicistas y de mercado.

En segunda instancia, relacionado con esto último, si bien los programas gubernamentales que fomentan la generación de energías limpias pueden adoptar la forma de presuntas subvenciones, el ASMC no es el único de los acuerdos pertinente para disciplinar este tipo de medidas. Basta con identificar que las medidas de apoyo a las energías renovables impugnadas en las tres controversias que alcanzaron —al menos— la etapa de pronunciamiento por parte de un grupo especial, fueron consideradas incompatibles con el estándar de Trato Nacional del GATT³⁵. En otras palabras, la especial atención que ciertos sectores críticos del ASMC han dedicado a las tensiones entre comercio y medio ambiente parece estar desubicada. No porque el ASMC no materialice dichas tensiones, sino porque, al interior del sistema multilateral de solución de controversias, el GATT ha demostrado ser un instrumento más determinante, aunque, al mismo tiempo, menos atendido por quienes monitorean las decisiones del OSD en materia de comercio y transición energética.

³⁴ Esta postura fue desarrollada en mayor profundidad en la sección V.1 del texto.

³⁵ Estas controversias fueron *Canadá – Energía renovable*, *India – Células solares* y *Estados Unidos – Energía renovable*.

En este punto, conviene retomar algunos de los elementos teóricos y conceptuales abordados al inicio del texto a fin de entender, a profundidad, las implicaciones de la decisión objeto de análisis en lo referente al GATT. Pues bien, como se expuso, los programas TR y Micro-TR fueron eliminados en virtud de la lectura sistemática que se hace del párrafo 1, literal a) del AMIC y del artículo III.4 del GATT. En consecuencia, la decisión prescindió de un análisis concreto respecto de los tres requisitos que deben concurrir para establecer una infracción a la obligación de Trato Nacional³⁶. No obstante, la racionalidad que fundamentó la decisión es, en esencia, la misma. En particular, el Órgano de Apelación fundamentó su decisión en que el cumplimiento del nivel obligatorio de contenido nacional confería una *ventaja* concreta a los contratistas TR y Micro-TR, consistente en condiciones preferenciales de contratación en comparación a las ofrecidas en el mercado convencional de energía. Como se analizó, el otorgamiento de ventajas en contextos de relaciones de mercado debe circunscribirse a eventos en que exista una relación de competencia entre los productos comparados. Solo de esta manera podrá determinarse que un producto cuenta con un trato preferencial con respecto a otro. Así las cosas, al reconocer categóricamente que Canadá otorgó una ventaja mediante los programas impugnados, el OSD asumió que la energía proveniente de fuentes renovables competía con aquella producida por fuentes convencionales. Como se pasa a exponer, esta conclusión genera implicaciones teórico-prácticas relevantes.

Teóricamente, ello implica que se le dará el tratamiento de producto similar a una u otra energía, con independencia de la fuente que la generó. Además, cabe recordar que bajo los criterios que rigen para determinar la similitud de productos en la OMC (*v.gr.* las propiedades y características físicas de los productos; sus usos finales y las preferencias de los consumidores) no se evidencian distinciones significativas entre energías convencionales y renovables, porque, de nuevo, estos criterios tienden a idealizar las relaciones de competencia en el mercado, dando por sentado que ellas ocurren de manera espontánea. A manera de ejemplo, resultaría muy complicado llegar a afirmar que la energía convencional y la renovable cuentan con características físicas que las hagan distinguibles entre sí. Al mismo tiempo, es absurdo pensar que, dependiendo de su fuente, una u otra energía tienen usos finales distintos. Más aún, resulta fantasioso creer que las fuentes generadoras de la energía es un asunto transversal a los hábitos y preferencias de los consumidores. Si bien los PMP pueden ser determinantes en los análisis de similitud cuando influyen en el comportamiento del consumidor, en el caso del sector energético tal influencia no se observa. Esto implica dejar a suerte del consumidor y de un cambio significativo en los paradigmas de consumo el rumbo de la transición energética.

En la práctica, la conclusión sobre el GATT a la que se llega mediante *Canadá - Energía renovable* resulta problemática por dos razones. Primero, porque con ella se contradice la idea según la cual los mercados de energía renovable son creaciones gubernamentales

³⁶ A saber, la existencia de una (i) ley, reglamento o prescripción (ii) que les otorgue un trato menos favorable (iii) a productos similares importados con respecto a los nacionales.

que se distinguen sustancialmente de los mercados de energías convencionales. Por lo tanto, el marco normativo que a nivel internacional rige el otorgamiento de incentivos económicos a la transición energética se encuentra en un escenario de duplicidad interpretativa. ¿Cuál aproximación primará en estos casos? ¿Qué implicaciones tiene esta falta de coherencia en la seguridad jurídica que requieren los Estados para no inhibirse de incentivar la transición energética? Segundo, la decisión resulta problemática porque la falsa noción de un mercado energético perfectamente competitivo dificulta que incentivos económicos a la transición energética superen cualquier escrutinio a la luz del principio de no discriminación. Básicamente, dado que el análisis de similitud tiende a privilegiar criterios de mercado y a descartar las consideraciones de política pública que motivan el otorgamiento de dicho incentivo (*v.gr.* los compromisos de carbono neutralidad a los que contribuye la transición energética), las medidas de fomento a las energías renovables son altamente vulnerables a ser impugnadas y eliminadas por disposición del OSD, al entrañar en su naturaleza un elemento discriminatorio contrario a los postulados del GATT.

Finalmente, aunque no fue objeto de análisis en el presente texto, vale mencionar que la especial atención concedida al caso *Canadá – Energía renovable*, ignora una vasta cantidad de medidas comerciales que, si bien no pasan por el escrutinio del sistema multilateral, indudablemente tienen un efecto inhibitorio en la adopción de políticas públicas que incentivan la transición energética: las medidas de defensa comercial (TDI, por sus siglas en inglés)³⁷. Por ejemplo, en el Reporte Especial sobre las Cadenas de Suministro Globales de Energía Solar Fotovoltaica de la Agencia Internacional de Energía [IEA] (2022) se señaló que desde 2011, el número de medidas antidumping, derechos compensatorios y aranceles de importación aplicados a partes de la cadena de suministro de energía solar ha aumentado de un solo impuesto de importación a 16 aranceles e impuestos, con 8 políticas adicionales en consideración³⁸.

³⁷ Esta tesis fue primeramente sugerida por Espa y Marín (2018), quienes sostenían que la acción unilateral de los Estados a través de las TDI parecía estar surgiendo como el principal mecanismo para impugnar el apoyo gubernamental a los fabricantes de productos de tecnología verde. Con base en el Informe sobre Comercio y Desarrollo de la UNCTAD de 2014, las autoras indicaron que las medidas comerciales de antidumping y derechos compensatorios “superan con creces el número de disputas [sobre energía renovable] que han llegado a la OMC” (UNCTAD 2014, como se cita en Espa y Marín, 2018). Además, el informe señala que entre 2008 y 2014, fueron 41 las investigaciones de TDI iniciadas en el sector de las energías renovables, de las cuales 26 examinaban prácticas de dumping y 15 evaluaban la imposición de derechos compensatorios.

³⁸ Algunas de las políticas comerciales en vigor seleccionadas por la AIE incluían: (i) Estados Unidos: medidas antidumping (AD) y derechos compensatorios (DC) sobre productos fotovoltaicos de silicio cristalino provenientes de China (AD entre 18.32% y 249.96%; DC entre 14.78% y 49.79%); (ii) Unión Europea: medidas AD y DC sobre las importaciones de vidrio solar procedentes de China, Malasia y Taipéi Chino, iniciadas en 2013 y extendidas hasta 2025 (AD entre 17.5% y 75.4%; DC entre 3.5 y 7.1%); (iii) China: medidas AD sobre polisilicio de grado solar procedente de Estados Unidos y Corea, aplicado desde 2014 y extendido hasta 2025 (AD de 4.4% a 113.8% para productos provenientes de Corea y del 30% al 57% para productos procedentes de Estados Unidos).

VI. Conclusión

Por un lado, es dable concluir que la controversia *Canadá - Energía renovable* es fundamental para comprender el tratamiento que el principal organismo de comercio internacional ha dado a las políticas de transición energética. Quizás la tesis más novedosa del caso consistió en la diferenciación entre mercados creados y mercados intervenidos por los gobiernos, la cual, como estrategia de defensa ante impugnaciones por violaciones al ASMC, parece viable. Sin embargo, como se demostró, ello no blindó por completo a los programas de fomento a la transición energética de los múltiples mecanismos previstos para la protección del libre comercio internacional. Por el contrario, estos se ven fácilmente expuestos a otras vías de cuestionamiento, como la impugnación de los programas por violaciones al GATT. Las críticas y comentarios al respecto son variados, pero indudablemente demuestran que las tesis adoptadas por el OSD para el caso *Canadá - Energía renovable* —y refrendadas tácitamente con posterioridad— dejan “zonas grises” que penden de un hilo interpretativo fácilmente modificable.

Por el otro, el actuar del OSD en *Canadá - Energía renovable* demuestra que la adjudicación dentro del sistema de la OMC es producto de un desarrollo normativo sesgado, el cual ha interpretado las normas de forma tal que favorece a aquellos intereses que se alinean con una expansión irrestricta del comercio (Colares, 2011). Si bien no resulta extraño que una institución como la OMC, fundada sobre principios de liberalización comercial, tienda a favorecer este tipo de intereses, sí llama la atención que un órgano adjudicador, cuyo mandato exige apego a términos negociados y plasmados en los Acuerdos Abarcados, busque legitimidad a través de decisiones que responden más a consideraciones políticas que jurídicas. El caso *Canadá - Energía renovable* es prueba de ello. Al tiempo que el análisis efectuado bajo ASMC demuestra una aparente voluntad de adaptar el Derecho Internacional Económico a las prioridades de la agenda ambiental, el análisis realizado en virtud del GATT reproduce las lógicas neoliberales que tantas críticas han suscitado hacia la Organización.

Referencias bibliográficas

1. Controversias OMC ³⁹

Título abreviado	Título completo y referencia
Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola	Informe del Grupo Especial, <i>Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola</i> , 7S/60, adoptado el 23 de octubre de 1958.
Estados Unidos – Artículo 337	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930</i> , 36S/345, adoptado el 7 de noviembre de 1989.
Estados Unidos – Atún	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Restricciones en la importación de Atún</i> , 39S/155, s.f. no adoptado debido a solución mutuamente convenida.
Estados Unidos – Gasolina	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.
Japón – Bebidas alcohólicas II	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996.
Canadá – Publicaciones	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones</i> , WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997.

³⁹ **Nota aclaratoria 1.** La presente tabla sigue el modelo de citación que el Órgano de Apelación y los Grupos Especiales han adoptado en sus informes.

Japón – Películas	Informe del Grupo Especial, <i>Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo</i> , WT/DS44/R, adoptado el 22 de abril de 1998
Brasil – Aeronaves	Informe del Grupo Especial, <i>Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves</i> , WT/DS46/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.
Estados Unidos – Camarones	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.
Canadá – Aeronaves civiles	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.
	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.
Estados Unidos – EVE	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”</i> , WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo del 2000.
CE – Amianto	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

Canadá – Automóviles	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/R y WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio del 2000.
Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada</i> , WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001.
Estados Unidos – Madera blanda IV	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004.
Corea – Embarcaciones comerciales	Informe del Grupo Especial, <i>Corea – Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales</i> , WT/DS273/R, adoptado el 11 de abril de 2005.
Estados Unidos – Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea</i> , WT/DS296/AB/R, adoptado el 20 de julio de 2005.
Brasil – Neumáticos recauchutados	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007.

Japón – DRAM (Corea)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón – Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea</i> , WT/DS336/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007.
Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2a reclamación)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles – Segunda reclamación</i> , WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012.
Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China</i> , WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011.
Estados Unidos – Atún II (México)	Informe de Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012.
	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012.
Canadá – Energía renovable y Canadá – Programa de Tarifas reguladas	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá – Determinadas medidas que afectan el sector de generación de energía renovable y Canadá – Medidas relativas al Programa de Tarifas reguladas</i> , WT/DS412/R y WT/DS426/R respectivamente, adoptado el 12 de diciembre de 2012.

	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá – Determinadas medidas que afectan el sector de generación de energía renovable y Canadá – Medidas relativas al Programa de Tarifas Reguladas</i> , WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R respectivamente, adoptado el 24 de mayo de 2013.
China – GOES	Informe del Grupo Especial, <i>China – Derechos compensatorios y antidumping sobre el acero magnético laminado plano de grano orientado procedente de los Estados Unidos</i> , WT/DS414/R, adoptado el 16 de noviembre de 2012.
China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica	En fase de consultas, <i>China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica</i> , WT/DS419/1, consultas solicitadas por Estados Unidos el 22 de diciembre de 2010.
Unión Europea y determinados Estados miembros - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable	En fase de consultas, <i>Unión Europea y determinados Estados miembros - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable</i> , WT/DS452/1, consultas solicitadas por China el 5 de noviembre de 2012.
India – Células solares	Informe del Órgano de Apelación, <i>India – Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares</i> , WT/DS456/AB/R, adoptado el 14 de octubre de 2016.
Estados Unidos – Energía renovable	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Determinadas medidas relativas al sector de la energía renovable</i> , WT/DS510/R, s.f. no

	adoptado debido a solución mutuamente convenida.
India – Medidas relacionadas con la exportación	Informe del Grupo Especial, <i>India – Medidas relacionadas con la exportación</i> , WT/DS541/R, no adoptado debido a solución mutuamente convenida.
Estados Unidos – IRA (China)	Solicitud de celebración de consultas presentada por China, <i>Estados Unidos – Determinadas bonificaciones fiscales en virtud de la ley de reducción de la inflación</i> , WT/DS623/1, consultas solicitadas el 26 de marzo de 2024.
	Grupo Especial constituido, <i>Estados Unidos – Determinadas bonificaciones fiscales en virtud de la ley de reducción de la inflación</i> , WT/DS623/4, 12 de diciembre de 2024.

2. Fuentes doctrinales y académicas⁴⁰

Arato, J., Claussen, K. & Denton, H. (2020). The Perils of Pandemic Exceptionalism. *American Journal of International Law* 114(3), 627-636. <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.67>

Asmelash, H. (2015). Energy Subsidies and WTO Dispute Settlement: Why only renewable energy subsidies are challenged. *Journal of International Economic Law*, 18(2), 261-285.

Asmelash, H. (2022). The First Ten Years of WTO Jurisprudence on Renewable Energy Support Measures: Has the Dust Settled Yet? *World Trade Review*, 21(4), 455-478. <https://doi.org/10.1017/S1474745622000180>

Barbosa, J. & Bernal, D. (2007). Las subvenciones prohibidas en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. Un análisis desde la

⁴⁰ **Nota aclaratoria 2.** Los insumos utilizados para la elaboración de este texto se encuentran, en su mayoría, en inglés. En este sentido, las citas suelen estar hechas a modo de paráfrasis, ya que se aplicó la traducción libre de los textos y la ayuda de herramientas tecnológicas que ofrecieran traducciones más precisas. Los casos en que se realizaron citas textuales, originales en español, se siguió el formato tradicional en APA.

jurisprudencia de la OMC. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 5(9) 155-203.

- Bigdeli, S. (2011). Resurrecting the Dead? The Expired Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of Green Space. *Manchester Journal of International Economic Law*, 8(2), 2-37.
- Cartier, S. (2003). Course on Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.5, GATT 1994. Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Nueva York, Ginebra.
- Chang, H-J. (2001). Breaking the Mould: An Institutional Political Economy Alternative to the Neoliberal Theory of the Market and the State', Social Policy Paper no. 6. *United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD)*, Ginebra.
- Charnovitz, S. & Fischer, C. (2015). Canada–Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-So-Green Subsidies. *World Trade Review*, 14(2), 177–210. <https://doi.org/10.1017/S1474745615000063>.
- Colares, J. (2009). A Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42(2), 383-439.
- Condon, B. (s.f.). Comentario sobre Estados Unidos – Atún II (México). Informe del Grupo Especial. *Revista de Derecho Económico Internacional*, 2(1), 143-159.
- Conrad, C. (2011). *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law. Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge University Press.
- Cosbey, A. y Mavroidis, P. (2014). A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO. *Journal of International Economic Law*, 17(1), 11-47.
- De Lima, N. (2022). Local Content Requirements in WTO Law: Between Free Trade and the Right to Development [Tesis doctoral, Maastricht University, Universidade de São Paulo]. Maastrich University. <https://doi.org/10.26481/dis.20220914nf>
- De Narda, F. (2008). Organización Mundial de Comercio (O.M.C.). Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. *Relaciones Internacionales*, 17(34), 73-91.
- Du, M. (2016). The Necessity Test in World Trade Law: What Now? *Chinese Journal of International Law*, 15(4), 817-847.
- Espa, I. & Marín, G. (2018). Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program, *Journal of International Economic Law*, 21(3), 621-653. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgy031>

- Gallegos, J. (2015). Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC. Controversias promovidas en el marco de su sistema de solución de controversias entre países latinoamericanos. *Revista de Derecho Segunda Época*, (11), 27-57.
- Gerhart, P. & Baron. M. (2004). Understanding National Treatment: The Participatory Vision of the WTO. *Indiana International and Comparative Law Review*, 14(505), 505-552.
- Hartwick, E., & Peet, R. (2003). Neoliberalism and Nature: The Case of the WTO. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 590, 188–211.
- Howse, R. (2009). Do the World Trade Organization Disciplines on Domestic Subsidies Make Sense? The Case for Legalizing Some Subsidies. En K. Bagwell, G. Bermann, & P. Mavroidis (Eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*. Cambridge University Press (pp. 85 – 102).
- Hudec, R. (2000). “Like Product”: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. En T. Cottier, C. Mavroidis & P. Blatter (Eds.). *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law* (pp. 101-123). University of Michigan Press.
- Igwe, I. (2019). WTO and the Dynamics of Free Trade: The Challenges of International Trade Law in a Divided Economic World. *Athens Journal of Law (AJL)*, 5(2), 165-190. <https://doi.org/10.30958/ajl.5-2-5>.
- Lester, S. (2011). The problem of subsidies as means of protectionism: lessons from the WTO EC-AIRCRAFT case. *Melbourne Journal of International Law*, 12(2), 97-124.
- Lo, C. (2020). Chapter 8. A proper Balance Between WTO’s Members-Driven Nature and the Appellate Body’s Role as an Adjudicator – Careful Exercise of Judicial Activism. En C. Lo, J. Nakagawa & T. Chen. (Eds.) *The Appellate Body of the WTO and Its Reform* (pp. 125-140). Springer.
- Luengo, G. (2000). El concepto de subvención en la OMC: comparación con el sistema europeo de ayudas a raíz del caso de las empresas de venta en el extranjero. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*.
- Luengo, G. (2006). *El Derecho de las Subvenciones en la OMC*. Editorial Marcial Pons.
- Mog Choi, W. (2003). ‘Like Products’ in International Trade Law. *Towards a Consistent GATT/WTO Jurisprudence*. Oxford University Press.
- Montaguti, E. (2003). Course on Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.8, Safeguard Measures. Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Nueva York, Ginebra.

- Müller, W. (2017). *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: A Commentary*. Cambridge University Press.
- Rubini, L. (2012). Ain't Wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform. *Journal of International Law*, 15(2), 525-579.
- Sterger, D. (2010). The Subsidies and Countervailing Measures Agreement: Ahead of its Time or Time for Reform? *Journal of World Trade*, 4(44), 779-796.
- Switzer, S. (2022). Chapter 5. The World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism. En E. Sobenes, S. Mead, & B. Samson (Eds.), *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*. T.M.C. Asser Press (pp. 121-158).
- Van den Bossche, P. & Zdouc, W. (2022). *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials* (5th ed.). Cambridge University Press.
- Verhoosel, G. (2002). *National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*. Bloomsbury Publishing.
- Young, M. (2011). Climate Change Law and Regime Interaction. *Carbon & Climate Law Review*, 5(2), 147–157.

3. Instrumentos internacionales

- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1992). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [CMNUCC]. <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/que-es-la-convencion-marco-de-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2015). Acuerdo de París. <https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris>
- Organización Mundial del Comercio [OMC]. (1994). Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio [Acuerdo de Marrakech]. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/marag_s.htm
- Organización Mundial del Comercio [OMC]. (1994). Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [GATT]. Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech referente a los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_s.htm
- Organización Mundial del Comercio [OMC]- (1994) Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio [AMIC]. Anexo 1A del

Acuerdo de Marrakech referente a los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/invest_s/trims_s.htm

Organización Mundial del Comercio [OMC]. (1994). Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias [ASMC]. Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech referente a los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/scm_s.htm

Organización Mundial del Comercio [OMC]. (1994). Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/56-dtenv_s.htm

4. Informes, reportes y páginas web

Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y Organización Mundial del Comercio. (2022). Subsidies, Trade, and International Cooperation. https://www.oecd.org/en/publications/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en.html

International Renewable Energy Agency [IRENA]. (2022). World Energy Transitions Outlook 2022.1.5°C Pathway. <https://www.irena.org/publications>

International Energy Agency [IEA]. (2022). Solar PV Global Supply Chains. <https://www.iea.org/reports/solar-pv-global-supply-chains>

Organización Mundial del Comercio [OMC]. (s.f.). *La OMC*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/thewto_s.htm

Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo [OCDE]. (2022). Subsidies, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 289. <https://doi.org/10.1787/57a34bc6-en>.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente [PNUMA]. (2011). Towards a Green Economy. Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication. A synthesis for Policy Makers. <https://www.unep.org/resources/report/towards-green-economy-pathways-sustainable-development-and-poverty-eradication-10>