



**COMUNIDADES EUROPEAS Y DETERMINADOS ESTADOS MIEMBROS -
MEDIDAS QUE AFECTAN AL COMERCIO DE
GRANDES AERONAVES CIVILES**

RECURSO DE LA UNIÓN EUROPEA AL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

*ICC suprimida donde se indica [[***]]*

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN	13
1.1 Procedimiento inicial y procedimiento sobre el cumplimiento	13
1.2 Solicitud de arbitraje y procedimiento de arbitraje	14
1.3 Segundo procedimiento sobre el cumplimiento	16
2 CUESTIONES PROCEDIMENTALES	16
2.1 Límite de páginas para las comunicaciones escritas de las partes	17
2.2 Trato de la ICC y la ICSS	17
2.3 Presentación pública de las declaraciones iniciales de las partes	18
2.4 Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea	18
2.4.1 El argumento de la Unión Europea relativo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD	20
2.4.2 El argumento de la Unión Europea relativo a la irretroactividad de las medidas correctivas de la OMC	22
2.4.3 Decisiones arbitrales anteriores a que hace referencia la Unión Europea	23
2.4.4 El argumento de la Unión Europea relativo a la singularidad de las diferencias sobre subvenciones recurribles	25
3 MANDATO DEL ÁRBITRO	27
4 CARGA DE LA PRUEBA Y DEBER DE PRESENTAR PRUEBAS.....	28
5 PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 7 DEL ACUERDO SMC	29
6 LA IMPUGNACIÓN POR LA UNIÓN EUROPEA DEL NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS.....	31
6.1 Panorama general de los enfoques de las partes y orden del análisis.....	31
6.2 Falta de referencias a la obstaculización en la solicitud de contramedidas de los Estados Unidos	33
6.2.1 Alcance de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos.....	34
6.2.2 Especificidad de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos	37
6.3 Evaluación de la metodología propuesta por los Estados Unidos	38
6.3.1 Idoneidad de la utilización del período de referencia 2011-2013 y de la aceptación de la suspensión de concesiones anual	38
6.3.2 La situación hipotética adecuada.....	52
6.3.3 Argumentos generales de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos	54
6.3.3.1 Exclusión del valor de entregas anteriores del nivel de suspensión anual	54
6.3.3.2 Inclusión tanto de la pérdida de ventas como de la obstaculización en la determinación del nivel de suspensión anual: "Sobrecómputo"	55
6.3.3.2.1 Asignación temporal del valor de la pérdida de ventas al período de referencia 2011-2013	58
6.3.3.2.2 Asignación temporal del valor de la obstaculización al período de referencia 2011-2013	64
6.3.3.2.3 Asignación temporal del valor tanto de la pérdida de ventas como de la obstaculización al período de referencia 2011-2013.....	64

6.3.3.3 Inclusión tanto de la pérdida de ventas como de la obstaculización en la determinación del nivel de suspensión anual: "Doble cómputo"	65
6.3.3.4 Establecimiento de una fecha de finalización de las contramedidas sobre la base de las entregas hipotéticas de Boeing resultantes de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado	66
6.3.3.5 Exclusión del valor de los componentes de LCA de Boeing producidos fuera de los Estados Unidos	67
6.3.4 Argumentos técnicos de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos	72
6.3.4.1 Resumen del enfoque técnico adoptado por los Estados Unidos para valorar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado	72
6.3.4.1.1 Valoración de las pérdidas de ventas efectuada por los Estados Unidos	74
6.3.4.1.2 Valoración de la obstaculización efectuada por los Estados Unidos	76
6.3.4.1.3 Anualización de los valores medios de la pérdida de ventas y la obstaculización	77
6.3.4.2 Consideraciones preliminares	78
6.3.4.2.1 Cuestiones probatorias generales	78
6.3.4.2.2 Modelos competidores más próximos	83
6.3.4.2.3 Contramedidas específicas respecto de los mercados de productos	84
6.3.4.2.4 Valoración de los servicios	86
6.3.4.3 Cuestiones relativas a la valoración de las pérdidas de ventas	87
6.3.4.3.1 Representatividad del período de referencia 2011-2013	88
6.3.4.3.2 Utilización de hechos posteriores a la pérdida de ventas	90
6.3.4.3.3 La perspectiva de los Estados Unidos frente a la perspectiva de Boeing	92
6.3.4.3.4 Número y modelos de aeronaves vendidas y entregadas en la situación hipotética	93
6.3.4.3.4.1 El hecho de no tener en cuenta las cancelaciones reales	94
6.3.4.3.4.2 El hecho de no tener en cuenta las posibles cancelaciones futuras	96
6.3.4.3.4.3 Valoración de los depósitos y los PDP relacionados con pedidos cancelados en la situación hipotética	98
6.3.4.3.4.4 El hecho de no tener en cuenta las conversiones	100
6.3.4.3.5 Fechas de las entregas hipotéticas de Boeing	103
6.3.4.3.5.1 El hecho de no utilizar los calendarios de entregas de Boeing	103
6.3.4.3.5.2 El hecho de no tener en cuenta los aplazamientos de las entregas	105
6.3.4.3.6 Precios de entrega de las entregas hipotéticas de Boeing	106
6.3.4.3.6.1 Elección de los pedidos de comparación	108
6.3.4.3.6.2 El hecho de no utilizar [***] factores de aumento	117
6.3.4.3.6.3 El hecho de no realizar los ajustes de precios necesarios	118
6.3.4.3.6.4 Actualización de los precios de entrega hipotéticos de Boeing	120
6.3.4.3.7 Conclusión	126
6.3.4.4 Cuestiones relativas a la valoración de la obstaculización	126
6.3.4.4.1 Representatividad del período de referencia 2011-2013	128
6.3.4.4.2 Número y modelos de las entregas hipotéticas de LCA de Boeing objeto de aumento	129

6.3.4.4.2.1 Falta de un modelo económico	130
6.3.4.4.2.2 Factores relacionados con la oferta y la demanda	132
6.3.4.4.2.3 Conclusión	157
6.3.4.4.3 Precios de entrega.....	159
6.3.4.4.4 Conclusión	161
6.4 Cálculo de contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado	161
6.4.1 Enfoque general	161
6.4.2 Valoración de las pérdidas de ventas.....	161
6.4.3 Valoración de la obstaculización.....	164
6.4.4 Valor anualizado agregado de la pérdida de ventas y la obstaculización	165
6.4.5 Contramedidas proporcionadas al valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado	168
6.4.5.1 El valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[o]"	168
6.4.5.2 Reajuste del valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en función de la inflación registrada hasta la actualidad	169
6.4.5.3 Reajuste del valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en función de la inflación de los años futuros en que se apliquen las contramedidas	170
6.5 El argumento de la Unión Europea sobre el nivel de las contramedidas que la determinación del Árbitro no puede superar en el presente procedimiento	172
7 LA ALEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD (RETORSIÓN CRUZADA).....	174
8 LA ALEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA DE QUE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS NO ESTÁN PERMITIDAS EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS ABARCADOS	175
9 CONCLUSIONES.....	175

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO DEL ÁRBITRO**

Índice		Página
Anexo A-1	Procedimiento de trabajo del Árbitro	4
Anexo A-2	Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial y de la información comercial sumamente sensible	9
Anexo A-3	Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro	22

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LAS PARTES**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de los argumentos de los Estados Unidos	24
Anexo B-2	Resumen de los argumentos de la Unión Europea	35

ANEXO C**DECISIÓN DEL ÁRBITRO RELATIVA A LA SOLICITUD DE RESOLUCIÓN
PRELIMINAR PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA**

Índice		Página
Anexo C-1	Comunicación del Árbitro, resolución preliminar (conclusión)	57

ASUNTOS INVOCADOS EN LA PRESENTE DECISIÓN

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000
<i>Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales - Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS222/ARB, 17 de febrero de 2003
<i>CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Ecuador</i> , WT/DS27/RW/ECU, adoptado el 6 de mayo de 1999
<i>CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999
<i>CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
<i>CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/AB/R, adoptado el 1º de junio de 2011
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/R, adoptado el 1º de junio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS316/AB/R
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS316/AB/RW y Add.1, adoptado el 28 de mayo de 2018
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS316/RW y Add.1, adoptado el 28 de mayo de 2018, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS316/AB/RW
<i>CEE - Manzanas (Chile I)</i>	Informe del Grupo Especial del GATT, <i>Restricciones impuestas por la CEE a la importación de manzanas procedentes de Chile</i> , L/5047, adoptado el 10 de noviembre de 1980, IBDD 27S/104
<i>Japón - DRAM (Corea)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea</i> , WT/DS336/AB/R y Corr.1, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas</i> , WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011
<i>Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China</i> , WT/DS379/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS379/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisiones del Árbitro, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS384/ARB y Add.1 / WT/DS386/ARB y Add.1, distribuidos a los Miembros de la OMC el 7 de diciembre de 2015
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 de agosto de 2002
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS285/ARB, 21 de diciembre de 2007
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS353/AB/R
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación) - Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS353/AB/RW y Add.1, adoptado el 11 de abril de 2019
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación) - Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS353/RW y Add.1, adoptado el 11 de abril de 2019, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS353/AB/RW
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/EEC, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Chile) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de Chile - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/CHL, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)</i>	Laudo del Árbitro, <i>Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD</i> , WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/AB/RW y Add.1, adoptado el 3 de diciembre de 2015
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS381/ARB, 25 de abril de 2017
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/R y Add.1 a Add.3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/RW y Corr.1, adoptado el 20 de junio de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/RW
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos I)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS267/ARB/1, 31 de agosto de 2009
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS267/ARB/2, 31 de agosto de 2009
<i>Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS464/ARB y Add.1, 8 de febrero de 2019
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1

**PRINCIPALES PRUEBAS DOCUMENTALES MENCIONADAS
EN LA PRESENTE DECISIÓN**

Prueba documental	Título
EU-54	Ascend, Flight Fleet Analyzer
EU-58	Flight Global, "Cathay swaps batch of A350-1000s to smaller -900", 13 de septiembre de 2017
EU-59	Chicago Business Journal, "United Airlines postponing delivery of much-anticipated Airbus-350", 6 de septiembre de 2017
EU-60	Airways Magazine, "United Converts A350-1000 Order to A350-900", 6 de septiembre de 2017
EU-68	"Comparación de los precios de entrega en julio de 2018 sobre la base de diferentes factores de inflación de los precios de las LCA: i) tasa de aumento hipotética; ii) JPP de la fabricación de LCA"
EU-77 (ICSS)	Campaña de comparación de Transaero (2013): tasas de aumento previstas y efectivas
EU-79	Base de datos de Ascend actualizada
EU-81	Tasas de cancelaciones de Boeing
EU-83 (ICSS)	Depósitos y pagos anteriores a la entrega de Transaero Airlines
EU-86 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: The Emirates [[***]]
EU-87 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: Cathay Pacific [[***]]
EU-88 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: Cathay Pacific [[***]]
EU-89 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: Singapore Airways [[***]]
EU-90 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: Singapore Airways [[***]]
EU-91 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: United Airlines [[***]]
EU-92 (ICSS)	Campañas de Airbus de 2012/2013 en que hubo pérdida de ventas: United Airlines [[***]]
EU-106 (ICSS)	Emirates [[ICSS]]
EU-116	Informe anual 2008 de Boeing
EU-117	The Seattle Times, "747-8 delay causes doubts about Boeing", 7 de octubre de 2009
EU-123 (ICC)	Airbus, Situación de pedidos y entregas del A380
EU-125 (ICSS)	Campaña del A380 para Air France, 2001
EU-126 (ICSS)	Campaña del A380 para British Airways, 2007
EU-127 (ICSS)	Campaña del A380 para China Southern Airlines, 2005
EU-128 (ICSS)	Campaña del A380 para Emirates Airlines, 2001
EU-129 (ICSS)	Campaña del A380 para Korean Air, 2008
EU-130 (ICSS)	Campaña del A380 para Lufthansa, 2001
EU-131 (ICSS)	Campaña del A380 para Qantas, 2001
EU-132 (ICSS)	Campaña del A380 para Singapore Airlines, 2006
EU-135 (ICSS)	Campaña del A350-1000 para United Airlines
EU-138	Irwin, Douglas A., Pavcnik, Nina, 2004. "Airbus versus Boeing revisited: international competition in the aircraft market", Journal of International Economics, Elsevier, vol. 64(2): 223-245
EU-139	Airbus, "New agreement with United Airlines increases A350 XWB order to 45", 6 de septiembre de 2017
EU-140 (ICSS)	Carta [[***]]
EU-141	Reuters, "Cathay Pacific defers five A350 deliveries, switches six to smaller models", 13 de septiembre de 2017
EU-142 (ICSS)	Correo electrónico [[***]]
EU-143 (ICSS)	Corrección de la valoración sobre la pérdida de ventas realizada por los Estados Unidos
EU-145	Informe anual 2018-2019 de The Emirates Group
EU-146	Andreas Spaeth, "Emirates to buy Rolls Royce Powered A380S Says Sir Tim Clark", Airline Ratings, 2 de noviembre de 2018
USA-2	Exposición de diapositivas de Airbus presentada por John Leahy, Gerente de Operaciones, Commercial update - Global Investor Forum
USA-3	Emirates to choose between A350-900 and 787-10 next year, Murdo Morrison, FlightGlobal (1º de octubre de 2015)
USA-4	Wide Body Battle: Boeing 787-10 Or Airbus A350-900?, Dhierin Bechai, Seeking Alpha (19 de diciembre de 2014)
USA-5 (ICC)	Declaración de Boeing
USA-6	Cathay Pacific Announces Additional Aircraft Order, Comunicado de prensa de Cathay Pacific (27 de diciembre de 2013)

Prueba documental	Título
USA-7	<i>Boeing Launches 787-10 Dreamliner</i> , Comunicado de prensa de Boeing (18 de junio de 2013)
USA-8	<i>United Converts 10 787 Orders to 777-300ER</i> , Edward Russell, FlightGlobal (23 de abril de 2015)
USA-9	Pedidos a Airbus y Boeing durante 2013, Aviation Strategy (febrero de 2014)
USA-12 (ICSS)	Información de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific
USA-13 (ICSS)	Información de pedido del 747-8I por Transaero
USA-14 (ICSS)	Información de pedido del 787-10 por Singapore Airlines
USA-15 (ICSS)	Información de pedido del 777-300ER por United
USA-16 (ICSS)	Información [[***]] de Emirates
USA-19 (ICSS)	Cálculo de los precios de entrega del 747-8I durante 2011
USA-20	Índices de Precios al Productor - Panorama general del programa, Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales
USA-22 (ICSS)	Suma de efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado por año
USA-26 (ICSS)	Revisión de los precios de entrega globales del 747-8I correspondientes a 2012 y 2013 (revisión de la Prueba documental USA-17 (ICSS))
USA-27 (ICSS)	Revisión del cálculo de los precios de entrega del 747-8I durante 2011 (revisión de la Prueba documental USA-19 (ICSS))
USA-28 (ICSS)	Revisión de la suma de efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado por año (revisión de la Prueba documental USA-22 (ICSS))
USA-29 (ICSS)	Calendarios de entregas contratadas e información sobre entregas efectivas de Boeing correspondientes a los pedidos "de comparación"
USA-30 (ICSS)	Correo electrónico de Boeing relativo al primer conjunto de preguntas del Árbitro
USA-35 (ICC)	Correo electrónico de Boeing de [[***]] (13 de diciembre de 2018)
USA-36 (ICC)	Correo electrónico de Boeing de [[***]] (13 de diciembre de 2018)
USA-37 (ICC)	Diapositiva sobre el aumento de Boeing
USA-38 (ICC)	[[***]]
USA-39 (ICC)	[[***]]
USA-40 (ICC)	[[***]]
USA-41 (ICC)	[[***]]
USA-43	Datos históricos sobre entregas de Boeing a octubre de 2018, sitio web de Boeing
USA-44 (ICSS)	Calendarios de entregas contratadas, modificaciones de los calendarios de entregas e información sobre entregas efectivas de Boeing correspondientes a los pedidos "de comparación"
USA-53	Entregas del Boeing 747 (2000-2013), Excel descargado del sitio web de Boeing
USA-54	Familia del Boeing 747, sitio web de Boeing
USA-56 (ICC)	Correo electrónico de Boeing de [Eric Howard] (10 de diciembre de 2018)
USA-57	Boeing, <i>Lufthansa Announce Order for 747-8 Intercontinental</i> , Comunicado de prensa de Boeing
USA-58 (ICC)	Carta de Boeing al Export-Import Bank de los Estados Unidos (1º de noviembre de 2018)
USA-59 (ICSS)	[[***]]
USA-60 (ICC)	Correo electrónico de Boeing de [[***]] (10 de febrero de 2019)
USA-61 (ICSS)	Cálculo de los precios de entrega correspondientes a los pedidos de comparación
USA-62 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 112
USA-63 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 113
USA-65 (ICSS)	Cálculo de la tasa de supervivencia
USA-66 (ICSS)	Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132
USA-68 (ICSS)	Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific de 2013
USA-69 (ICSS)	Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific de marzo de 2011
USA-71 (ICSS)	[[***]]
USA-73 (ICSS)	Documentación de pedido del 787-10 por Singapore Airlines de 2013
USA-74 (ICSS)	Documentación de pedido del 777-300ER por United de 2015
USA-75 (ICSS)	Documentación de pedido del 747-8I por Transaero de 2013
USA-76 (ICSS)	Documentación de pedido del 747-8I por Korean Air de 2013
USA-77 (ICSS)	Documentación de pedido del 747-8I por Air China de 2012
USA-78 (ICSS)	Documentación de pedido del 747-8I por Air China de 2013
USA-79 (ICSS)	Documentación de pedido del 747-8I por Lufthansa de 2006
USA-80 (ICSS)	[[***]]
USA-81 (ICSS)	[[***]]
USA-82 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 124
USA-84 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131
USA-85 (ICSS)	Documentación sobre los aumentos relativa a Singapore Airlines
USA-86	<i>Machinists Back Contract With Boeing; 8-Week Strike Ends</i> , New York Times (2 de noviembre de 2008)
USA-87 (ICSS)	Documentación sobre los aumentos relativa a Lufthansa
USA-89 (ICSS)	Documentación de pedido del 747-8I por Korean Air de 2009

Prueba documental	Título
USA-90 (ICSS)	[[***]]
USA-91 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-92 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-93 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-94 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-95 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-96 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-97 (ICSS)	Documentación de pedido [[***]]
USA-98 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 145
USA-99 (ICSS)	Segunda revisión de la suma de efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado por año (revisión de la Prueba documental USA-28 (ICSS))
USA-100 (ICC)	Correo electrónico de Boeing de [[***]] (11 de febrero de 2019)
USA-101 (ICSS)	Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 136, 139-142
USA-103 (ICSS)	Segunda revisión de los precios de entrega globales del 747-8I correspondientes a 2012 y 2013 (revisión de la Prueba documental USA-26(ICSS))
USA-104 (ICSS)	Segunda revisión del cálculo de los precios de entrega del 747-8I durante 2011 (revisión de la Prueba documental USA-27(ICSS))
USA-106 (ICSS)	Cálculos del precio neto para las preguntas 153 y 154 d) con respecto a las valoraciones alternativas sobre la obstaculización
USA-114	Especificaciones técnicas del 777X, sitio web de Boeing
USA-115	Sitio web de Boeing, entregas del 747-400 anteriores a 1990
USA-116 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 171
USA-117	Deflactor del PIB, facilitado con carácter trimestral o anual
USA-118 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 173
USA-119 (ICSS)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 174
USA-120 (ICC)	Datos del CMPC de Boeing correspondientes a 2012, 2013

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LA PRESENTE DECISIÓN

Abreviatura	Descripción
747-8F	Boeing 747-8 Freighter
747-8I	Boeing 747-8 Intercontinental
777-300ER	aeronave Boeing 777-300 - variante de alcance ampliado
A321neo	aeronave Airbus A321 - opción motor nuevo
A350XWB	aeronave Airbus A350 "eXtra widebody"
A350XWB-900	aeronave Airbus A350 "eXtra widebody" - variante con 900 asientos (básico)
A350XWB-1000	aeronave Airbus A350 "eXtra widebody" - variante con 1.000 asientos
ICC	información comercial confidencial
BFE	equipo a cargo del comprador
CA	aeronave civil
IPC	Índice de precios al consumo
DCF	flujo de caja actualizado
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Entendimiento sobre Solución de Diferencias)
CE	Comunidades Europeas
CEE	Comunidad Económica Europea
UE	Unión Europea
FDE	equipo para carlinga
FOB	franco a bordo
EVE	empresa de ventas en el extranjero
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
PIB	producto interior bruto
ICSS	información comercial sumamente sensible
AEP/FEM	Ayuda para emprender proyectos/financiación por los Estados miembros
LCA	grandes aeronaves civiles
FEM	financiación por los Estados miembros
MTOW	peso máximo al despegue
VAN	valor actual neto
PDP	pagos anteriores a la entrega
IPP de fabricación de CA	Índice de Precios al Productor de fabricación de Aeronaves Civiles de los Estados Unidos
RFP	solicitud de propuestas
[[***]]	[[***]]
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
EE.UU.	Estados Unidos
USA	Estados Unidos de América
USD	dólares de los Estados Unidos
VLA	aeronave de muy gran tamaño
CMPC	costo medio ponderado del capital
OMC	Organización Mundial del Comercio

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Procedimiento inicial y procedimiento sobre el cumplimiento

1.1. El presente procedimiento de arbitraje se plantea en la diferencia iniciada por los Estados Unidos en relación con determinadas medidas impuestas por la Unión Europea¹ y determinados Estados miembros que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (LCA).

1.2. El 1º de junio de 2011, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) adoptó el informe del Órgano de Apelación en esta diferencia, junto con el informe del Grupo Especial inicial modificado por el Órgano de Apelación.² El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que determinadas subvenciones otorgadas al fabricante europeo de LCA Airbus³ por la Unión Europea y determinados Estados miembros causaron desplazamiento y pérdida de ventas significativa en el sentido de los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), lo que constituye un perjuicio grave con arreglo al apartado c) del artículo 5.⁴

1.3. Conforme a lo establecido en los párrafos 8 y 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la Unión Europea y determinados Estados miembros disponían de un plazo de seis meses desde la fecha de la adopción del informe del Grupo Especial o el informe del Órgano de Apelación para adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de las subvenciones pertinentes o retirar dichas subvenciones. Este plazo de seis meses expiró el 1º de diciembre de 2011. En esa fecha, la Unión Europea notificó al OSD que había adoptado las medidas apropiadas para poner sus medidas plenamente en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC y para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁵ Los Estados Unidos consideraron que esas medidas no ponían a la Unión Europea y determinados Estados Miembros en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁶ El 12 de enero de 2012, la Unión Europea y los Estados Unidos informaron al OSD del Procedimiento que habían acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD (acuerdo sobre la secuencia).⁷ El 13 de abril de 2012, a solicitud de los Estados Unidos, el OSD estableció el Grupo Especial sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁸

¹ En la presente diferencia figura la denominación "Comunidades Europeas", en lugar de "Unión Europea". La Unión Europea sustituyó y sucedió efectivamente a las Comunidades Europeas a los efectos de la presente diferencia tras la entrada en vigor, el 1º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 1). Para facilitar la referencia, nos referimos a la "Unión Europea" para abordar los sucesos ocurridos antes y después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

² Informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial, *Actuación del Órgano de Solución de Diferencias*, WT/DS316/16.

³ Puede consultarse más información sobre la historia y la estructura empresarial de Airbus en los informes de los Grupos Especiales *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.946-6.957, y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, páginas 415-419.

⁴ Véanse el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1299-1300 y 1412; y el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.2025 y 8.2.

⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea, WT/DS316/17 (primera comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 1.

⁶ OSD, Acta de la reunión celebrada el 19 de diciembre de 2011, WT/DSB/M/308, párrafo 55.

⁷ Comunicación presentada por las partes, WT/DS316/21 (Entendimiento entre la Unión Europea y los Estados Unidos con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD). Las partes acordaron, entre otras cosas, solicitar la suspensión del arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en espera de la finalización del procedimiento del grupo especial sobre el cumplimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y de cualquier apelación que se formulase respecto de este. Asimismo, las partes acordaron que en caso de que el OSD resolviera, como consecuencia de un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que una medida destinada al cumplimiento no existe o es incompatible con un acuerdo abarcado, cualquiera de las partes podrá solicitar al árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 que reanude sus trabajos.

⁸ OSD, Acta de la reunión celebrada el 13 de abril de 2012, WT/DSB/M/314, párrafo 10.

1.4. El 22 de septiembre de 2016, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la Unión Europea y determinados Estados miembros no habían "cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de 'adoptar[] las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar[] la subvención'".⁹ El Órgano de Apelación llegó a la misma conclusión, aunque de manera general sobre la base de un razonamiento distinto.¹⁰ Es importante señalar que el Órgano de Apelación basó su razonamiento únicamente en los efectos de las siguientes medidas: a) las subvenciones de ayuda para emprender proyectos/financiación por los Estados miembros (AEP/FEM) para la aeronave A380 en el mercado de productos de aeronaves de muy gran tamaño (VLA); y b) las subvenciones de AEP/FEM para la aeronave A350XWB en el mercado de productos de doble pasillo.¹¹ El Grupo Especial sobre el cumplimiento había basado sus conclusiones en un conjunto de medidas de subvención más amplio.¹² Sobre la base de los efectos de esas medidas, el Órgano de Apelación confirmó algunas de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto a la obstaculización y la pérdida de ventas significativa en el sentido de los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. Más concretamente, como se explica con más detalle en las secciones 6.3.4.3 y 6.3.4.4 *infra*, el Órgano de Apelación confirmó que la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB causó cinco pérdidas de ventas y obstaculización en seis mercados geográficos distintos en el período de referencia pertinente, a saber, el período de referencia 2011-2013 ("período de referencia 2011-2013"). El 28 de mayo de 2018, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, modificado por el informe del Órgano de Apelación.¹³

1.2 Solicitud de arbitraje y procedimiento de arbitraje

1.5. El 9 de diciembre de 2011, los Estados Unidos solicitaron la autorización del OSD para "adoptar contramedidas con respecto a la Unión Europea ... a un nivel anual proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables causados a los intereses de los Estados Unidos por el hecho de que la [Unión Europea] y determinados Estados miembros no h[ubiese]n retirado las subvenciones ni eliminado sus efectos desfavorables en cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD". En su solicitud, los Estados Unidos "calcula[ro]n que esta cifra e[ra] de entre 7.000 y 10.000 millones de dólares al año".¹⁴

1.6. En la solicitud de los Estados Unidos se solicita autorización para suspender concesiones u otras obligaciones resultantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, así como del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Según la solicitud de los Estados Unidos, es impracticable e ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones con respecto a las importaciones de bienes de la Unión Europea por un valor de hasta aproximadamente USD 10.000 millones. En la solicitud de los Estados Unidos también se afirma que, habida cuenta del grado y naturaleza de los efectos desfavorables, las circunstancias son "suficientemente graves" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) para imponer contramedidas consistentes en una o más de las siguientes alternativas:

1. suspensión de concesiones arancelarias y obligaciones conexas (incluidas las obligaciones relativas al trato de la nación más favorecida) en el marco del GATT de 1994 respecto de una lista de productos procedentes de la Unión Europea y

⁹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 7.2.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), sección 6.

¹¹ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.412 y sección 6. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), sección 6.5.2.3.1 (donde se describen las medidas de AEP/FEM para el A350XWB); y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.367-7.381 y cuadro 1 (donde se describen las medidas de AEP/FEM para el A380).

¹² Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), sección 7.

¹³ Informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, *Actuación del Órgano de Solución de Diferencias*, WT/DS316/35.

¹⁴ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18.

determinados Estados miembros que se extraerá del Arancel de Aduanas Armonizado de los Estados Unidos; y

2. suspensión de concesiones y obligaciones horizontales o sectoriales contenidas en la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos con respecto a todos los servicios definidos en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, con la excepción de los servicios financieros (sector 7).¹⁵

1.7. En la reunión del OSD de 22 de diciembre de 2011, la Unión Europea impugnó el nivel de las contramedidas propuesto por los Estados Unidos y alegó que los Estados Unidos no habían seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. En la misma reunión, el OSD acordó que la cuestión planteada por la Unión Europea en su declaración había quedado sometida a arbitraje, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.¹⁶ El Árbitro se constituyó el 13 de enero de 2012¹⁷ y quedó integrado por los miembros del Grupo Especial inicial:

Presidente: Sr. Carlos Pérez del Castillo

Miembros: Sr. John Adank
Sr. Thinus Jacobsz

1.8. De conformidad con los términos del acuerdo sobre la secuencia suscrito por las partes, y a raíz de una solicitud conjunta de las partes, el Árbitro suspendió el procedimiento de arbitraje a partir del 20 de enero de 2012 hasta que cualquiera de las partes solicitara la reanudación de sus trabajos.¹⁸ El 13 de julio de 2018 (es decir, poco más de seis semanas después de la adopción de los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial en el procedimiento sobre el cumplimiento el 28 de mayo de 2018), los Estados Unidos formularon dicha solicitud y el Árbitro reanudó sus trabajos ese mismo día.¹⁹ Debido a la dimisión previa del Presidente del Árbitro, Sr. Carlos Pérez del Castillo, el 17 de febrero de 2016, y en vista de que el Sr. John Adank no estaba disponible para ejercer como miembro del Árbitro, el 9 de julio de 2018 el Director General designó un nuevo Presidente y un nuevo miembro del Árbitro, atendiendo a una solicitud presentada por los Estados Unidos el 28 de junio de 2018.²⁰ En consecuencia, se estableció la nueva composición del Árbitro, que es la siguiente:

Presidente: Sr. Faizullah Khilji

Miembros: Sr. Scott Gallacher
Sr. Thinus Jacobsz

1.9. El 14 de agosto de 2018, se celebró una reunión de organización para tratar aspectos procedimentales del arbitraje. Tras consultar con las partes, el Árbitro adoptó, el 17 de agosto de 2018, su Procedimiento de trabajo y un calendario.²¹ El Árbitro adoptó el Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial (ICC) y de la información comercial sumamente sensible (ICSS) el 31 de agosto de 2018. Este Procedimiento fue modificado el 23 de octubre de 2018 y el 27 de septiembre de 2019 (véase la sección 2.2 *infra*).²² El 6 de diciembre de 2018, el Árbitro también adoptó un Procedimiento de trabajo adicional para la grabación y la presentación en diferido al público de las declaraciones orales iniciales de las partes en la reunión sustantiva (véase la sección 2.3 *infra*).²³

¹⁵ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18.

¹⁶ OSD, Acta de la reunión celebrada el 22 de diciembre de 2011, WT/DSB/M/309, párrafo 4.

¹⁷ Nota de constitución del Árbitro, WT/DS316/20.

¹⁸ Comunicación del Árbitro, WT/DS316/22 (Suspensión de los trabajos del Árbitro).

¹⁹ Comunicación del Árbitro, WT/DS316/38 (Reanudación de los trabajos del Árbitro).

²⁰ Sustitución de dos miembros del Árbitro, WT/DS316/37.

²¹ Véase el Procedimiento de trabajo del Árbitro, anexo A-1.

²² Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial y de la información comercial sumamente sensible, anexo A-2.

²³ Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro, anexo A-3.

1.10. De conformidad con el calendario y el Procedimiento de trabajo adoptados por el Árbitro, los Estados Unidos presentaron el 11 de septiembre de 2018 una comunicación en la que explicaban su metodología para calcular el nivel de las contramedidas propuesto (documento sobre la metodología de los Estados Unidos). La Unión Europea presentó su comunicación escrita, incluida una solicitud de resolución preliminar separada, el 15 de octubre de 2018. Los Estados Unidos presentaron su comunicación escrita, incluida su respuesta a la solicitud de resolución preliminar, el 9 de noviembre de 2018. El 16 de noviembre de 2018, el Árbitro envió preguntas a las partes para que respondieran por escrito, lo que hicieron el 30 de noviembre de 2018. El Árbitro envió preguntas adicionales a las partes el 30 de noviembre de 2018 para que respondieran por escrito, lo que hicieron el 14 de diciembre de 2018.

1.11. El Árbitro celebró su reunión sustantiva con las partes los días 11 y 12 de febrero de 2019. El 18 de febrero de 2019, el Árbitro emitió sus conclusiones sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea.²⁴ Las conclusiones y las razones subyacentes se exponen en la sección 2.4 *infra*.

1.12. El 19 de febrero de 2019, el Árbitro envió preguntas adicionales a las partes para que respondieran por escrito. Las partes respondieron a estas preguntas el 15 de marzo de 2019 y formularon observaciones sobre las respuestas de la otra parte el 8 de abril de 2019. El Árbitro envió nuevas preguntas a las partes el 28 de febrero de 2019 para que respondieran por escrito. Las partes respondieron a estas preguntas el 22 de marzo de 2019 y formularon observaciones sobre las respuestas de la otra parte el 12 de abril de 2019. El Árbitro envió preguntas adicionales a las partes el 24 de mayo de 2019 para que respondieran por escrito. Las partes respondieron a estas preguntas el 7 de junio de 2019 y formularon observaciones sobre las respuestas de la otra parte el 21 de junio de 2019. En total, las partes respondieron a 175 preguntas del Árbitro, muchas de ellas con subapartados. Por lo tanto, el expediente del presente procedimiento consta de cientos de páginas de comunicaciones y miles de páginas de pruebas documentales. Gran parte de esta información es bien ICC o bien ICSS.

1.13. El Árbitro envió su decisión para que fuera traducida el 30 de agosto de 2019 y notificó a las partes dicho envío. El 13 de septiembre de 2019, el Árbitro dio traslado a las partes de una versión de su decisión que contenía ICC y una versión expurgada para su difusión pública. Las partes respondieron con solicitudes para que se expurgara más información el 19 de septiembre de 2019. El 24 de septiembre de 2019, el Árbitro facilitó sus cálculos ICSS subyacentes a la cifra que figura en el ángulo inferior derecho del cuadro 21 de la presente decisión. El 2 de octubre de 2019 se dio traslado de la decisión del Árbitro a los Miembros de la OMC.

1.3 Segundo procedimiento sobre el cumplimiento

1.14. El 17 de mayo de 2018, la Unión Europea comunicó al OSD que había adoptado las medidas apropiadas para poner sus medidas plenamente en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC y para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.²⁵ En la reunión del OSD de 28 de mayo de 2018, los Estados Unidos señalaron que "sobre la base del examen que han hecho los Estados Unidos [de la comunicación de la Unión Europea de fecha 17 de mayo de 2018], el documento de la UE no refleja novedades que de algún modo puedan resolver esta prolongada diferencia".²⁶ Posteriormente, el 27 de agosto de 2018, a solicitud de la Unión Europea, el OSD estableció un segundo Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.²⁷ Este segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento aún no había emitido su informe cuando el Árbitro emitió la presente decisión.

2 CUESTIONES PROCEDIMENTALES

2.1. En la sección 2, el Árbitro aborda cuatro cuestiones procedimentales que se plantean en el presente procedimiento. En primer lugar, describimos brevemente la cuestión relacionada con el límite de páginas para las comunicaciones escritas presentadas por las partes. En segundo lugar, explicamos cómo tratamos la ICC y la ICSS. En tercer lugar, abordamos la solicitud de las partes de

²⁴ Véase la resolución preliminar del Árbitro (conclusiones), anexo B-1.

²⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea, WT/DS316/34 (segunda comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 1.

²⁶ OSD, Acta de la reunión celebrada el 28 de mayo de 2018, WT/DSB/M/413, párrafo 3.3.

²⁷ OSD, Acta de la reunión celebrada el 27 de agosto de 2018, WT/DSB/M/417, párrafo 5.5.

que partes de la reunión sustantiva sean grabadas para su posterior presentación al público. Por último, abordamos la solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea.

2.1 Límite de páginas para las comunicaciones escritas de las partes

2.2. Consciente de la extensión de los procedimientos anteriores y el volumen de las comunicaciones de las partes en la presente diferencia, así como la naturaleza acelerada del procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22, el Árbitro, antes de la reunión de organización, propuso introducir un límite de páginas para las comunicaciones escritas de las partes a fin de facilitar que el desarrollo del arbitraje fuese eficiente. La Unión Europea observó que, si bien estaba de acuerdo con la necesidad de que el procedimiento fuese eficiente y rápido, la imposición de un límite de páginas para las comunicaciones escritas no redundaría en favor de un procedimiento eficiente ni de la protección de los derechos de debido proceso de las partes.²⁸ Los Estados Unidos consideraron que el límite de páginas propuesto por el Árbitro debía incluirse en el Procedimiento de trabajo y señalaron que la objeción de la Unión Europea a esta disposición "apunta[ba] a la intención de causar una demora".²⁹ Tras haber analizado las opiniones de las partes, el Árbitro decidió aumentar el límite de páginas especificado anteriormente para las comunicaciones escritas de las partes y lo incluyó en su Procedimiento de trabajo. No se impuso un límite de tiempo para las declaraciones orales de las partes.

2.3. El Procedimiento de trabajo del Árbitro prevé que las comunicaciones escritas de las partes y el documento sobre la metodología de los Estados Unidos no excedan de 125 páginas (interlineado sencillo, tamaño de letra 10), excluidas las pruebas documentales que acompañen a dichas comunicaciones. Además, el límite de páginas especificado no era categórico, ya que el procedimiento prevé la posibilidad de conceder una ampliación si una parte lo solicita oportunamente, y con sujeción a que esa parte explique las circunstancias que, a su juicio, justifican que se supere el límite de páginas.³⁰ Ninguna parte solicitó una ampliación del límite de páginas.

2.2 Trato de la ICC y la ICSS

2.4. En la reunión de organización, ambas partes solicitaron al Árbitro que adoptara un procedimiento adicional para proteger la ICC y la ICSS presentada en el curso de las actuaciones. Como se indica en la sección precedente, el Árbitro adoptó dicho procedimiento de trabajo adicional el 31 de agosto de 2018. Este procedimiento fue modificado el 23 de octubre de 2018 y el 27 de septiembre de 2019.³¹

2.5. En el Procedimiento de trabajo adicional, entre otras cosas, a) se define la ICC y la ICSS a los efectos del presente procedimiento, b) se limita el acceso a la ICC y la ICSS presentada en el curso de las actuaciones, así como la utilización admisible de esta, a determinadas personas designadas previamente y en determinados lugares seguros designados en su caso, c) se establece cómo se tratará y gestionará la ICC y la ICSS que figure en las comunicaciones que las partes dirijan al Árbitro, y d) se establece la manera de devolver y destruir la ICC y la ICSS una vez concluido el procedimiento de arbitraje.

2.6. Además, en los párrafos 40 y 51 del Procedimiento de trabajo adicional se establece que el Árbitro no divulgará ICC e ICSS en su Decisión, pero podrá hacer declaraciones o inferir conclusiones que se basen en datos extraídos de la ICC y la ICSS. Es importante observar que también se prevé que, antes de distribuir a los Miembros de la OMC la decisión del Árbitro, se dará a las partes la oportunidad de cerciorarse de que la decisión no contiene ninguna información ICC o ICSS. Estos párrafos constituyen el "fundamento jurídico"³² en el que se ha basado el Árbitro para expurgar palabras o declaraciones que son ICC o ICSS de la versión pública de la presente decisión. Por consiguiente, el texto de la versión distribuida a los Miembros es idéntico al texto de la versión confidencial de la que se ha dado traslado a las partes, con excepción de los pasajes que se han

²⁸ Comunicación de la Unión Europea (14 de agosto de 2018), párrafo 2.

²⁹ Comunicación de los Estados Unidos (16 de agosto de 2018), párrafo 10.

³⁰ El texto completo del procedimiento adoptado sobre el límite de páginas puede consultarse en el Procedimiento de trabajo del Árbitro, anexo A-1, párrafo 3.2.

³¹ Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial y de la información comercial sumamente sensible, anexo A-2.

³² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 5.4.

expurgado a fin de proteger la ICC o la ICSS. Estos pasajes han sido sustituidos por "[[***]]" y "[[ICSS]]".

2.7. Al adoptar y aplicar el procedimiento adicional para proteger la ICC y la ICSS, el Árbitro se ha esforzado por "velar por que se establezca un equilibrio apropiado entre la necesidad de proteger contra el riesgo de daño que pudiera derivarse de la divulgación de una información particularmente sensible, por una parte, y la integridad del proceso de resolución ... y los derechos e intereses sistémicos de los Miembros de la OMC en general, por otra".³³ También hemos tratado de "esforzar[nos] para lograr que la versión pública de [la decisión] distribuida a todos los Miembros de la OMC sea comprensible".³⁴ Dicho esto, también es importante señalar que una parte importante de las pruebas presentadas por las partes en el presente procedimiento está protegida al amparo del procedimiento relativo a la ICC y la ICSS y, por consiguiente, el Árbitro ha tenido que hacer referencia a información clasificada como ICC o ICSS con una frecuencia mayor de la que puede haber sido habitual en decisiones arbitrales anteriores.

2.8. De conformidad con el Procedimiento de trabajo adicional, el 19 de septiembre de 2019, las partes presentaron solicitudes específicas con respecto a la supresión de ICC en la versión pública de la presente decisión y, el 23 de septiembre de 2019, presentaron observaciones sobre las solicitudes de la otra parte. En respuesta a estas comunicaciones, hemos introducido cambios apropiados en la versión pública de nuestra decisión.

2.3 Presentación pública de las declaraciones iniciales de las partes

2.9. En la reunión de organización, ambas partes acordaron que la reunión sustantiva del Árbitro con las partes debía hacerse pública en la medida en que fuese razonable hacerlo, en particular, habida cuenta de la presencia significativa de información confidencial en el procedimiento. En este contexto, tras reconocer la necesidad de proteger la confidencialidad de la ICC y la ICSS a la que podía hacerse referencia en la reunión sustantiva, ambas partes también acordaron que debía adoptarse un procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva de las partes con el Árbitro. El 6 de diciembre de 2018, y de conformidad con una propuesta conjunta realizada por las partes, el Árbitro adoptó el Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro.³⁵ Este procedimiento abordaba cuestiones relativas al trato de la ICC y la ICSS durante la reunión, en general, así como cuestiones relativas más específicamente a las partes de la reunión destinadas a ponerse a disposición del público.

2.10. Durante la reunión sustantiva del Árbitro con las partes, que se celebró los días 11 y 12 de febrero de 2019, se grabaron las declaraciones orales iniciales de las partes para su presentación posterior al público de conformidad con lo previsto en el Procedimiento de trabajo adicional. Se realizó una proyección anticipada de la grabación para las partes el 8 de marzo de 2019, a la que asistieron ambas partes y en la que las partes identificaron referencias a ICC hechas durante las declaraciones orales iniciales que se eliminaron posteriormente antes de la presentación pública. La presentación pública de la grabación expurgada de las declaraciones orales iniciales de las partes tuvo lugar el 30 de abril de 2019 en la OMC.

2.4 Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea

2.11. Como se ha señalado en el párrafo 1.10. *supra*, cuando la Unión Europea presentó su comunicación escrita, también presentó una solicitud separada de que el Árbitro emitiera una resolución preliminar en la etapa más temprana posible. Los Estados Unidos respondieron a esta solicitud en su comunicación escrita. Poco después de la reunión del Árbitro con las partes, el Árbitro emitió sus conclusiones sobre la solicitud de resolución preliminar. En la presente sección, el Árbitro expone de nuevo sus conclusiones y proporciona las razones en que se basan.

³³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 5.3; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, anexo III, Resolución de procedimiento de 10 de agosto de 2010, párrafo 15.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 279.

³⁵ Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro, anexo A-3.

2.12. En su solicitud de resolución preliminar, la Unión Europea solicita que el Árbitro espere el resultado del segundo procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento³⁶ antes de finalizar el procedimiento de arbitraje. En opinión de la Unión Europea, el Árbitro y el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento deben encontrar una "forma lógica de proceder"³⁷ y coordinar su trabajo. La Unión Europea sostiene que hay una interdependencia singular entre el mandato de un árbitro establecido de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 y el de un grupo especial sobre el cumplimiento en una diferencia relacionada con la Parte III del Acuerdo SMC relativa a las subvenciones recurribles. A juicio de la Unión Europea, el Árbitro no puede cumplir adecuadamente su labor sin considerar la cuestión de si la Unión Europea se ha puesto en conformidad (lo que ha sucedido según afirma la Unión Europea en su comunicación más reciente sobre el cumplimiento³⁸) y el resultado del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento que incide en el procedimiento de arbitraje. La Unión Europea considera que existe el riesgo de que se inflija un daño grave e irreparable a la Unión Europea si se imponen contramedidas a pesar de que esta ha cumplido ahora las recomendaciones y resoluciones del OSD.³⁹

2.13. La Unión Europea afirma que, según una interpretación adecuada de los párrafos 9 y 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el OSD solo puede autorizar contramedidas si no se ha logrado el cumplimiento. La Unión Europea recuerda a este respecto que la cuestión de si la Unión Europea ha logrado el cumplimiento sustantivo en la presente diferencia se halla actualmente sometida a la consideración del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento. A juicio de la Unión Europea, la forma lógica de proceder es, por lo tanto, que el Árbitro espere el resultado del "examen multilateral" antes de determinar si los Estados Unidos pueden recibir la autorización para adoptar contramedidas.⁴⁰

2.14. Los Estados Unidos responden que la solicitud de resolución preliminar no aduce ninguna razón válida que justifique que el Árbitro detenga el procedimiento para que la Unión Europea pueda defender sus últimas alegaciones sobre el cumplimiento, y el ESD y el Acuerdo SMC tampoco lo exigen. En opinión de los Estados Unidos, no está justificado detener la decisión de un árbitro en los casos en que la alegación inicial de cumplimiento de la parte demandada no ha prosperado, el OSD ha adoptado constataciones de incompatibilidad con las normas de la OMC en el período posterior a la aplicación y la parte demandada ha iniciado un segundo procedimiento sobre el cumplimiento. Los Estados Unidos señalan que el arbitraje examina que el nivel de suspensión sea proporcionado a los efectos desfavorables ya identificados en los informes del primer grupo especial sobre el cumplimiento y del Órgano de Apelación, mientras que el segundo grupo especial sobre el cumplimiento abordará las alegaciones de que un nuevo conjunto de medidas ha modificado las subvenciones de la Unión Europea de manera que ya no causan efectos desfavorables. Además, los Estados Unidos sostienen que lentificar el arbitraje sería incongruente con el compromiso común contraído por las partes en su acuerdo bilateral sobre la secuencia de "cooperar para que el árbitro distribuya su decisión [en un plazo] de 60 días".⁴¹

2.15. Los Estados Unidos aducen que, según la Unión Europea, si el segundo procedimiento sobre el cumplimiento se resolviera en contra de esta, la Unión Europea podría plantear nuevas alegaciones de cumplimiento que detendrían otra vez el arbitraje hasta que finalizase un tercer procedimiento sobre el cumplimiento. En opinión de los Estados Unidos, este resultado invalidaría su derecho a adoptar contramedidas como respuesta al incumplimiento de la Unión Europea. Los Estados Unidos señalan además que discrepan enérgicamente de que la Unión Europea haya logrado el cumplimiento. A este respecto, los Estados Unidos señalan que la Unión Europea y los Estados Unidos discrepan de qué parte debe soportar el riesgo de la incertidumbre de si la Unión Europea ha cumplido sus obligaciones. Los Estados Unidos consideran que soportaron el riesgo de la

³⁶ Véase el párrafo 1.14. *supra*.

³⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafo 3 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 4.9).

³⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea, WT/DS316/34 (segunda comunicación sobre el cumplimiento).

³⁹ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafos 3-4, 7-9, 23-24, 52 y 74; comunicación de la Unión Europea al Árbitro (22 de octubre de 2018), página 2; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 50 del Árbitro, párrafos 21 y 28.

⁴⁰ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafos 5, 7, 34 y 37.

⁴¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 34 (donde se cita el acuerdo sobre la secuencia, párrafo 7). Véanse también la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 21, 31, 34-35, 60 y 69; y la comunicación de los Estados Unidos al Árbitro (25 de octubre de 2018), página 2.

incertidumbre hasta el final del primer procedimiento sobre el cumplimiento. En opinión de los Estados Unidos, ahora corresponde a la Unión Europea soportar la incertidumbre toda vez que estará sometida a las contramedidas hasta que las alegaciones de cumplimiento se hayan resuelto. Asimismo, los Estados Unidos señalan que la Unión Europea no adujo que el primer procedimiento sobre el cumplimiento debía haber avanzado rápidamente porque los efectos desfavorables causados por sus subvenciones eran irreparables.⁴²

2.16. Tras un examen detenido de los argumentos de las partes, el Árbitro trasladó a las partes su conclusión sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea e indicó que expondría las razones justificativas en su decisión.⁴³ Concluimos que no era necesario ni adecuado esperar el resultado del segundo procedimiento sobre el cumplimiento para proceder a determinar el nivel máximo de contramedidas que los Estados Unidos podrían estar autorizados a imponer. Por consiguiente, rechazamos la solicitud de la Unión Europea de que coordinásemos nuestros trabajos con el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento y decidimos proseguir con nuestra labor.

2.17. En la presente sección, exponemos las razones en que se basa nuestra conclusión. Antes, resulta útil aclarar la naturaleza y las consecuencias prácticas de la solicitud de la Unión Europea. Con respecto a la naturaleza de la solicitud, la Unión Europea nos pide que retrasemos la finalización de nuestros trabajos hasta que la cuestión del cumplimiento de la Unión Europea se resuelva en el segundo procedimiento sobre el cumplimiento. En otras palabras, la Unión Europea no solicita que nosotros resolvamos la cuestión del cumplimiento.

2.18. Con respecto a las consecuencias prácticas, la Unión Europea afirma que debemos coordinar nuestros trabajos con el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento y que debemos esperar el resultado del "examen multilateral"⁴⁴ relativo a la alegación de cumplimiento sustantivo formulada por la Unión Europea. Habida cuenta de que el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento es susceptible de apelación, el "examen multilateral" no finalizaría y sería definitivo hasta después de las apelaciones que las partes puedan iniciar. La demora solicitada por la Unión Europea, por lo tanto, podría haber sido sustancial. Señalamos a este respecto que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, los arbitrajes deben completarse de manera expeditiva, dentro de los 60 días siguientes a que la cuestión se haya sometido a arbitraje. Si las partes no querían que siguiésemos adelante, podían haber solicitado conjuntamente otra suspensión de este procedimiento de arbitraje.⁴⁵ Sin embargo, es evidente que las partes no se pusieron de acuerdo en que el tipo de coordinación con el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento propuesto por la Unión Europea fuese apropiado.⁴⁶

2.19. Con todo, la Unión Europea solicita, en efecto, que con independencia del hecho de que los Estados Unidos no estén de acuerdo con demorar el procedimiento de arbitraje, impongamos un calendario coordinado con el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento. La Unión Europea presenta tres argumentos principales en respaldo de su solicitud: a) un argumento relativo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD, b) un argumento relativo a la irretroactividad de las medidas correctivas de la OMC, y c) un argumento basado en decisiones arbitrales anteriores. A continuación, examinaremos cada uno de ellos sucesivamente.

2.4.1 El argumento de la Unión Europea relativo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD

2.20. Según la Unión Europea, el derecho de solicitar contramedidas con arreglo al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC surge en el caso de incumplimiento al final del plazo para la aplicación, pero el párrafo 9 del artículo 7 no estipula si se pueden pedir y autorizar contramedidas en los casos en que el Miembro demandado ha afirmado que ha cumplido sus obligaciones después del final del plazo para la aplicación y se ha establecido un grupo especial sobre el cumplimiento para determinar si se ha logrado el cumplimiento. No obstante, en opinión de la Unión Europea, el párrafo 8 del

⁴² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 23, 26-27, 29 -30 y 57; y comunicación de los Estados Unidos al Árbitro (25 de octubre de 2018), páginas 2-3.

⁴³ Comunicación del Árbitro a las partes, anexo C-1 (18 de febrero de 2019) (donde figuran las conclusiones del Árbitro sobre la solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, que forma parte integrante de la decisión del Árbitro).

⁴⁴ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafo 37.

⁴⁵ Como se señala en el párrafo 1.8. *supra*, a solicitud de las partes, el presente procedimiento de arbitraje fue suspendido desde enero de 2012 hasta julio de 2018.

⁴⁶ A juicio de los Estados Unidos, la "única actuación adecuada en esta etapa es seguir adelante sin demora con este procedimiento". (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 21).

artículo 22 del ESD establece que no se pueden autorizar contramedidas si se ha logrado el cumplimiento sustantivo. La Unión Europea sostiene que debemos esperar, por lo tanto, el resultado de un examen multilateral relativo a la alegación de cumplimiento sustantivo formulada por la Unión Europea.⁴⁷

2.21. Los Estados Unidos señalan que el OSD ha constatado que la Unión Europea no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y que el ESD prevé que el OSD debe autorizar contramedidas en el nivel que determine el Árbitro. Los Estados Unidos consideran que el párrafo 8 del artículo 22 no impide la aplicación de contramedidas en la presente diferencia y que toda contramedida que autorizase el OSD podría mantenerse debidamente hasta que el OSD adopte una constatación de cumplimiento (o las partes acuerden que se ha hallado una solución). Según los Estados Unidos, lo que cuenta en el marco del párrafo 8 del artículo 22 no es la afirmación de cumplimiento, sino que el OSD adopte una constatación de cumplimiento (que la Unión Europea no ha obtenido).⁴⁸

2.22. En primer lugar, el Árbitro señala el texto del párrafo 8 del artículo 22, que establece en la parte pertinente que la suspensión de concesiones u otras obligaciones "solo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado".⁴⁹ Por lo tanto, el párrafo 8 del artículo 22, por sus propios términos, se refiere a la "aplicación" de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. El párrafo 7 del artículo 22 precede al párrafo 8 del artículo 22 y forma parte de su contexto inmediato. La última frase del párrafo 7 del artículo 22 establece que el OSD, si se le pide, deberá otorgar "autorización" para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la solicitud sea acorde con la decisión del árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 (y no haya consenso negativo en el OSD contra la aceptación de la solicitud). En consecuencia, el párrafo 7 del artículo 22 se refiere a la "autorización", mientras que el párrafo 8 del artículo 22 se refiere a la "aplicación" de una suspensión de concesiones u otras obligaciones. A partir de estos elementos, nos parece claro que el párrafo 8 del artículo 22 aborda una situación posterior a la autorización -una situación en la que el OSD ya ha autorizado la suspensión de concesiones u otras obligaciones- y no una situación anterior a la autorización.⁵⁰

2.23. Por lo tanto, discrepamos de que el párrafo 8 del artículo 22 impida al OSD "autorizar" contramedidas en una situación anterior a la autorización como la nuestra, donde el OSD ha resuelto después del procedimiento sobre el cumplimiento que la parte demandada no se ha puesto en conformidad al final del plazo para la aplicación y la parte reclamante solicita que el OSD le conceda autorización para adoptar contramedidas sobre la base de la resolución sobre el cumplimiento previa del OSD.⁵¹

2.24. De hecho, la diferencia *Estados Unidos - Atún II (México)* es un buen ejemplo. El OSD resolvió que los Estados Unidos no se habían puesto en conformidad al final del plazo prudencial. México solicitó entonces autorización para suspender concesiones y el asunto se sometió a un árbitro de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. En torno a las mismas fechas, no obstante, entró en vigor una medida destinada al cumplimiento revisada de los Estados Unidos que, según alegó ese país, lograba el cumplimiento.⁵² Posteriormente, a raíz de las solicitudes separadas de los Estados Unidos y de México, se estableció un grupo especial sobre el cumplimiento. El Árbitro finalizó su labor antes que el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento y el OSD autorizó a México a que aplicara medidas de retorsión. Meses después, el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la medida sobre el atún revisada de los Estados Unidos ponía a dicho país en

⁴⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafos 38-39; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 50 del Árbitro, párrafos 9 y 18.

⁴⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 28, 48 y 50.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 306 (donde se indica que "la suspensión de concesiones puede continuar hasta que la supresión de la medida declarada incompatible por el OSD dé lugar al cumplimiento sustantivo").

⁵⁰ Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos I*), párrafo 3.45.

⁵¹ El párrafo 8 del artículo 22, sin embargo, impediría que la parte reclamante siguiera aplicando las contramedidas autorizadas por el OSD si un procedimiento sobre el cumplimiento finalizado posteriormente estableciera que la parte demandada ha cumplido de manera sustantiva sus obligaciones.

⁵² Las partes en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) discrepaban sobre la fecha de entrada en vigor de la medida sobre el atún de 2016 y el Árbitro no consideró necesario resolver esta cuestión. (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 3.64-3.65).

conformidad y la constatación del Grupo Especial fue confirmada posteriormente por el Órgano de Apelación. Así pues, aunque los Estados Unidos alegaban haber cumplido sus obligaciones cuando México solicitó autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, el OSD concedió a México la autorización.

2.4.2 El argumento de la Unión Europea relativo a la irretroactividad de las medidas correctivas de la OMC

2.25. La Unión Europea alega además que, si el Árbitro autorizase a los Estados Unidos a imponer contramedidas para responder a un incumplimiento pasado del Acuerdo SMC en lugar de una incompatibilidad actual con el Acuerdo SMC, esto daría a los Estados Unidos una medida correctiva retroactiva. La Unión Europea sostiene que ello sería contrario al principio de que las contramedidas son de carácter prospectivo y no retroactivo.⁵³

2.26. A juicio de los Estados Unidos, si las medidas adoptadas recientemente por la Unión Europea lograron el cumplimiento (como alega la Unión Europea), esto no significaría que los Estados Unidos obtendrían una medida correctiva retrospectiva por los efectos desfavorables causados en el pasado por la Unión Europea, en lugar de una medida correctiva por los efectos continuos. Según los Estados Unidos, el argumento de la Unión Europea pasa por alto que lo mismo cabría decir en la situación inversa. Los Estados Unidos sostienen que, si el Árbitro pusiera fin al presente procedimiento y en el segundo procedimiento sobre el cumplimiento se rechazan las alegaciones de cumplimiento de la Unión Europea, el Árbitro negaría el derecho de los Estados Unidos a suspender las concesiones para restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones alterado por las subvenciones en curso de la Unión Europea, incompatibles con la normativa de la OMC.⁵⁴

2.27. El Árbitro señala que el OSD autorizaría a los Estados Unidos a adoptar contramedidas de manera prospectiva (es decir, desde la fecha de la autorización del OSD en adelante) para responder a la continuación de un incumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco de la OMC determinado de manera multilateral.⁵⁵ Además, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 22, cualquier contramedida se podría mantener hasta que hubiera una nueva determinación multilateral del OSD de que ya no existe un incumplimiento (o las partes llegaran a una solución mutuamente convenida). Solo si las contramedidas se mantuvieran en vigor incluso después de que el OSD haya determinado que ya no existe un incumplimiento se podría decir que tales contramedidas "responden a un incumplimiento pasado" (es decir, un incumplimiento que ha cesado). Por el contrario, una declaración unilateral de cumplimiento de la parte demandada no hace que contramedidas autorizadas de manera multilateral que o bien se inician o se siguen aplicando después de la fecha de dicha declaración se conviertan en contramedidas que "responden a un incumplimiento pasado" a partir de la fecha de su primera aplicación (en caso de que las contramedidas se empiecen a aplicar después de la declaración) o la fecha de la declaración (en caso de que las contramedidas se sigan aplicando), de ahí en adelante. Por último, señalamos que en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, el OSD otorgó a México el derecho a suspender concesiones u otras obligaciones para responder a una determinación multilateral de incumplimiento formulada previamente por el OSD pese a que los Estados Unidos habían alegado que mientras tanto se habían puesto en conformidad.⁵⁶

2.28. A la luz de las consideraciones precedentes, no podemos aceptar el argumento de la Unión Europea de que el hecho de autorizar a los Estados Unidos a adoptar contramedidas antes de que finalice el procedimiento del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento equivaldría a autorizar una medida correctiva retroactiva.

⁵³ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafos 56-58.

⁵⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 54-55.

⁵⁵ En el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, el Órgano de Apelación hizo referencia al "carácter prospectivo de las medidas correctivas en el sistema de solución de diferencias de la OMC" y señaló que, con arreglo al párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, un Miembro reclamante puede "obtener reparación en forma de una medida correctiva prospectiva". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.374). (las cursivas figuran en el original)

⁵⁶ OSD, acta de la reunión celebrada el 22 de mayo de 2017, WT/DSB/M/397, párrafo 7.24; y solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, WT/DS381/32 (12 de abril de 2016).

2.4.3 Decisiones arbitrales anteriores a que hace referencia la Unión Europea

2.29. La Unión Europea sostiene que tres decisiones arbitrales anteriores adoptadas en el marco del párrafo 6 del artículo 22 respaldan su posición de que no hay ningún fundamento para autorizar contramedidas si se ha logrado el cumplimiento. En primer lugar, la Unión Europea señala que el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) examinó si la Unión Europea había logrado el cumplimiento a través de las medidas que había adoptado después del procedimiento inicial. En segundo lugar, la Unión Europea hace referencia a la decisión del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos I*), en la que el árbitro no incluyó en su valoración un programa de subvenciones que había sido declarado incompatible con la OMC por el grupo especial inicial, pero que, según lo acordado por las partes, se había suprimido después de concluido el plazo para la aplicación. En tercer lugar, la Unión Europea señala que el Árbitro en el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*) decidió que esperaría los resultados del procedimiento sobre el cumplimiento sometido al Órgano de Apelación antes de llegar a una conclusión en el marco del párrafo 6 del artículo 22. La Unión Europea señala que solo un árbitro, el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), adoptó un enfoque distinto esbozado en una resolución preliminar (resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II*). La Unión Europea considera que las circunstancias de la presente diferencia son distintas, porque esta diferencia se refiere a la adopción de contramedidas en respuesta a recomendaciones del OSD relativas a subvenciones recurribles. A juicio de la Unión Europea, la premisa de la labor de un árbitro en este contexto es la existencia de efectos desfavorables. A juicio de la Unión Europea, esta diferencia exige un enfoque distinto.⁵⁷

2.30. Los Estados Unidos responden que decisiones arbitrales anteriores no respaldan la suspensión de un arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 para esperar el resultado del procedimiento de un segundo grupo especial sobre el cumplimiento. Los Estados Unidos sostienen que la decisión pertinente más reciente, a saber, la decisión adoptada en la diferencia *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), es también la más análoga al presente procedimiento y confirma que el Árbitro no debe suspender su labor para esperar los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento. Los Estados Unidos consideran que el razonamiento desarrollado por ese Árbitro es aplicable, de forma todavía aún más imperiosa, en un procedimiento en el marco de la Parte III del Acuerdo SMC. Según los Estados Unidos, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 7, las contramedidas han de relacionarse con los efectos desfavorables declarados incompatibles con el Acuerdo SMC en el procedimiento más reciente, y no con una supuesta versión más reciente de la medida pertinente. En lo que respecta a las demás decisiones arbitrales invocadas por la Unión Europea, los Estados Unidos alegan que estas no respaldan las opiniones de la Unión Europea.⁵⁸

2.31. El Árbitro señala que las tres decisiones arbitrales en que se basa la Unión Europea se invocaron y abordaron con cierto detalle en la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II*.⁵⁹ Estamos de acuerdo con el análisis realizado en esa resolución y, por consiguiente, consideramos que estas decisiones arbitrales no respaldan la posición de la Unión Europea. En el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), la parte reclamante solicitó autorización para adoptar medidas de retorsión antes de finalizar primero un procedimiento sobre el cumplimiento. El árbitro determinó que la forma más lógica de proceder era realizar su propio examen de la compatibilidad con la normativa de la OMC de la medida adoptada por la Unión Europea para ponerse en conformidad.⁶⁰ En el presente procedimiento existe una determinación de incumplimiento previa del OSD, procedente del primer procedimiento sobre el cumplimiento. En el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos I*), el árbitro excluyó de su valoración una medida de los Estados Unidos anteriormente declarada incompatible con las normas de la OMC que, según lo acordado por las partes, se había suprimido antes del procedimiento del grupo especial sobre el cumplimiento y el procedimiento de arbitraje, y respecto de la cual el OSD no formuló una determinación de incumplimiento tras el procedimiento sobre el cumplimiento.⁶¹ En el presente procedimiento, no hay

⁵⁷ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafos 59-61 y 63-73.

⁵⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 61-69.

⁵⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 3.29-3.47.

⁶⁰ Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 4.9.

⁶¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos I*), párrafos 3.21 y 3.50.

ninguna determinación multilateral de que la Unión Europea ha logrado el cumplimiento, ni las partes han convenido en que la Unión Europea ha logrado el cumplimiento, por lo que no hay motivo para "negarse a autorizar contramedidas"⁶² en relación con los efectos desfavorables incompatibles con las normas de la OMC cuya existencia se ha determinado en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior. Por último, en el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), no había ninguna determinación de incumplimiento del OSD procedente de procedimientos sobre el cumplimiento anteriores cuando se inició el procedimiento de arbitraje. En consecuencia, el árbitro decidió esperar el resultado de la apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento (que, según lo previsto, estaría disponible menos de dos meses después del inicio del procedimiento de arbitraje) para permitir que las partes lo tomaran en cuenta en el contexto del procedimiento de arbitraje, ya que "[l]a decisión del Órgano de Apelación podía tener influencia en la determinación de la medida en que podía considerarse que el Brasil había puesto su legislación en conformidad con sus obligaciones en virtud de la OMC".⁶³ En el presente procedimiento, ya hay una determinación de incumplimiento del OSD procedente de procedimientos sobre el cumplimiento anteriores. En consecuencia, no hay necesidad de esperar los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento iniciado posteriormente por la Unión Europea.

2.32. En lo que respecta a las circunstancias fácticas en que se basa la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II*, consideramos que estas son sustancialmente similares a las que tenemos ante nosotros. Al igual que en el presente procedimiento, cuando se inició dicho arbitraje, había una determinación de incumplimiento del OSD procedente de procedimientos sobre el cumplimiento anteriores. Análogamente, se inició una segunda ronda del procedimiento sobre el cumplimiento poco después de que se diera inicio al procedimiento de arbitraje. No obstante, el árbitro no esperó los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento y llevó a cabo el procedimiento de arbitraje sobre la base de la determinación previa del OSD. Según el árbitro, esto se justificaba porque, en su opinión, el texto del párrafo 6 del artículo 22 "exige al árbitro que evalúe el nivel de anulación o menoscabo causado por la medida inicial incompatible con las normas de la OMC (en el caso de que no se haya adoptado una medida destinada al cumplimiento posteriormente) o por una medida destinada al cumplimiento incompatible con las normas de la OMC posterior, que existía en el momento de la expiración del plazo prudencial".⁶⁴ El árbitro también señaló que esta medida "puede ser o no la versión más reciente de la medida pertinente".⁶⁵ Hemos examinado cuidadosamente el razonamiento que expuso el árbitro para respaldar estas afirmaciones⁶⁶ y nos parece convincente.

2.33. Al aplicar este razonamiento al presente procedimiento, *mutatis mutandis*, llegamos a dos conclusiones provisionales. En primer lugar, consideramos que nuestro mandato consiste en determinar el nivel de las contramedidas sobre la base de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior y no por referencia a la situación actual, en la que, según lo que alega la Unión Europea, ya no existen efectos desfavorables o las subvenciones pertinentes se han suprimido. Recordamos a este respecto que, a nuestro juicio, la referencia que se hace en el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC a los efectos desfavorables "cuya existencia se haya determinado" ha de interpretarse como una referencia a todos los efectos desfavorables cuya existencia hayan determinado el grupo especial y el Órgano de Apelación en sus informes.⁶⁷ Los informes más recientes adoptados por el OSD son los que se distribuyeron al concluir el primer procedimiento sobre el cumplimiento. Señalamos que cumplir nuestro mandato de esta manera traza una clara línea de separación entre el alcance de nuestra investigación y la del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento. Nuestra investigación se centra en los hechos cuya existencia

⁶² Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafo 63.

⁶³ Decisión del Árbitro, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 2.1.

⁶⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II* (México) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.24.

⁶⁵ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II* (México) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.24.

⁶⁶ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II* (México) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 3.7-3.23 y 3.49-3.55.

⁶⁷ Véase el párrafo 5.5. *infra*. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el texto del párrafo 10 del artículo 7, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, es aún más claro que el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, leído conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, en que se basa la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II* (México), en vincular un procedimiento de arbitraje a la medida inicial incompatible con las normas de la OMC, o una medida destinada al cumplimiento incompatible con las normas de la OMC posterior que existía en el momento de la expiración del plazo para la aplicación. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 66; y Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II* (México) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.21).

durante el período de referencia 2011-2013 se ha determinado, mientras que el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento se centra en los hechos que tuvieron lugar luego, en 2018, en la fecha de establecimiento del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento. Dado que por ende no hay un riesgo aparente de que nuestra decisión contradiga el o los segundos sobre el cumplimiento o sea incompatible con estos, no nos resulta evidente que tengamos que entablar el tipo de "coordinación" con el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento que solicita la Unión Europea.

2.34. En segundo lugar, aun haciendo caso omiso de nuestro mandato de concluir el presente procedimiento de arbitraje con la mayor rapidez posible, no vemos ningún motivo para esperar los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento. La finalidad del presente procedimiento de arbitraje es determinar el nivel máximo de las contramedidas que el OSD puede autorizar a los Estados Unidos a imponer en respuesta a la falta de cumplimiento por parte de la Unión Europea al concluir el plazo para la aplicación en 2011. El fundamento jurídico para tal autorización es la determinación de incumplimiento previa del OSD como resultado del primer procedimiento sobre el cumplimiento. Desde entonces no ha habido ninguna determinación intermedia del OSD que establezca que la Unión Europea ha logrado el cumplimiento. Por consiguiente, a nuestro juicio el presente procedimiento de arbitraje puede y debe proseguir sin demora. Observamos a este respecto que, aunque el OSD autorice a los Estados Unidos a imponer contramedidas tras la conclusión del presente procedimiento, los Estados Unidos no tienen ninguna obligación de aplicar dichas medidas de manera inmediata o en absoluto.⁶⁸ Además, como se señaló de manera similar en la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II*⁶⁹, cabe concebir que, después de que el OSD conceda una autorización para imponer contramedidas, los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento sean que la Unión Europea ha logrado el cumplimiento. De ser así, y si el OSD adoptara estos resultados, conforme a lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD los Estados Unidos tendrían que poner fin sin demora a cualquier contramedida que hayan impuesto tras haber obtenido la autorización del OSD.⁷⁰

2.35. No obstante lo anterior, la Unión Europea sostiene que las circunstancias del presente procedimiento exigen aplicar un enfoque distinto al adoptado en la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II*. Según la Unión Europea, esto se debe a que en el presente procedimiento las contramedidas solicitadas se relacionan con subvenciones recurribles en el marco de la Parte III del Acuerdo SMC. Recordamos que la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II* abordaba la suspensión de concesiones u otras obligaciones solicitada que se relacionaba con una medida que infringía tipos de disposiciones distintos de acuerdos abarcados distintos, a saber, el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC. Abordamos el argumento de la Unión Europea en la sección siguiente.

2.4.4 El argumento de la Unión Europea relativo a la singularidad de las diferencias sobre subvenciones recurribles

2.36. La Unión Europea alega que, cuando están en litigio subvenciones recurribles en el marco de la Parte III del Acuerdo SMC, existe una interdependencia única entre los mandatos de los árbitros y los mandatos de los grupos especiales sobre el cumplimiento. A juicio de la Unión Europea, sus mandatos son complementarios, y el resultado es que el segundo procedimiento sobre el cumplimiento tiene una influencia directa en el procedimiento de arbitraje. La Unión Europea señala que en los asuntos sobre subvenciones recurribles la premisa de la labor del árbitro es la existencia de efectos desfavorables y que, en la presente diferencia, la cuestión de si existen efectos desfavorables está pendiente de examen multilateral ante un grupo especial sobre el cumplimiento.

⁶⁸ Recordamos que en la diferencia *Estados Unidos - Atún II (México)*, el OSD autorizó a México a suspender concesiones u otras obligaciones en mayo de 2017. Por lo que sabemos, México no aplicó ninguna suspensión de concesiones u otras obligaciones y, en lugar de ello, esperó los resultados definitivos del segundo procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento, adoptados por el OSD en enero de 2019. (Actuación del Órgano de Solución de Diferencias, documento WT/DS381/49/Rev.1).

⁶⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.60.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 306 (donde se señala que "[e]n caso de constatarse, mediante el procedimiento multilateral de solución de diferencias, que la medida de aplicación da lugar al cumplimiento sustantivo, la suspensión de concesiones no puede seguir aplicándose ... y se ha de poner fin a la misma"). Los Estados Unidos no discuten que ya no tendrían derecho a aplicar contramedidas en esta diferencia si en algún momento el OSD constatará que la Unión Europea ha cumplido sus obligaciones. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 23).

A juicio de la Unión Europea, el árbitro, en consecuencia, no tiene jurisdicción exclusiva respecto de la existencia de efectos desfavorables y el Árbitro del presente procedimiento debería por lo tanto coordinar su labor con el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento. La Unión Europea sostiene que la resolución preliminar del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II* trataba sobre una diferencia en la que no existía una conexión tan estrecha entre el procedimiento de arbitraje y el segundo procedimiento sobre el cumplimiento. Según la Unión Europea, esto se debe a que el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento de esa diferencia no tenía que demostrar la existencia de daño (anulación o menoscabo) para determinar si se había logrado el cumplimiento.⁷¹

2.37. Los Estados Unidos sostienen que en el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC se prevé explícitamente una decisión arbitral basada en los efectos desfavorables cuya existencia se haya "determinado" en un informe previo adoptado por el OSD. Los Estados Unidos infieren a partir de esto que el párrafo 10 del artículo 7 indica al árbitro que se base en los efectos desfavorables determinados en el pasado para establecer el nivel de las contramedidas en el presente. A juicio de los Estados Unidos, esto indica que la posibilidad de que la situación evolucione después de la determinación no impide que el árbitro complete su labor. En opinión de los Estados Unidos, esto sigue siendo así aun en el supuesto de que la Parte III del Acuerdo SMC difiera de otras disciplinas de la OMC en la forma en que alega la Unión Europea. Los Estados Unidos alegan además que la premisa de la Unión Europea, según la cual una evaluación de los efectos negativos de una medida no desempeña ninguna función fuera de la Parte III del Acuerdo SMC es incorrecta. Los Estados Unidos invocan como ejemplo las obligaciones de trato nacional en el marco del GATT de 1994 y el AGCS, que exigen demostrar que la medida impugnada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los bienes o servicios de otro Miembro.⁷²

2.38. El Árbitro señala que las diferencias relativas a subvenciones recurribles son en efecto diferentes de muchas de las otras diferencias de la OMC en el sentido de que involucran disciplinas basadas en los efectos. En virtud de dichas disciplinas, la parte reclamante debe demostrar la existencia de efectos desfavorables para sustentar una alegación de infracción. Por consiguiente, es correcto que en la presente diferencia tanto el árbitro como el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento se ocupan de los efectos desfavorables: nosotros debemos cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado previamente, mientras que el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento debe determinar si, teniendo en cuenta la alegación de cumplimiento de la Unión Europea, los efectos desfavorables seguían existiendo (es decir, si no se habían eliminado a través de las medidas destinadas a cumplir) cuando se estableció el grupo especial.

2.39. No obstante, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el procedimiento del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento tenga una "influencia directa" en el presente procedimiento de arbitraje.⁷³ Más bien, como se pondrá de manifiesto a lo largo de nuestra decisión, es el primer procedimiento sobre el cumplimiento el que tiene una influencia directa en el presente procedimiento de arbitraje, porque es en ese procedimiento en el que se determinó la existencia de los efectos desfavorables respecto de los cuales las contramedidas de los Estados Unidos deben ser proporcionadas. Además, centramos nuestra investigación en los efectos desfavorables que se ha determinado que existieron durante el período de referencia 2011-2013, es decir, *en el pasado*, mientras que el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento centra su investigación en la cuestión de si seguían existiendo efectos desfavorables *más recientemente*, en la fecha en que se estableció dicho grupo especial. Por consiguiente, no percibimos ni una relación "complementaria" ni una relación de "interdependencia" entre los mandatos de estos dos órganos resolutorios distintos de la OMC.

2.40. Por lo tanto, no podemos aceptar la alegación de la Unión Europea de que hay una "interdependencia única" entre el presente procedimiento de arbitraje y el procedimiento del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento. En consecuencia, también discrepamos de la Unión Europea en que las circunstancias del presente procedimiento obligan a utilizar un enfoque distinto del enfoque adoptado en la resolución preliminar del Árbitro en el asunto

⁷¹ Solicitud de resolución preliminar presentada por la Unión Europea, párrafos 4, 7-8, 24, 46-47, 50-51, 71 y 74; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 50 del Árbitro, párrafo 28.

⁷² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 39, 44 y 51-53.

⁷³ No obstante, para mayor claridad señalamos que los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento pueden tener una influencia directa en el derecho que le corresponde a los Estados Unidos en el marco del párrafo 8 del artículo 22 del ESD de seguir manteniendo cualquier tipo de contramedida autorizada por el OSD que pueda haber impuesto antes de la adopción de los resultados definitivos del segundo procedimiento sobre el cumplimiento.

Estados Unidos - Atún II. Por lo tanto, las dos conclusiones provisionales a las que hemos llegado en la sección inmediatamente precedente se mantienen, al igual que nuestra conclusión sobre la solicitud de una resolución preliminar presentada por la Unión Europea.

3 MANDATO DEL ÁRBITRO

3.1. Al recurrir a un arbitraje en el marco del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, la Unión Europea impugnó el nivel de las contramedidas que figuran en la solicitud de autorización que presentaron los Estados Unidos para adoptar contramedidas en el marco del párrafo 2 del artículo 22 del ESD y el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC. La Unión Europea también alegó que los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD no se habían seguido, y que la propuesta de los Estados Unidos no estaba permitida en el marco de los acuerdos abarcados.⁷⁴

3.2. El párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC establece que si se cumplen determinadas condiciones, "el OSD concederá al Miembro reclamante autorización para adoptar contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, salvo que el OSD decida por consenso desestimar la petición". El párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC establece que, "[e]n caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el árbitro determinará si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".

3.3. Los párrafos 9 y 10 del artículo 7 constituyen "normas y procedimientos especiales o adicionales" en el marco del Apéndice 2 del ESD. De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 1 del ESD, "[e]n la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2".

3.4. Este arbitraje se rige tanto por el párrafo 10 del artículo 7 como por el párrafo 6 del artículo 22. El párrafo 7 del artículo 22 del ESD define el mandato de un árbitro que actúe exclusivamente en el marco del párrafo 6 del artículo 22. Es decir, el árbitro "... determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". El párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC define el mandato de un árbitro de una manera ligeramente distinta. Establece que, en caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22, el árbitro "determinará si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". De conformidad con la condición del párrafo 10 del artículo 7 como una de las "normas y procedimientos especiales o adicionales" enumerados en el Apéndice 2 del ESD, llevamos a cabo este arbitraje con referencia al mandato previsto en el párrafo 10 del artículo 7.⁷⁵ Como se indica en el párrafo 10 del artículo 7, nuestro mandato en el presente procedimiento de arbitraje consiste en determinar si las contramedidas propuestas por los Estados Unidos son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". No obstante, si constatamos que el nivel de las contramedidas propuesto por los Estados Unidos no es proporcionado, deberemos formular nuestra propia determinación del nivel de contramedidas proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.⁷⁶ Análogamente, si determinamos que la metodología propuesta por los Estados Unidos para calcular el nivel de las contramedidas, o cualquier metodología subsidiaria propuesta por la Unión Europea, presenta deficiencias y no es adecuada, tal

⁷⁴ Véase la sección 1.2 *supra*.

⁷⁵ El párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC hace referencia al párrafo 6 del artículo 22 del ESD de la misma manera en que lo hace el párrafo 10 del artículo 7. Por consiguiente, señalamos que ningún árbitro anterior que haya actuado en el marco del párrafo 11 del artículo 4 o el párrafo 10 del artículo 7 ha también considerado, además de determinar un nivel de contramedidas conforme con el criterio jurídico establecido en cualquiera de estas dos disposiciones, que fuese necesario asegurar que el nivel de las contramedidas se ajustara al criterio a que se hace referencia *supra* en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

⁷⁶ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 1.15 (donde se cita la Decisión del Árbitro, *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 12 (en que se explica que "estimar el nivel de suspensión que consideramos equivalente al menoscabo sufrido ... [es] la labor [esencial] de los Árbitros y la función que se les ha atribuido para solucionar la diferencia"); y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafo 4.16.

como se ha presentado, podríamos realizar los ajustes correspondientes o bien elaborar otra metodología adecuada nosotros mismos.⁷⁷

3.5. Al formular estas determinaciones, nos remitiremos a decisiones arbitrales anteriores. Aunque muchas de estas decisiones arbitrales se adoptaron exclusivamente en el marco del párrafo 6 del artículo 22, consideramos apropiado remitirnos a estas decisiones anteriores en nuestra propia decisión, en la medida en que sea pertinente. En la medida en que nuestro mandato se rige por lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, señalamos que en el párrafo 10 del artículo 7 se hace referencia explícitamente a una solicitud de arbitraje en el marco del párrafo 6 del artículo 22, lo que confirma que los arbitrajes que se rigen por el párrafo 10 del artículo 7 se rigen al mismo tiempo por lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22. Lo mismo sucede cuando nos referimos a decisiones arbitrales adoptadas en el marco del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC en relación con subvenciones prohibidas en lugar de recurribles. De manera análoga, el párrafo 11 del artículo 4 confirma que los arbitrajes al amparo del párrafo 11 del artículo 4 son al mismo tiempo arbitrajes al amparo del párrafo 6 del artículo 22.⁷⁸

3.6. Las disposiciones generales del párrafo 7 del artículo 22 del ESD también son pertinentes para nuestro mandato. Estas especifican que "si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en [el párrafo 3 del artículo 22 del ESD], el árbitro examinará la reclamación". Además, establecen que el árbitro "podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado". Por consiguiente, también está dentro de nuestro mandato examinar la alegación de la Unión Europea de que los Estados Unidos no respetaron los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 y que las contramedidas propuestas por los Estados Unidos no están permitidas en el marco de los acuerdos abarcados.

4 CARGA DE LA PRUEBA Y DEBER DE PRESENTAR PRUEBAS

4.1. Como se ha indicado, al recurrir a un arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22, la Unión Europea: a) impugnó el nivel de las contramedidas propuesto por los Estados Unidos, b) alegó que los Estados Unidos no han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD al considerar qué contramedidas adoptar, y c) alegó que la propuesta de los Estados Unidos no está permitida en el marco de los acuerdos abarcados.

4.2. De anteriores arbitrajes en virtud del párrafo 6 del artículo 22 se desprende claramente, y las partes no lo discuten⁷⁹, que la carga de establecer una presunción de que las contramedidas propuestas son incompatibles con las prescripciones pertinentes del Acuerdo SMC y/o el ESD incumbe a la parte que las impugna.⁸⁰ La carga de refutar esa presunción se desplaza posteriormente a la parte que propone las contramedidas.⁸¹ Según el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), esta asignación de la carga de la prueba se aplica a las impugnaciones basadas en el párrafo 9 del artículo 7 respecto del nivel de las

⁷⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.152 (en donde se señala que "al evaluar el nivel de anulación o menoscabo ..., no estamos obligados a basar nuestro cálculo en el modelo de México ni en el de los Estados Unidos. En principio, podríamos tratar de elaborar un modelo alternativo que refleje con mayor precisión nuestra interpretación de la situación hipotética pertinente").

⁷⁸ El párrafo 11 del artículo 4 comienza con una cláusula introductoria que señala que: "En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del [ESD]".

⁷⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 49; y comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 15.

⁸⁰ Observamos que en la práctica de solución de diferencias de la OMC se ha entendido que la "acreditación *prima facie*" "es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16)). A nuestro juicio, esta definición es igualmente aplicable a los arbitrajes en virtud del párrafo 6 del artículo 22.

⁸¹ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos I*), párrafo 4.22; *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*), párrafo 2.5; *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 2.8; y *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 2.8.

contramedidas propuesto, así como a las alegaciones basadas en el párrafo 3 del artículo 22.⁸² Consideramos que la misma asignación también es apropiada en caso de que se alegue que las contramedidas propuestas no están permitidas en el marco de los acuerdos abarcados.

4.3. En el presente procedimiento, por consiguiente, incumbe a la Unión Europea la carga de presentar argumentos y pruebas suficientes para establecer una presunción de que las contramedidas propuestas por los Estados Unidos no son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" y son, en consecuencia, incompatibles con el párrafo 9 del artículo 7. Para satisfacer la carga de la prueba que le corresponde, la Unión Europea tiene que analizar la metodología utilizada por los Estados Unidos para llegar al nivel de las contramedidas propuesto, y "no es suficiente simplemente afirmar que otra metodología es más apropiada".⁸³ Si la Unión Europea satisface su carga, a continuación corresponde a los Estados Unidos presentar argumentos y pruebas suficientes para refutar la presunción establecida por la Unión Europea. Análogamente, incumbe a la Unión Europea la carga de presentar argumentos y pruebas suficientes para establecer una presunción de que los Estados Unidos no siguieron los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD al considerar qué contramedidas adoptar, y que las contramedidas propuestas no están permitidas en el marco de los acuerdos abarcados. Si la Unión Europea satisface esta carga, se desplaza a los Estados Unidos la carga de presentar argumentos y pruebas suficientes para refutar la presunción establecida por la Unión Europea.

4.4. Además, todas las partes tienen el deber de presentar pruebas en apoyo de sus afirmaciones fácticas y colaborar con el árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en la presentación de pruebas.⁸⁴ En consonancia con este deber y con arbitrajes anteriores, solicitamos que el primer paso en el procedimiento sea que los Estados Unidos, como parte que trata de obtener autorización para adoptar contramedidas, presenten un documento sobre la metodología que justifique la vía que han seguido para llegar a las contramedidas propuestas.⁸⁵

5 PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 7 DEL ACUERDO SMC

5.1. Como se ha señalado, nuestro mandato en el presente procedimiento consiste en determinar el nivel de "contramedidas ... proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el sentido del párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC. Este criterio tiene tres elementos básicos: a) "contramedidas", que define el tipo de medidas que los Estados Unidos pueden adoptar, b) "proporcionadas", que define la relación que debe existir entre el nivel de las contramedidas y el grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, y c) "al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", que es el indicador para determinar el nivel de las contramedidas admisible. Observamos que estos términos han sido interpretados anteriormente por otros árbitros y, en particular, por el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*. Dado que estamos de acuerdo con muchos aspectos de estas interpretaciones, a continuación nos basamos en ellas y añadimos nuestras propias observaciones según proceda.

5.2. A juicio de un Árbitro anterior, las "'contramedidas' son, fundamentalmente, medidas adoptadas para 'contrarrestar' algo, y, de manera específica, en el contexto del párrafo 9 del artículo 7 ..., medidas adoptadas para actuar en contra de, o en respuesta a, la no eliminación de los efectos desfavorables de una subvención recurrible o la no retirada de esta dentro del plazo requerido".⁸⁶ Observamos que, desde una perspectiva funcional y en el contexto del presente procedimiento, que se lleva a cabo al mismo tiempo en el marco del párrafo 6 del artículo 22 del ESD,

⁸² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafos 4.13 y 5.55.

⁸³ Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 4.14.

⁸⁴ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 4.9; *Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafos 2.24 y 2.25; *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.2; *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 2.11; y *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 11.

⁸⁵ Decisión del Árbitro, *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 11.

⁸⁶ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafo 4.26.

a nuestro entender el término "contramedidas" designa en la práctica una "suspensión de concesiones u otras obligaciones" temporal en el sentido en que se emplea en el párrafo 6 del artículo 22.⁸⁷ Asimismo, observamos que el impulso para que una parte reclamante solicite autorización para adoptar contramedidas o suspender concesiones u otras obligaciones se activa por el hecho de que una parte demandada no ponga sus medidas en conformidad con las obligaciones en el marco de la OMC pertinentes que le corresponden después de que el OSD le haya recomendado que lo haga.⁸⁸ Los Árbitros han señalado además que el propósito de las contramedidas y la suspensión de concesiones u otras obligaciones que se autoricen es inducir al cumplimiento de la parte demandada.⁸⁹

5.3. Asimismo, observamos que las contramedidas y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas correctivas prospectivas que abordan un incumplimiento de una parte demandada a partir de la fecha en que se autoriza la adopción de contramedidas o la suspensión de concesiones.⁹⁰

5.4. Pasamos al siguiente elemento del párrafo 10 del artículo 7, el término "proporcionadas", que connota una "correspondencia" entre las "contramedidas" propuestas y "[e]l grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Aunque se trata de un "un grado de equivalencia menos preciso que la correspondencia numérica exacta", indica una "relación de correspondencia y proporcionalidad entre los dos elementos" que puede ser "tanto cualitativa como cuantitativa".⁹¹ También observamos que en general se reconoce que las medidas correctivas de la OMC no tienen por objeto ser "punitivas".⁹² En consecuencia, si bien la expresión "proporcionadas" no exige una correspondencia numérica exacta, esto no significa que las contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado puedan o deban incorporar elementos punitivos.

5.5. Con respecto al último elemento del párrafo 10 del artículo 7, la expresión "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", observamos que esta expresión "remite al intérprete del tratado a las constataciones precisas sobre los efectos desfavorables formuladas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, por cuanto constituyen los 'efectos desfavorables

⁸⁷ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18, quinto párrafo (donde se solicitan "suspensiones" de "concesiones" y "obligaciones" en el marco del GATT de 1994 y el AGCS). Véanse también las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafo 4.24 (donde se observa que "ninguna de las partes sostiene en el presente procedimiento que el término 'contramedidas' designa, en el Acuerdo SMC, algo distinto de una suspensión temporal de determinadas obligaciones, y eso es a lo que entendemos referido este término"); y *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafo 3.29 (donde se conviene con la posición común de las partes de "que el término 'contramedidas', utilizado en el artículo 4 del Acuerdo SMC, puede incluir la suspensión de concesiones u otras obligaciones"). No entramos a juzgar si las "contramedidas" previstas en el Acuerdo SMC pueden adoptar formas distintas de las suspensiones de concesiones u otras obligaciones.

⁸⁸ Párrafos 2 y 6 del artículo 22 del ESD; párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC; y decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.20.

⁸⁹ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 1.17; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafo 4.58.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.374 (donde se hace referencia al "carácter prospectivo de las medidas correctivas en el sistema de solución de diferencias de la OMC").

⁹¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafos 4.35-4.39. (no se reproducen las cursivas)

⁹² Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 1.17 (donde se invoca la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos I)*, párrafo 4.109); *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.8; y *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.62 (donde se observa que, aunque en el marco de diferencias sobre subvenciones prohibidas el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC autoriza la adopción de contramedidas "apropiadas" que no sean "desproporcionadas", nada en ese párrafo o en su contexto "sugiere una autorización para adoptar [contra]medidas manifiestamente punitivas"). Véase también la decisión del Árbitro, *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafo 3.55 (donde se explica que "[u]na contramedida es punitiva cuando no sólo tiene por objeto velar por que el [Miembro de la OMC] que haya incumplido sus obligaciones ponga su conducta en conformidad con sus obligaciones internacionales, sino que contiene un elemento adicional cuya finalidad es sancionar la actuación de ese [Miembro de la OMC]").

cuya existencia se haya determinado".⁹³ Es decir, remite "a los 'efectos desfavorables' específicos, en el sentido de los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC, que constituyen la base de las constataciones pertinentes en el caso de que se trata".⁹⁴ El término "grado" corresponde a un elemento cuantitativo, mientras que la referencia a la "naturaleza" de los efectos desfavorables se refiere a un elemento cualitativo.⁹⁵ Por tanto, el párrafo 9 del artículo 7 trata de "hacer que las contramedidas se atengan estrictamente ... al fundamento jurídico de las constataciones pertinentes" y "[e]l alcance [de las posibles contramedidas] se limita[, por consiguiente,] al 'grado y naturaleza' de los efectos de la[s] subvenci[ones] en que se basa la impugnación que ha prosperado".⁹⁶ En consecuencia, destacamos que los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" son los identificados en un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación adoptado anteriormente.⁹⁷ Consideramos que, a los efectos del presente procedimiento de arbitraje, los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación pertinentes son los informes sobre el cumplimiento (y no los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación iniciales). Son las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento las que, al establecer que la Unión Europea "no ha[] adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención ni la ha[] retirado en el plazo de seis meses" (párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC), sientan la base para que el OSD conceda la autorización para adoptar contramedidas a los Estados Unidos.

6 LA IMPUGNACIÓN POR LA UNIÓN EUROPEA DEL NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS

6.1 Panorama general de los enfoques de las partes y orden del análisis

6.1. Como ya se ha señalado *supra*, el presente arbitraje se activó mediante la impugnación por la Unión Europea de la solicitud formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD y del párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC a fin de que se le autorizara a imponer contramedidas (que en lo sucesivo se denominará, en aras de una mayor simplicidad, "solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22"). Tras haber tratado cuestiones introductorias y procedimentales y otras cuestiones preliminares en las anteriores secciones de la presente decisión, abordamos ahora más detalladamente las objeciones de la Unión Europea al nivel de las contramedidas propuesto por los Estados Unidos. Al hacerlo, consideramos útil ofrecer en primer lugar un panorama general de los enfoques de las partes a este respecto y, a la luz de esos enfoques, establecer el marco que utilizaremos para evaluar las objeciones de la Unión Europea.

6.2. En el presente procedimiento, los Estados Unidos exponen en su documento sobre la metodología una propuesta de metodología para determinar el nivel de las contramedidas. En esa metodología, los Estados Unidos recuerdan que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial y Órgano de Apelación constataron que determinadas medidas de AEP/FEM causaron efectos desfavorables en forma de pérdida de ventas y obstaculización en el sentido de los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC en el período de referencia 2011-2013. Los Estados Unidos proponen que el Árbitro calcule el valor de la pérdida de ventas y la obstaculización vinculadas a esas constataciones y asigne tales valores al período de referencia 2011-2013. A

⁹³ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.49.

⁹⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.50.

⁹⁵ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.41. Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.43 (donde se indica que se puede entender que la referencia a la "naturaleza" de los efectos desfavorables es una referencia a los diferentes tipos de efectos desfavorables previstos en los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC y, por tanto, induce a considerar el tipo específico de efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado).

⁹⁶ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.55. Según las palabras de ese Árbitro, los árbitros están en consecuencia "facultados para tener plenamente en cuenta el 'grado y naturaleza' de esos efectos desfavorables tal como se presentan en el caso de que se trata, pero no est[án] autorizados a hacer nada más que eso". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.47).

⁹⁷ El párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC forma parte del contexto inmediato del párrafo 10 del artículo 7. En él se hace referencia a "un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación" que se ha "adoptado[]" y en el que "se determina que cualquier subvención ha tenido efectos desfavorables". Por consiguiente, en el párrafo 8 del artículo 7 se deja claro que los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado son los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado en un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación adoptado anteriormente en el marco de la misma diferencia.

continuación, los Estados Unidos suman esos casos concretos de pérdida de ventas y de obstaculización y obtienen el valor total anual. Los Estados Unidos proponen que se les autorice a adoptar "contramedidas", en el sentido del párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, teniendo como límite esa cuantía anual cada año en lo sucesivo, reajustada en función de la inflación, hasta que expire la autorización para imponer contramedidas conforme a lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.

6.3. El Árbitro observa en este punto que la estructura propuesta por los Estados Unidos en relación con sus contramedidas guarda similitudes con otras que han sido aceptadas por árbitros anteriores. En particular, varios Árbitros anteriores han establecido un nivel máximo único de contramedidas o de suspensión de concesiones u otras obligaciones que la parte reclamante estaba autorizada a imponer anualmente.⁹⁸ Para facilitar la consulta, en adelante nos referiremos a esta estructura como la "suspensión anual". Además de proponer la suspensión anual, los Estados Unidos solicitan que se permita variar el nivel de la suspensión anual con el tiempo a fin de tener en cuenta la inflación.

6.4. En respuesta a la metodología propuesta por los Estados Unidos, la Unión Europea ha seguido dos vías conexas. En primer lugar, la Unión Europea formula numerosas críticas de la metodología de los Estados Unidos, centradas tanto en aspectos procedimentales como sustantivos. Al proferir estas críticas, la Unión Europea propone a menudo una o varias alternativas a medidas concretas previstas en la metodología de los Estados Unidos. En segundo lugar, basándose en determinados principios que subyacen a algunas de las críticas que formula respecto de la metodología de los Estados Unidos, la Unión Europea esboza una metodología subsidiaria. Esta descripción ocupa aproximadamente dos páginas de la comunicación escrita de la Unión Europea y se resume como sigue:

Cualquier cuantía de contramedidas autorizada por el Grupo Especial encargado del arbitraje debe respetar estos principios: i) [debe corresponder a] una *contramedida no recurrente*; ii) [debe] calcularse sobre la base de efectos desfavorables que *no hayan dejado de existir*; iii) [debe] *repartirse a lo largo del tiempo en función de las entregas* a que den lugar los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado y constituyan tales efectos; y iv) [no debe] sobrestimarse a causa de los *numerosos errores técnicos* cometidos por los Estados Unidos.⁹⁹

6.5. A la luz de lo anterior, la sección 6 relativa a las objeciones de la Unión Europea al nivel de las contramedidas consta de cuatro partes básicas:

- a. *En primer lugar*, examinamos una objeción de procedimiento de la Unión Europea en el sentido de que no se puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar contramedidas respecto de las constataciones sobre la obstaculización adoptadas por el OSD (sección 6.2);
- b. *En segundo lugar*, examinamos los aspectos sustantivos y técnicos de la metodología de los Estados Unidos. En esta parte se abordará: a) el período de referencia adecuado, b) la situación hipotética adecuada, c) argumentos generales de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos, y d) argumentos técnicos de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos (sección 6.3);

⁹⁸ Esta cuestión se analiza con más detalle en la sección 6.3.1 *infra*.

⁹⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 365. (las cursivas figuran en el original) A fin de aplicar el punto iii), la Unión Europea ha explicado que el Árbitro debe:

Determinar ... el año de entrega y el número de aeronaves entregadas hipotéticos y multiplicar este número por el precio de entrega por unidad de LCA hipotético. El resultado sería la pérdida de ingresos anual correspondiente a las entregas que habrían tenido lugar conforme a la pérdida de ventas y, por tanto, el valor adecuado de los efectos en el comercio (y, en consecuencia, de las contramedidas) respecto de esa campaña y ese año. Al sumar las pérdidas de ingresos anuales en las distintas campañas de venta perdidas se obtendría el total de la pérdida de ingresos anual y, por consiguiente, el valor "proporcionad[o]" de las contramedidas para ese año.

(Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 25 del Árbitro, párrafo 393). La Unión Europea no explica sustancialmente la aplicación o cuantificación de la metodología que propone, más allá de sus críticas a la metodología de los Estados Unidos.

- c. *En tercer lugar*, y basándonos en las conclusiones alcanzadas en las secciones anteriores, explicamos cómo calculamos el nivel real de las contramedidas que los Estados Unidos pueden estar autorizados a imponer (sección 6.4); y
- d. *Por último*, examinamos una objeción de procedimiento de la Unión Europea relativa al nivel de contramedidas que, a su juicio, la determinación del Árbitro no puede superar a tenor de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos (sección 6.5).

6.6. A continuación abordamos estas partes sucesivamente.

6.2 Falta de referencias a la obstaculización en la solicitud de contramedidas de los Estados Unidos

6.7. La Unión Europea sostiene que la solicitud de los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD no proporciona ninguna base para la autorización de contramedidas en respuesta a las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD en 2018 respecto de los efectos desfavorables en forma de obstaculización. La Unión Europea observa que los Estados Unidos pidieron en su solicitud contramedidas correspondientes a efectos desfavorables en forma de pérdida de ventas y desplazamiento, pero no en forma de obstaculización. A juicio de la Unión Europea, no se pueden autorizar contramedidas respecto de las constataciones sobre la obstaculización adoptadas por el OSD porque la solicitud de los Estados Unidos no satisface los requisitos de especificidad que figuran en el párrafo 2 del artículo 22 con respecto a esas constataciones.¹⁰⁰

6.8. Los Estados Unidos responden que no hay ningún fundamento para la solicitud de la Unión Europea de que el Árbitro excluya de su cuantificación las constataciones sobre la obstaculización adoptadas por el OSD. Los Estados Unidos señalan que, como cuestión de hecho, su solicitud se refiere a la adopción de contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables reflejados en las recomendaciones y resoluciones del OSD. A juicio de los Estados Unidos, la afirmación relativa a la pérdida de ventas y el desplazamiento que figura en su solicitud explica cómo valoraron los Estados Unidos esos efectos desfavorables cuando presentaron dicha solicitud. Los Estados Unidos sostienen que esta afirmación no limita los efectos desfavorables a estos fenómenos concretos de mercado o a los efectos desfavorables cuya existencia se había determinado en ese momento.¹⁰¹

6.9. Los Estados Unidos también consideran que solo puede interpretarse que su solicitud se refiere a los efectos desfavorables cuya existencia se constató en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación sobre el cumplimiento. En respaldo de este argumento, los Estados Unidos mencionan el acuerdo bilateral sobre la secuencia concertado por las partes. Con arreglo a ese acuerdo, cualquiera de las partes podía volver a iniciar el presente procedimiento de arbitraje, que se había suspendido en 2012, en caso de que el OSD resolviera, a raíz de un procedimiento sobre el cumplimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que una medida destinada al cumplimiento no existía o era incompatible con un acuerdo abarcado.¹⁰²

6.10. Los Estados Unidos sostienen además que la Unión Europea se equivoca al alegar que, como cuestión de derecho, la solicitud de los Estados Unidos carece de especificidad. Según los Estados Unidos, en su solicitud se define el nivel de las contramedidas en términos funcionales como el nivel anual de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado y a continuación se estima que, en el momento en que se presentó la solicitud, ese nivel estaba comprendido entre USD 7.000 millones y USD 10.000 millones anuales. Asimismo, los Estados Unidos señalan que su solicitud remite al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, que autoriza las contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. Los Estados Unidos observan que ambas partes coinciden en que las determinaciones pertinentes figuran en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación sobre el cumplimiento. A juicio de los Estados Unidos, la referencia en su solicitud al párrafo 9 del artículo 7 engloba por tanto las constataciones sobre la obstaculización contenidas en esos informes.¹⁰³

¹⁰⁰ Declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, párrafo 18.

¹⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafos 143 y 146.

¹⁰² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafo 147.

¹⁰³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafos 149-150.

6.11. La Unión Europea responde que la descripción funcional propuesta por los Estados Unidos es una mera paráfrasis del texto del párrafo 9 del artículo 7 y no proporciona ninguna especificidad con respecto al nivel de las contramedidas. La Unión Europea sostiene que la descripción funcional no aporta ninguna especificidad por lo que respecta a la cuantía solicitada por los Estados Unidos ni a los tipos de efectos desfavorables. La Unión Europea aduce que, según la lectura que los Estados Unidos hacen de su solicitud, esta no especifica un nivel de contramedidas máximo en términos numéricos y podría abarcar todo tipo de efectos desfavorables. Según la Unión Europea, si la lectura excesivamente amplia que proponen los Estados Unidos es la interpretación correcta de la solicitud, esta no respalda la autorización de ninguna contramedida. La Unión Europea observa que las referencias en la solicitud a tipos específicos de efectos desfavorables (la pérdida de ventas y el desplazamiento) y a la cuantía de los efectos desfavorables no forman parte de la descripción funcional.¹⁰⁴

6.12. A juicio de la Unión Europea, la lectura fácticamente correcta de la solicitud es que esta define el nivel de las contramedidas por referencia a dos tipos concretos de efectos desfavorables (la pérdida de ventas y el desplazamiento) y excluye las referencias a otros tipos de efectos desfavorables (la obstaculización). La Unión Europea sostiene que las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento no pueden incluir las constataciones de obstaculización en el mandato del presente procedimiento de arbitraje. La Unión Europea aduce que, si los Estados Unidos deseaban solicitar contramedidas con respecto a las constataciones de obstaculización, deberían haber incluido tales constataciones en su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22.¹⁰⁵

6.13. El Árbitro comienza presentando íntegramente las partes pertinentes del párrafo inicial de la solicitud formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 22 y del párrafo 9 del artículo 7 (que en lo sucesivo se denominará, en aras de una mayor simplicidad, "solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22"). El pasaje en cuestión consta de estas cuatro frases:

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del [ESD] y el párrafo 9 del artículo 7 del [Acuerdo SMC], los Estados Unidos piden la autorización del [OSD] para adoptar contramedidas con respecto a la Unión Europea ... a un nivel anual proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables causados a los intereses de los Estados Unidos por el hecho de que la UE y determinados Estados miembros no hayan retirado las subvenciones ni eliminado sus efectos desfavorables en cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Esta cuantía corresponde al valor anual de la pérdida de ventas, de las importaciones de grandes aeronaves civiles de los Estados Unidos desplazadas del mercado de la UE, y de las exportaciones de grandes aeronaves civiles de los Estados Unidos desplazadas de los mercados de terceros países. La cuantía se actualizará anualmente utilizando los datos más recientes que estén a disposición del público. Tomando como base datos actualmente disponibles correspondientes a un período reciente, los Estados Unidos calculan que esta cifra es de entre 7.000 y 10.000 millones de dólares al año.¹⁰⁶

6.14. También es pertinente el cuarto párrafo de la solicitud de los Estados Unidos, en cuya segunda frase se indica que, "[c]omo exige el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, las contramedidas son proporcionadas sobre una base anual al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado".¹⁰⁷

6.2.1 Alcance de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos

6.15. La cuestión principal que presentan los argumentos de la Unión Europea es si la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos permite que los Estados Unidos incluyan en su nivel de las contramedidas propuesto los efectos desfavorables en forma de obstaculización cuya existencia se determinó en primer lugar en los informes sobre el cumplimiento adoptados por

¹⁰⁴ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafos 332 y 334-335.

¹⁰⁵ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafos 320, 329, 336-337 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 24) y 340.

¹⁰⁶ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18, primer párrafo.

¹⁰⁷ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18, cuarto párrafo.

el OSD en 2018. Al abordar esta cuestión observamos, para empezar, que las solicitudes al amparo del párrafo 2 del artículo 22 son comparables a las solicitudes de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD: en ambas solicitudes se pide una actuación del OSD y se define el mandato de cualquier procedimiento de solución de diferencias de la OMC subsiguiente.¹⁰⁸ Observamos además que el Órgano de Apelación ha señalado en relación con las solicitudes de establecimiento de un grupo especial que estas deben cumplir los requisitos aplicables "a la luz de la solicitud", que sus textos deben examinarse "e[n] conjunto ... y a la luz de las circunstancias respectivas" y que los análisis de estas solicitudes deben efectuarse "sobre la base de los fundamentos de cada caso".¹⁰⁹ A nuestro juicio, estas consideraciones también son apropiadas en el caso de las solicitudes al amparo del párrafo 2 del artículo 22.

6.16. En el presente procedimiento, resulta útil examinar las circunstancias concomitantes antes de analizar el texto de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22, ya que ello también ayuda a comprender determinados aspectos de ese texto.

6.17. La primera cuestión que debe señalarse es que los Estados Unidos presentaron su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 el 9 de diciembre de 2011, después de que el OSD adoptara las recomendaciones y resoluciones iniciales el 1º de junio de 2011 y de que el plazo para la aplicación por la Unión Europea expirara el 1º de diciembre de 2011. Las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2011 reflejaban constataciones de infracción en relación con la pérdida de ventas y el desplazamiento, pero no con la obstaculización.¹¹⁰

6.18. El presente procedimiento de arbitraje se suspendió el 20 de enero de 2012 y se volvió a iniciar el 13 de julio de 2018, después de que concluyera el procedimiento sobre el cumplimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y de que el OSD adoptara las recomendaciones y resoluciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento el 28 de mayo de 2018.¹¹¹ La reanudación del procedimiento de arbitraje tuvo lugar de conformidad con el acuerdo bilateral sobre la secuencia de las partes, con arreglo al cual cualquiera de las partes podía volver a iniciar el procedimiento de arbitraje, "[e]n caso de que el OSD resuelva, como consecuencia de un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que una medida destinada al cumplimiento no existe o es incompatible con un acuerdo abarcado".¹¹² Por consiguiente, ambas partes acordaron formalmente que el resultado de todo procedimiento sobre el cumplimiento se debía tomar en consideración para determinar si volver a iniciar el procedimiento de arbitraje.

6.19. A la luz de estas circunstancias concomitantes, era adecuado que los Estados Unidos solicitaran contramedidas sobre la base de las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2011 con respecto a las constataciones sobre la pérdida de ventas y el desplazamiento.¹¹³ De hecho, esas eran las únicas recomendaciones y resoluciones que podían justificar las contramedidas en el momento en que los Estados Unidos presentaron su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22. Según los términos del Árbitro en *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, "el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 ... puede situarse en una medida incompatible con las normas de la OMC que existía en el momento en que expiró el plazo prudencial, que es o bien la misma medida inicial declarada previamente incompatible con las normas de la OMC [al igual que en el presente procedimiento] o una medida destinada al cumplimiento incompatible con las normas de la OMC adoptada posteriormente (pero antes de la expiración del plazo prudencial)".¹¹⁴ Por consiguiente, no estamos de acuerdo con la Unión Europea

¹⁰⁸ Véase la decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 20 (donde también se indica que ambos tipos de solicitudes persiguen los mismos objetivos en cuanto al debido proceso).

¹⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127.

¹¹⁰ Véanse los párrafos 1.2. y 1.5. *supra*.

¹¹¹ Véanse los párrafos 1.4. y 1.8. *supra*.

¹¹² Comunicación presentada por las partes, WT/DS316/21 (Entendimiento entre la Unión Europea y los Estados Unidos con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD), párrafo 6.

¹¹³ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18, primer párrafo (frases primera y segunda) y cuarto párrafo (frase segunda).

¹¹⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.20. Ese Árbitro señaló asimismo que es "la incompatibilidad continuada con las normas de la OMC de la medida inicial o de una medida destinada al cumplimiento (cuando se haya adoptado una medida destinada al cumplimiento dentro del plazo prudencial) en el momento en que el plazo prudencial expira lo que constituye la base de cualquier solicitud [al amparo del párrafo 2 del artículo 22]". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.24).

en que los Estados Unidos podían haber incluido de forma adecuada en su solicitud de 2011 un nivel de las contramedidas propuesto que no solo se correspondiera con la pérdida de ventas y el desplazamiento, sino también con la obstaculización. En ese momento, el OSD no había adoptado constataciones de infracción respecto de la obstaculización. Por tanto, no había justificación para que los Estados Unidos incluyesen el valor de la obstaculización alegada en su nivel de las contramedidas propuesto. Como señala acertadamente la Unión Europea, los Estados Unidos, unos meses después de presentar su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22, presentaron una solicitud de establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. En esa solicitud de establecimiento de un grupo especial, que fue presentada por los Estados Unidos después de que la Unión Europea presentara una notificación en la que alegaba haber aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2011, los Estados Unidos alegaban la existencia de efectos desfavorables en forma de obstaculización.¹¹⁵ Sin embargo, en ese momento los Estados Unidos simplemente alegaron la existencia de obstaculización. El OSD no adoptó constataciones de infracción con respecto a la obstaculización hasta 2018.

6.20. Teniendo en cuenta estas circunstancias concomitantes, pasamos a examinar el texto de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 por los términos en que está formulada. Comenzamos por la referencia que figura en la primera frase del párrafo inicial a la adopción de las contramedidas en respuesta "[a]l hecho de que la UE y determinados Estados miembros no hayan retirado las subvenciones ni eliminado sus efectos desfavorables en cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD". Consideramos que esta referencia remite al lector a las recomendaciones y resoluciones del OSD más recientes que están disponibles. Son las recomendaciones y resoluciones del OSD más recientes las que determinan si persiste algún incumplimiento por parte de la Unión Europea que constituya el fundamento jurídico para que los Estados Unidos soliciten la autorización para adoptar cualquier contramedida y, de ser el caso, si ese incumplimiento tiene mayor o menor envergadura que antes, lo que, a su vez, repercutirá sobre el nivel de contramedidas que se puede autorizar. Al aplicar esta interpretación al momento de nuestro examen de la cuestión, la primera frase nos remite a las recomendaciones y resoluciones de 2018, que reflejan las constataciones desfavorables contenidas en los informes sobre el cumplimiento. A nuestro juicio, debe por tanto interpretarse que la primera frase, considerada por sí misma y aplicada al momento de nuestro examen, expone una solicitud de los Estados Unidos para adoptar contramedidas a un nivel anual proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado en los informes sobre el cumplimiento adoptados por el OSD en 2018. Ambas partes coinciden en que esos efectos desfavorables tienen lugar en forma de pérdida de ventas y obstaculización y que son los efectos desfavorables pertinentes a los fines del presente procedimiento.¹¹⁶

6.21. A continuación, examinamos la segunda frase del párrafo inicial. En esa frase se indica, en términos más concretos que en la primera frase, que el nivel de las contramedidas solicitado por los Estados Unidos corresponde al valor anual de la pérdida de ventas y el desplazamiento de las importaciones y exportaciones de LCA. No se cuestiona que la segunda frase no se refiere a los efectos desfavorables en forma de obstaculización. Sin embargo, como se ha señalado, en 2011 los Estados Unidos solo podían definir un nivel de contramedidas que reflejara los efectos desfavorables cuya existencia en ese momento se había determinado (la pérdida de ventas y el desplazamiento). En el momento de nuestro examen de la cuestión, que sigue a las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD en 2018, los Estados Unidos, en consonancia con el contenido de la primera frase, continúan solicitando contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, solo que ahora los efectos desfavorables pertinentes son aquellos cuya existencia se ha determinado en los informes sobre el cumplimiento adoptados por el OSD en 2018. La segunda frase del cuarto párrafo de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 que se cita *supra* respalda asimismo esta opinión. Por tanto, no consideramos que pueda inferirse adecuadamente que la segunda frase limita la capacidad de los Estados Unidos de solicitar contramedidas, sobre la base de la primera frase del párrafo inicial y del cuarto párrafo, en respuesta a las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2018 sobre la pérdida de ventas y la obstaculización.¹¹⁷

¹¹⁵ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS316/23, párrafo 8.

¹¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafo 147; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafo 336.

¹¹⁷ Esta interpretación de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 también vela por la aplicación de un enfoque armonioso respecto de, por un lado, la solicitud al amparo del párrafo 2 del

6.22. En resumen, las frases primera y segunda del primer párrafo y la frase segunda del cuarto párrafo, leídas conjuntamente, así como las circunstancias concomitantes, que comprenden los informes sobre el cumplimiento adoptados por el OSD en 2018 y el hecho de que en 2011 los Estados Unidos no podían solicitar contramedidas contra efectos desfavorables en forma de obstaculización cuya existencia no se había determinado, respaldan a nuestro juicio la conclusión de que la cuantía anual de contramedidas que los Estados Unidos pueden solicitar en el marco del presente procedimiento puede corresponder debidamente al valor anual de: a) la pérdida de ventas; b) las importaciones de LCA de los Estados Unidos que han sido obstaculizadas en el mercado de la Unión Europea; y c) las exportaciones de LCA de los Estados Unidos que han sido obstaculizadas en mercados de terceros países.

6.23. La Unión Europea aduce que los informes sobre el cumplimiento adoptados por el OSD no pueden modificar *ex post* el mandato del Árbitro.¹¹⁸ Sin embargo, según nuestra interpretación de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22, los informes sobre el cumplimiento no modificaron nuestro mandato. Más bien, los términos de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22, aplicados al momento de nuestro examen, abarcan las contramedidas relativas a las constataciones de obstaculización que figuran en los informes sobre el cumplimiento.

6.2.2 Especificidad de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos

6.24. La Unión Europea sostiene además que la solicitud de los Estados Unidos es incompatible con los requisitos de especificidad derivados del párrafo 2 del artículo 22. La Unión Europea se refiere a este respecto a arbitrajes anteriores que constataron que el párrafo 2 del artículo 22 contiene criterios mínimos de especificidad para las solicitudes al amparo del párrafo 2 del artículo 22, incluido el requisito de que en tales solicitudes se establezca el nivel específico de suspensión (es decir, el nivel que se considera equivalente a la anulación o menoscabo causados por la medida incompatible con la OMC).¹¹⁹ A juicio de la Unión Europea, se produce una incompatibilidad con este requisito de especificidad porque el nivel de suspensión mencionado en la solicitud de los Estados Unidos no incluye la obstaculización y, en consecuencia, la solicitud no es suficientemente específica en cuanto a ese tipo de efecto desfavorable. La Unión Europea también aduce que si no se interpretase que la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 define que los efectos desfavorables en cuestión comprenden únicamente la pérdida de ventas y el desplazamiento, la primera frase del párrafo inicial de la solicitud de los Estados Unidos podría abarcar cualquier forma de efecto desfavorable identificada en el artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, por ejemplo, el daño a la rama de producción nacional de otro Miembro.

6.25. Para determinar si el nivel de las contramedidas especificado en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos satisface el requisito mínimo de especificidad identificado por Árbitros anteriores, el Árbitro vuelve a considerar necesario examinar las circunstancias concomitantes. Como se ha detallado *supra*, no habría sido jurídicamente apropiado que, en 2011, los Estados Unidos hubiesen incluido en su solicitud una referencia a efectos desfavorables en forma de obstaculización, ya que en los informes iniciales adoptados por el OSD no se había determinado la existencia de tales efectos.

6.26. En cuanto a la cuestión planteada por la Unión Europea sobre la referencia amplia a los "efectos desfavorables" que figura en la primera frase del párrafo inicial, observamos que esa frase alude a los efectos desfavorables causados por el hecho de que la Unión Europea no aplicara las recomendaciones y resoluciones anteriores del OSD. Estas recomendaciones y resoluciones del OSD

artículo 22 y, por otro, del acuerdo sobre la secuencia concertado entre las partes. Como se ha mencionado, en el acuerdo sobre la secuencia se estipula que, en función del resultado del procedimiento sobre el cumplimiento, el procedimiento de arbitraje suspendido se podría o no reiniciar. Nos parecería incongruente adoptar un enfoque con arreglo al cual el resultado del procedimiento sobre el cumplimiento sea determinante respecto de la cuestión de si se podría solicitar al Árbitro que reanude su labor, pero de conformidad con el cual se pase por alto ese mismo resultado deliberadamente al determinar qué nivel de contramedidas pueden proponer los Estados Unidos, pese a la existencia de una referencia sin reservas a las recomendaciones y resoluciones del OSD en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22.

¹¹⁸ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro, párrafo 336.

¹¹⁹ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 2.18; y *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafos 20 y 21 (donde se cita *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 16).

permiten la identificación precisa de los efectos desfavorables específicos en cuestión.¹²⁰ Además, la segunda frase, al referirse a la pérdida de ventas y el desplazamiento (y no a cualquier otro tipo de efecto desfavorable), confirma la intención de los Estados Unidos de solicitar contramedidas respecto de efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado en informes anteriores adoptados por el OSD.

6.27. Por tanto, a nuestro juicio, si se interpreta la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 en su conjunto y se tienen en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD en 2018, puede inferirse de forma fiable que, en el momento de nuestro examen, la cuantía específica de las contramedidas propuesta que los Estados Unidos piden mediante su solicitud corresponde al nivel anual de pérdida de ventas y obstaculización en los mercados de la Unión Europea y de determinados terceros países.

6.28. A la luz de las consideraciones precedentes concluimos que, en las circunstancias del presente procedimiento, la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 proporciona la especificidad mínima con respecto a la inclusión en el nivel de las contramedidas propuesto por los Estados Unidos de efectos desfavorables en forma de obstaculización cuya existencia se ha determinado en los informes sobre el cumplimiento. Por consiguiente, rechazamos la afirmación de la Unión Europea de que la solicitud de contramedidas de los Estados Unidos respecto de la obstaculización no es compatible con los requisitos de especificidad para las solicitudes al amparo del párrafo 2 del artículo 22.

6.29. En resumen, por todas las razones expuestas, no estamos de acuerdo con el argumento de la Unión Europea de que no se puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar contramedidas respecto de las constataciones sobre la obstaculización adoptadas por el OSD. En consecuencia, en el resto de la sección 6 de la presente decisión pasaremos a cuantificar las constataciones sobre la obstaculización adoptadas por el OSD.¹²¹

6.3 Evaluación de la metodología propuesta por los Estados Unidos

6.30. Tras haber rechazado la objeción de procedimiento de la Unión Europea en el sentido de que no se puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar contramedidas respecto de las constataciones sobre la obstaculización adoptadas por el OSD, en la sección 6.3 se evalúan más aspectos sustantivos y técnicos de la metodología de los Estados Unidos. En esta sección se abordarán, por tanto: a) el período de referencia adecuado, b) la situación hipotética adecuada, c) argumentos generales de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos, y d) argumentos técnicos de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos.

6.3.1 Idoneidad de la utilización del período de referencia 2011-2013 y de la aceptación de la suspensión de concesiones anual

6.31. Las partes dedicaron gran parte de sus comunicaciones a discutir la cuestión de si es admisible que el Árbitro determine el nivel máximo de las contramedidas en forma de suspensión anual¹²² sobre la base del valor de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado, como proponen los Estados Unidos.¹²³

6.32. Aparentemente, es la primera vez en un procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 que una parte demandada ha impugnado la solicitud de una parte reclamante de que

¹²⁰ Como se ha señalado *supra*, ambas partes coinciden, por ejemplo, en que las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2018 se refieren a los efectos desfavorables en forma de pérdida de ventas y obstaculización.

¹²¹ Observamos de pasada que las diferencias sobre la cuestión de si los términos de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de la parte reclamante constituyen un obstáculo para el procedimiento de arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22, como propone la parte reclamante, podrían evitarse si las partes incluyesen en todo acuerdo bilateral sobre la secuencia un procedimiento específico que rijan la actualización de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de la parte reclamante y la remisión a arbitraje en el marco del párrafo 6 del artículo 22 por la parte demandada, a raíz de la adopción por el OSD de cualquier constatación desfavorable respecto del cumplimiento. Señalamos en este contexto que el párrafo 7 del artículo 22 del ESD permite ya efectivamente la modificación de las solicitudes al amparo del párrafo 2 del artículo 22 iniciales.

¹²² Se expone una explicación de la expresión "suspensión anual" en el párrafo 6.3. *supra*.

¹²³ Abordamos la cuestión separada de la representatividad del período de referencia 2011-2013 en las secciones 6.3.4.3.1 y 6.3.4.4.1 *infra*.

se le autorice a aplicar una suspensión anual. Árbitros anteriores han autorizado suspensiones anuales, incluido el único otro árbitro que hasta el momento ha sustanciado un arbitraje de conformidad con el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, esto es, el árbitro encargado del asunto *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*). No obstante, estos árbitros no han aclarado las razones en que se han basado para hacerlo. En consecuencia, en la presente sección se deben examinar más detalladamente dichas razones y resolver el desacuerdo de las partes en este contexto.

6.33. Como se señala en la sección 6.1, en su documento sobre la metodología, los Estados Unidos solicitan al Árbitro que autorice a los Estados Unidos contramedidas en forma de suspensión anual. Los Estados Unidos determinan el nivel de suspensión anual propuesto calculando el valor de las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización cuya existencia durante el período de referencia 2011-2013 se constató en el procedimiento sobre el cumplimiento previo y, después, anualizando dicha cuantía. Esta cuantía anualizada constituye la base del nivel de suspensión anual propuesto.¹²⁴

6.34. La Unión Europea aduce que los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia 2011-2013 se ha determinado -es decir, las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización- no pueden utilizarse para autorizar un nivel de contramedidas en forma de suspensión anual.¹²⁵ Según la Unión Europea, las razones básicas para utilizar los efectos de una medida en un período de referencia pasado para determinar un nivel de suspensión anual es que la medida sigue teniendo efectos similares más allá del período de referencia, un resultado que, en general, se da solo si una medida es "recurrente". Más concretamente, la Unión Europea afirma que "para autorizar [contramedidas en forma de suspensión anual] ..., el [Árbitro] debe asegurar que los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia diciembre de 2011 a 2013 se ha determinado proporcionan una estimación razonable -es decir, son representativos- de los efectos desfavorables en la actualidad, y en el futuro".¹²⁶ La Unión Europea afirma que los Estados Unidos no han demostrado que el período de referencia 2011-2013 proporcione esta "estimación razonable" y, en opinión de la Unión Europea, el período de referencia 2011-2013, de hecho, no proporciona esta estimación.¹²⁷

6.35. La Unión Europea además subraya que el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación no formularon constataciones de que los efectos desfavorables causados por las subvenciones impugnadas fueran a seguir después de 2013 y, de hecho, constataron que el carácter no recurrente de la AEP/FEM para los programas A380 y A350XWB daría lugar a que estas subvenciones causasen menos efectos desfavorables después de 2013, de ser el caso. En relación con este último punto, la Unión Europea aduce que ningún árbitro ha autorizado una suspensión anual en un procedimiento de arbitraje relacionado con una medida "no recurrente". La Unión Europea afirma que estas consideraciones diferencian a este procedimiento de arbitrajes anteriores en los que se autorizó una suspensión anual, incluida la diferencia *Estados Unidos -*

¹²⁴ Los Estados Unidos piden además al Árbitro que ajuste ese nivel en función de la inflación que se registró después del período de referencia 2011-2013 y que se registrará en años futuros cuando los Estados Unidos puedan aplicar contramedidas. Abordamos esta solicitud en las secciones 6.4.5.2 y 6.4.5.3 *infra*.

¹²⁵ Señalamos que la Unión Europea ha presentado otros argumentos contra la metodología de los Estados Unidos que parecen guardar relación con la cuestión distinta de qué efectos desfavorables puede tener en cuenta la suspensión anual. Por consiguiente, abordamos aparte estos argumentos en la sección 6.3.3 *infra*.

¹²⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 104 del Árbitro, párrafo 134 (no se reproducen las notas a pie de página ni las comillas). Véanse también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 99 del Árbitro, párrafos 84-85; y las observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 99 y 103 del Árbitro.

¹²⁷ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 74-76, 79, 80-81, 90, 98, 100, 105-108, 118-123, 128-129, 146 y 160; respuestas de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro, párrafos 18-19, 27-29, 30-38, 45 y 50; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 4, 10, párrafo 218, 11, 12, 14, 21, 22, 56, párrafos 34-102, 57, 99, párrafo 79, 101, 104, 107, 108, y 147 del Árbitro; observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 99, 101, 103 y 108 del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 de la Unión Europea. Al formular estos argumentos, la Unión Europea subraya que, principalmente debido al carácter no recurrente de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, las vidas de estas subvenciones son "finitas" y, por lo tanto, los efectos desfavorables causados por ellas también son "finitos" y no puede presuponerse que vayan a seguir indefinidamente.

Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II).¹²⁸ Por lo tanto, según la Unión Europea, dado que "las constataciones adoptadas [en la presente diferencia] simplemente no ofrecen ningún fundamento para que el Árbitr[o] ... autorice una [suspensión anual]", el Árbitro puede autorizar a los Estados Unidos solo "una cuantía máxima absoluta proporcionada al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia [en el período de referencia 2011-2013] se ha determinado realmente"¹²⁹, atendiendo a la estructura propuesta en la comunicación escrita de la Unión Europea, a la que se hace referencia en el párrafo 6.4. *supra* y que se describe con más detalle en la sección 6.3.3.4 *infra*.¹³⁰

6.36. Además, la Unión Europea indica que la solicitud de suspensión anual presentada por los Estados Unidos es incongruente con la solicitud que han formulado al amparo del párrafo 2 del artículo 22, porque en la solicitud se afirma que los Estados Unidos reajustarán el nivel anual de las contramedidas determinado sobre la base de "los datos más recientes que estén a disposición del público". No obstante, según la Unión Europea, hacer esto entrañaría que el nivel de las contramedidas se reajustara a la luz de datos relativos a los efectos desfavorables causados por la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB después de 2013, incluso en la actualidad, una práctica que los Estados Unidos no llevan a cabo.¹³¹

6.37. Por último, la Unión Europea aduce que la suspensión anual en la presente diferencia es incompatible con el carácter "temporal" de las contramedidas -que únicamente deben aplicarse "en espera del pleno cumplimiento"- ya que en la presente diferencia el cumplimiento se producirá con el paso del tiempo debido al carácter no recurrente de las subvenciones en cuestión.¹³²

6.38. Los Estados Unidos parecen ofrecer dos argumentos para justificar por qué sería adecuado determinar el nivel máximo de las contramedidas en forma de suspensión anual utilizando el período de referencia 2011-2013 para determinar ese nivel máximo: a) "los Estados Unidos tienen derecho a aplicar contramedidas continuas porque la UE sigue sin estar en conformidad con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC, como queda confirmado en los informes sobre el cumplimiento adoptados por el OSD, y porque no se ha adoptado ninguna constatación en sentido contrario posteriormente"¹³³, es decir, la suspensión anual es adecuada debido a la situación continua de incumplimiento en que se halla Unión Europea, y/o b) las subvenciones impugnadas han seguido causando efectos desfavorables más allá del período de referencia 2011-2013 y los efectos desfavorables cuya existencia en dicho período se ha determinado proporcionan una estimación razonable de esos efectos desfavorables continuos, es decir, la suspensión anual es adecuada en vista de los efectos continuos de las medidas en cuestión.¹³⁴

6.39. Los Estados Unidos sostienen que determinar un nivel de suspensión anual de la manera que proponen es además compatible con el texto del Acuerdo SMC y el ESD porque el nivel de las contramedidas se determinaría haciendo referencia a los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el procedimiento sobre el cumplimiento y porque el párrafo 8 del artículo 22 del ESD no exige una fecha límite predeterminada para las contramedidas.¹³⁵ Los Estados Unidos

¹²⁸ La Unión Europea señala que el único árbitro que abordó una subvención no recurrente autorizó a la parte reclamante utilizar una suma global única como contramedida. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 110 (donde se invoca la decisión del Árbitro, *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*)).

¹²⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 8 del Árbitro, párrafo 177.

¹³⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 125-127; respuestas de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro, párrafos 20-21, 42 y 46-47; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 10 b), 12, párrafo 262, 21, 25, 56, párrafos 79-91, y 108 del Árbitro. En este contexto, la Unión Europea subraya que las ventas de aeronaves A380 han disminuido durante los últimos años y que, de hecho, Airbus va a poner fin al programa A380 en un futuro previsible. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 47 del Árbitro, párrafos 291-303).

¹³¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 119.

¹³² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 99 y 131-136.

¹³³ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Árbitro, párrafo 106.

¹³⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 77, 81-83, 86, 105, 114, 116, 119 y 123-138; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 17, 19 b), 20, 22, párrafo 49, 47 y 101, párrafo 22, del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 101, párrafos 106-108, y 104, párrafos 128-131, del Árbitro.

¹³⁵ Señalamos que, en ocasiones, los Estados Unidos parecen haber caracterizado "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" como las cinco pérdidas de ventas específicas y los seis casos de obstaculización constatados durante el período de referencia 2011-2013 (documento sobre la

además aducen que el hecho de determinar un nivel de suspensión anual valorando los efectos pertinentes de una medida que se ha constatado incompatible con las normas de la OMC durante un período de referencia pasado es compatible con la manera en que árbitros anteriores determinaron los niveles de suspensión anual. Además, los Estados Unidos afirman que muchos de los argumentos de la Unión Europea relativos a los efectos desfavorables posteriores a 2013 causados por la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB están relacionados con el cumplimiento y, por lo tanto, están debidamente destinados a un grupo especial sobre el cumplimiento, no están respaldados por constataciones anteriores de la presente diferencia y/o están fácticamente viciados. Además, según los Estados Unidos, el hecho de seleccionar un período de referencia distinto a 2011-2013 para determinar un nivel de suspensión anual privaría indebidamente de sentido al procedimiento sobre el cumplimiento porque equivaldría a pedir a los Estados Unidos que replanteasen sus argumentos sobre el cumplimiento, esto es, que demostrasen la existencia de efectos desfavorables en ese nuevo período.¹³⁶

6.40. Asimismo, en respuesta al argumento de la Unión Europea sobre este tema, los Estados Unidos mantienen que su solicitud de "actualizar [el nivel de las contramedidas] anualmente utilizando los datos más recientes que estén a disposición del público"¹³⁷ no significa que los Estados Unidos pretendan alterar el valor de las contramedidas según el valor de los efectos desfavorables existentes después del período de referencia 2011-2013.¹³⁸

6.41. Por último, los Estados Unidos afirman que la suspensión anual es "temporal" porque se eliminará una vez que el OSD adopte una decisión de un órgano resolutorio de la OMC que constate que la Unión Europea ha cumplido sus obligaciones. Los Estados Unidos subrayan, sin embargo, que dado que el momento en que se alcanzará el cumplimiento es incierto, los Estados Unidos deben poder imponer la suspensión anual hasta que llegue ese momento.¹³⁹

6.42. El Árbitro recuerda que la cuestión de que se trata es si puede aceptar contramedidas en forma de suspensión anual a un nivel que refleje el nivel de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. Al evaluar esta cuestión, examinaremos en primer lugar si podemos determinar el nivel máximo de contramedidas por referencia a un período de referencia pasado, es decir, el período de referencia 2011-2013. Después, examinaremos si las contramedidas pueden adoptar la forma de suspensión anual. Tras examinar estos aspectos por referencia a nuestro mandato y al texto y el objeto y fin del ESD¹⁴⁰, analizaremos decisiones arbitrales anteriores para determinar si contribuyen a esclarecer la cuestión sometida a nuestra consideración.

6.43. Primero abordamos la cuestión de qué es lo que determina el nivel de contramedidas que puede autorizarse. De conformidad con el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el OSD puede autorizar a los Estados Unidos a que adopten contramedidas proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. Nuestro mandato de conformidad con el párrafo 10 del artículo 7 consiste en determinar si las "contramedidas" propuestas son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Como se señala en la sección 5, en el contexto de la presente diferencia, la frase "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" nos retrotrae a las constataciones sobre efectos desfavorables formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento que constituyen

metodología de los Estados Unidos, párrafo 29) y, en otras ocasiones, parecen caracterizarlos como los efectos desfavorables que han persistido más allá de 2013 o como que comprenden esos efectos (comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 138). Como se refleja en los párrafos 6.43. -6.46. *infra*, la primera formulación parece ser la más adecuada a los efectos del presente arbitraje.

¹³⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 77, 89-98, 100-106, 108-113 y 132; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 17, 18, 19, párrafos 32-33, 21, párrafo 45, 22 y 59 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 104, párrafos 133-134, y 108 del Árbitro.

¹³⁷ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18.

¹³⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 124-125; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 b) del Árbitro, párrafo 31. Más bien, esta actualización se refiere a la utilización del IPP de fabricación de CA para ajustar las contramedidas en función de la inflación, una cuestión que se aborda en las secciones 6.4.5.2 y 6.4.5.3 *infra*. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 124).

¹³⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 111-113.

¹⁴⁰ Recordamos que el presente procedimiento se realiza de conformidad con el Acuerdo SMC y el ESD. (Véase el párrafo 3.4. *supra*).

el fundamento para que el OSD autorice a los Estados Unidos a que adopten contramedidas.¹⁴¹ Más concretamente, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento constataron que la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB causó efectos desfavorables en forma de pérdidas de ventas significativas en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC y en forma de obstaculización en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

6.44. Estas constataciones se basaron en datos sobre pedidos y entregas de LCA específicos comprendidos en el período de referencia 2011-2013 y se identificaron como efectos desfavorables solo después de, entre otras cosas, llevar a cabo análisis fácticos minuciosos de las circunstancias existentes en el período de referencia 2011-2013 (por ejemplo, mercados de productos, condiciones de competencia y factores de no atribución). Estos análisis demostraron la existencia de cinco pérdidas de ventas y de obstaculización en seis mercados geográficos en el período de referencia 2011-2013. Dado que estos análisis no abarcaban el período posterior a 2013, no se formuló ninguna determinación relativa a la existencia de efectos desfavorables después del período de referencia 2011-2013. Por lo tanto, es compatible con el mandato establecido en el párrafo 10 del artículo 7 determinar el nivel máximo de contramedidas sobre la base de las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado y considerar a estos como "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" a los efectos del presente procedimiento.¹⁴²

6.45. En el párrafo 10 del artículo 7 se aclara además que debemos determinar si las contramedidas propuestas son "proporcionadas al" "grado y naturaleza" de las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización. Cabe recordar que el término "grado" corresponde a un elemento cuantitativo, mientras que la referencia a la "naturaleza" de los efectos desfavorables atañe a un elemento cualitativo.¹⁴³ Consideramos que, desde el punto de vista funcional y en el contexto del presente procedimiento, el elemento cuantitativo -es decir, el "grado"- corresponde al valor monetario de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, mientras que los elementos cualitativos -es decir, la "naturaleza"- corresponden al tipo de efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado; en el caso que nos ocupa, pérdidas de ventas significativas y obstaculización.

6.46. En resumen, el párrafo 10 del artículo 7 respalda la opinión de que, en el presente procedimiento, podemos determinar si las contramedidas propuestas son proporcionadas al valor de las pérdidas de ventas y de la obstaculización cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. Como corolario, el nivel de contramedidas que el OSD puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar de conformidad con el párrafo 9 del artículo 7 está en función de los efectos desfavorables que se produjeron y se determinó que existieron en el pasado durante ese período de referencia circunscrito temporalmente. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es si sería adecuado autorizar una suspensión anual sobre la base del valor de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado cuando este valor está circunscrito a un período pasado.

6.47. Asimismo, recordamos la indicación de la Unión Europea de que la solicitud de suspensión anual de los Estados Unidos es incongruente con su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22. Este argumento se basa en el hecho de que en la solicitud se afirma que los Estados Unidos reajustarán el nivel anual de las contramedidas determinado sobre la base de "los datos más recientes que estén a disposición del público", pero los Estados Unidos no lo hacen porque no ajustan las contramedidas a la luz de los niveles de los efectos desfavorables posteriores a 2013.¹⁴⁴ Creemos que la referencia a "actualizar[]" [el nivel de contramedidas] anualmente utilizando los datos más recientes que estén a disposición del público" en la solicitud de los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 22 se refiere a la propuesta de los Estados Unidos de utilizar el Índice de precios al productor de fabricación de aeronaves civiles de los Estados Unidos (IPP de fabricación

¹⁴¹ Véase el párrafo 5.5. *supra*.

¹⁴² Señalamos que en el presente procedimiento los Estados Unidos no han propuesto ninguna fórmula que funcione de manera prospectiva y que, de alguna manera, trate de tener en cuenta casos de pérdidas de ventas y/u obstaculización que no fueran objeto de constataciones específicas del procedimiento sobre el cumplimiento.

¹⁴³ Véase el párrafo 5.5. *supra*.

¹⁴⁴ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 119.

de CA) para reajustar anualmente el nivel de contramedidas y no equivale a una intención de basar las contramedidas en el cálculo de los efectos desfavorables posteriores a 2013.¹⁴⁵

6.48. Teniendo presente este resultado inicial de nuestro análisis, examinaremos ahora si es admisible autorizar contramedidas indefinidas temporalmente¹⁴⁶ en forma de suspensión anual a un nivel que refleje el valor de los efectos desfavorables cuya existencia en un período de referencia pasado circunscrito temporalmente (*in casu*, diciembre de 2011-2013) se ha determinado. Por consiguiente, desplazamos nuestra atención de la cuestión de qué es lo que determina el nivel máximo admisible de las contramedidas que puede autorizarse a la cuestión del período durante el que se pueden imponer contramedidas a ese nivel.

6.49. Ni el párrafo 9 ni el párrafo 10 del artículo 7 ofrecen respuestas específicas a esta cuestión. Por consiguiente, buscamos orientación pertinente en el ESD. De conformidad con el ESD, el derecho de una parte reclamante a solicitar y mantener contramedidas, así como la obligación de retirarlas, depende de la situación de la parte demandada respecto del cumplimiento.¹⁴⁷ Esto nos indica que la duración máxima admisible de las contramedidas no depende de los efectos continuos de una medida que se constató incompatible con las normas de la OMC, sino de la situación de la parte demandada respecto del cumplimiento. El Órgano de Apelación ha indicado que este aspecto de la suspensión anual, esto es, que puede permanecer en vigor en espera de la confirmación del cumplimiento sustantivo de la parte demanda, es compatible con el objeto y fin del ESD. En el asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación abordó, entre otras cosas, las circunstancias en las que debía retirarse una suspensión anual previamente autorizada. Al hacerlo, el Órgano de Apelación subrayó la importancia de que la parte demandada alcance el cumplimiento sustantivo¹⁴⁸, señaló que la suspensión de concesiones es el "último recurso" para asegurar ese cumplimiento sustantivo y reconoció así que "[e]xigir que se ponga fin a la suspensión de concesiones antes de haberse alcanzado el cumplimiento sustantivo debilitaría considerablemente la eficacia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC".¹⁴⁹

6.50. En el asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación abordó la cuestión de cuándo se pondría fin a la autorización del OSD de suspender concesiones otorgada previamente. En la presente diferencia, el OSD no ha otorgado todavía ninguna autorización. Con todo, nos parece evidente que si un árbitro estructurara las contramedidas de forma que efectivamente "fin[alizaran] ... antes de haberse alcanzado el cumplimiento sustantivo[, se] debilitaría considerablemente [y de manera análoga] la eficacia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC" y, por lo tanto, sería contrario al "objetivo del ESD de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio".¹⁵⁰ La estructura de la suspensión anual elude esta preocupación porque puede mantenerse en vigor hasta que un órgano resolutorio de la OMC constataste que la parte demandada ha alcanzado el cumplimiento sustantivo o hasta que se halle una solución mutuamente convenida.¹⁵¹

6.51. Añadimos una observación más sobre el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*. El Órgano de Apelación dejó claro en ese informe que la autorización para mantener la suspensión anual en cuestión solo quedaría sin efecto una vez confirmado, mediante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC o una solución

¹⁴⁵ Véanse las secciones 6.4.5.2 y 6.4.5.3 *infra*.

¹⁴⁶ Con arreglo al párrafo 1 del artículo 22 del ESD, la suspensión de concesiones u otras obligaciones está concebida como una medida "temporal". No obstante, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD, la suspensión de concesiones u otras obligaciones puede aplicarse hasta que la medida incompatible con la OMC se haya eliminado o bien se haya llegado a una solución mutuamente convenida. En este sentido, la suspensión de concesiones u otras obligaciones es una medida indefinida temporalmente.

¹⁴⁷ Véanse los párrafos 2, 6 y 8 del artículo 22 del ESD. Respecto del párrafo 8 del artículo 22, véase también la sección 2.4.1 *supra*.

¹⁴⁸ La expresión "cumplimiento sustantivo" hace referencia al hecho de que el cumplimiento de una parte demandada se evalúa no solo respecto de las medidas iniciales declaradas incompatibles con las normas de la OMC, sino también respecto de cualesquiera "medidas destinadas a cumplir" en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (párrafo 5 del artículo 21 - UE), párrafo 5.328; y *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 305-309).

¹⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 308.

¹⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 309.

¹⁵¹ Señalamos que el nivel de las contramedidas o la suspensión de concesiones u otras obligaciones puede, por supuesto, variar a lo largo del tiempo en casos en que los árbitros utilicen otras estructuras de contramedidas, como fórmulas que se apliquen de manera prospectiva.

mutuamente convenida, el cumplimiento sustantivo de la parte demandada.¹⁵² El Órgano de Apelación, por lo tanto, entendió claramente que la suspensión anual podía permanecer en vigor temporalmente incluso en los casos en que la parte demandada ya ha alcanzado efectivamente el cumplimiento sustantivo, pero este todavía no ha sido confirmado de manera multilateral. Dicho de otro modo, queda entendido que, en espera de dicha confirmación, la suspensión anual puede seguir vigente durante un período determinado, aunque los efectos pertinentes de las medidas destinadas al cumplimiento más recientes se valorasen de hecho como inexistentes por haberse alcanzado el cumplimiento sustantivo. En nuestra opinión, esto además respalda la idea de que la situación de cumplimiento multilateral formal por parte de la parte demandada es lo que justifica el mantenimiento de la suspensión anual al nivel autorizado previamente y no la idea de que el nivel autorizado refleje correctamente los efectos pertinentes de las medidas de la parte demandada con el paso del tiempo.

6.52. La Unión Europea aduce que la suspensión anual solo se ha autorizado hasta el momento en arbitrajes relativos a medidas "recurrentes". La Unión Europea no ha definido este término. Cabe suponer que la Unión Europea utilizaba el término en sentido amplio para hacer referencia a medidas de las que se podría esperar que produjeran efectos pertinentes de manera continua. A nuestro juicio, no obstante, la "recurrencia" de una medida que se ha constatado incompatible con las normas de la OMC, con independencia de cómo se defina este concepto, no constituye un requisito previo para autorizar la suspensión anual. Las contramedidas sirven para inducir al cumplimiento¹⁵³ con respecto a toda clase de medida declarada incompatible con las normas de la OMC, ya sea "recurrente" o "no recurrente".¹⁵⁴ Salvo que se haya alcanzado el cumplimiento sustantivo y este haya sido confirmado de manera multilateral o se haya llegado a una solución mutuamente convenida, sigue habiendo una justificación válida para autorizar la suspensión anual y mantenerla al nivel autorizado.¹⁵⁵

6.53. En el presente procedimiento, la Unión Europea también preconiza una estructura de las contramedidas que daría lugar a contramedidas que se extinguirían en el momento de la entrega definitiva hipotética de una LCA pedida en el marco de las cinco pérdidas de ventas en el período 2011-2013 si Boeing hubiese ganado las ventas.¹⁵⁶ En resumen, según el enfoque de la Unión Europea, después de una fecha determinada, aunque no existiese una confirmación multilateral de cumplimiento sustantivo, el nivel de las contramedidas debería disminuir hasta cero. Como hemos explicado *supra*, a nuestro juicio, una suspensión anual puede mantenerse en vigor al nivel autorizado hasta que un órgano resolutorio de la OMC constataste que la parte demandada ha alcanzado el cumplimiento sustantivo o las partes hayan llegado a otra solución. Por consiguiente, no podemos aceptar el enfoque preferido de la Unión Europea, que, a nuestro juicio, podría diluir de manera significativa la eficacia de las contramedidas y socavar el objetivo del ESD de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.¹⁵⁷

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, sección IV.E.

¹⁵³ Véase el párrafo 5.2. *supra*.

¹⁵⁴ Señalamos la afirmación de la Unión Europea de que hubo una decisión arbitral que se basó en el carácter no recurrente de la subvención pertinente "para rechazar las contramedidas superiores que el Brasil había propuesto para disuadir de la concesión de subvenciones futuras". (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 110 (donde se invoca la decisión del Árbitro, *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, párrafo 3.111)). Señalamos que en dicha decisión el árbitro rechazó una solicitud del Brasil de ajustar al alza una suma global de contramedidas propuesta y no una solicitud de determinar un nivel de suspensión anual. Esa decisión arbitral, por consiguiente, presenta claras diferencias y no resulta convincente en el contexto del presente procedimiento.

¹⁵⁵ Señalamos que no se ha formulado ninguna constatación multilateral por el momento que especifique el momento en que la Unión Europea dejará de conceder o mantener la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, cuándo se habrán retirado estas medidas o cuándo se habrán eliminado los efectos desfavorables de estas medidas. (Véase el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC). Además, no hay acuerdo entre las partes sobre cuándo se producirá alguna de estas circunstancias. Por lo tanto, no nos pronunciamos sobre si la existencia de alguna constatación o acuerdo semejante, de existir, puede tenerse en cuenta en un procedimiento de arbitraje.

¹⁵⁶ Véase el párrafo 6.4. *supra* y la sección 6.3.3.4 *infra*.

¹⁵⁷ "El Miembro autorizado por el OSD para suspender concesiones goza de la garantía que da el párrafo 8 del artículo 22 [del ESD] de que la suspensión de concesiones seguirá estando permitida conforme al ESD hasta que se alcance el cumplimiento sustantivo o, en caso de desacuerdo, hasta que se lo confirme por un procedimiento multilateral". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 308).

6.54. Por último, la Unión Europea aduce que la suspensión anual es incompatible con el carácter "temporal" de las contramedidas, que, según dice, solo deben aplicarse "en espera del pleno cumplimiento". No alcanzamos a ver ninguna incompatibilidad a este respecto. De conformidad con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD, debe ponerse fin a la suspensión anual una vez que el OSD adopte una decisión de un órgano resolutorio de la OMC en la que se constate que la Unión Europea ha cumplido de manera sustantiva las obligaciones pertinentes que le corresponden en el marco de la OMC (o una vez que las partes convengan en que se ha hallado una solución).

6.55. Pasamos ahora a examinar decisiones arbitrales anteriores pertinentes para determinar si contribuyen a esclarecer la cuestión de si, en el presente procedimiento, es adecuado calcular el nivel de las contramedidas por referencia a un período de referencia pasado y autorizar contramedidas en forma de suspensión anual.¹⁵⁸ Analizamos cuatro aspectos conexos de la anterior práctica arbitral más pertinente para la cuestión que nos ocupa. En primer lugar, en la mayoría de las diferencias en las que han tenido lugar arbitrajes, se ha autorizado a la parte reclamante a que aplique una suspensión anual.¹⁵⁹ Estas diferencias incluyen arbitrajes realizados de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Por lo tanto, señalamos que los árbitros han autorizado la suspensión anual de manera sistemática a lo largo del tiempo en distintos contextos jurídicos y fácticos, incluso en el marco del mandato que nos compete.

6.56. En segundo lugar, los niveles de suspensión anual se han determinado, en general, sobre la base de los efectos en el comercio de las medidas pertinentes durante períodos pasados¹⁶⁰ aplicando situaciones hipotéticas a dichos períodos. Los períodos pasados seleccionados eran normalmente períodos de corta duración inmediatamente posteriores al momento en que la parte

¹⁵⁸ En la presente sección analizaremos arbitrajes realizados exclusivamente de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Estos, no obstante, son pertinentes en el presente contexto por dos razones. En primer lugar, como se ha señalado anteriormente, los arbitrajes que se rigen por el párrafo 10 del artículo 7 se rigen al mismo tiempo por el párrafo 6 del artículo 22. (Véase el párrafo 3.4. *supra*). En segundo lugar, el mandato de un árbitro que actúa en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 es "determinar[] si el nivel de ... suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". (Párrafo 7 del artículo 22 del ESD). (sin cursivas en el original) Este mandato presenta una estructura similar a la de nuestro mandato; es decir, determinar si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II), párrafo 5.21 (donde se reconoce esta similitud estructural)). Por lo tanto, las circunstancias en las que estos árbitros autorizaron la suspensión anual en el marco de su mandato pueden resultar instructivas para nosotros.

¹⁵⁹ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), sección 3.6 (donde se determina además que el nivel de suspensión anual podría variar con el paso del tiempo por la inflación); *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II); *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil); *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); y *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE). Otros árbitros autorizaron cuantías globales y/o utilizaron fórmulas de diversa complejidad. (Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 5.2; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos I), párrafo 6.5; *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Brasil)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); y *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)). Ninguno de los árbitros del grupo anterior, no obstante, rechazó una solicitud de suspensión anual presentada por una parte reclamante. Señalamos, específicamente, que el Árbitro en el asunto *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá), procedimiento en que "la medida de que ... se trata[ba] se ref[er]ía a una cuantía limitada de subvención", autorizó una cuantía global, que era la estructura que había solicitado la parte reclamante. (Decisión del Árbitro, *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá), párrafo 3.45).

¹⁶⁰ Señalamos que, en el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil), el Árbitro autorizó la suspensión anual de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC sobre la base del valor anualizado previsto de la subvención entre los años 2000 y 2005, aunque la decisión del Árbitro se distribuyó en agosto de 2000. Aparentemente, este enfoque fue fruto de los hechos inusuales del asunto y, en particular, de los elementos siguientes: a) la persistencia del incumplimiento del Brasil se basaba en la emisión continua de bonos durante el período posterior a la aplicación de conformidad con compromisos adquiridos por el Brasil anteriormente, y b) los bonos se emitían únicamente a la entrega de la aeronave. (Decisión del Árbitro, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil), párrafos 3.64-3.65).

demandada debía haber cumplido sus obligaciones, o períodos que abarcaban ese momento.¹⁶¹ Los Árbitros -incluido el Árbitro encargado del asunto *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*)- han formulado observaciones sobre la idoneidad de determinar los niveles de suspensión anual midiendo los efectos pertinentes de una medida en el momento en que la parte demandada debía haberse puesto en conformidad, o poco después de ese momento, y han señalado que el fin esencial de un procedimiento de arbitraje es determinar el daño que se inflige a la parte reclamante a causa de ese incumplimiento concreto.¹⁶² Este razonamiento nos parece sólido, también en las circunstancias del presente procedimiento. Además señalamos que la suspensión de concesiones u otras obligaciones y las contramedidas están previstas como medidas temporales y no como medidas a largo plazo por la parte reclamante. Por lo tanto, lo adecuado es suponer que la parte demandada adoptará de buena fe las medidas correctivas adecuadas en un corto plazo para ponerse en conformidad con prontitud tras la autorización de la suspensión de concesiones o las contramedidas. Así pues, nos parece adecuado evaluar los efectos a corto plazo de una medida incompatible con las normas de la OMC más que sus efectos a largo plazo, cuando la parte demandada debe haberse puesto en conformidad.

6.57. En consecuencia, consideramos que el período de referencia 2011-2013 es adecuado para determinar el nivel admisible de suspensión anual, no solo porque es el período que se utilizó en el procedimiento sobre el cumplimiento y nos presenta los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" al que nos remite nuestro mandato, sino porque este período es inmediatamente posterior al final del plazo para la aplicación en la presente diferencia.

6.58. En tercer lugar, la incertidumbre relacionada con los efectos pertinentes de las medidas que se producen después del final de los períodos de referencia utilizados para determinar un nivel de suspensión anual no ha impedido a ningún árbitro determinar dicho nivel. De hecho, al menos dos árbitros relativamente recientes han desestimado expresamente la pertinencia de dichas incertidumbres. El Árbitro en *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) desestimó por no ser pertinente una supuesta tendencia de largo plazo al descenso del consumo de atún en los Estados Unidos al determinar un nivel de suspensión anual sobre la base de un período de referencia pasado de corta duración, a saber, una tendencia que parecía indicar que el nivel de anulación o menoscabo que existía en el momento del procedimiento de arbitraje y que existiría en el futuro era menor.¹⁶³ El Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) señaló expresamente que "[e]n una situación en la que se determina una cuantía anual fija de contramedidas, que se aplicará en el futuro y por un período de tiempo indeterminado [a saber, una suspensión anual], necesariamente hay una incertidumbre inherente a la cuestión del grado de exactitud con que esa cuantía representará la continuación de los efectos desfavorables reales de la medida a lo largo del tiempo".¹⁶⁴ No obstante,

¹⁶¹ Véanse, por ejemplo, las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), sección 3.2 (donde se determina la suspensión anual aplicando una situación hipotética al año en el que expiró el plazo prudencial); *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), sección 4 (donde se determina la suspensión anual aplicando una situación hipotética al primer año completo siguiente a la expiración del plazo prudencial); *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), sección 3.2 y párrafo 6.32 (donde se determina la suspensión anual aplicando una situación hipotética al "año de referencia" siguiente al final del plazo prudencial); y *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafos 4.115-4.119 (donde se determina la suspensión anual aplicando una situación hipotética al año que está a caballo del final del plazo para la aplicación). Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 2.15 (donde se actúa con arreglo al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC y se determina la suspensión anual calculando la cuantía de la subvención correspondiente al año en el que expiró el plazo para la aplicación).

¹⁶² Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.14; *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.118; *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.143; y *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 2.14 a) y 2.15. Véase también el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), párrafo 4.19 (donde se explica que "[a] diferencia del párrafo 6 del artículo 22, cuyas disposiciones están estrechamente relacionadas con el cumplimiento (o la falta de cumplimiento) al final del plazo prudencial, el artículo 25 guarda silencio acerca de la fecha en que debe evaluarse un asunto sometido a arbitraje"). (las cursivas no figuran en el original)

¹⁶³ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.18.

¹⁶⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.117.

el Árbitro determinó un nivel de suspensión anual sobre la base de un período de referencia pasado de corta duración.

6.59. Estamos de acuerdo en que hay una incertidumbre inherente a la cuestión del grado de exactitud con que los niveles de suspensión anual reflejarán el valor de los efectos de las medidas pertinentes a lo largo del tiempo, en especial si la suspensión anual ha de mantenerse durante un período prolongado. De hecho, consideramos que, en los años posteriores a su aplicación, en la práctica rara vez los niveles de suspensión anual serán exactamente equivalentes o, en algunos casos, incluso muy aproximados, al valor de los efectos pertinentes de las medidas en un año dado. Esto no solo se debe a la naturaleza dinámica de los mercados en donde se producen los efectos de las medidas, sino también a que a lo largo del tiempo los agentes del mercado privado ajustarán su comportamiento a la aplicación continuada de las medidas incompatibles con las normas de la OMC o las partes demandadas pueden adoptar nuevas "medidas destinadas a cumplir" que pueden por sí mismas alterar significativamente los efectos pertinentes de las medidas en litigio aun en el supuesto de que las condiciones de mercado se mantengan estáticas.¹⁶⁵

6.60. Si dichas incertidumbres podrían hacer que la suspensión anual no fuese "equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo" o no "proporcionada[]" al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD o el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, podría ser necesario reajustar constantemente la suspensión anual después de su autorización por el OSD (ya sea a un nivel inferior o superior hasta el nivel máximo autorizado tras un reajuste a un nivel inferior). Entendemos que esta no ha sido la práctica seguida por las partes reclamantes que fueron autorizadas a imponer una cuantía fija para una suspensión anual. Esto es coherente con nuestra opinión de que en el marco del Acuerdo SMC y el ESD el *nivel* máximo de contramedidas o suspensión de concesiones que puede autorizarse es una función de los efectos de las medidas pertinentes durante un período de referencia anterior, mientras que el *mantenimiento* de una suspensión de concesiones a ese nivel no se basa en la magnitud de los efectos continuos de las medidas pertinentes, sino en la continuación del incumplimiento por la parte demandada de las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC.¹⁶⁶

6.61. En cuarto y último lugar, señalamos que un árbitro ha advertido que los niveles de una suspensión anual no han de basarse en previsiones de los efectos de las medidas. En el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 de artículo 22 - *Estados Unidos*), el Árbitro rechazó el uso de previsiones del comportamiento futuro del mercado como base sobre la cual determinar un nivel de suspensión anual. El Árbitro explicó que "distintos horizontes temporales [de dichas previsiones] darían lugar a diferentes niveles de anulación o menoscabo sin relación alguna con las cuestiones concernientes al cumplimiento efectivo".¹⁶⁷ Estamos de acuerdo en que determinar un nivel de suspensión anual con respecto a esencialmente un período de referencia futuro de una

¹⁶⁵ Evidentemente, partiendo del supuesto de que considerar los efectos de "medidas destinadas a cumplir" que no fueron objeto de constataciones en el procedimiento sobre el cumplimiento en que se basa un procedimiento de arbitraje destinado a establecer un nivel de contramedidas o una suspensión de concesiones fuese siquiera jurídicamente apropiado. La validez de esta hipótesis está en duda. (Véase la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), sección 3 (donde se negó a considerar, al establecer un nivel de suspensión anual, los efectos de una versión modificada reciente de la medida declarada incompatible con las normas de la OMC en el procedimiento sobre el cumplimiento subyacente porque la medida modificada no se había examinado en el procedimiento sobre el cumplimiento)). En la medida en que no fuese apropiado, esto daría más motivos para negarse a discernir los efectos de cualquier medida destinada a cumplir que no haya sido el objeto de constataciones previas en un procedimiento sobre el cumplimiento.

¹⁶⁶ Véase la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Brasil)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.150 (donde se señala que el coeficiente que se utilizaría en una fórmula por la que se establecerían los niveles futuros de la suspensión de concesiones se había calculado sobre la base de datos procedentes de un período pasado y probablemente resultaría inexacto en el futuro. El Árbitro consideró que "este sistema es coherente con arbitrajes anteriores en los que se utilizaron períodos representativos para determinar los volúmenes de exportación y los precios de las exportaciones con objeto de calcular niveles de anulación o menoscabo y niveles de suspensión de una vez por todas"). (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁶⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.144. Véase también el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), párrafo 4.20 (en el que expresó reservas acerca de calcular el nivel de la anulación o menoscabo con referencia a una fecha en el futuro, que aún no se conocía con certeza, porque dicho enfoque "incrementaría la inseguridad de [las] estimaciones [del árbitro], debido a la necesidad de suposiciones adicionales").

duración discutible puede dar lugar a resultados variables, no solo debido a la incertidumbre sobre la evolución futura del mercado y la falta de datos reales, sino también la duración elegida del período de referencia. Esto respalda aún más utilizar los efectos de las medidas en períodos de referencia pasados de corta duración que tienen lugar en el momento en que una parte demandada debía haberse puesto en conformidad, o poco después de ese momento, como base para determinar el nivel máximo de la suspensión anual.¹⁶⁸

6.62. Teniendo en cuenta el debate entablado hasta el momento, recordamos la posición de la Unión Europea de que "para autorizar [contramedidas en la forma de una suspensión anual] en el marco del párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el [Árbitro] debe cerciorarse de que los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia diciembre de 2011 a 2013 se haya determinado proporcionen una estimación razonable -es decir, sean representativos- de los efectos desfavorables hoy, y en el futuro".¹⁶⁹ La Unión Europea se refiere a esto como el "criterio jurídico" aplicable, derivado de la decisión arbitral adoptada en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*). Este criterio jurídico nos llevaría a determinar el nivel máximo de suspensión anual que es "representativo" del valor de los efectos desfavorables causados por las subvenciones pertinentes en el presente y en el futuro. Evidentemente, para aplicar este criterio jurídico, deberíamos conocer o determinar esos efectos desfavorables no identificados hasta ahora.

6.63. Sobre la base de nuestras consideraciones anteriores, no podemos aceptar el criterio jurídico propuesto por la Unión Europea.¹⁷⁰ Como hemos señalado *supra*, nuestro mandato no exige que determinemos el nivel de las contramedidas con respecto a efectos desfavorables no identificados hasta ahora. Como hemos explicado, en el presente procedimiento, es adecuado considerar que los efectos pertinentes son las pérdidas de ventas específicas y los casos de obstaculización que se produjeron en el período de referencia 2011-2013.

6.64. Además, en lo que respecta a los efectos desfavorables futuros, no nos queda claro cuál sería nuestro marco temporal y, en particular, cuán lejos en el futuro deberíamos intentar identificar los efectos desfavorables pertinentes. Esto daría lugar a resultados cuestionables. Además, tales predicciones sobre la aparición futura de efectos desfavorables serían especulativas debido a la falta de datos reales.¹⁷¹ No vemos de qué manera podríamos predecir con confianza la evolución futura de los complejos y dinámicos mercados de LCA, los efectos de las medidas pertinentes en dichos mercados y las futuras medidas adoptadas por la Unión Europea para lograr el cumplimiento, todo lo cual debe tomarse en cuenta para determinar la aparición futura de los efectos desfavorables pertinentes.¹⁷²

6.65. Además, aunque si por consiguiente determináramos solo efectos desfavorables presentes, esto confundiría nuestra función con la del grupo especial sobre el cumplimiento establecido en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En efecto, una de las principales alegaciones de la Unión Europea ante el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento es que la Unión Europea ha "suprimido los efectos desfavorables" en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.¹⁷³

¹⁶⁸ Señalamos que el Árbitro en el asunto *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) también evaluó los efectos de las medidas pertinentes en un período de referencia de corta duración que tuvo lugar en el momento en que la parte demandada debía haberse puesto en conformidad, o poco después de ese momento. No obstante, señalamos que las circunstancias de dicho procedimiento parecían exigir que el Árbitro realizara, en parte, un análisis prospectivo. (Decisión del Árbitro, *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 41). Las circunstancias de nuestro procedimiento no exigen realizar ningún análisis prospectivo puesto que estamos tratando con un período de referencia *pasado* de corta duración que tuvo lugar inmediatamente después de la expiración del plazo para la aplicación.

¹⁶⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 104 del Árbitro, párrafo 134. (no se reproducen las notas de pie de página ni las comillas)

¹⁷⁰ Véase el párrafo 6.75. *infra*.

¹⁷¹ Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), nota 1625 (donde se señala que "[e]l Grupo Especial inicial observó que las partes habían descrito el desarrollo de las LCA como un objetivo ... en medio de un entorno comercial determinado por factores cuya misma previsibilidad es por definición imposible").

¹⁷² Señalamos que la propia Unión Europea alega que el Árbitro debería considerar las medidas adoptadas por la Unión Europea para lograr el cumplimiento al evaluar qué efectos desfavorables se ocasionan hoy y en el futuro. (Véase la sección 2.4 *supra*).

¹⁷³ Comunicación presentada por la Unión Europea, WT/DS316/34 (segunda comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 13. Árbitros anteriores han advertido que no se han de mezclar sus mandatos con los de grupos especiales sobre el cumplimiento y se han negado a formular constataciones con respecto a

Para abordar dicha alegación, es muy probable que el Grupo Especial sobre el cumplimiento tenga que analizar análogamente la existencia de efectos desfavorables. Además, no ha habido efectos desfavorables "cuya existencia [después de 2013] se haya determinado" de manera multilateral. Determinar la existencia de efectos desfavorables presentes pertinentes obligaría en efecto a los Estados Unidos a replantear al menos una parte significativa del primer procedimiento sobre el cumplimiento.¹⁷⁴ Recordamos a este respecto que los resultados del primer procedimiento sobre el cumplimiento proporcionan la base para el presente arbitraje, que se reanudó tras varios años de suspensión. También se correría el riesgo de crear constataciones contradictorias entre el presente procedimiento y el procedimiento del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento que se está llevando a cabo en la actualidad para examinar la situación de cumplimiento actual de la Unión Europea.¹⁷⁵ Además, como hemos señalado¹⁷⁶, para investigar la existencia de efectos desfavorables es necesario analizar muchos elementos de hecho. Por consiguiente, emprender un análisis de este tipo alargaría sustancialmente la duración de este procedimiento expeditivo.

6.66. Por último, pasamos a examinar la decisión del Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), a partir de la cual la Unión Europea infiere el criterio jurídico que promueve. Dicho Árbitro aceptó el período de referencia propuesto por la parte reclamante (la campaña de comercialización 2005) y rechazó el período de referencia preferido por la parte demandada (que abarcaba las campañas de comercialización 2005-2007) como base para determinar un nivel de suspensión anual. En consecuencia, determinó un nivel de suspensión anual que se basaba en los efectos desfavorables de las subvenciones de los Estados Unidos en la campaña de comercialización 2005. El Árbitro distribuyó su decisión en agosto de 2009, tres años después del final de la campaña de comercialización de 2005.

6.67. El Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) no formuló constataciones específicas acerca de si las medidas de los Estados Unidos causaban efectos desfavorables en ese momento o causarían efectos desfavorables en el futuro. Además, el Árbitro también señaló que la incertidumbre sobre los efectos futuros de las subvenciones en litigio no debería impedirle determinar el nivel máximo de la suspensión anual sobre la base de los efectos de las subvenciones en un período de referencia pasado¹⁷⁷, incluso cuando dicha incertidumbre era significativa.¹⁷⁸

6.68. Señalamos además que el Árbitro realizó la declaración siguiente:

cuestiones relacionadas con el cumplimiento. (Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.29; *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 3.52-3.53; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafos 3.14-3.17). (Véase también la sección 2.4 *supra*, donde se examina este tema).

¹⁷⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 317 (donde se señala que "la autorización para suspender concesiones ... se otorga después de un largo proceso de solución multilateral de la diferencia, en que los órganos resolutorios pertinentes, así como el OSD, dictan decisiones multilaterales en etapas fundamentales de ese proceso").

¹⁷⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea, WT/DS316/34 (segunda comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 43 ("[L]a Unión Europea notifica al OSD que *ha logrado* el pleno cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones en la presente diferencia"). (sin cursivas en el original)

¹⁷⁶ Véase el párrafo 6.44. *supra*.

¹⁷⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), nota 44 (donde explica que "[e]l hecho de que el nivel real de los pagos futuros en el marco de los programas [de subvenciones] [que causan los efectos desfavorables] sea incierto hasta el momento *no puede, por sí mismo, ser un obstáculo para el cálculo del nivel de las contramedidas que habrán de aplicarse*"). (sin cursivas en el original) Esta nota acompaña el siguiente texto principal: "Y tampoco puede cualquier incertidumbre sobre lo que podría ocurrir en el futuro disuadir a este Árbitro de evaluar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en relación con una medida que existió y que, según los hechos, sigue existiendo". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 3.28). Señalamos que en esta diferencia no hay una constatación adoptada por el OSD de que las medidas de AEP/FEM para el A380 o el A350XWB hayan dejado de existir.

¹⁷⁸ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafos 4.117-4.118 (donde se señala que "las fluctuaciones de los precios en el mercado mundial del algodón americano (upland) pueden afectar al cálculo de los efectos desfavorables de las subvenciones ... a lo largo del tiempo", que los precios del algodón "varían considerablemente de un año a otro" y que "es posible que haya una serie de factores económicos o de otro tipo que influyan en la evolución a lo largo del tiempo de la repercusión de las subvenciones en litigio").

Reconocemos que las fluctuaciones de los precios en el mercado mundial del algodón americano (*upland*) pueden afectar al cálculo de los efectos desfavorables de las subvenciones de los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos a lo largo del tiempo. De hecho, es posible que haya una serie de factores económicos o de otro tipo que influyan en la evolución a lo largo del tiempo de la repercusión de las subvenciones en litigio, y no excluimos que pueda haber varios enfoques admisibles en cuanto a la elección del período de referencia a los efectos de esos cálculos. En una situación en la que se determina una cuantía anual fija de contramedidas, que se aplicará en el futuro y por un período de tiempo indeterminado, necesariamente hay una incertidumbre inherente a la cuestión del grado de exactitud con que esa cuantía representará la continuación de los efectos desfavorables reales de la medida a lo largo del tiempo. Sin embargo, de lo que debemos cerciorarnos es de que haya una base legítima para suponer que el período de referencia elegido puede dar lugar a una estimación razonable de esos efectos.¹⁷⁹

6.69. El Árbitro no explicó por qué, a su juicio, un árbitro "debe" cerciorarse de que haya una base legítima para suponer que el período de referencia elegido "puede" dar lugar a una estimación razonable de "esos efectos". Todo parece indicar que por "esos efectos", el Árbitro se refería a "la continuación de los efectos desfavorables reales de la medida a lo largo del tiempo" a que se hace referencia anteriormente en el párrafo citado.

6.70. Recordamos nuestra propia opinión, que se basa en el mandato que nos corresponde conforme al párrafo 10 del artículo 7, de que en las circunstancias de nuestro procedimiento debemos cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado en los informes del Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación, y no una "continuación de los efectos desfavorables reales". Los informes sobre el cumplimiento de la presente diferencia contienen determinaciones relativas al período de referencia 2011-2013. Este período tuvo lugar en el mismo momento que el período inmediatamente posterior a la expiración del plazo para la aplicación. Cabe señalar que el Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) también justificó su elección de la campaña de comercialización 2005 como el período de referencia adecuado basándose en que "representa[ba] el primer momento en el que los Estados Unidos debían haber cumplido las recomendaciones y resoluciones en cuestión".¹⁸⁰ Por consiguiente, a nuestro juicio, habría sido pertinente y correcto si el Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) hubiese dicho que el período de referencia elegido debería dar lugar a una estimación razonable de los efectos desfavorables a corto plazo, es decir, los efectos desfavorables que se producen en la fecha en la que la parte demandada debía haberse puesto en conformidad, o poco después de ese momento.¹⁸¹

6.71. El Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) también examinó pero rechazó la alegación de los Estados Unidos de que la campaña de comercialización 2005 era un período de referencia "no representativo", y constató que el precio promedio del algodón durante la campaña de comercialización 2005 se aproximaba más al promedio histórico de los precios del algodón durante un período de nueve años (que comenzaba en la campaña de comercialización 1999) que el precio promedio del algodón durante el período de referencia propuesto por los Estados Unidos, que abarcaba las campañas de comercialización 2005-2007. El Árbitro constató además que los aumentos recientes de los precios del algodón no indicaban un cambio en las tendencias de los precios a medio o largo plazo.¹⁸²

6.72. Dado que finalmente el Árbitro no formuló ninguna constatación de que la campaña de comercialización 2005 no proporcionaba una estimación razonable de la continuación de los efectos desfavorables reales de la medida a lo largo del tiempo, sigue sin estar claro qué habría hecho si

¹⁷⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.117.

¹⁸⁰ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.118.

¹⁸¹ En efecto, el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) dijo que una vez que se ha establecido una contramedida, esta puede reflejar o no con exactitud la continuación de los efectos desfavorables reales de la medida a lo largo del tiempo.

¹⁸² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.118.

hubiese efectuado tal constatación.¹⁸³ El Árbitro sí señaló en el texto reproducido *supra* que utilizar distintos precios de algodón probablemente afectaría al cálculo de los efectos desfavorables de las subvenciones en litigio. Asimismo, parece que el Árbitro pudo llegar a una conclusión sobre la cuestión del período de referencia adecuado tras haber tenido en cuenta únicamente la evolución de los precios del algodón al examinar la cuestión del período de referencia adecuado, aunque había señalado que existían "una serie de factores económicos o de otro tipo"¹⁸⁴ que influían en el alcance de los efectos desfavorables de las subvenciones en litigio. Por consiguiente, no queda claro si el Árbitro habría procedido a examinar también algún otro factor distinto del precio que influyera en la situación en cualquier período de tiempo posterior a la campaña de comercialización 2005 si hubiese aceptado elegir un período de referencia distinto basado en la evolución de los precios del algodón.

6.73. En el presente procedimiento, no hay un equivalente a una comparación directa de precios medios correspondientes a períodos de referencia alternativos que nos permitiría sacar conclusiones en relación con el período de referencia 2011-2013. En efecto, no podemos simplemente dar por supuesto que un determinado porcentaje de todos los pedidos de LCA que Boeing perdió ante Airbus en un año dado tras el período de referencia 2011-2013 constituyeron una pérdida de ventas, por ejemplo. Como se ha mencionado *supra*, el Grupo Especial sobre el cumplimiento anterior tuvo que realizar un análisis minucioso basado en pruebas para llegar a sus conclusiones acerca de la existencia de efectos desfavorables en el período de referencia 2011-2013. No conocemos ningún atajo a este respecto para determinar la existencia de efectos desfavorables en el período posterior a 2013. Asimismo, los volúmenes de ventas de LCA durante el período de referencia 2011-2013 rara vez coincidirán con tales volúmenes en cualquier otro período de tiempo. No obstante, esta es la naturaleza básica de la rama de producción de LCA.¹⁸⁵ Por último, no vemos ninguna otra prueba obrante en el expediente que ponga de manifiesto un aspecto o acontecimiento específico que haga que el período de referencia 2011-2013 no sea adecuado a los efectos del presente procedimiento.¹⁸⁶

6.74. Por estos diversos motivos, no estamos convencidos de que el enfoque adoptado por el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) sea adecuado en el presente procedimiento. En particular, no consideramos necesario cerciorarnos de que el "período de referencia elegido" en nuestro caso, es decir, el período de referencia 2011-2013, "pued[a] dar lugar a una estimación razonable" de cualesquiera efectos desfavorables presentes y futuros.¹⁸⁷

¹⁸³ Por ejemplo, no sabemos si el Árbitro habría aceptado las campañas de comercialización 2005-2007 o habría optado por algún otro período de referencia.

¹⁸⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.117.

¹⁸⁵ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1719 (donde se señala que "los pedidos [de LCA] suelen ser muy grandes y esporádicos").

¹⁸⁶ Las partes han sugerido que es posible que un árbitro pueda ajustar ciertos datos en el período de referencia elegido si los datos abarcados por el período de referencia son de alguna forma "no representativos". No obstante, los Estados Unidos no proponen tales alteraciones y la Unión Europea presenta la cuestión de la "representatividad" como una cuestión relacionada con si los efectos desfavorables durante el período de referencia 2011-2013 son "representativos" de efectos desfavorables presentes y futuros. (Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 103 y 119 del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 del Árbitro y sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 de la Unión Europea, párrafo 467). Volveremos a ocuparnos de la cuestión de si deberíamos basar nuestro cálculo en datos relativos a todo el período de referencia 2011-2013 o en datos relativos a un subperíodo de ese período de referencia en las secciones 6.3.4.3.1 y 6.3.4.4.1 *infra*.

¹⁸⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.117. Señalamos que el nivel de los efectos desfavorables causados por la AEP/FEM de ahora en adelante podría ser superior o inferior al nivel de los efectos desfavorables causados en el período de referencia 2011-2013. En lo que respecta a la segunda posibilidad, señalamos que, aunque aceptáramos el argumento de la Unión Europea de que el programa A380 está llegando a su fin, probablemente las entregas se seguirían produciendo en el futuro, al menos durante un tiempo. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 147 del Árbitro, párrafo 288 y cuadro 7). Las ventas en curso de la aeronave A350XWB pueden aumentar significativamente e incluso sustituir las ventas de la aeronave A380. Los "efectos indirectos" de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB pueden afectar futuros programas de LCA de Airbus de manera que causen efectos desfavorables adicionales. Además, la Unión Europea podría adoptar "medidas destinadas a cumplir" que aumenten la intensidad o la duración de los efectos desfavorables en cuestión. (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), nota 92 ("un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 podría dar lugar a una constatación de que una nueva medida destinada a cumplir causa más anulación o menoscabo")). Señalamos que en el procedimiento sobre el cumplimiento se constató que la AEP/FEM para el A350XWB era una "medida[]" destinada a cumplir" en el

6.75. Por consiguiente, también confirmamos que no podemos aceptar el criterio jurídico propuesto por la Unión Europea. Nuestro mandato no lo exige y adoptarlo plantearía las diversas preocupaciones sistémicas que hemos indicado *supra*.

6.76. Sobre la base de todo lo anteriormente expuesto, consideramos apropiado determinar el nivel máximo de la suspensión anual sobre la base del valor de los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia 2011-2013 se ha determinado y autorizar contramedidas en la forma de una suspensión anual.¹⁸⁸ Este enfoque está en consonancia con el mandato que nos corresponde conforme a lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 7, con el texto y con el objeto y fin del ESD, los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado y el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior, la tarea del segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento en curso y, en la medida en que se trata de una suspensión anual sin una fecha final especificada, con el enfoque seguido en decisiones arbitrales anteriores.

6.3.2 La situación hipotética adecuada

6.77. Árbitros anteriores han señalado que "en anteriores procedimientos de arbitraje, los árbitros han considerado necesario basar sus decisiones en una denominada 'situación hipotética' ... [que] se refiere a un supuesto teórico que describe lo que habría sucedido en lo relativo a las corrientes comerciales de haber aplicado la parte demandada las recomendaciones y resoluciones del OSD".¹⁸⁹ Según un Árbitro anterior, "el criterio jurídico que debe cumplir un supuesto para constituir una situación hipotética adecuada a los efectos de los procedimientos del párrafo 6 del artículo 22 es el de ser plausible y razonable".¹⁹⁰ Señalamos que en la presente diferencia el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación ya utilizaron una situación hipotética para identificar los mismos efectos desfavorables en el período de referencia 2011-2013 que valoramos en este procedimiento, a saber, una situación en la que los Estados miembros pertinentes de la Unión Europea nunca otorgaron AEP/FEM para el A380 y AEP/FEM para el A350XWB a Airbus.¹⁹¹ Por consiguiente, esta situación hipotética parece perfilarse como la situación hipotética en el marco de la cual deberíamos valorar estos efectos desfavorables. Las partes también basan sus argumentos a lo largo del presente procedimiento de arbitraje en esa situación hipotética.¹⁹² Estamos de acuerdo en que en el presente procedimiento es razonable utilizar la misma situación hipotética para valorar los efectos desfavorables que se utilizó en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior. En consecuencia, adoptamos esta situación hipotética específica como la situación hipotética pertinente.¹⁹³

6.78. En esta etapa, describimos un elemento específico de la situación hipotética adoptada en el párrafo *supra*, a saber, qué fabricante(s) de LCA de los Estados Unidos habría(n) estado presente(s) en los mercados de productos de LCA de doble pasillo y de VLA (los mercados de productos de LCA

sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y que, junto con la AEP/FEM para el A380, causaba una pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo que valoramos en el presente procedimiento.

¹⁸⁸ Reconocemos que puede haber otras formas admisibles para estructurar contramedidas.

No emitimos juicio alguno sobre la admisibilidad de otras estructuras, ya sea en la presente diferencia o en otras.

¹⁸⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 4.4.

¹⁹⁰ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 4.5. (no se reproducen las cursivas del original) Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 3.10.

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.558 (donde se describe la situación hipotética utilizada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento) y sección 6.7.4 (donde se utiliza una situación hipotética en que se supone la "inexistencia" de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB). Cabe señalar, además, que "una situación hipotética [no] deb[e] corresponder necesariamente al supuesto más probable de cumplimiento". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 4.5).

¹⁹² Véase, por ejemplo, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 3 del Árbitro, párrafo 79 (donde se explica que "la cuestión de la utilización por el Árbitr[o] de una 'nueva' situación hipotética que se aparta de la situación hipotética adoptada por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento sencillamente no se plantea" si lo único que hace el Árbitro es valorar las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización constatados en el período de referencia 2011-2013). (no se reproduce la nota de pie de página) Los Estados Unidos nunca sugirieron que utilizemos alguna situación hipotética distinta de la situación hipotética utilizada en el procedimiento sobre el cumplimiento.

¹⁹³ Otros aspectos específicos de esta situación hipotética se examinarán en secciones posteriores de la presente decisión, según corresponda.

en los que se produjeron los efectos desfavorables que valoramos en el presente procedimiento) en los años que precedieron al período de referencia 2011-2013 y durante este período.¹⁹⁴ Establecer este elemento ayudará a enmarcar nuestros análisis posteriores. En este contexto, la Unión Europea afirma que "la situación hipotética en que se basó la determinación de la existencia de efectos desfavorables formulada por el ... Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación es una situación en la que, sin la [AEP]/FEM para el A380 y la [AEP]/FEM para el A350XWB, Airbus y Boeing competirían en un duopolio".¹⁹⁵ Los Estados Unidos afirman que, sin la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, "el Órgano de Apelación no excluyó la posibilidad de que ... habría habido otro participante de la rama de producción de los Estados Unidos, [pero] las constataciones de la continuación de los efectos desfavorables se centran en la repercusión que tuvieron las subvenciones en Boeing, lo que es comprensible dado que Boeing era el único productor de LCA de los Estados Unidos existente durante el período examinado".¹⁹⁶ Señalamos además que los argumentos de ninguna de las partes en el presente procedimiento parecen presuponer la presencia de algún productor de LCA de los Estados Unidos distinto de Boeing en el mercado de LCA en algún momento pertinente, incluido durante el período de referencia 2011-2013.

6.79. De conformidad con las posiciones de las partes en este contexto, consideramos razonable utilizar una situación hipotética en la que Boeing era el único productor de LCA de los Estados Unidos en los años precedentes al período de referencia 2011-2013 y durante este período. En los Estados Unidos no existía en realidad ningún otro productor de LCA distinto de Boeing desde que en 1997 McDonnell Douglas se fusionó con Boeing.¹⁹⁷ A nuestro juicio, la estructura de la situación hipotética adoptada por el Órgano de Apelación (a saber, la inexistencia de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB), cuando se considera junto con otras pruebas que constan en el expediente, indica que habría sido poco probable que otro productor de LCA de los Estados Unidos hubiese entrado en los mercados de productos de doble pasillo o de VLA después de 1997 pero antes del final de 2013.¹⁹⁸ Además, señalamos que los mercados de productos utilizados por el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación con respecto al período de referencia 2011-2013 se definieron con referencia a las LCA de Airbus y Boeing únicamente. Además, el Órgano de Apelación no hizo alusión alguna a algún productor de LCA de los Estados Unidos distinto de Boeing presente en el mercado de LCA en algún momento pertinente de la situación hipotética. Por consiguiente, consideramos que, en la situación hipotética pertinente, Boeing habría sido el único productor de LCA de los Estados Unidos en los años precedentes al período de referencia 2011-2013 y durante este período y, en consecuencia, en la situación hipotética, es Boeing quien habría obtenido las ventas perdidas identificadas en el procedimiento sobre el cumplimiento y es Boeing quien habría aumentado sus entregas de no haberse producido la obstaculización identificada en el procedimiento sobre el cumplimiento.

¹⁹⁴ El Órgano de Apelación no parece haber especificado explícitamente esta cuestión en su informe en el procedimiento sobre el cumplimiento.

¹⁹⁵ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 7 del Árbitro, párrafo 156.

¹⁹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 a) del Árbitro, párrafo 9.

¹⁹⁷ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1620.

¹⁹⁸ El Órgano de Apelación constató que solo los efectos de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB (los dos conjuntos más recientes de medidas de AEP/FEM) podían tomarse en cuenta al evaluar el cumplimiento de la Unión Europea en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 5.553-5.555). Esta medida se concedió por primera vez en el año 2000. (Informes del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.560, 6.1630 y nota 452; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.290 vii)). Se deduce que el mundo hipotético se aparta de los acontecimientos históricos reales que se produjeron a partir de 2000, cuando la rama de producción de LCA se caracterizaba por un duopolio de Airbus y Boeing. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.368 (donde se señala que el "duopolio efectivo [de Airbus y Boeing] ha existido desde que en 1997 Boeing se fusionó con McDonnell Douglas")). No vemos nada en el expediente que indique que algún productor de LCA de los Estados Unidos distinto de Boeing habría ingresado en los mercados de productos de doble pasillo o de VLA desde 2000 frente a la competencia de Airbus y Boeing pero sin la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB. En efecto, las pruebas obrantes en el expediente ponen de relieve lo difícil que habría sido para cualquier nuevo productor de LCA ingresar en el mercado de las LCA en estas condiciones. (Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.1215, 6.1534 y 6.1787-6.1788).

6.3.3 Argumentos generales de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos

6.80. En la sección 6.3.1 *supra*, concluimos que podemos determinar el nivel máximo admisible de suspensión anual utilizando el valor de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado, a saber, las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización. En relación con esta cuestión, la Unión Europea plantea varios argumentos acerca de qué efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia 2011-2013 se ha constatado podemos o no incluir en nuestra determinación del nivel máximo de suspensión anual.

6.81. La Unión Europea plantea cinco argumentos a este respecto. En primer lugar, la Unión Europea aduce que el Árbitro debe excluir del nivel máximo de suspensión anual el valor de los efectos desfavorables relacionados con la venta hipotética de LCA de Boeing que ya se habrían entregado en la situación hipotética en el momento de llevar a cabo el presente procedimiento de arbitraje. Nos referiremos a esto como el argumento relativo a las "entregas anteriores" para facilitar la referencia. En segundo lugar, la Unión Europea aduce que el Árbitro puede incluir en el nivel máximo de suspensión anual ya sea el valor de la obstaculización o de la pérdida de ventas, pero no ambos, porque no es adecuado asignar temporalmente el valor de ambos tipos de efectos desfavorables al período de referencia 2011-2013. Nos referiremos a esto como el argumento relativo al "sobrecómputo" para facilitar la referencia. En tercer lugar, la Unión Europea aduce que el Árbitro puede incluir en el nivel máximo de suspensión anual ya sea el valor de la obstaculización o de la pérdida de ventas, pero no ambos, porque hacerlo llevaría al Árbitro a computar el valor de los mismos efectos desfavorables dos veces. Nos referiremos a esto como el argumento relativo al "doble cómputo" para facilitar la referencia. En cuarto lugar, y sobre la base de la validez de, entre otras cosas, los tres argumentos anteriores, la Unión Europea aduce que las contramedidas deben extinguirse en una fecha que corresponda a la fecha de la entrega final relacionada con los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. Por último, la Unión Europea aduce que el Árbitro debe excluir el valor de los componentes de LCA de Boeing producidos fuera de los Estados Unidos. Abordamos sucesivamente cada uno de estos argumentos.

6.3.3.1 Exclusión del valor de entregas anteriores del nivel de suspensión anual

6.82. La Unión Europea aduce que, al determinar el nivel máximo de contramedidas, el Árbitro no puede considerar el valor de las cinco pérdidas de venta y los seis casos de obstaculización en la medida en que estos efectos desfavorables se relacionan con LCA de Boeing que ya se habrían entregado hoy en día en la situación hipotética. Según la Unión Europea, las entregas hipotéticas de LCA de Boeing relacionadas con esos efectos desfavorables significan que esos efectos desfavorables han dejado de existir o han llegado a su fin (en la medida en que se relacionan con LCA entregadas anteriormente en la situación hipotética).¹⁹⁹ La Unión Europea infiere a partir de esto que las contramedidas conexas relacionadas con esos efectos desfavorables, en la medida en que se refieren a LCA entregadas anteriormente en la situación hipotética, también deben extinguirse. La Unión Europea afirma que este enfoque es compatible con la naturaleza prospectiva de las medidas correctivas de la OMC. La Unión Europea también sostiene que determinados pasajes del informe del Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* respaldan su posición en este contexto.²⁰⁰

6.83. Los Estados Unidos aducen que el enfoque de la Unión Europea: a) es inaceptable porque no daría lugar a ninguna medida correctiva respecto de la obstaculización, que se basa en entregas anteriores, b) es inadecuado porque pasa por alto que las contramedidas aplicadas en cualquier año futuro dado guardan relación con los efectos desfavorables causados por la AEP/FEM en ese año y no con los que se produjeron durante el período de referencia 2011-2013²⁰¹, y c) no está respaldado

¹⁹⁹ La Unión Europea también formula este argumento respecto de las "pérdidas de ventas" que se refieren a pedidos cancelados. Como se explica en la sección 6.3.4.3.4.1 *infra*, excluimos el valor de los pedidos cancelados del nivel de las contramedidas. Por consiguiente, no nos ocupamos aquí de ese aspecto del argumento de la Unión Europea.

²⁰⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 149-164 (donde se invoca el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 7.1685-7.1686).

²⁰¹ Señalamos que este argumento en concreto parece dar por supuesto que la concesión de contramedidas en forma de una suspensión anual se basa en la existencia de efectos desfavorables continuos de la misma magnitud que los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. (Véase el párrafo 6.38. *supra*). Hemos rechazado esta justificación como la base que nos permite determinar el nivel máximo de suspensión anual *supra* en la sección 6.3.1.

por el texto y la finalidad del ESD y el Acuerdo SMC. Asimismo, los Estados Unidos sostienen que los pasajes del informe del Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* invocados por la Unión Europea en este contexto no respaldan la posición de la Unión Europea.²⁰²

6.84. El Árbitro toma nota de la opinión de la Unión Europea de que el Árbitro no debería determinar el nivel máximo de suspensión anual, de manera total o parcial, sobre la base del valor de efectos desfavorables que ya se han "extinguido" en la situación hipotética, y de que las entregas hipotéticas de LCA de Boeing relacionadas con esos efectos desfavorables dan lugar a esa "extinción". Esto llevaría a descartar los seis casos de obstaculización constatados en el período de referencia 2011-2013 (puesto que se basaron en entregas hipotéticas de LCA de Boeing que ya se habrían producido hoy en día) y el valor de cualquier LCA de Boeing que se habría entregado hoy en día en el marco de las cinco pérdidas de ventas si Boeing las hubiera obtenido.

6.85. Nuestro mandato consiste en determinar si el nivel de las contramedidas propuesto es proporcionado "al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", a saber, las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización en el período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, debemos establecer el valor económico de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. Las partes no están de acuerdo acerca de si alguno de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado ha dejado de existir antes del presente procedimiento de arbitraje. Al margen de esto, no vemos la importancia de considerar cuándo estos efectos desfavorables se "extinguieron" en el sentido en que la Unión Europea utiliza esta palabra. Se ha "determinado" la "existencia" de las cinco pérdidas de venta y los seis casos de obstaculización en el período de referencia 2011-2013. La cuestión de si dichos efectos desfavorables siguieron existiendo en algún período de tiempo subsiguiente es una consideración ajena al presente procedimiento de arbitraje. La cuestión de la continuación de la existencia de efectos desfavorables plantea una cuestión sobre el cumplimiento que en asuntos contenciosos ha de ser tratada por un grupo especial sobre el cumplimiento en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Señalamos además, como hemos explicado *supra*, que muchos árbitros, incluido el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, han determinado niveles máximos de suspensión anual basándose en los efectos de medidas en períodos de referencia pasados.²⁰³

6.86. Por último, consideramos que los pasajes del informe del Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* invocados por la Unión Europea para respaldar su argumento son ineficaces a estos efectos y no nos llevan a excluir el valor de entregas pasadas. Estos pasajes abordan, entre otras cosas, las cuestiones de en qué momento, conceptualmente, puede decirse que existe una "pérdida de ventas" y una "obstaculización" en el sentido de los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC y qué datos deberían demostrar adecuadamente dicha existencia. Como se explicó en el párrafo inmediatamente anterior, en la diferencia que tenemos ante nosotros, estas cuestiones se han resuelto en la medida en que es pertinente a los efectos que nos interesan ahora, es decir, se constató la existencia de los efectos desfavorables pertinentes en el período de referencia 2011-2013 sobre la base de pruebas consideradas apropiadas a esos efectos en el procedimiento sobre el cumplimiento.²⁰⁴

6.87. Por todos estos motivos, rechazamos el argumento de la Unión Europea en relación con entregas pasadas.

6.3.3.2 Inclusión tanto de la pérdida de ventas como de la obstaculización en la determinación del nivel de suspensión anual: "Sobrecómputo"

6.88. La Unión Europea aduce que la metodología de los Estados Unidos da lugar a un "sobrecómputo" inadmisibles, a saber, a una valoración del daño económico causado a los Estados Unidos sobre la base de tanto los pedidos (que prueban una pérdida de ventas) como las entregas (que prueban una obstaculización) en el período de referencia 2011-2013. Según la

²⁰² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 122 y 126-128.

²⁰³ Véase la sección 6.3.1 *supra*. También recordamos que un nivel máximo de suspensión anual determinado sobre la base de un período de referencia pasado es de todas formas una medida correctiva prospectiva. (Véanse los párrafos 2.27. y 5.3. *supra*).

²⁰⁴ En la medida en que estos pasajes plantean cuestiones que pueden influir la asignación temporal adecuada del valor de estos efectos desfavorables, examinamos esta cuestión en la sección siguiente.

Unión Europea, esto crea un "desfase temporal en la imputación del daño", que da lugar a una sobrevaloración de la cuantía de los daños en el período de referencia 2011-2013. La Unión Europea afirma que las empresas privadas asignarían el valor de una venta de mercancías al momento del pedido o al de la entrega resultante, pero no a ambos.²⁰⁵

6.89. La Unión Europea afirma que dado que mezclar un indicador centrado en los pedidos con otro centrado en las entregas es "incompatible" y "carece de sentido"²⁰⁶, el Árbitro debe elegir una de las dos opciones si utiliza el período de referencia 2011-2013 para determinar el nivel de suspensión anual. No obstante, a juicio de la Unión Europea, en las circunstancias del presente procedimiento²⁰⁷, el Árbitro "debe optar por las alegaciones de obstaculización de los Estados Unidos (a saber, basadas en las entregas)" y "descartar en su totalidad las alegaciones de pérdida de ventas de los Estados Unidos".²⁰⁸ Según la Unión Europea, el motivo es que el Árbitro debe valorar los "efectos en el comercio" de la AEP/FEM que, en el caso de los pedidos, surgen únicamente cuando se entregan las LCA pedidas. La Unión Europea sostiene que dado el intervalo temporal que existe entre los pedidos y las entregas de LCA, si Boeing hubiese obtenido las cinco ventas perdidas, las entregas hipotéticas se habrían realizado recién después de 2013. Por consiguiente, la Unión Europea mantiene que asignar temporalmente el valor de la pérdida de ventas a los momentos de los pedidos en el período de referencia 2011-2013 incluye indebidamente en este efectos desfavorables que surgieron después del período de referencia. La Unión Europea subraya en este contexto que, aunque se pueda haber constatado la *existencia* de una pérdida de ventas mediante referencia a datos sobre los pedidos en el procedimiento sobre el cumplimiento, esto no significa necesariamente que el Árbitro deba *cuantificar* los efectos de la pérdida de ventas mediante referencia específica a esos pedidos.²⁰⁹

6.90. La Unión Europea aduce que árbitros anteriores han confirmado la primacía del "indicador de los efectos en el comercio" para determinar los niveles de contramedidas y suspensiones de concesiones, y que los árbitros utilizan otros indicadores solo si los efectos en el comercio son difíciles de cuantificar o si aún no se han producido efectos en el comercio mensurables. La Unión Europea señala además que utilizar solo las alegaciones de obstaculización para determinar el nivel de las contramedidas no es compatible con las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento porque aunque grupos especiales y el Órgano de Apelación puedan constatar la existencia de una pérdida de ventas con respecto a datos sobre los pedidos, un árbitro puede y debe cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado utilizando un indicador centrado en las entregas. La Unión Europea también afirma que tanto las "pérdidas de ventas" como la "obstaculización" se centran en los "efectos sobre el volumen" y las "cuotas de mercado", lo que se corresponde con utilizar un indicador centrado en las entregas.²¹⁰

6.91. Por último, la Unión Europea aduce que basar el valor de pedidos que representan una pérdida de ventas en entregas hipotéticas futuras es excesivamente especulativo porque las entregas de LCA no siempre se producen según lo previsto en el pedido precedente pertinente y pueden cancelarse, convertirse o posponerse. Por consiguiente, según la Unión Europea, el Árbitro "debe utilizar las

²⁰⁵ Comunicación escrita de la Unión Europea, secciones VIII.C y IX.A.1 y nota 185; respuestas de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro, párrafos 54-57 y nota 59; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 23, párrafos 370-377, 62, párrafos 191-192 y nota 256, y 107, párrafos 182-198 y nota 208, del Árbitro.

²⁰⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 368.

²⁰⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 23 del Árbitro, párrafos 360-367 (donde se identifican estas circunstancias como "entre otras cosas, el intervalo temporal considerable que se produce entre el pedido y la entrega; la fuerte probabilidad de que se cancelen, reprogramen y conviertan pedidos; y el carácter particularmente a gran escala e infrecuente de las ventas de LCA").

²⁰⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, nota 185. Véanse también las respuestas de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro, párrafos 54-57; y la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 107 del Árbitro, párrafo 184.

²⁰⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 190; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 23 y 26 del Árbitro. Según la Unión Europea, "[l]a palabra 'comercio' en 'efectos en el comercio' ha de interpretarse en el sentido amplio como 'transacción' o 'transferencia de bienes o servicios', y no en el sentido estricto como 'transacción transfronteriza' (importaciones/exportaciones)". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, nota 20).

²¹⁰ Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 23, párrafos 354-358, 364-367 y 383 (donde se afirma que "estos árbitr[os] basaron sus constataciones en exportaciones directas de bienes y servicios que se vieron afectadas por las medidas en litigio incompatibles con las normas de la OMC"), 24, párrafo 387, 26, 54 y 62, nota 260, del Árbitro.

entregas reales en los años pertinentes como base para cuantificar los efectos en el comercio de la pérdida de ventas".²¹¹

6.92. Los Estados Unidos alegan que no se produce ningún "sobrecómputo" inadmisibles, en el sentido en que la Unión Europea utiliza ese término, si el Árbitro valora tanto las cinco pérdidas de ventas como los seis casos de obstaculización en el período de referencia 2011-2013 y determina el nivel máximo de suspensión anual sobre la base de esa cuantía combinada y anualizada. Los Estados Unidos sostienen que este enfoque simplemente lleva a la práctica el mandato del Árbitro, a saber, de valorar los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Según los Estados Unidos, la "pérdida de ventas" en el marco del apartado c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC (identificada sobre la base de los pedidos de LCA) y la "obstaculización" en el marco de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC (identificada sobre la base de las entregas de LCA) son dos tipos distintos de efectos desfavorables. Los Estados Unidos sostienen además que durante el período de referencia 2011-2013 se constató la existencia de los dos tipos de efectos desfavorables y que, por ende, puede asignarse temporalmente al mismo el valor de ambos. Además, los Estados Unidos afirman que ningún pedido correspondiente a una "pérdida de ventas" dio lugar a las entregas en que se basan las constataciones de obstaculización, por lo que ninguna LCA se está valorando dos veces como consecuencia de valorar tanto las pérdidas de ventas como la obstaculización cuya existencia en el período de referencia se ha determinado.²¹²

6.93. Los Estados Unidos sostienen además que en la medida en que la Unión Europea alega que el Árbitro debe aplicar un "indicador de los efectos en el comercio" y que ese indicador obliga al Árbitro a desestimar las alegaciones de pérdida de ventas, no hay base textual para dicho enfoque en el ESD o el Acuerdo SMC, y que en arbitrajes anteriores no se ha utilizado ningún "indicador de los efectos en el comercio" estricto.²¹³

6.94. Por último, los Estados Unidos rechazan el argumento de la Unión Europea de que asignar el valor de entregas hipotéticas futuras que habrían tenido lugar si Boeing hubiera obtenido las cinco ventas perdidas al momento de la pérdida de la venta (a saber, el pedido) supone una especulación indebida, y señalan que el Árbitro debe dar por supuesto que todas las LCA de Boeing que se habrían pedido en el marco de la pérdida de ventas también se habrían entregado (es decir, no hay ningún fundamento para considerar que se podrían haber producido acontecimientos posteriores al pedido, como cancelaciones, conversiones o retrasos en las entregas); y que la metodología promovida por la Unión Europea para valorar la pérdida de ventas entraña las mismas incertidumbres que la de los Estados Unidos.²¹⁴

6.95. El Árbitro comienza por señalar que el argumento general de la Unión Europea en este contexto es que es inadecuado asignar temporalmente *tanto* el valor de la obstaculización *como* el de la pérdida de ventas al período de referencia 2011-2013, como proponen los Estados Unidos. La Unión Europea considera en su mayor parte que esto es así porque, a su juicio, es inadecuado asignar temporalmente el valor de la pérdida de ventas, específicamente, al período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, nuestro análisis se desarrolla en tres etapas. En primer lugar, examinamos si es razonable asignar temporalmente el valor de la pérdida de ventas, específicamente y de forma aislada de la asignación temporal del valor de la obstaculización, al período de referencia 2011-2013. En segundo lugar, examinamos si es razonable asignar temporalmente el valor de la obstaculización, específicamente y de forma aislada de la asignación temporal del valor de la pérdida de ventas, al período de referencia 2011-2013. Si contestamos ambas preguntas de manera afirmativa, pasamos a abordar los demás argumentos de la Unión Europea relativos a la cuestión de si sería inadecuado asignar temporalmente *tanto* el valor

²¹¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 178, 184-187, 188 y notas 179 y 181-183 (donde se cita, entre otras cosas, el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1724 (en que se ponen de relieve tales incertidumbres)).

²¹² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 129, 131, 146-149, 156-157 y 160-161; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro.

²¹³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 133-136 y 148; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 100 del Árbitro, párrafos 12-13 (donde se invoca la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 6.40).

²¹⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 149, 158 y 163; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 de la Unión Europea, párrafo 242.

de la obstaculización *como* el de la pérdida de ventas, considerados en conjunto, al período de referencia 2011-2013.

6.3.3.2.1 Asignación temporal del valor de la pérdida de ventas al período de referencia 2011-2013

6.96. En el procedimiento sobre el cumplimiento, las cinco pérdidas de ventas fueron pedidos de LCA de Airbus realizados en el período de referencia 2011-2013.²¹⁵ Cada pedido abarcó múltiples aeronaves de Airbus. Coincidimos con la Unión Europea en que, si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas, todas las entregas hipotéticas resultantes habrían tenido lugar tras la conclusión del período de referencia 2011-2013.²¹⁶ Por tanto, la cuestión principal es si, en estas circunstancias, es razonable asignar temporalmente el valor de las LCA de Boeing que se habrían vendido conforme a cada pedido hipotético de LCA de Boeing al momento del pedido hipotético correspondiente (es decir, dentro del período de referencia 2011-2013, como solicitan los Estados Unidos), en lugar de asignar el valor de cada LCA de Boeing pedida al momento de su entrega hipotética (es decir, fuera del período de referencia 2011-2013, como solicita la Unión Europea).²¹⁷

6.97. Al abordar esta cuestión recordamos una vez más nuestro mandato, que consiste en determinar si el nivel de las contramedidas propuesto es proporcionado "al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Comenzamos examinando la naturaleza de la pérdida de ventas. La pérdida de ventas se describe en el párrafo 3 c) del artículo 6, que dispone lo siguiente:

[Q]ue la subvención tenga por efecto una significativa subvaloración de precios del producto subvencionado en comparación con el precio de un producto similar de otro Miembro en el mismo mercado, o tenga un efecto significativo de contención de la subida de los precios, reducción de los precios o pérdida de ventas en el mismo mercado[.]

6.98. Con respecto al término "pérdida de ventas", la palabra inglesa "*sale*" ("venta") se define como "[t]he action or an act of giving or agreeing to give something to a person in exchange for money" ("la acción o el acto de transferir o acordar la transferencia de algo a una persona a cambio de dinero").²¹⁸ Ello indica que el hecho que define una "pérdida de ventas" en el contexto de una venta de bienes puede producirse en el momento en que se concierta un acuerdo para intercambiar bienes por dinero, o cuando tiene lugar el "acto" físico de intercambiar bienes por dinero. En consecuencia, consideramos razonable la propuesta de que el valor económico de ese acuerdo sea el valor de los bienes vendidos conforme a dicho acuerdo. En otras palabras, el valor de una "pérdida de ventas", cuando esté probada por un acuerdo en forma de pedido para la entrega subsiguiente de los bienes adquiridos y se evalúe en el momento de ese acuerdo, sería el valor previsto de los bienes que se habrían comercializado si el proveedor que perdió la venta la hubiera obtenido. A la luz de esta observación, no apreciamos razón alguna para pensar que el valor monetario no se podría asignar temporalmente al momento del acuerdo.²¹⁹

6.99. Asimismo, contrastamos el texto del párrafo 3 c) del artículo 6 con el de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6, que describen, entre otras cosas, la obstaculización, y forman parte del contexto del párrafo 3 c) del artículo 6. El texto de esas disposiciones es el siguiente:

²¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 5.716 y 5.731.

²¹⁶ Véase la sección 6.3.4.3.5 *infra*.

²¹⁷ Con arreglo a la metodología de los Estados Unidos, recordamos que los Estados Unidos consideran que el valor de una pérdida de ventas es el valor actual de las LCA de Boeing que se preveía entregar conforme al pedido correspondiente.

²¹⁸ *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 2652.

²¹⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, párrafo 5.331 (donde se indica que "[e]n CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles, el Órgano de Apelación explicó que las 'ventas perdidas' son las ventas que los proveedores del Miembro reclamante 'no han obtenido' y que, en su lugar, han sido obtenidas por los proveedores del Miembro demandado") (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1220). (no se reproduce la nota de pie de página)

- a) que la subvención tenga por efecto desplazar u obstaculizar las importaciones de un producto similar de otro Miembro en el mercado del Miembro que concede la subvención;
- b) que la subvención tenga por efecto desplazar u obstaculizar las exportaciones de un producto similar de otro Miembro al mercado de un tercer país[.]

6.100. En estas disposiciones se hace referencia a las "importaciones" y las "exportaciones", respectivamente, dando a entender que la obstaculización se centra en los movimientos físicos de bienes y se produce cuando se "obstaculiza[n]" físicamente las "importaciones" o "exportaciones" de bienes de la parte reclamante respecto de un mercado geográfico pertinente.²²⁰ A diferencia de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6, en el párrafo 3 c) del artículo 6 no se mencionan las "importaciones" o las "exportaciones" en ninguna parte. Por consiguiente, el contexto inmediato del párrafo 3 c) del artículo 6 indica a nuestro entender que el momento en que la pérdida de ventas se puede producir y valorar temporalmente no tiene que ser el momento de la transferencia física de bienes resultante entre el vendedor y el comprador. En lugar de ello, el valor de una pérdida de ventas se puede determinar en el momento en que se alcanza un acuerdo para la transferencia de bienes a cambio de dinero. En consecuencia, el valor económico de tal acuerdo se puede caracterizar razonablemente como el valor económico previsto de los bienes que se habrían comercializado si el proveedor que perdió la venta la hubiera obtenido.

6.101. Las observaciones formuladas *supra* son compatibles con la manera en que se determinó analíticamente la existencia de pérdida de ventas en los procedimientos anteriores en el marco de la presente diferencia. Tanto en el procedimiento inicial como en el procedimiento sobre el cumplimiento, la existencia de pérdida de ventas se determinó sobre la base únicamente de los datos sobre pedidos de LCA, es decir, datos correspondientes al momento en que se celebraron los acuerdos que regían la ulterior transferencia física de LCA.²²¹ En cambio, la existencia de obstaculización se determinó sobre la base únicamente de los datos relativos a las entregas de LCA, es decir, datos correspondientes al momento de la transferencia física de LCA. La decisión de identificar estos efectos desfavorables de tal manera se basó en gran medida en las referencias a las importaciones y las exportaciones en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6.²²² Queda clara por tanto la constatación de que las cinco pérdidas de ventas en este procedimiento tuvieron lugar en el período de referencia 2011-2013. A nuestro entender, ello indica que el valor económico de esos pedidos, es decir, el valor previsto de las LCA de Boeing que se habrían comercializado si Boeing hubiera obtenido la venta, también se podría asignar temporalmente al período de referencia 2011-2013.

6.102. Observamos además que la pérdida de ventas también debe ser "significativ[a]" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6.²²³ El Grupo Especial inicial identificó determinados factores que hacen que la pérdida de ventas sea significativa, a saber, la importancia estratégica, los efectos de curva de aprendizaje, el hecho de hallarse ya establecido, el número de LCA comprendidas en una venta y las "cuantías de dólares involucradas en esas ventas".²²⁴ El Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que "esa descripción relativa a la significación de perder ventas de LCA ante un productor de LCA rival ... sigue siendo, en conjunto, una caracterización exacta de la significación de perder

²²⁰ Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 7.1685 (donde se explica que la obstaculización "sólo puede manifestarse en el momento en que tiene lugar la entrega de las LCA").

²²¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 5.716 y 5.731 (donde se indica que los cinco pedidos pertinentes de LCA de Airbus en el período de referencia 2011-2013 "constituyen" las pérdidas de ventas). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, párrafo 5.338 (donde se explica que la existencia de pérdida de ventas se puede determinar utilizando "únicamente ... los datos de pedidos").

²²² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1217 (donde se señala que las constataciones sobre la pérdida de ventas se basan en los datos sobre pedidos); e informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.1747-7.1751, 7.1774 y 7.1777.

²²³ El Órgano de Apelación ha explicado que "'significativo' significa 'importante, notable o [que tiene] consecuencias', y ... que dicho término podía tener, según las circunstancias, aspectos tanto cuantitativos como cualitativos". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, párrafo 5.332).

²²⁴ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1845.

ventas de LCA ante un productor rival".²²⁵ Sobre la base de las mismas consideraciones enumeradas por el Grupo Especial inicial, el Grupo Especial sobre el cumplimiento confirmó que las cinco pérdidas de ventas en litigio en este procedimiento eran "significativas".²²⁶ Observamos, por tanto, que la existencia de las cinco pérdidas de ventas significativas en litigio en el presente procedimiento en el período de referencia 2011-2013 se determinó, entre otras cosas, porque los propios pedidos entrañaban grandes cuantías monetarias.²²⁷ Esto nos indica además que el valor de las cinco pérdidas de ventas se puede describir razonablemente como el valor previsto de las LCA de Boeing que se habrían comercializado si Boeing hubiera obtenido las ventas. Por consiguiente, también parecería razonable asignar temporalmente ese valor al momento de la pérdida de ventas, es decir, el período de referencia 2011-2013.

6.103. Esta interpretación encuentra apoyo además en las descripciones del Grupo Especial inicial sobre la relación entre los pedidos de LCA y las entregas de LCA resultantes, cuya validez ha permanecido inalterada en las etapas subsiguientes de la presente diferencia. En estas descripciones, el Grupo Especial inicial destacó que, "[c]uando se hace un pedido, los términos y condiciones de la entrega de la aeronave conforme a ese pedido se habrán en gran parte establecido. Las especificaciones de la aeronave, el precio neto, los descuentos, las concesiones no relacionadas con el precio y los arreglos financieros se determinarán cuando se haga el pedido", al igual que los calendarios de entregas.²²⁸ En consecuencia, el Grupo Especial inicial observó que "los pedidos representan en cierta medida las entregas futuras", es decir, representan las corrientes comerciales de LCA resultantes que se prevén.²²⁹ Asimismo, el Grupo Especial inicial indicó que los agentes económicos racionales tomarían en consideración esas expectativas resultantes de los pedidos al adoptar decisiones de valoración: "Boeing y Airbus sin duda hacen planes para el futuro teniendo en cuenta su actual lista de pedidos, y ... los agentes en el mercado tendrán en cuenta los flujos futuros de esos pedidos al evaluar a cada empresa".²³⁰

6.104. El análisis precedente da a entender que, en el contexto particular de nuestro procedimiento, el valor de las LCA que deben comercializarse conforme a un pedido de LCA se podría asignar razonablemente al momento del pedido.²³¹ Como se ha expuesto *supra*, la pérdida de ventas en la presente diferencia se identificó exclusivamente sobre la base de los datos sobre pedidos de LCA, y cualquier valor obtenido en última instancia de las entregas de LCA es directamente rastreable hasta, y atribuible a, su pedido correspondiente y las condiciones estipuladas en él. En los pedidos de LCA se especifica además la cuantía monetaria que debe intercambiarse a cambio de las LCA pedidas y, por tanto, se puede atribuir un valor a los pedidos.²³² Dicho de otro modo, es razonable considerar

²²⁵ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 6.1798.

²²⁶ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 6.1798.

²²⁷ Observamos que esta constatación se formuló en el entendimiento de que relativamente [[***]] se transfiere realmente al fabricante de LCA en el momento del pedido y que, en lugar de ello, "[u]n fabricante recibe la mayoría de los ingresos de la venta de una aeronave en el momento de la entrega". (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1749).

²²⁸ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1750. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - *UE*), párrafos 5.335-5.336 (donde se formulan observaciones similares); y el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1719 (*idem.*).

²²⁹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1750.

²³⁰ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1749.

²³¹ Observamos que, no obstante, nuestra valoración de las pérdidas de ventas entraña un número considerablemente mayor de cálculos que la simple suma del valor de las entregas resultantes de la pérdida de ventas. (Véase la sección 6.4.2 *infra*). Señalamos asimismo que la valoración implica la actualización de los precios de entrega de las LCA de Boeing encargadas en la situación hipotética. Según la Unión Europea, "el Grupo Especial encargado del arbitraje en *Estados Unidos - Juegos de azar* rechazó explícitamente la solicitud del Miembro solicitante de incluir los ingresos futuros actualizados en su laudo". (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 188 (donde se cita la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.144)). No obstante, el pasaje de esa decisión arbitral que cita la Unión Europea no impugna la idoneidad de la actualización como herramienta económica que puede utilizarse en procedimientos de arbitraje, ni propone un enfoque diferente en el presente procedimiento.

²³² Reconocemos, por supuesto, que en este contexto valoramos pedidos que no existen, a saber, los pedidos hipotéticos a Boeing. Sin embargo, observamos que los pedidos hipotéticos a Boeing se estructurarían

que un contrato de pedido de LCA tiene un valor económico previsto, de modo que, al perder el pedido, puede decirse que el proveedor que habría obtenido la venta en la situación hipotética pertinente (en este caso, Boeing) perdió ese valor previsto en el momento de la pérdida de la venta.

6.105. Los acontecimientos posteriores a los pedidos pueden afectar al valor final que un fabricante de LCA obtiene de un pedido de LCA.²³³ Entre estos acontecimientos se incluyen las cancelaciones, los retrasos en las entregas, o incluso las renegociaciones de las condiciones de la venta.²³⁴ Tales factores se pueden tomar en consideración al evaluar el valor final que Boeing habría obtenido si hubiera obtenido las ventas perdidas. Como se analiza más detalladamente en la sección 6.3.4.3.2 *infra*, se puede tener en cuenta la manera en que las cinco ventas de Airbus pertinentes han evolucionado en realidad después de 2013 al evaluar cómo podrían haber evolucionado las ventas hipotéticas de Boeing, en caso de que Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas. También sería posible reajustar el valor de la pérdida de ventas a tenor de la probabilidad de que se produjesen otros cambios significativos determinados, como la posibilidad de que se cancelasen entregas hipotéticas futuras.²³⁵ En este contexto señalamos brevemente que, habida cuenta en particular de la posibilidad de efectuar estos reajustes, no vemos razón alguna para pensar que la metodología de los Estados Unidos lleve consigo especulaciones inaceptables.²³⁶

6.106. Además, no consideramos que la práctica de solución de diferencias anterior presente un motivo convincente para asignar temporalmente el valor de la pérdida de ventas a los momentos de las entregas resultantes, y no a los momentos de los pedidos. La Unión Europea destaca que la mayoría de los árbitros anteriores han utilizado un "indicador de los efectos en el comercio" al determinar los niveles de contramedidas o de suspensión; un indicador que, según aduce la Unión Europea, deberíamos adoptar en el presente procedimiento y que favorece la asignación temporal del valor de la pérdida de ventas al momento de las entregas hipotéticas, y no al momento de los pedidos hipotéticos.²³⁷ El término "efectos en el comercio"²³⁸ no figura en el Acuerdo SMC ni en el ESD.

6.107. Por consiguiente, para aclarar la pertinencia de un indicador de los efectos en el comercio, formulamos dos observaciones sobre las decisiones arbitrales que, según mantiene la Unión Europea, utilizaron este indicador y respaldan su argumento. En primer lugar, estas decisiones

de manera tal que se especificase la cuantía monetaria que debería intercambiarse por las LCA que deberían entregarse conforme a tales pedidos. (Véase la sección 6.3.4.3.6 *infra*).

²³³ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1724 (donde se explica que son "muchos los factores que pueden intervenir entre un pedido y la entrega efectiva" que repercuten sobre el valor final obtenido de un pedido).

²³⁴ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.2178.

²³⁵ Véase la sección 6.3.4.3.4.2 *infra*.

²³⁶ De hecho, observamos que, tanto con arreglo al enfoque de los Estados Unidos como al de la Unión Europea, tendríamos que estimar la probabilidad y las fechas de esencialmente las mismas entregas hipotéticas de Boeing.

²³⁷ La Unión Europea aduce que los Árbitros en las siguientes diferencias utilizaron el indicador de los "efectos en el comercio": decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos I); *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II); *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (Brasil) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos); *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); y *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE). (Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 23, párrafo 364, y 26, párrafo 406, del Árbitro). Señalamos que en la reciente decisión del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Lavadoras* también se adoptó un enfoque basado en los "efectos en el comercio", a saber, se midieron los niveles de anulación o menoscabo con respecto a importaciones hipotéticas de productos coreanos en los Estados Unidos. (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafos 3.7, 3.112-3.118, 4.57, 4.117 y 5.1-5.3).

²³⁸ La Unión Europea cita determinadas decisiones arbitrales e informes de grupos especiales en que se utilizan, entre otros, los términos "efectos en el comercio", "efectos de distorsión del comercio" y "volúmenes y precios y ... las corrientes de ese comercio" al tratar los efectos de las subvenciones y/o el carácter de los efectos desfavorables. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 63 y 157; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 26 del Árbitro, párrafos 399-402 y nota 433). Sin embargo, en ninguno de los pasajes citados se define específicamente el contenido preciso de esas expresiones tal y como se utilizan, ni se trata el tipo de cuestión que plantea la asignación temporal de las corrientes comerciales hipotéticas que abordamos en el presente procedimiento. Por tanto, consideramos que esos términos y los pasajes en que figuran aportan poca información a nuestro análisis en curso.

arbitrales determinaron por lo general los niveles de contramedidas o de suspensión de concesiones sobre la base del aumento del valor de los intercambios comerciales hipotéticos que la parte reclamante habría obtenido con respecto a un bien o servicio pertinente, en caso de que la parte demandada hubiera logrado el cumplimiento. Observamos que el método para valorar la pérdida de ventas descrito *supra* es compatible con esta actuación, puesto que da lugar a una valoración económica de las LCA adicionales de Boeing que se habrían comercializado si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas. En este sentido, consideramos que, al asignar temporalmente el valor de las entregas hipotéticas de LCA de Boeing al momento de la pérdida de ventas, utilizaríamos un indicador de los efectos en el comercio.²³⁹ En segundo lugar, parece que árbitros anteriores asignaron temporalmente el aumento del valor de los intercambios comerciales hipotéticos al período en que se habrían producido tales intercambios hipotéticos (es decir, el momento en que tuvieron lugar las importaciones o exportaciones de los bienes o servicios pertinentes). Por consiguiente, señalamos que, con arreglo al enfoque de los Estados Unidos, al menos en lo que respecta a la valoración de la pérdida de ventas, actuaríamos de manera algo diferente y asignaríamos temporalmente el valor del aumento de los intercambios comerciales hipotéticos de LCA de los Estados Unidos al momento del pedido hipotético que habría dado lugar al intercambio comercial físico hipotético (a saber, las entregas subsiguientes) y habría especificado el valor de este intercambio.

6.108. En relación con esta diferencia limitada entre el enfoque defendido por los Estados Unidos y el enfoque de los Árbitros que invoca la Unión Europea, formulamos, no obstante, las siguientes observaciones conexas.

6.109. Para comenzar, la Unión Europea no invoca ninguna decisión arbitral anterior que indique que sería inadecuado asignar temporalmente el valor de las ventas de bienes a un momento distinto del momento de la transferencia física de los bienes, y no tenemos conocimiento de ninguna que lo haya hecho.

6.110. Además, el enfoque de los Estados Unidos parece compatible con el que, a nuestro juicio, es el propósito fundamental de los arbitrajes realizados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Observamos que el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*²⁴⁰ señaló que "a los efectos de este procedimiento de arbitraje, las ventajas [perdidas] de que se trata [que deben valorarse] son de *carácter económico*. Esto es coherente con las decisiones anteriores de los árbitros que han actuado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD".²⁴¹ Un posterior Árbitro en virtud del párrafo 6 del artículo 22 invocó este pasaje al examinar los métodos de valoración utilizados por árbitros anteriores y, en el marco de ese examen, el Árbitro señaló que esos árbitros anteriores no habían aplicado exclusivamente un enfoque basado en los efectos en el comercio para valorar las repercusiones económicas pertinentes de las medidas en cuestión.²⁴² También estamos de acuerdo con estas observaciones generales, a

²³⁹ No obstante, observamos que no se debe entender la expresión "efectos en el comercio" en el sentido de que se refiere únicamente al comercio internacional. Esa interpretación tan limitada no sería adecuada desde el punto de vista jurídico ni viable en el presente procedimiento, en el que debemos cuantificar determinados "efectos desfavorables", en el sentido del artículo 5 del Acuerdo SMC, identificados. De hecho, una constatación de "pérdida de ventas" en litigio en el presente procedimiento guardaba relación con United Airlines, aerolínea cliente estadounidense. Por tanto, en la situación hipotética, un proveedor estadounidense (Boeing) habría suministrado LCA a una aerolínea cliente estadounidense (United Airlines). En ese caso se habría tratado de comercio interno, y no de comercio internacional. (Véase también la nota 35 del Acuerdo SMC (en la que se contempla la aplicación de contramedidas de conformidad con la Parte III de dicho Acuerdo en relación con "los efectos que una determinada subvención tenga en el mercado interno del país ... Miembro [que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones]")).

²⁴⁰ Aunque este arbitraje no se realizó de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el Árbitro consideró que su tarea era, en esencia, cuantificar el nivel de "anulación o menoscabo" de la medida en cuestión. (Laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, párrafo 2.7).

²⁴¹ Laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, párrafo 3.18 (donde se citan las decisiones de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE); y *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE)). (sin cursivas en el original) El Árbitro argumentó que esta opinión se basaba en "el objetivo de este procedimiento, que es cuantificar el *perjuicio económico* sufrido por las Comunidades Europeas al haberse seguido aplicando [la medida en litigio]". (Laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, nota 38). (sin cursivas en el original)

²⁴² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Brasil)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 3.38-3.40. Ese Árbitro destacó que, dado que "la anulación o

saber, que, en esencia, los árbitros que actúan en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 valoran los efectos económicos de las medidas. De hecho, con la excepción de determinados arbitrajes realizados de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC²⁴³, los árbitros que actúan en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y en el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC han valorado la repercusión económica de las medidas en litigio. Esto es así independientemente de que los árbitros hayan empleado un indicador de los "efectos en el comercio", en el sentido en que la Unión Europea utiliza ese término, o hayan valorado la repercusión económica pertinente de las medidas en litigio de otras maneras.²⁴⁴ Por tanto, consideramos que, en consonancia con nuestro mandato, nuestra tarea consiste en atribuir un valor económico a "los efectos desfavorables cuya existencia [en el período de referencia] se haya determinado", a saber, las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización sufridos por los Estados Unidos.

6.111. Por último, observamos que el presente procedimiento implica circunstancias jurídicas y fácticas de carácter novedoso. Ningún árbitro anterior ha valorado la "pérdida de ventas" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6, ni mucho menos la pérdida de ventas que involucra bienes cuya venta presenta intervalos de varios años entre el pedido y la entrega, como es el caso de las ventas de LCA. Además, recordamos que, conforme al Acuerdo SMC, debemos valorar la pérdida de ventas cuya existencia se haya determinado evaluando los hechos correspondientes al momento de la venta en cuestión y no al momento de las entregas. Por consiguiente, nos parece natural que puedan surgir determinadas diferencias entre nuestro método de valoración y los aplicados por árbitros anteriores.

6.112. En resumen, no consideramos, por tanto, que la asignación temporal del valor de la pérdida de ventas al momento de los pedidos pertinentes sea incompatible con el contenido convincente de las decisiones de árbitros anteriores.

6.113. De todas las consideraciones anteriormente expuestas se desprende que la cuestión operativa para nosotros es si el enfoque de los Estados Unidos refleja razonablemente la repercusión económica que la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB causó a los intereses de los Estados Unidos durante el período de referencia 2011-2013. En el caso de la pérdida de ventas, nuestra tarea jurídica y analítica es atribuir un valor económico a las cinco pérdidas de ventas. Por tanto, debemos determinar, de manera económicamente adecuada, el valor de los pedidos conexos perdidos durante el período de referencia. Como se explica *supra*, y en consonancia con las afirmaciones de anteriores órganos resolutorios de la OMC en el marco de la presente diferencia, a nuestro juicio es económicamente razonable la propuesta de que el valor económico de las cinco pérdidas de ventas, que tuvieron lugar en el período de referencia 2011-2013, sea el valor previsto de las LCA adicionales de Boeing que se habrían comercializado ulteriormente si Boeing hubiera obtenido esas ventas perdidas. En consecuencia, consideramos adecuado que se asigne temporalmente ese valor al período de referencia 2011-2013.

6.114. Por todas las razones expuestas, consideramos que, en las circunstancias del presente procedimiento, debemos atribuir un valor a los pedidos que constituyen la pérdida de ventas, a saber, el valor de las LCA que se preveía entregar conforme a tales pedidos, y asignar ese valor al momento del pedido, a saber, el período de referencia 2011-2013. Esta forma de proceder es compatible con nuestro mandato legal y la valoración económica adecuada de la pérdida de ventas de LCA, y se deriva de ello. Las decisiones arbitrales anteriores no aportan ninguna razón importante

menoscabo [no] ha[] de limitarse en todos los casos al comercio directamente perdido a consecuencia de la infracción", "el enfoque basado en el 'efecto sobre el comercio' ... aplicado de forma habitual en otros arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 ... parece ser generalmente aceptado por los Miembros como una[, pero no la única,] forma correcta de aplicar el artículo 22 del ESD". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Brasil)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafos 3.69 y 3.71). (las cursivas figuran en el original)

²⁴³ Los Árbitros en *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá), *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos) y *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil) utilizaron el valor de la subvención a la exportación para calcular sus contramedidas.

²⁴⁴ El Árbitro en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos) basó los niveles máximos de suspensión en la suma de las sentencias firmes de carácter monetario basadas en la Ley de 1916 que se dictaran en el futuro contra las empresas de las CE y las futuras decisiones de transacción convenidas por las empresas de las CE en el marco de la Ley de 1916. (Véase también el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)* (regalías no percibidas por los titulares del derecho de autor de las CE)).

para adoptar un enfoque distinto. Todas las diferencias entre nuestra metodología de valoración y las metodologías adoptadas en decisiones anteriores dependen de las circunstancias del presente procedimiento, también con respecto a lo que las disposiciones jurídicas subyacentes nos exigen valorar en el contexto fáctico de esta diferencia.

6.3.3.2.2 Asignación temporal del valor de la obstaculización al período de referencia 2011-2013

6.115. Por lo que respecta a la cuestión de si es razonable asignar temporalmente el valor de la obstaculización al período de referencia 2011-2013, observamos en primer lugar que ninguna de las partes aduce que sea inadecuado asignar temporalmente el valor de los seis casos de obstaculización al período de referencia 2011-2013 (en caso de que la obstaculización se considere de manera individual y separadamente de la asignación temporal de las cinco pérdidas de ventas). La existencia de los seis casos de obstaculización en el período de referencia 2011-2013 se constató sobre la base de las entregas de LCA que tuvieron lugar en ese marco temporal. Este método para identificar la obstaculización está en consonancia con la naturaleza de la obstaculización descrita en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6. Como se ha examinado *supra*, en esas disposiciones se hace referencia a las importaciones y las exportaciones, lo que da a entender que se centran en el momento en que tiene lugar la transferencia física de los bienes.

6.116. Todas las entregas del A380 en que se basaron las constataciones de obstaculización²⁴⁵ son consecuencia de pedidos de las aerolíneas en cuestión que se efectuaron en un momento anterior, precedente al período de referencia 2011-2013.²⁴⁶ Sin embargo, en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior no se determinó que estos pedidos constituyesen pérdidas de ventas en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6. Por consiguiente, no hay ningún fundamento jurídico respecto del cual podamos determinar adecuadamente el valor de esos pedidos en el presente procedimiento. En lugar de ello, lo que debemos valorar son los seis casos de obstaculización que tuvieron lugar durante el período de referencia 2011-2013. Esos seis casos de obstaculización causaron un perjuicio económico apreciable a los Estados Unidos entre 2011 y 2013. Por lo que respecta a la cuantificación de ese perjuicio, a nuestro juicio corresponde al valor de las LCA adicionales de Boeing que se habrían entregado en los seis mercados geográficos en cuestión durante el período de referencia 2011-2013 si no hubiese habido obstaculización.

6.117. Debido a estas razones, estamos de acuerdo con las partes y asignamos temporalmente el valor económico de los seis casos de obstaculización, y más concretamente el valor de las entregas hipotéticas correspondientes de LCA de Boeing en los mercados geográficos pertinentes, al período de referencia 2011-2013 en el que habrían tenido lugar las entregas.

6.3.3.2.3 Asignación temporal del valor tanto de la pérdida de ventas como de la obstaculización al período de referencia 2011-2013

6.118. Recordamos que el argumento general de la Unión Europea es que el Árbitro no puede asignar temporalmente *tanto* el valor de la pérdida de ventas *como* el de la obstaculización al período de referencia 2011-2013. Tras haber determinado *supra* que es razonable asignar temporalmente el valor de las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización al período de referencia 2011-2013, al considerar cada uno aisladamente del otro, procedemos en consecuencia a examinar si es admisible asignar tanto el valor de la pérdida de ventas como el de la obstaculización al período de referencia 2011-2013 cuando se los considera en conjunto.

6.119. Para comenzar, señalamos que los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC describen diversos tipos de efectos desfavorables. En consecuencia, el párrafo 10 del artículo 7 prevé claramente que un árbitro puede evaluar diversos tipos distintos de efectos desfavorables, cuyo "grado y naturaleza" pueden variar. Si bien el Órgano de Apelación ha señalado que existe una posible coincidencia entre los conceptos de la pérdida de ventas y la obstaculización, "en el sentido de que ambos fenómenos guardan relación con las ventas de una empresa", ha "subray[ado] las características distintas de

²⁴⁵ Esas entregas figuran en el cuadro 12 *infra*.

²⁴⁶ Esta información relativa a los momentos de los pedidos correspondientes a las entregas en que se basaron las constataciones de obstaculización proviene de las Pruebas documentales EU-79 y EU-125 (ICSS)-132 (ICSS).

las alegaciones de desplazamiento y obstaculización en el mercado, en comparación con la pérdida de ventas significativa, rechazando la idea de una 'relación de dependencia' entre ellas".²⁴⁷

6.120. Señalamos además que no hay una coincidencia real entre las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. Es decir, el Árbitro no computa el valor de ninguna LCA hipotética de Boeing dos veces al determinar el nivel máximo de suspensión anual. Esto se debe a que ninguna de las entregas de LCA de Airbus efectuadas como resultado de las cinco pérdidas de ventas subyace a alguno de los seis casos de obstaculización. Además, señalamos que, como consecuencia de esto, ninguna de las entregas hipotéticas de LCA de Boeing que se habrían efectuado como resultado de las cinco pérdidas de ventas (si Boeing las hubiese obtenido) se valoran como entregas hipotéticas de LCA de Boeing que fueron obstaculizadas en los seis mercados geográficos pertinentes.

6.121. También consideramos que la analogía de la Unión Europea con las prácticas seguidas en el sector privado está fuera de lugar. Es posible que, como afirma la Unión Europea, las empresas del sector privado asignarían el valor de las mercancías que venden al momento del pedido o al de las entregas resultantes, pero no a ambos. No obstante, actuamos dentro de un marco jurídico que es distinto del aplicable a dichas empresas. Nuestro mandato consiste en valorar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, lo que en el presente procedimiento abarca tanto las pérdidas de ventas como la obstaculización.

6.122. En consecuencia, no vemos motivo alguno para constatar que asignar temporalmente el valor sobre la base del momento del pedido en el caso de las pérdidas de ventas y sobre la base del momento de la entrega en el caso de la obstaculización es "incompatible", como aduce la Unión Europea. En la medida en que la asignación temporal del valor de estos dos tipos de efectos desfavorables difiere, esto refleja su naturaleza distinta. En consecuencia, las constataciones subyacentes en que se basa la solicitud presentada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 22 y el presente procedimiento de arbitraje nos llevan a valorar las cinco pérdidas de ventas teniendo en cuenta el momento del pedido y los seis casos de obstaculización teniendo en cuenta el momento de la entrega. Sobre esa base, constatamos que es adecuado asignar tanto el valor de las pérdidas de ventas (sobre la base de pedidos hipotéticos a Boeing) como el de la obstaculización (sobre la base de entregas hipotéticas de Boeing) al período de referencia 2011-2013.

6.3.3.3 Inclusión tanto de la pérdida de ventas como de la obstaculización en la determinación del nivel de suspensión anual: "Doble cómputo"

6.123. La Unión Europea aduce que si el Árbitro determina un nivel de suspensión anual sobre la base de tanto el valor de la pérdida de ventas como el de la obstaculización cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado, esto daría lugar a un "doble cómputo" inadmisibles. Esa expresión, según la Unión Europea, se refiere al "riesgo de computar la misma transacción de pérdida de ventas dos veces -una vez como una pérdida de ventas (en la forma de pedidos), y una vez como un caso de obstaculización (en la forma de entregas)".²⁴⁸ La Unión Europea afirma que este riesgo se plantea porque "un pedido realizado en un año se convertirá en una entrega unos años después".²⁴⁹ Por consiguiente, la Unión Europea afirma que una suspensión anual basada tanto en la pérdida de ventas como en la obstaculización reflejaría el valor de una "pérdida de ventas" en la forma de pedidos de LCA en el año en que se produjo el pedido, y luego reflejaría

²⁴⁷ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1808 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 1240). (no se reproduce la nota de pie de página) Véanse también los informes del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 6.1807-6.1809 (donde se rechaza el argumento de la Unión Europea de que la obstaculización y el desplazamiento deben basarse en constataciones de la existencia de una pérdida de ventas y se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 1241, para respaldar este argumento); y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1751 (donde se rechaza el argumento de la Unión Europea de que el desplazamiento y la obstaculización han de demostrarse "venta por venta").

²⁴⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Árbitro, nota 38.

²⁴⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 191-195. Véanse también las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 13, párrafos 299-300, y 62, párrafo 188, del Árbitro (donde se afirma que la solicitud de suspensión anual presentada por los Estados Unidos se basa en la idea de que las pérdidas de ventas y la obstaculización ocasionadas por las subvenciones continuaron después de 2013).

el valor de la misma transacción otra vez cuando las entregas resultantes del pedido perdido se produjeran como casos de obstaculización en los años en que se producen las entregas (por lo general unos años después del pedido). No obstante, la Unión Europea está de acuerdo con los Estados Unidos en que no se produce un doble cómputo en el período de referencia 2011-2013, a saber, ninguna de las cinco pérdidas de ventas dio lugar a algunas de las entregas que se efectuaron en el período de referencia 2011-2013 en que se basaron las constataciones de obstaculización.²⁵⁰

6.124. Los Estados Unidos alegan que no se produce ningún doble cómputo inadmisibles, en el sentido en que la Unión Europea utiliza esa expresión, si el Árbitro valora tanto las cinco pérdidas de ventas como los seis casos de obstaculización en el período de referencia 2011-2013 y determina un nivel de suspensión anual sobre la base de esa cuantía. A juicio de los Estados Unidos, la explicación es que a) ninguno de los pedidos relacionados con la pérdida de ventas en el período de referencia 2011-2013 dio lugar a alguna de las entregas que probaron una obstaculización en el período de referencia 2011-2013, b) la pérdida de ventas y la obstaculización son formas distintas de efectos desfavorables en el marco del artículo 6 del Acuerdo SMC, y c) en el Acuerdo SMC no hay base textual alguna para compensar una forma de efecto desfavorable con otra de la forma que promueve la Unión Europea. Los Estados Unidos señalan además que su metodología no hace ninguna presuposición acerca de los mercados geográficos en los que se producirían pérdidas de ventas y casos de obstaculización en los años posteriores a 2013, por lo que no hay base alguna para constatar que se producirá un doble cómputo incluso si el Árbitro considerara los efectos desfavorables después de 2013 al determinar el nivel máximo de contramedidas.²⁵¹

6.125. El Árbitro señala que un doble cómputo, en el sentido en que la Unión Europea utiliza ese término, solo podría producirse si la determinación del nivel máximo de suspensión anual efectuada por el Árbitro incluyera tanto el valor de un pedido de LCA en cuestión que represente una pérdida de ventas como el valor de una entrega de LCA que represente una obstaculización y se derive de esa misma pérdida de ventas anterior.²⁵² En el presente procedimiento no se plantea tal situación.

6.126. Como se explicó *supra* en la sección 6.3.1, determinamos el nivel máximo de suspensión anual únicamente teniendo en cuenta las cinco pérdidas de ventas y los seis casos de obstaculización cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. Además, ninguno de los pedidos relacionados con las cinco pérdidas de ventas en el período de referencia 2011-2013 dio lugar a alguna de las entregas que probaron los seis casos de obstaculización en el período de referencia 2011-2013.²⁵³ Por consiguiente, no determinamos el nivel máximo de suspensión anual con respecto a alguno de los pedidos y entregas de LCA en relación con los cuales puede plantearse un doble cómputo. En consecuencia, rechazamos el argumento planteado por la Unión Europea acerca del riesgo de que se produzca un doble cómputo.

6.3.3.4 Establecimiento de una fecha de finalización de las contramedidas sobre la base de las entregas hipotéticas de Boeing resultantes de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado

6.127. La Unión Europea aduce que las contramedidas deben tener una fecha de finalización predeterminada que se corresponda con la fecha de la última entrega hipotética de LCA de Boeing relacionada con los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. En concreto, la Unión Europea señala que "se prevé que la última entrega de una aeronave relacionada con los efectos desfavorables específicos cuya existencia se ha determinado

²⁵⁰ Respuestas de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro, párrafo 53 y nota 58; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 13, 23, párrafo 380, 24, párrafos 385 y 389, 57, párrafos 123-132, y 107, párrafos 190-192, del Árbitro.

²⁵¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 129-131 y 159-162; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Árbitro, párrafo 29; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 107 del Árbitro, párrafos 168-174.

²⁵² Señalamos que un "doble cómputo" es por ende distinto de un "sobrecómputo". El primero se plantea en este contexto solo si el Árbitro autoriza contramedidas en la forma de una *suspensión anual* sobre la base del valor de tanto la pérdida de ventas como de la obstaculización en el período de referencia 2011-2013. El segundo se plantea en el marco de *cualquier estructura de contramedidas* que se autoriza sobre la base del valor de tanto la pérdida de ventas como de la obstaculización en el período de referencia 2011-2013.

²⁵³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 162; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 24 del Árbitro, párrafo 385. Nuestro análisis de los datos que figuran en el expediente no brinda ninguna base para cuestionar la posición común de las partes en este contexto.

tendrá lugar en 2026. Según la Unión Europea, esto significa que cualquier autorización para imponer contramedidas también debe terminarse a más tardar en 2026".²⁵⁴

6.128. Los Estados Unidos alegan que el argumento de la Unión Europea no se sostiene porque "se basa en la premisa errónea de que las contramedidas en la actualidad y en años futuros tienen por objeto abarcar las entregas en esos años de las aeronaves pedidas en las campañas de ventas específicas de 2012 y 2013 en que se basaron las constataciones de pérdida de ventas significativa".²⁵⁵

6.129. El Árbitro señala que, en virtud del argumento de la Unión Europea, tendríamos que fijar una fecha firme de finalización de las contramedidas basada en las fechas previstas de las últimas entregas hipotéticas. Este argumento se basa en la validez de otros argumentos de la Unión Europea relacionados con la adecuación de autorizar contramedidas en la forma de una suspensión anual y que hemos rechazado en las secciones precedentes. También recordamos que en el presente procedimiento en definitiva no valoramos las entregas hipotéticas de aeronaves derivadas de pérdidas de ventas cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado en el momento de su entrega. Por consiguiente, la fecha de la última entrega hipotética de una LCA de Boeing pertinente que la Unión Europea prevé que tenga lugar no proporciona, en el marco de nuestra metodología de valoración, una fecha de finalización pertinente. Como se ha explicado, la fecha de finalización específica de cualquier contramedida que impongan los Estados Unidos en forma de una suspensión anual será determinada por posibles acontecimientos tales como nuevas constataciones adoptadas por el OSD que confirmen que la Unión Europea se ha puesto en conformidad o una solución mutuamente convenida alcanzada por las partes. En consecuencia, rechazamos el argumento de la Unión Europea.

6.3.3.5 Exclusión del valor de los componentes de LCA de Boeing producidos fuera de los Estados Unidos

6.130. Como se ha señalado en la sección 6.1, los Estados Unidos solicitan contramedidas en la forma de una suspensión anual, cuyo nivel se basa en el valor de las LCA adicionales de Boeing que se habrían a) vendido si Boeing hubiese obtenido las ventas perdidas y b) entregado si Boeing no hubiese sufrido una obstaculización.

6.131. La Unión Europea aduce que el Árbitro no puede considerar el valor total de dichas LCA de Boeing al determinar el nivel máximo de las contramedidas. Más bien, según la Unión Europea, el Árbitro debería excluir, del valor de cualesquiera LCA de Boeing que el Árbitro incluya en su cálculo del nivel de las contramedidas, el valor de los componentes incorporados en esas LCA de Boeing suministrados por "proveedores de otros Miembros".²⁵⁶ Para respaldar esta posición, la Unión Europea señala que el texto del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC indica que los efectos desfavorables en la forma de "perjuicio grave" están por definición ligados a la manera en que específicamente "afectan a los intereses de 'otro Miembro', *no de todos los Miembros*".²⁵⁷ Por consiguiente, tomando en cuenta este texto, la Unión Europea afirma que el Árbitro debería excluir del nivel de las contramedidas el valor de los efectos desfavorables que afecten a otros Miembros distintos de los Estados Unidos, a saber, el valor de los componentes incorporados en esas LCA de Boeing añadidos por "proveedores de otros Miembros". Según la Unión Europea, esto es así aunque las constataciones sobre efectos desfavorables formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior se relacionan con las LCA, y no con los componentes de las LCA, porque

²⁵⁴ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 148. (no se reproduce la nota de pie de página) Véase también la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 143-148 y 370-372.

²⁵⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 139.

²⁵⁶ La Unión Europea señala que estos son proveedores cuyo "lugar de actividad productiva y creación de valor real" se encuentra fuera de los Estados Unidos. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 95 del Árbitro, párrafo 18). Además, la Unión Europea alega que ni la estructura de la propiedad de la empresa que produce el insumo ni el "origen" del insumo determinado por un Miembro sobre la base de sus propias normas de origen pueden utilizarse como indicadores para determinar si los insumos no son insumos de los Estados Unidos. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 95 del Árbitro, párrafos 16-18).

²⁵⁷ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 356 (donde se invoca la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 4.75). (las cursivas figuran en el original)

Miembros distintos de los Estados Unidos sufrieron un daño económico como resultado de la pérdida de ventas o la obstaculización de aeronaves de Boeing.²⁵⁸

6.132. La Unión Europea alega que la decisión del Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*) respalda su posición. La Unión Europea afirma que, en esa diferencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación determinaron que "las subvenciones en litigio tenían por efecto una contención significativa de la subida de los precios en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC en el mercado mundial del algodón americano (upland) que constituía un perjuicio grave 'actual' para los intereses del Brasil en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC". Según la Unión Europea, al determinar el nivel de las contramedidas para el Brasil, el Árbitro "limitó el nivel de las contramedidas para reflejar únicamente la medida en que el Brasil se veía realmente afectado ... [y] determinó que no consideraría los efectos desfavorables sufridos por los productores mundiales de algodón como resultado de las [subvenciones de los Estados Unidos en litigio]".²⁵⁹ La Unión Europea sostiene que el Árbitro del presente procedimiento debería aplicar el mismo criterio, es decir, limitar el nivel de las contramedidas a los efectos desfavorables sufridos por los Estados Unidos y excluir de su cálculo los efectos desfavorables sufridos por otros Miembros de la OMC.²⁶⁰

6.133. Además, la Unión Europea aduce que, si el nivel de las contramedidas que los Estados Unidos estarán autorizados a adoptar no se limita a los efectos desfavorables sufridos por los Estados Unidos, esto podría dar lugar a una doble medida correctiva contra la Unión Europea. La Unión Europea afirma, por ejemplo, que el Japón -un importante proveedor de componentes de fuselaje y alas para las LCA de Boeing- podría iniciar una diferencia contra la Unión Europea sobre la base de que sufrió efectos desfavorables como resultado de la pérdida de ventas u obstaculización de aeronaves de Boeing, que habrían incorporado esos componentes japoneses. La Unión Europea sostiene que, si el Japón hiciera prosperar dicha alegación, podría potencialmente obtener una autorización para adoptar contramedidas contra la Unión Europea con respecto al valor de esos componentes japoneses, aunque los Estados Unidos ya hubiesen obtenido una autorización para adoptar contramedidas en una cuantía que incluyera el valor de esos mismos componentes incorporados en las LCA de Boeing como resultado del presente procedimiento.²⁶¹

6.134. Los Estados Unidos rechazan la solicitud presentada por la Unión Europea para que se excluya el valor de los insumos no estadounidenses del valor de las LCA de Boeing a los efectos de calcular el nivel de las contramedidas. Los Estados Unidos plantean tres argumentos principales para respaldar su posición. En primer lugar, los Estados Unidos aducen que las constataciones adoptadas en la presente diferencia se relacionan con LCA, no con componentes de LCA. Los Estados Unidos sostienen en consecuencia que el enfoque de la Unión Europea no puede conciliarse con las constataciones adoptadas por el OSD.²⁶²

6.135. En segundo lugar, los Estados Unidos alegan que la premisa del argumento de la Unión Europea sobre la doble medida correctiva, en el sentido en que la Unión Europea utiliza este término, fue rechazada por el Árbitro en *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*). Los Estados sostienen que el Árbitro explicó que "la cuestión teórica del doble cómputo planteada por la Unión Europea se evita porque a los Miembros no se les pueden conferir derechos para imponer contramedidas respecto de estos tipos de efectos 'indirectos' en fases anteriores del proceso productivo".²⁶³

6.136. Por último, los Estados Unidos señalan que, cuando apliquen contramedidas a las importaciones de mercancías provenientes de la Unión Europea, basarán su aplicación de aranceles en el valor total de las mercancías importadas, sin tener en cuenta la medida en que incorporan insumos no provenientes de la Unión Europea. Los Estados Unidos sostienen en consecuencia que,

²⁵⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 49 del Árbitro, párrafo 487.

²⁵⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 358.

²⁶⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 358 y 361. La Unión Europea ha caracterizado alternativamente el efecto sufrido por otros Miembros distintos de los Estados Unidos a raíz de la pérdida de ventas y la obstaculización de aeronaves de Boeing como "efectos desfavorables", "daño económico", "efectos en el comercio" y "pérdidas de ingresos".

²⁶¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 95 del Árbitro, párrafos 2-4.

²⁶² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 262.

²⁶³ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 95, del Árbitro, párrafo 5 (donde se invoca la Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafos 6.6-6.18).

para asegurar una comparación adecuada entre elementos homogéneos, el nivel de las contramedidas debe expresarse como el valor de los efectos desfavorables con respecto al valor total de las LCA de Boeing pertinentes como producto. Según los Estados Unidos, esto ha de hacerse sin tener en cuenta si las LCA de Boeing incorporan insumos no estadounidenses.²⁶⁴

6.137. En lo que respecta a este último argumento de los Estados Unidos, la Unión Europea responde que toda consideración relacionada con el modo en que los Estados Unidos pretenden aplicar las contramedidas está fuera del mandato de este Árbitro porque se relaciona con "la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender", algo que el párrafo 7 del artículo 22 del ESD prohíbe al Árbitro considerar.²⁶⁵

6.138. El Árbitro observa que la pregunta que se plantea en este contexto es si el valor de los componentes producidos por "proveedores de Miembros [distintos de los Estados Unidos]" e incorporados en LCA de Boeing se deberían excluir del valor de las LCA de Boeing al determinar el nivel de las contramedidas que el OSD puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar.

6.139. Nuestro mandato consiste en determinar el nivel de "contramedidas ... proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". En la presente diferencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataron que la Unión Europea y algunos de sus Estados miembros no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar[] las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar[] la subvención al seguir infringiendo el apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC".²⁶⁶ El tipo específico de efecto desfavorable cuya existencia se ha determinado fue un "perjuicio grave" en el sentido del apartado c) del artículo 5 en la forma de una pérdida de ventas y una obstaculización en el sentido de los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 6.

6.140. En el apartado c) del artículo 5 se establece que "[n]ingún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones ... efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros", incluido un "perjuicio grave a los intereses de otro Miembro". Las constataciones adoptadas en la presente diferencia indican que la Unión Europea "caus[ó]" un "perjuicio grave" a los "intereses" de los Estados Unidos. En dichas constataciones no se hace mención alguna de los intereses de otros Miembros a este respecto.²⁶⁷ Por consiguiente, teniendo en cuenta que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento sientan las bases del presente procedimiento de arbitraje, nos centramos en los intereses de los Estados Unidos en este procedimiento.

6.141. Señalamos además que los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 6 establecen que los tipos específicos de perjuicio grave que figuran en él se plantean con respecto a un "producto similar de otro Miembro".²⁶⁸ Las constataciones adoptadas sobre los tipos específicos de perjuicio grave en esta diferencia, a saber, la pérdida de ventas y la obstaculización, se relacionan con LCA -que es el producto en cuestión en la presente diferencia.²⁶⁹ Señalamos además que durante el período de

²⁶⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 264-265.

²⁶⁵ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 49 del Árbitro, párrafo 493 (donde se invoca la Decisión del Árbitro, *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 19).

²⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 6.43; e informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 7.2.

²⁶⁷ El Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataron que las subvenciones de AEP/FEM existentes son una causa auténtica y sustancial de pérdida significativa de ventas y obstaculización "que constituye un perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafos 5.716, 5.731, 5.742, 6.31, 6.37, 6.42 y 6.43; e informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafos 7.1.d.xiv, 7.1.d.xv y 7.1.d.xvi).

²⁶⁸ Véase el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

²⁶⁹ Informes del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 1.32; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 2.1. Señalamos que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que había tres mercados de productos de LCA pertinentes, a saber, de pasillo único, de doble pasillo y de VLA. No obstante, esto no cambia el hecho de que el producto global en cuestión son las LCA.

referencia 2011-2013 solo dos Miembros producían LCA, a saber, la Unión Europea (Airbus) y los Estados Unidos (Boeing).²⁷⁰ Por consiguiente, los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el presente procedimiento se relacionan con un producto específico, a saber, las LCA de Boeing.

6.142. En síntesis, los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el presente procedimiento son los efectos sufridos por un Miembro, los Estados Unidos, y en relación con un producto, las LCA de Boeing. En consecuencia, rechazamos la posición de la Unión Europea de que los efectos desfavorables en el presente procedimiento pueden considerarse como efectos que han sufrido los Estados Unidos y otros Miembros, o en relación con cualquier otro producto distinto de las LCA de Boeing. No vemos ningún fundamento jurídico para considerar los efectos desfavorables que posiblemente han sufrido otros Miembros o determinar el nivel máximo de contramedidas con referencia a estos.²⁷¹

6.143. Contrariamente a lo que afirma la Unión Europea, consideramos que el resultado alcanzado en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)* es compatible con la interpretación que hacemos de nuestro mandato. En esa diferencia, las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento subyacente se basaron en una determinación de que las subvenciones en litigio tenían por efecto una contención significativa de la subida de los precios en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC en el mercado mundial del algodón americano (*upland*) que constituía un perjuicio grave para los intereses del Brasil en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC.²⁷² Por consiguiente, los efectos desfavorables cuya existencia se había determinado en ese procedimiento eran los sufridos por un Miembro, el Brasil, y en relación con un producto, el algodón americano (*upland*), que era el producto similar en el sentido del apartado c) del párrafo 3 del artículo 6.²⁷³ Sobre esa base, el Árbitro determinó el nivel de las contramedidas en relación con el efecto económico de la contención de la subida de los precios sobre el algodón americano (*upland*) procedente del Brasil²⁷⁴, y excluyó del nivel de las contramedidas el efecto económico de la contención de la subida de los precios del algodón americano (*upland*) sobre otros Miembros distintos del Brasil. El Árbitro no realizó ninguna investigación acerca del valor de los insumos del algodón no brasileños (por ejemplo, los abonos extranjeros utilizados para cultivar el algodón americano (*upland*) brasileño) y no excluyó el valor de dichos insumos del nivel de las contramedidas.

6.144. Además, no tenemos conocimiento de que algún árbitro anterior haya excluido el valor de los insumos no producidos en el territorio de la parte reclamante del valor del producto en cuestión al determinar el nivel de las contramedidas o el nivel de una suspensión de concesiones u otras obligaciones. De hecho, un árbitro sugirió que sería inadecuado proceder de esta manera. En el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*²⁷⁵, los Estados Unidos sostuvieron que el Árbitro debería tener en cuenta el valor de los insumos de los Estados Unidos utilizados en la producción de bananos en América Latina (por ejemplo, abonos, plaguicidas y maquinaria estadounidenses enviados a América Latina y capitales o servicios de gestión estadounidenses utilizados en el cultivo de bananos allí) al determinar el nivel de anulación o menoscabo sufrido por los Estados Unidos. No obstante, el Árbitro se negó a atribuir el valor de

²⁷⁰ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 6.1215 (donde se señala que "como sucedió durante el procedimiento inicial, la rama de producción de LCA sigue estando caracterizada por lo que es de hecho un duopolio de Airbus y Boeing"). Señalamos que este duopolio entre Airbus y Boeing también se daría en la situación hipotética pertinente. (Véase el párrafo 6.79. *supra*).

²⁷¹ También señalamos que no forma parte de nuestro mandato determinar si la pérdida de ventas o la obstaculización de las LCA de Boeing dieron lugar a un "daño económico" a Miembros distintos de los Estados Unidos.

²⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, apartado c) del párrafo 448; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 10.256.

²⁷³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 10.42; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, nota 258.

²⁷⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafos 4.88 y 4.89 (donde se señala que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento reflejan "específicamente un 'perjuicio grave' para los intereses del Brasil").

²⁷⁵ Señalamos que este fue un arbitraje que se llevó a cabo exclusivamente en el marco del párrafo 6 del artículo 22 del ESD. No obstante, como se señala en el párrafo 3.4. *supra*, en la medida en que también nos regimos por lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22, consideramos la decisión del Árbitro en *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* pertinente para nuestra determinación.

insumos intermedios al Miembro (los Estados Unidos) que estaba produciendo o exportando dichos insumos en su cálculo del nivel de suspensión, y basó su razonamiento en consideraciones relacionadas con las normas de origen.²⁷⁶ El Árbitro argumentó que de las normas de origen aplicables se desprendía claramente que el lugar de origen del producto final, los bananos, es el país en el que estos hayan sido cultivados.²⁷⁷ Con mayor pertinencia para las circunstancias de ese procedimiento, el Árbitro señaló que con arreglo al ESD tienen derecho a tratar de obtener reparación por una anulación o menoscabo causados en relación con el producto final en litigio los Miembros de los que era originario ese producto final, y no los demás Miembros que suministren ciertos insumos para dichos productos. En consecuencia, constató que "el ESD no reconoce, ni es necesario que reconozca, a un Miembro de la OMC el derecho a reclamar una compensación o a solicitar una autorización para suspender concesiones por razón de la anulación o menoscabo sufridos por otros Miembros de la OMC en relación con mercancías originarias de esos Miembros o procedentes de empresas proveedores de servicios que sean de su propiedad o estén bajo su control".²⁷⁸ En síntesis, una vez que se determinó que el producto final era "originario" de un cierto Miembro, el valor total de ese producto se asignó a ese Miembro a los efectos de calcular el nivel de anulación o menoscabo. Por consiguiente, señalamos que un árbitro anterior, al enfrentarse a una posición similar al argumento planteado aquí por la Unión Europea, rechazó dicha posición.

6.145. En esencia, el argumento de la Unión Europea gira en torno a la idea de que es inadecuado incluir en la evaluación del nivel máximo de las contramedidas el valor de una LCA de Boeing que no es atribuible a insumos de los Estados Unidos. Llevado a su conclusión lógica, según este argumento los Estados Unidos tendrían que desglosar el valor de las LCA de Boeing a lo largo de la cadena de suministro y hasta el nivel de las materias primas y determinar la fuente de cada uno de los cientos de componentes, puesto que podríamos prorratear las contramedidas a los Estados Unidos solo en la medida en que estos fueran la fuente de dichos insumos.²⁷⁹ Esto haría que el ejercicio de calcular el nivel de las contramedidas fuera "largo y excesivamente complicado", como la propia Unión Europea ha señalado.²⁸⁰ Nos resulta difícil conciliar este argumento con la naturaleza expeditiva del procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22, en especial teniendo en cuenta el hecho de que la producción de LCA no es la única que se basa en cadenas de suministro internacionales complejas y optimizadas de manera dinámica.

6.146. Además, observamos que, si excluyéramos el valor de los componentes de las LCA no estadounidenses del nivel máximo de las contramedidas, debilitaríamos la eficacia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC y socavaríamos la función de inducir el cumplimiento que tienen las contramedidas. De hecho, cuanto más internacionalizada fuese la producción de una mercancía

²⁷⁶ Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 6.12-6.13.

²⁷⁷ Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.13. Es conveniente citar el razonamiento del Árbitro en su totalidad:

Los Miembros de la OMC suelen determinar el origen de los productos agropecuarios en función del lugar de producción. En principio, cada banano es originario del país en que haya sido cultivado. A los efectos de las normas de la OMC no es pertinente el hecho de que los bienes o servicios (abonos, maquinaria, plaguicidas, capitales y servicios de gestión) utilizados como insumos intermedios en el cultivo de bananos y su suministro hasta la fase f.o.b. sean de origen estadounidense, aún en el supuesto de que el contenido estadounidense represente una proporción importante del valor del producto final. Con arreglo a las normas estadounidenses de origen los bananos cultivados en Puerto Rico o Hawai son también productos estadounidenses, con independencia del porcentaje de insumos importados incorporado a ellos o utilizado en su cultivo.

²⁷⁸ Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.14.

²⁷⁹ Señalamos que, en el presente procedimiento, por lo menos en algunos casos, necesitaríamos basar nuestra determinación en datos sobre los insumos utilizados en la fabricación de LCA de Boeing y las fuentes de suministro de fuera de los Estados Unidos correspondientes a varios años atrás, a saber, el período de referencia 2011-2013 o incluso antes.

²⁸⁰ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 95 del Árbitro, párrafo 23. Previendo esta dificultad, la Unión Europea sostiene que el Árbitro debería, por lo tanto, limitarse al lugar de actividad productiva de los "proveedores de primer nivel" de las LCA de Boeing, a saber, los fabricantes de componentes cuyos bienes y servicios son utilizados directamente por Boeing en el ensamblaje final de sus LCA, al determinar la nacionalidad de los insumos. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 95 del Árbitro, párrafo 22). (no se reproducen las cursivas del original) No obstante, consideramos que esta delimitación al nivel de los proveedores de primer nivel es arbitraria. Los insumos intermedios de una LCA de Boeing fabricados por un Miembro distinto de los Estados Unidos podrían elaborarse a partir de materias primas suministradas por los Estados Unidos. Sobre la base del enfoque de la Unión Europea, en tal situación se consideraría que todo el valor añadido proviene de insumos no estadounidenses aunque este contenga materias primas provenientes de los Estados Unidos.

de exportación, más difícil resultaría en la práctica para el Miembro exportador del producto final inducir el cumplimiento a través de contramedidas.²⁸¹ A nuestro juicio, esto socavaría la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

6.147. Por último, ponemos de relieve la preocupación que plantea la Unión Europea de que se impongan dobles medidas correctivas como consecuencia de que otros Miembros cuyos productores suministran insumos a Boeing que son incorporados en las LCA de Boeing presenten reclamaciones contra ella. En la presente diferencia, ningún otro Miembro ha impugnado las subvenciones en litigio desde que los Estados Unidos presentaron su solicitud de celebración de consultas en 2004. Además, el riesgo de que los Miembros que producen los insumos inicien sus propias diferencias contra la misma parte demandada (a saber, la parte que mantiene una medida incompatible con la OMC contra el producto final que incorpora los insumos) existía en otras diferencias en que se llevó a cabo un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, y no tenemos conocimiento de que estos árbitros hayan hecho algún ajuste específico a raíz de ese riesgo. Por último, recordamos que un árbitro anterior explicó que los productores de insumos intermedios no pueden "reclamar una compensación o ... solicitar una autorización para suspender concesiones por razón de la anulación o menoscabo sufridos por otros Miembros de la OMC en relación con mercancías originarias de esos Miembros o procedentes de empresas proveedores de servicios que sean de su propiedad o estén bajo su control".²⁸²

6.148. A la luz de las consideraciones precedentes, nos negamos a excluir el valor de los componentes de LCA producidos por proveedores de fuera de los Estados Unidos e incorporados en LCA de Boeing del valor total de LCA de Boeing al determinar el nivel de las contramedidas que el OSD puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar.

6.3.4 Argumentos técnicos de la Unión Europea contra la metodología de los Estados Unidos

6.149. En la sección 6.3.4 se examinan argumentos más técnicos que la Unión Europea ha planteado en relación con la metodología de los Estados Unidos. La sección se desarrolla en cuatro partes. En primer lugar, se resume el enfoque técnico adoptado por los Estados Unidos para valorar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. En segundo lugar, se abordan ciertas consideraciones preliminares antes de pasar, en tercer y último lugar, a la valoración de las pérdidas de ventas y la obstaculización realizada por los Estados Unidos.

6.3.4.1 Resumen del enfoque técnico adoptado por los Estados Unidos para valorar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado

6.150. A modo de antecedentes, en la sección 6.3.4.1 se describe el enfoque técnico adoptado por los Estados Unidos para valorar los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia 2011-2013 se ha determinado. En una sección posterior, el Árbitro examina la razonabilidad de la valoración técnica de los Estados Unidos.

6.151. El enfoque técnico de los Estados Unidos consta de tres etapas.²⁸³ En la primera y la segunda etapa se calcula, respectivamente, el valor de las dos formas de efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el procedimiento sobre el cumplimiento, a saber, la pérdida de ventas y la obstaculización.²⁸⁴ En la última etapa se anualiza la suma de los valores de las pérdidas

²⁸¹ En virtud del enfoque sugerido por la Unión Europea, solo un procedimiento de solución de diferencias de la OMC bien coordinado por los distintos Miembros que suministren los insumos junto con los Estados Unidos como el productor de la mercancía final daría lugar a contramedidas del nivel solicitado por los Estados Unidos en el presente procedimiento (es decir, un nivel que se base en el valor total de las LCA adicionales de Boeing que se habrían vendido o entregado).

²⁸² Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.14. Ese Árbitro señaló además que estas alegaciones coincidentes darían lugar a la cuestión del doble cómputo y, por lo tanto, no debían admitirse.

²⁸³ A menos que se indique otra cosa, en esta sección se describe la metodología principal propuesta por los Estados Unidos para calcular las pérdidas de ventas y la obstaculización. Los enfoques alternativos propuestos por los Estados Unidos en respuesta a los argumentos de la Unión Europea se examinan en las secciones 6.3.4.3 y 6.3.4.4 *infra*.

²⁸⁴ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 32-53 y 82-89.

de ventas y la obstaculización expresados en dólares de los Estados Unidos de un año dado del período de referencia, a saber, 2013.²⁸⁵

6.152. El nivel anual medio de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (*AEDTE*) respecto de un período de referencia dado, expresado en dólares de los Estados Unidos de un año dado *T*, que proponen los Estados Unidos puede resumirse de la forma siguiente²⁸⁶:

$$\begin{aligned} \text{Media de AEDTE}_{\text{Período de referencia}}^{\text{en USD del año } T} = & \left(\sum_{\text{año del pedido } t} \text{Pérdida de ventas}_{\text{año del pedido } t}^{\text{en USD del año del pedido } t} \times \frac{IPP_{\text{año } T}}{IPP_{\text{año del pedido } t}} \right. \\ & \left. + \sum_{\text{año de entrega } s} \text{Obstaculización}_{\text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} \times \frac{IPP_{\text{año } T}}{IPP_{\text{año de entrega } s}} \right) \\ & \times \frac{12}{\text{Meses en el período de referencia}} \end{aligned} \quad (1)$$

donde *AEDTE*: nivel anual medio de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado

T: año de base/referencia

t: mes/año del pedido en el período de referencia (a saber, diciembre de 2011, año 2012 o año 2013)

Pérdida de ventas _{año del pedido *t*} ^{en USD del año del pedido *t*}: valor de la pérdida de ventas en el año del pedido *s* expresado en dólares de los Estados Unidos del mes/año del pedido *t*

Obstaculización _{año de entrega *s*} ^{en USD del año de entrega *s*}: valor de la obstaculización en el mes/año de entrega *s* expresado en dólares de los Estados Unidos del mes/año de entrega *s*

IPP_t: IPP de fabricación de CA en el mes/año del pedido *t*

Meses en el PR: número de meses en el período de referencia (a saber, 25 meses).

6.153. Como se muestra en la ecuación (1), los Estados Unidos proponen calcular primero el valor de las pérdidas de ventas y luego el valor de la obstaculización respecto del período de referencia 2011-2013.²⁸⁷ En otras palabras, los Estados Unidos proponen calcular por separado el valor de las pérdidas de ventas y de la obstaculización correspondiente a diciembre de 2011 (expresado en dólares de los Estados Unidos de diciembre de 2011), al año 2012 (expresado en dólares de los Estados Unidos de 2012) y al año 2013 (expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013). Cada uno de estos tres valores de las pérdidas de ventas y la obstaculización representa, respectivamente, el valor de las LCA adicionales que Boeing habría vendido (en el caso de las pérdidas de ventas) o entregado (en el caso de la obstaculización) en la situación hipotética en diciembre de 2011, el año 2012 o el año 2013:

$$\text{Pérdida de ventas}_{\text{año del pedido } t}^{\text{en USD del año del pedido } t} = \sum_i \text{Pérdida de ventas}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año del pedido } t} \quad (2)$$

$$\text{Obstaculización}_{\text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} = \sum_k \text{Obstaculización}_{\text{Mercado } k, \text{ año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} \quad (3)$$

donde *i*: aerolínea *i* cuyo pedido se perdió ante Airbus en el mes/año *t*

k: mercado geográfico *k* en el que se entregaron aeronaves Airbus en el mes/año *s*.

6.154. Los Estados Unidos proponen aplicar contramedidas sobre una base anualizada, y por este motivo calculan el nivel anual medio de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. No obstante, antes de calcular esta media anual, los Estados Unidos expresan la suma de los valores de las pérdidas de ventas y la obstaculización en dólares de los Estados Unidos de un mismo año aplicando la ratio del IPP de fabricación de CA en el año de base común *T* y el IPP de fabricación de CA en el mes/año del pedido *t* o en el mes/año de entrega *s*. Los Estados Unidos expresan el

²⁸⁵ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 90-100.

²⁸⁶ El símbolo Σ en la ecuación (1) corresponde al operador de la suma para cada mes/año *t* en el período de referencia: $\Sigma_{t=2012}^{2013} x_t = x_{2012} + x_{2013}$.

²⁸⁷ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 30.

nivel de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en dólares de los Estados Unidos del último año del período de referencia, a saber, 2013 ($T=2013$).

6.155. La Unión Europea formula varias críticas en relación con cada una de las etapas del enfoque de los Estados Unidos. Estas críticas se examinan más adelante en las secciones 6.3.4.2, 6.3.4.3 y 6.3.4.4.

6.3.4.1.1 Valoración de las pérdidas de ventas efectuada por los Estados Unidos

6.156. Según los Estados Unidos, el alcance de la valoración de las pérdidas de ventas en el presente procedimiento está determinado por las constataciones relativas a las pérdidas de ventas formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento. En el procedimiento sobre el cumplimiento se identificaron cinco pérdidas de ventas, relacionadas con tres modelos de LCA de Airbus de las "familias" de modelos A350XWB y A380, a saber, el A350XWB-900 (pérdida de ventas en relación con Singapore Airways), el A350XWB-1000 (pérdidas de ventas en relación con Cathay Pacific Airways y United Airlines), y el A380 (pérdidas de ventas en relación con Emirates y Transaero Airlines).²⁸⁸

6.157. Para valorar las pérdidas de ventas en la situación hipotética, los Estados Unidos primero identifican los modelos de Boeing que compiten más cercanamente con los tres modelos LCA de Airbus relacionados con las pérdidas de ventas. Los Estados Unidos identifican los modelos de Boeing que compiten más cercanamente en el contexto de las pérdidas de ventas, como se indica en el cuadro 1.²⁸⁹

Cuadro 1: Modelos de Airbus y modelos de Boeing competidores más próximos según los Estados Unidos²⁹⁰

Modelo de Airbus	Modelo de Boeing competidor más próximo
A350XWB-900	787-10
A350XWB-1000	777-300ER
A380	747-8I

6.158. Luego, los Estados Unidos especifican el número de pedidos que Boeing habría obtenido respecto de los modelos de Boeing competidores más próximos en la situación hipotética. En el contexto de las pérdidas de ventas, los Estados Unidos suponen que, de no haber existido las subvenciones de AEP/FEM en litigio, Boeing habría vendido y entregado el mismo número de LCA que Airbus efectivamente vendió. En el cuadro 2 se reproducen los pedidos hipotéticos de LCA de Boeing en los que los Estados Unidos basan su valoración. Según los Estados Unidos, los números de pedidos que proponen son compatibles con las constataciones relativas a las pérdidas de ventas formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento.²⁹¹

Cuadro 2: Pedidos hipotéticos de aeronaves de doble pasillo y de VLA de Boeing propuestos por los Estados Unidos

Mercado de productos	Campaña en que hubo pérdida de ventas	Modelo de Airbus	Modelo más próximo de Boeing	Año del pedido	Número de aeronaves pedidas en la situación hipotética
Doble pasillo Aeronaves de muy gran tamaño	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	777-300ER	2012	10
	Transaero Airlines	A380	747-8I	2012	4
Doble pasillo	Singapore Airways	A350XWB-900	787-10	2013	30
Doble pasillo	United Airlines	A350XWB-1000	777-300ER	2013	10
Aeronaves de muy gran tamaño	Emirates	A380	747-8I	2013	50

²⁸⁸ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 26-27.

²⁸⁹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 32-33.

²⁹⁰ Documento sobre metodología de los Estados Unidos, párrafo 33 (donde se invoca el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.1308, 6.1359-6.1360, 6.1370, 6.1792 y 6.1410; y Exposición de diapositivas de Airbus presentada por John Leahy, Gerente de Operaciones, Commercial update - Global Investor Forum (Prueba documental USA-2)).

²⁹¹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 32.

6.159. Los Estados Unidos proponen valorar cada venta perdida en el año en que se perdió el pedido correspondiente, utilizando únicamente la información de que habría dispuesto Boeing en el momento en el que Boeing habría obtenido el pedido. Los Estados Unidos definen el valor de cada venta perdida como el valor actualizado, en el momento en que se perdió el pedido, del precio de entrega neto previsto de la aeronave hipotética de Boeing en una fecha de entrega futura prevista.²⁹²

6.160. Para determinar las condiciones de fijación de precios hipotéticas relacionadas con cada venta perdida en cuestión, los Estados Unidos utilizan las condiciones de fijación de precios contractuales que figuran en un pedido en firme del modelo de Boeing competidor más próximo realizado efectivamente por la misma aerolínea, [[***]], uno o dos años después de la venta perdida frente a Airbus. Según los Estados Unidos, estos pedidos de comparación de Boeing, [[***]], proporcionan la mejor indicación disponible de los precios de entrega netos que los clientes que participaron en las ventas perdidas habrían pagado por el modelo de Boeing competidor más próximo en la situación hipotética. En cada uno de estos pedidos de comparación, [[***]], se especifica el precio bruto de la aeronave, así como las concesiones en materia de precios y la "fórmula de aumento". El precio bruto se expresa en dólares de los Estados Unidos del año de base. No obstante, el año de base no puede ser un año posterior al año del pedido. El precio neto de la aeronave, también expresado en dólares de los Estados Unidos del año de base, es la diferencia entre el precio bruto y las concesiones en materia de precios (expresada en dólares de los Estados Unidos del año de base).²⁹³

6.161. Dado que pueden pasar muchos años entre el momento del pedido y el de las entregas, los contratos de compra de aeronaves contienen una fórmula de aumento [[***]]. Esta fórmula determina el factor de aumento mensual que permite reajustar, a una fecha de entrega (futura) determinada, los precios del año de base teniendo en cuenta los incrementos de los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas que es de esperar que se produzcan para la fecha de entrega. La fórmula de aumento [[***]] convenida entre Boeing y la aerolínea respectiva se basa en [[***]]. En el caso de cada campaña en cuestión en que hubo pérdida de ventas, los Estados Unidos aplican los factores de aumento para transformar los precios de entrega netos (expresados en dólares de los Estados Unidos del año de base) en precios de entrega netos expresados en dólares de los Estados Unidos del año de entrega. Los Estados Unidos proponen utilizar [[***]] factores de aumento [[***]] indicados en el pedido de comparación [[***]] y el calendario de entrega acordado por contrato que figura en el contrato respectivo de Airbus.²⁹⁴

6.162. Según los Estados Unidos, los precios de entrega netos en dólares de los Estados Unidos del año de entrega reflejan el valor previsto de la aeronave que habría vendido Boeing, pero no reflejan el valor de la aeronave entregada en el momento en que se perdió la venta. Los Estados Unidos señalan que "la actividad económica de mañana no es tan valiosa como la de hoy" y proponen aplicar una tasa de actualización para determinar el valor actualizado de las LCA de Boeing en el momento de la pérdida de ventas pertinente si Boeing hubiera obtenido los pedidos. Los Estados Unidos proponen utilizar el tipo de interés de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años (tasa de los bonos del Tesoro) como la tasa de actualización adecuada porque representa el tipo de interés sobre la deuda soberana de los Estados Unidos y, por ende, revela el "precio que los Estados Unidos han tenido que pagar para transferir al presente una actividad económica del futuro". Al dividir los precios de entrega netos previstos de las aeronaves (expresados en dólares de los Estados Unidos del año de entrega) por el factor de actualización se obtiene el valor actualizado (al que a veces se hace referencia como el "valor actual") de las entregas de aeronaves futuras previstas, expresado en dólares de los Estados Unidos del año del pedido correspondiente.²⁹⁵

²⁹² Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 52-53.

²⁹³ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 46; y declaración de Boeing (Prueba documental USA-5 (ICC)).

²⁹⁴ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 42-43; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafo 158; declaración de Boeing (Prueba documental USA-5 (ICC)); Información de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific (Prueba documental USA-12 (ICSS)); Información de pedido del 747-8I por Transaero (Prueba documental USA-13 (ICSS)); Información de pedido del 787-10 por Singapore Airlines (Prueba documental USA-14 (ICSS)); Información de pedido del 777-300ER por United (Prueba documental USA-15 (ICSS)); e Información [[***]] de Emirates (Prueba documental USA-16 (ICSS)).

²⁹⁵ El factor de actualización para una combinación dada de año de pedido-año de entrega es igual al término $(1 + \text{Tasa de actualización})$ elevado a la potencia del número de años transcurridos entre el momento del pedido y el momento de la entrega. (Documento sobre metodología de los Estados Unidos, párrafos 49 y 51).

6.3.4.1.2 Valoración de la obstaculización efectuada por los Estados Unidos

6.163. En cuanto a la valoración de la obstaculización, los Estados Unidos sostienen que, en el presente procedimiento, el alcance de su valoración de la obstaculización está determinado por las constataciones de obstaculización formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento, que se refieren a las entregas del Airbus A380 en seis mercados geográficos (Australia, China, Corea, los Emiratos Árabes Unidos, Singapur y la Unión Europea).²⁹⁶

6.164. Al haber identificado el modelo Boeing 747-8I como el modelo que compite más cercanamente con el modelo Airbus A380, los Estados Unidos especifican el número de aeronaves 747-8I adicionales que se habrían entregado en los seis mercados geográficos en la situación hipotética durante el período de referencia 2011-2013. Los Estados Unidos suponen que, de no haber existido las subvenciones de AEP/FEM en litigio, durante el período de referencia 2011-2013 Boeing habría entregado en los seis mercados geográficos un número de aeronaves 747-8I adicionales igual al número de aeronaves A380 que Airbus entregó efectivamente en los seis mercados geográficos durante el mismo período. Los Estados Unidos también suponen que estas entregas hipotéticas adicionales se habrían producido en el mismo mes o año en que se efectuaron cada una de esas entregas de aeronaves A380. En el cuadro 3 se reproducen las entregas hipotéticas adicionales de VLA de Boeing en las que los Estados Unidos basan su valoración. Según los Estados Unidos, los números de entregas hipotéticas que proponen son compatibles con las constataciones sobre la obstaculización formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento.²⁹⁷

Cuadro 3: Entregas hipotéticas adicionales del Boeing 747-8I propuestas por los Estados Unidos

Mercado geográfico con obstaculización (Aerolíneas en cuestión)	Fecha de entrega	Número de entregas hipotéticas adicionales del Boeing 747-8I
Australia (Qantas Airways)	Diciembre de 2011	1
China (China Southern Airlines)	Diciembre de 2011	1
	2012	2
	2013	1
Unión Europea (Air France; British Airways; Lufthansa)	2012	4
	2013	4
Corea (Korean Air)	2012	1
	2013	2
Singapur (Singapore Airlines)	2012	5
Emiratos Árabes Unidos (Emirates)	Diciembre de 2011	2
	2012	11
	2013	13

6.165. Los Estados Unidos calculan el valor de la obstaculización en un mercado geográfico determinado en un mes/año determinado del período de referencia multiplicando el precio de entrega neto medio global (mundial) por aeronave de la aeronave 747-8I en el mes/año pertinente por el número de entregas hipotéticas de aeronaves 747-8I en el mes/año correspondiente. Según los Estados Unidos, estos precios de entrega netos medios globales por aeronave proporcionan la mejor indicación disponible de los precios de entrega netos que habrían pagado los clientes que habrían recibido aeronaves 747-8I adicionales en la situación hipotética.²⁹⁸

6.166. Los Estados Unidos calculan el precio de entrega neto medio global por aeronave de la aeronave 747-8I correspondiente a 2012 y 2013 dividiendo la suma de todos los precios de entrega netos de las entregas efectivas de aeronaves 747-8I en todo el mundo que tuvieron lugar en el año en cuestión por el número de aeronaves 747-8I entregadas en todo el mundo en el año en cuestión. Los Estados Unidos utilizan la información pertinente sobre estos precios de entrega netos de las aeronaves 747-8I que figura en [[***]]. En respuesta a un argumento de la Unión Europea de que el precio de entrega neto medio global por aeronave calculado por los Estados Unidos respecto

²⁹⁶ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 28.

²⁹⁷ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 82.

²⁹⁸ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 46.

a 2012 se había exagerado artificialmente por la inclusión de [[***]], los Estados Unidos excluyeron los precios de los 747-8I entregados a [[***]] que habían incluido en su cálculo inicial.²⁹⁹

6.167. En lo que respecta al precio de entrega correspondiente a 2011, cabe señalar que en 2011 en realidad no se entregó ninguna aeronave 747-8I y que, por lo tanto, no existen precios de entrega por aeronave reales de la aeronave 747-8I respecto de 2011. En consecuencia, los Estados Unidos proponen extrapolar el precio de entrega por aeronave del 747-8I correspondiente a 2011 multiplicando la ratio media de 2012-2013 entre el precio de entrega medio global por aeronave del 747-8I y el precio de pedido medio global por aeronave del 747-8I por el precio de *pedido* medio global por aeronave del 747-8I correspondiente a 2011.³⁰⁰

6.3.4.1.3 Anualización de los valores medios de la pérdida de ventas y la obstaculización

6.168. Los Estados Unidos proponen anualizar la suma de los valores totales de las pérdidas de venta y la obstaculización calculados respecto de los 25 meses del período de referencia 2011-2013. Al haber calculado por separado los valores de las pérdidas de venta y de la obstaculización correspondientes a diciembre de 2011 (expresados en dólares de los Estados Unidos de diciembre de 2011), al año 2012 (expresados en dólares de los Estados Unidos de 2012) y al año 2013 (expresados en dólares de los Estados Unidos de 2013), los Estados Unidos proponen expresar en dólares de los Estados Unidos de 2013 los valores de las pérdidas de ventas y la obstaculización que se produjeron en diciembre de 2011 y el año 2012. Los Estados Unidos proponen esto para expresar los valores de los efectos desfavorables cuya existencia en los 25 meses del período de referencia 2011-2013 se ha constatado sobre una base monetaria común. Los Estados Unidos proponen además aplicar el IPP de fabricación de CA a los valores de las pérdidas de ventas y de la obstaculización correspondientes a 2011 y 2012 a fin de reajustarlos y obtener sus valores reajustados correspondientes a 2013. Los Estados Unidos consideran que este índice IPP es el índice adecuado para realizar este reajuste porque el IPP de fabricación de CA mide la evolución global de los precios al nivel del productor de aeronaves (a saber, Boeing). Más concretamente, los Estados Unidos realizan este reajuste multiplicando, respectivamente, los niveles de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado correspondientes a diciembre de 2011 y 2012 por la ratio entre el IPP de fabricación de CA de 2013 y el IPP de fabricación de CA de diciembre de 2011 o la ratio entre el IPP de fabricación de CA de 2013 y el IPP de fabricación de CA de 2012, como se resume en el cuadro 4 a continuación.³⁰¹

Cuadro 4: Panorama general de la anualización de las pérdidas de ventas y la obstaculización realizada por los Estados Unidos

Período de referencia	Efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (en \$EE.UU. del año de pedido/entrega)	Ratio del IPP de fabricación de CA	Efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (AEDTE) (en \$EE.UU. de 2013)	Anualización	Media anual de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (AEDTE) (en \$EE.UU. de 2013)
Diciembre de 2011	(Pérdidas de ventas + obstaculización)	$\times \frac{IPP_{2013}}{IPP_{Dic\ 2011}}$	$= AEDTE_{en\ dic\ 2011}$		
2012	(Pérdidas de ventas + Obstaculización)	$\times \frac{IPP_{2013}}{IPP_{2012}}$	$= AEDTE_{en\ 2012}$		
2013	(Pérdidas de ventas + Obstaculización)	$\times 1$	$= AEDTE_{en\ 2013}$		
Total			<i>Total de AEDTE</i>	$\times \frac{12}{25}$	$= \text{Media de AEDTE}$

6.169. Al colocar todos los valores estimados de las pérdidas de ventas y la obstaculización en una base común de dólares de los Estados Unidos de 2013, a continuación estos valores se pueden directamente agregar y anualizar para obtener un nivel anual medio de los efectos desfavorables

²⁹⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 244-254; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 61 del Árbitro, párrafo 42; Declaración de Boeing (Prueba documental USA-5 (ICC)); y Segunda revisión de los precios de entrega globales del 747-8I correspondientes a 2012 y 2013 (revisión de la Prueba documental USA-26 (ICSS)) (Prueba documental USA-103 (ICSS)).

³⁰⁰ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 88.

³⁰¹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 90 y 94-96.

correspondientes al período de referencia 2011-2013 expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013 sin que sea necesario protegerlo como ICC o ICSS.³⁰²

6.170. Por último, el Árbitro observa que, por medio de este enfoque de tres etapas, los Estados Unidos calculan un valor total anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013, que asciende aproximadamente a USD 10.130 millones.³⁰³

6.3.4.2 Consideraciones preliminares

6.171. En la sección 6.3.4.2, se abordan determinadas cuestiones preliminares aplicables a la valoración que hacemos *infra* tanto sobre la pérdida de ventas como sobre la obstaculización. En primer lugar, se tratan determinadas cuestiones generales en materia de pruebas. En segundo lugar, se analizan los "modelos de Boeing competidores más próximos", identificados por los Estados Unidos en sus comunicaciones. En tercer lugar, se examina una solicitud presentada por la Unión Europea para que el Árbitro determine contramedidas específicas respecto de los mercados de productos. Por último, se evalúa la solicitud de la Unión Europea de que se deduzca el valor de determinados servicios de los precios de las LCA de Boeing pertinentes.

6.3.4.2.1 Cuestiones probatorias generales

6.172. En las partes subsiguientes de la presente decisión, y en consonancia con nuestro mandato, el Árbitro determina los valores de los pedidos de LCA, que Boeing habría obtenido en la situación hipotética de haber ganado las ventas que perdió, y de las entregas de LCA, que Boeing habría realizado en la situación hipotética de no haber sufrido la obstaculización. Como se expone más detalladamente en las secciones siguientes, estas valoraciones entrañan distintas determinaciones relativas a los valores de las LCA de Boeing que se habrían pedido y entregado en el caso de la pérdida de ventas y de la obstaculización, respectivamente. Habida cuenta de que, naturalmente, dichos pedidos y entregas hipotéticos en realidad no se produjeron, debemos estimar sus valores basándonos en una metodología adecuada y la información que nos han facilitado las partes. Así pues, ahora explicamos brevemente los principios generales que orientan nuestra manera de abordar las metodologías propuestas por las partes y la información que estas han facilitado.

6.173. Con respecto al criterio jurídico que rige nuestra evaluación de los supuestos subyacentes en las metodologías propuestas por las partes, tomamos nota de las observaciones, que compartimos, formuladas por el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* en el sentido de que esos "'supuestos deberían ser razonables, teniendo en cuenta las circunstancias de la diferencia'. También consideramos pertinente la constatación formulada en varios procedimientos de arbitraje de que los supuestos deberían estar

³⁰² La anualización se calcula dividiendo la suma de las pérdidas de ventas y la obstaculización por el número total de meses del período de referencia (a saber, 25 meses) y multiplicando este resultado por el número total de meses en un año (es decir, 12 meses).

³⁰³ A lo largo del presente procedimiento, los Estados Unidos revisaron en dos ocasiones el valor total anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado que han propuesto. Inicialmente los Estados Unidos calcularon un valor anualizado de efectos desfavorables que ascendía aproximadamente a USD 10.560 millones, en dólares de los Estados Unidos de 2013, lo que reflejaba el uso de los calendarios de entregas de Airbus estimados por Boeing y la inclusión de los denominados ["***"] en el cálculo del precio medio global de la obstaculización correspondiente a 2012. (Documento sobre metodología de los Estados Unidos, párrafo 97; y Agregación de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado por año (Prueba documental USA-22 (ICSS)). Para reducir al mínimo los puntos de discrepancia con la Unión Europea, posteriormente los Estados Unidos recalcularon el valor de la obstaculización excluyendo los denominados ["***"] de su cálculo del precio medio global de la obstaculización correspondiente a 2012. El valor anualizado correspondiente de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado asciende aproximadamente a USD 10.180 millones, en dólares de los Estados Unidos de 2013. (Agregación revisada de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado por año (revisión de la Prueba documental USA-22 (ICSS)) (Prueba documental USA-28 (ICSS))). Por último, los Estados Unidos recalcularon el valor de las pérdidas de ventas sustituyendo los calendarios de entrega de Airbus estimados por los verdaderos calendarios de entregas contractuales presentados por la Unión Europea. El valor anualizado correspondiente de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado asciende aproximadamente a USD 10.130 millones, que es la cifra que reflejamos *supra*. (Segunda agregación revisada de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado por año. (revisión de la Prueba documental USA-28 (ICSS)) (Prueba documental USA-99 (ICSS)).

basados en 'información fidedigna, fáctica y verificable'.³⁰⁴ Además, en consonancia con nuestra función resolutoria, realizaremos nuestra evaluación de los argumentos de las partes y las pruebas obrantes en el expediente de una manera objetiva.

6.174. Señalamos también que, en general, las negociaciones sobre la venta de LCA obedecen a una interacción compleja de factores, entre otros, factores específicos de cada cliente y algunos factores incuantificables.³⁰⁵ Por tanto, en el contexto del presente procedimiento, no nos hallamos solo ante interacciones económicas complejas entre aerolíneas clientes y fabricantes de LCA. Complica aún más nuestra labor el hecho de que debemos estimar el valor de ventas y entregas hipotéticas de Boeing, incluidas las condiciones de venta conexas (número de aeronaves, precio, calendario de entregas) que habrían sido específicas de cada contrato negociado. A falta de pruebas directas reales, un ejercicio así por su propia naturaleza acarrea cierto grado de incertidumbre y, por lo tanto, arrojará un resultado con cierto grado de aproximación.³⁰⁶

6.175. A la luz de lo anterior, debemos tratar de asegurar que no solo nuestro enfoque metodológico, sino también nuestra estimación cuantitativa concreta estén respaldados, de ser posible, por información fidedigna y verificable. A tal efecto, hemos hecho todos los esfuerzos que estaban razonablemente a nuestro alcance para solicitar información adicional a las partes a fin de completar el expediente. No obstante, cuando en última instancia no tuvimos acceso a determinada información que requeríamos (por ejemplo, porque no está fácilmente disponible), extrajimos las inferencias adecuadas a partir de la mejor información disponible obrante en el expediente, siempre que la mejor información de que disponíamos fuese en sí misma fidedigna y verificable.³⁰⁷

6.176. En relación con la cuestión de la información disponible, señalamos que la Unión Europea planteó algunas preocupaciones respecto del debido proceso. En sus observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos a una pregunta del Árbitro planteada después de la reunión con las partes, la Unión Europea afirmó que el hecho de que los Estados Unidos no presentasen pruebas basadas en fuentes primarias en las que se demostrara la fiabilidad de determinada información

³⁰⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.16 (no se reproducen las notas a pie de página) (donde se citan las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.5; *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.3; y *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.54). Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.127 (donde se indica que "al calcular el nivel de la anulación o menoscabo 'es preciso basarse exclusivamente en información fidedigna y verificable y no en especulaciones'") (donde se cita la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.63).

³⁰⁵ Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafos 6.1185-6.1189, 6.1216-6.1223 y 6.1412; las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 60, párrafo 134, y 61, párrafos 150-157 y 187, del Árbitro; la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 195-196; las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 60, párrafo 23, y 61, párrafo 32, del Árbitro; y Correo electrónico de Boeing de [[***]] (13 de diciembre de 2018) (Prueba documental USA-35 (ICC)).

³⁰⁶ El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* adoptó una postura similar cuando tuvo que aplicar el apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC y, en particular, la orientación de que la autoridad investigadora, al calcular el beneficio que obtiene una empresa de una supuesta subvención, debe tener en cuenta "la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado". Es importante reproducir íntegramente la declaración pertinente del Grupo Especial:

Tomamos nota, en primer lugar, de las palabras "la cantidad que [esa empresa] pagaría por un préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado". A nuestro juicio, el uso aquí del condicional, en conjunción con la referencia a la situación del prestatario de que se trata, indica que por lo que respecta a los préstamos el carácter sumamente individualizado de los empréstitos ... a menudo restringirá la capacidad de una autoridad investigadora para buscar un préstamo comercial existente comparable obtenido por el prestatario investigado que pueda utilizarse como punto de referencia para el préstamo del gobierno investigado, lo que significa que será inevitable algún grado de aproximación. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 10.177).

³⁰⁷ Véanse también el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), párrafo 4.28 (donde se declara que "a falta de cifras basadas en hechos, trataron de utilizar estimaciones que ... parecieran razonables sobre la base de la información disponible"); y las decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.101 (donde se declara que "si un Miembro ha presentado la mejor información disponible, puede ser adecuado que un árbitro decida aceptarla en ese procedimiento concreto").

utilizada en la metodología de valoración de los Estados Unidos infringía los derechos al debido proceso de la Unión Europea.³⁰⁸ En la siguiente ronda de preguntas formuladas a las partes para las que se solicitaban respuestas escritas, el Árbitro y la Unión Europea pidieron a los Estados Unidos que aportaran, entre otras cosas, dicha documentación basada en fuentes primarias. Los Estados Unidos facilitaron los documentos solicitados en sus respuestas a la tercera ronda de preguntas a las partes que presentaron el 15 de marzo de 2019. Desde esta presentación, por consiguiente, la Unión Europea estuvo en posesión de dichos documentos basados en fuentes primarias.³⁰⁹

6.177. El 8 de abril de 2019, la Unión Europea presentó observaciones sobre la comunicación de los Estados Unidos de 15 de marzo de 2019. En dichas observaciones, la Unión Europea planteó una nueva objeción relativa al debido proceso, a saber, que "el derecho de la Unión Europea al debido proceso, que garantiza una oportunidad válida de responder al argumento formulado por los Estados Unidos", se veía comprometido por la presentación de documentos de los Estados Unidos de 15 de marzo de 2019.³¹⁰ La Unión Europea formula las siguientes observaciones en respaldo de este argumento: a) las pruebas presentadas eran voluminosas y complejas, b) los Estados Unidos habían "retenido" información que podía y debía haberse presentado con anterioridad en el procedimiento, lo que habría dado a la Unión Europea "múltiples oportunidades" de responderle, y no solo una, c) la presentación tardía de pruebas por los Estados Unidos y las limitadas oportunidades que tuvo la Unión Europea de examinarlas socavan el valor del debate entre las partes y, en relación con ello, impiden que el Árbitro haga una "evaluación objetiva" del asunto que le ha sido sometido, y d) la repercusión de la presentación tardía de los Estados Unidos se vio agravada por el hecho de que la Unión Europea tuvo que trabajar en sus comunicaciones relativas al cuarto conjunto de preguntas del Árbitro al mismo tiempo que estaba trabajando en sus observaciones sobre las comunicaciones probatorias en cuestión de los Estados Unidos.³¹¹

6.178. El Órgano de Apelación ha explicado que "[c]omo regla general, el debido proceso exige que se conceda a cada parte una oportunidad válida para formular observaciones sobre los argumentos y las pruebas presentados por la otra".³¹² Esta oportunidad tiene que ser "válida en el sentido de que esa parte pueda defenderse suficientemente".³¹³ Así pues, una indagación sobre si se ha respetado el debido proceso en un caso determinado depende de la consideración de factores generales y específicos de cada caso, que pueden incluir el comportamiento de las partes, la cuestión a la que se refieren las pruebas pertinentes y las circunstancias que rodean su presentación, y las facultades discrecionales del Árbitro.³¹⁴

6.179. Al evaluar la objeción respecto del debido proceso formulada por la Unión Europea, es importante identificar las pruebas cuya presentación, según alega la Unión Europea, infringió sus derechos al debido proceso. La Unión Europea plantea sus preocupaciones relativas al debido proceso en el contexto de sus observaciones sobre las respuestas de los Estados Unidos a cuatro preguntas distintas, esto es, las preguntas 93, 115, 135 y 136.³¹⁵ Por lo tanto, limitamos nuestro

³⁰⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 96 del Árbitro, párrafo 37.

³⁰⁹ La Unión Europea sigue aduciendo que la información de los Estados Unidos es "incompleta, incoherente y no verificable" en aspectos importantes. No obstante, la Unión Europea no plantea objeciones relativas al debido proceso al formular estos argumentos concretos. (Observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a la pregunta 135, sección B, del Árbitro, párrafos 356-367). (Véanse los párrafos 6.312. -6.318. *infra*) (donde se analizan estas supuestas deficiencias).

³¹⁰ La Unión Europea presentó estas objeciones en sus observaciones sobre las respuestas de los Estados Unidos a cuatro preguntas diferentes del Árbitro. (Observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 93, 115, 135 y 136 del Árbitro).

³¹¹ El Árbitro envió el cuarto conjunto de preguntas a las partes el 28 de febrero de 2019, debiéndose presentar las respuestas el 22 de marzo de 2019 y las observaciones sobre las respuestas de la otra parte el 12 de abril de 2019. (Comunicación a las partes de 1º de marzo de 2019).

³¹² Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150.

³¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 270. Según el Órgano de Apelación, el debido proceso también está intrínsecamente vinculado con las ideas de equidad, imparcialidad y los derechos de las partes a ser oídas y a que se les conceda una oportunidad adecuada de llevar adelante sus alegaciones, exponer sus defensas y demostrar los hechos en el contexto de un procedimiento llevado a cabo de manera equilibrada y ordenada, de acuerdo con normas establecidas. (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 147).

³¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 155.

³¹⁵ En un caso, el alcance de la objeción de la Unión Europea parece limitarse al contenido de la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta pertinente. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 136 del Árbitro, párrafos 403-406). En los otros tres casos, a

análisis al contenido de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 93, 115, 135 y 136. Para facilitar su identificación, nos referimos a este contenido (tanto al contenido de la comunicación como a las pruebas documentales presentadas con esta) como la información impugnada.

6.180. A continuación, analizamos el comportamiento de las partes. Los Estados Unidos facilitaron la información impugnada en respuesta a preguntas directas planteadas por el Árbitro y la Unión Europea. La comunicación de los Estados Unidos de 15 de marzo de 2019 fue, por lo tanto, conforme al Procedimiento de trabajo y la Unión Europea no formula alegaciones en otro sentido.³¹⁶ Además, no consideramos que los Estados Unidos tuvieran que facilitar necesariamente la información impugnada con anterioridad en el procedimiento de arbitraje. La razón de ello es que la finalidad de las cuatro preguntas en respuesta de las cuales se presentó la información impugnada era: a) presentar una tasa de cancelación alternativa que pudiera utilizarse para estimar la probabilidad de que determinados pedidos realizados de conformidad con la "pérdida de ventas" se cancelasen³¹⁷, b) obtener documentación basada en fuentes primarias en relación con [[***]] a un cliente que la Unión Europea, pero no los Estados Unidos, había propugnado utilizar como pedido de comparación en el contexto de la pérdida de ventas³¹⁸, c) obtener documentación basada en fuentes primarias para confirmar la exactitud de la información no basada en fuentes primarias presentada anteriormente por los Estados Unidos relativa a posibles pedidos de comparación en los contextos

pesar de que las objeciones parecen referirse en un principio al contenido de las respuestas de los Estados Unidos a esas preguntas, también contienen o incorporan por referencia texto que remite al contenido de la comunicación de los Estados Unidos en su conjunto. (Observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a la pregunta 93, párrafos 2-3 ("*Más generalmente, todo el planteamiento* de los Estados Unidos respecto a la aportación de pruebas ha comprometido, de manera inaceptable, el derecho al debido proceso de la Unión Europea") (sin cursivas en el original) y nota 3 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135, sección A, del Árbitro), a la pregunta 115, nota 257 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135, sección A, del Árbitro) y a la pregunta 135, sección A, del Árbitro (donde se hace referencia al volumen completo de la comunicación de los Estados Unidos de 15 de marzo de 2019)).

No obstante, consideramos que una lectura detenida de este último texto indica que constituye simplemente contexto para entender las objeciones más directas de la Unión Europea relativas al contenido específico de la respuesta de los Estados Unidos a estas cuatro preguntas. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135, sección A, del Árbitro, párrafos 351-355 (donde se especifica que la objeción al debido proceso formulada por la Unión Europea se refiere al "grueso" de las comunicaciones probatorias de los Estados Unidos, esto es, "datos sobre pedidos y [[***]]", que parecería comprender todas las pruebas documentales presentadas en respuesta a las preguntas 93, 115, 135 y 136 del Árbitro, menos Cálculo de la tasa de supervivencia (Prueba documental USA-65 (ICSS)); y Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 136, 139-142 (Prueba documental USA-101 (ICSS)), que también incluimos en nuestro análisis)).

³¹⁶ El Procedimiento de trabajo prevé que "las pruebas necesarias a los efectos de las réplicas, las respuestas a las preguntas o las observaciones sobre las respuestas de la otra parte" pueden presentarse después de la reunión sustantiva, la cual se celebró en febrero de 2019. (Procedimiento de Trabajo del Árbitro, anexo A-1, párrafo 5.1). Señalamos que los Estados Unidos presentaron el apéndice con su versión ICSS y las pruebas documentales ICSS conexas a la comunicación de 15 de marzo de 2019 el 18 de marzo de 2019, tres días después del vencimiento del plazo para la presentación. Esto está permitido de conformidad con el Procedimiento ICC/ICSS, y la Unión Europea no presentó objeciones al respecto. Asimismo, señalamos que "el procedimiento de solución de diferencias de la OMC no implica ninguna secuencia temporal determinada en materia de prueba. Ambas partes aducirán pruebas en respaldo de sus propios argumentos o para refutar los argumentos de la otra parte en distintas etapas de una diferencia, a veces de manera simultánea, a lo largo de todo el procedimiento". (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.50). Somos conscientes de que la observancia del Procedimiento de trabajo no es necesariamente determinante respecto de si se ha respetado el debido proceso. (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 155).

³¹⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Árbitro. La Unión Europea aduce que los Estados Unidos debían haber proporcionado esta alternativa en su respuesta a la pregunta 73 del Árbitro, que figuraba en el segundo conjunto de preguntas enviado a las partes. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Árbitro, párrafo 187). No obstante, señalamos que en esa pregunta no se pedía a los Estados Unidos que presentasen una metodología alternativa en este contexto, sino que respondieran a la afirmación básica de la Unión Europea de que una tasa de actualización debe incluir un componente que refleje el riesgo de cancelación. Los Estados Unidos así lo hicieron, aduciendo que dicha tasa de cancelación no debe utilizarse en absoluto, pero además afirmaron que existían determinados errores en la metodología propuesta por la Unión Europea en este contexto. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 73 del Árbitro).

³¹⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 209-218; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 28, párrafo 418, y 67, párrafo 233, del Árbitro; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 93 del Árbitro.

de pérdida de ventas y obstaculización, d) obtener documentación adicional basada en fuentes primarias relativa a los posibles pedidos de comparación mencionados en el apartado c) *supra* que solicitó la Unión Europea y/o el Árbitro, pero que los Estados Unidos no habían utilizado en su metodología anteriormente³¹⁹, y e) obtener ejemplos de la manera en que se calcularon los factores de aumento utilizando fórmulas sobre los aumentos en determinados pedidos de comparación posibles que los Estados Unidos habían facilitado anteriormente en los contextos de pérdida de ventas y obstaculización.³²⁰

6.181. Asimismo, señalamos que todos los datos numéricos que los Estados Unidos utilizaron en su metodología estaban, antes de la recepción de la información impugnada, respaldados en el documento sobre la metodología de los Estados Unidos por comunicaciones probatorias de algún tipo y los Estados Unidos no se basaron en la información impugnada para plantear ante el Árbitro cuestiones técnicas sustantivas nuevas.

6.182. Además, señalamos que la Unión Europea dispuso de 24 días para formular observaciones sobre la información impugnada. La Unión Europea presentó 93 páginas de observaciones escritas acompañadas de una prueba documental ICSS. En estas observaciones, la Unión Europea responde a cada una de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 93, 115, 135 y 136. La Unión Europea analizó la información impugnada y, al hacerlo, también propuso "correcciones" respecto de la valoración. La Unión Europea no presentó ninguna solicitud para que se prorrogara el plazo para formular observaciones sobre la información impugnada.³²¹ Asimismo, señalamos que la propia Unión Europea solicitó gran parte de la información impugnada en forma de documentación basada en fuentes primarias³²², y nos parece razonable creer que la Unión Europea era consciente del tipo de información que recibiría.³²³

6.183. A continuación, abordamos las pruebas en cuestión y las circunstancias que rodean su presentación. La información impugnada consiste en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 93, 115, 135 y 136, que a grandes rasgos trataban de la información que figura en las 27 pruebas documentales que acompañan a estas respuestas.³²⁴ El grueso de las pruebas documentales se compone de información basada en fuentes primarias relativa a [[***]], pedidos, [[***]] o [[***]] de Boeing que fueron analizados como posibles pedidos de comparación en el contexto de la pérdida de ventas y la obstaculización. El volumen de las 27 pruebas documentales era considerable, con un total de 1.875 páginas, todas ellas ICSS.³²⁵ Como ya se ha señalado, la documentación basada en fuentes primarias relativa a [[***]], pedidos, [[***]] o [[***]] se facilitó para respaldar información presentada anteriormente o se presentó en respuesta a la solicitud de la Unión Europea y/o del Árbitro.³²⁶

³¹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 2-6 de la Unión Europea.

³²⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 136 del Árbitro. Señalamos que esta información específica fue solicitada para aclarar cómo se había reconstruido un determinado factor de aumento utilizado por los Estados Unidos para calcular el precio de la LCA relativas a una pérdida de ventas concreta.

³²¹ El Árbitro prorrogó otros plazos para las preguntas y las observaciones en respuesta a solicitudes de las partes. (Véanse la comunicación de los Estados Unidos (28 de febrero de 2019) (donde se solicita una prórroga del plazo para la presentación de respuestas a las preguntas del Árbitro; la comunicación de la Unión Europea (28 de febrero de 2019) (donde se solicita una prórroga de los plazos para la presentación de respuestas a las preguntas del Árbitro y la presentación de observaciones sobre las respuestas); y la comunicación del Árbitro a las partes relativa a la solicitud de las partes de una prórroga de los plazos (1º de marzo de 2019) (donde se prorrogan los plazos para la presentación de respuestas a las preguntas del Árbitro y la presentación de observaciones sobre las respuestas)).

³²² Preguntas 1-7 de la Unión Europea a los Estados Unidos.

³²³ Señalamos que la propia Unión Europea ha presentado documentación sobre pedidos de Airbus basada en fuentes primarias que presenta una complejidad similar a la documentación sobre pedidos de Boeing basada en fuentes primarias que conforma el grueso de la información impugnada.

³²⁴ Pregunta 93: Prueba documental USA-59 (ICSS). Pregunta 115: Prueba documental USA-65 (ICSS). Pregunta 135: Pruebas documentales USA-68 (ICSS) a USA-71 (ICSS), Pruebas documentales USA-73 (ICSS) a USA-81 (ICSS), Prueba documental USA-87 (ICSS) y Pruebas documentales USA-89 (ICSS) a USA-97 (ICSS). Pregunta 136: Prueba documental USA-85 (ICSS) y Prueba documental USA-101 (ICSS).

³²⁵ Esto representaba la mayoría del volumen total de las pruebas documentales que los Estados Unidos presentaron con su comunicación de 15 de marzo de 2019, es decir, 46 pruebas documentales que ocupaban más de 2.000 páginas en total, la mayoría de ellas ICSS.

³²⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 96 del Árbitro, párrafos 37-40; declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, párrafos 102-111; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 93, 115, 135 y 136 del Árbitro; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 1-7 de la Unión

6.184. A la luz de todas las consideraciones anteriores, no podemos aceptar la alegación de la Unión Europea de que fue privada de una oportunidad válida de responder a la información impugnada o, de hecho, a cualquier información contenida en la comunicación de los Estados Unidos de 15 de marzo de 2019. En particular, recordamos que la información impugnada fue presentada de conformidad con el Procedimiento de trabajo; se presentó en respuesta a las solicitudes que hicieron el Árbitro y/o la Unión Europea en forma de preguntas escritas; la Unión Europea dispuso de más de tres semanas para responder a la información impugnada; y la Unión Europea no solicitó que se prorrogase el plazo para responder a la información impugnada.

6.3.4.2.2 Modelos competidores más próximos

6.185. Como se indica *supra*, los Estados Unidos cuantifican el valor de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" calculando el valor de las LCA que Boeing habría vendido si hubiera obtenido las ventas perdidas y no hubiera sufrido la obstaculización.³²⁷ Para realizar ese cálculo, los Estados Unidos identifican los modelos de LCA de Boeing que, a su juicio, compiten más cercanamente con los modelos de LCA de Airbus que fueron objeto de las constataciones sobre el cumplimiento formuladas en relación con la pérdida de ventas (a saber, los modelos A350XWB-900 y A350XWB-1000) y la obstaculización (a saber, el modelo A380). En el cuadro 5 *infra* se indican los modelos de Boeing competidores más próximos según los Estados Unidos.

Cuadro 5: Competidores más próximos de los modelos de Airbus según los Estados Unidos³²⁸

Modelo de Airbus	Modelo de Boeing competidor más próximos
A350XWB-900	787-10
A350XWB-1000	777-300ER
A380	747-8I

6.186. La Unión Europea no discute los pares expuestos por los Estados Unidos.

6.187. El Árbitro señala que los Estados Unidos presentaron una exposición de diapositivas de John Leahy, Gerente de Operaciones de Airbus, en la que se comparaban los modelos A350XWB-900 y A350XWB-1000 de Airbus con los modelos 787-10 y 777-300ER de Boeing, respectivamente, para poner de relieve las ventajas operativas y técnicas que esos modelos de Airbus tienen en comparación con sus respectivos competidores de Boeing.³²⁹ Asimismo, los Estados Unidos hacen referencia a artículos de medios informativos en que se yuxtaponen las capacidades del modelo A350XWB-900 de Airbus y las del modelo 787-10 de Boeing.³³⁰ Observamos además que el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataron que, en general, la familia de aeronaves A350XWB de Airbus (a saber, aeronaves de doble pasillo) y las familias de aeronaves 787 y 777 de Boeing (a saber, aeronaves de doble pasillo) compiten en el mismo mercado de productos de doble pasillo, y que los modelos A380 de Airbus y 747-8I de Boeing compiten en el mismo mercado de productos de VLA.³³¹ A la luz de estas pruebas y constataciones, y al no haber desacuerdo entre las partes a este respecto, no vemos fundamento alguno para disentir de la

Europea. Señalamos que hubo una gran coincidencia entre la información basada en fuentes primarias solicitada por el Árbitro y la requerida por la Unión Europea. De hecho, como ya se ha señalado, una de las razones principales por las que el Árbitro solicitó dicha información fue las quejas previas de la Unión Europea en el sentido de que dicha documentación basada en fuentes primarias debía constar en el expediente. (Compárense el tercer conjunto de preguntas del Árbitro a las partes, sección 4 ("solicitudes en materia de pruebas") (19 de febrero de 2019), y las preguntas 1-7 de la Unión Europea a los Estados Unidos).

³²⁷ Documento sobre metodología de los Estados Unidos, párrafo 31.

³²⁸ Documento sobre metodología de los Estados Unidos, párrafo 33.

³²⁹ Exposición de diapositivas de Airbus presentada por John Leahy, Gerente de Operaciones, *Commercial update - Global Investor Forum*, diapositivas 43-44 (12 de diciembre de 2013) (titulada "A350-900 capability versus 787-10" ("Capacidades del A350-900 frente al 787-10")) (Prueba documental USA-2).

³³⁰ *Emirates to choose between A350-900 and 787-10 next year*, Murdo Morrison, FlightGlobal (1º de octubre de 2015) (Prueba documental USA-3); y *Wide Body Battle: Boeing 787-10 Or Airbus A350-900?*, Dhierin Bechai, Seeking Alpha (19 de diciembre de 2014) (Prueba documental USA-4).

³³¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.513 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1370); e informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 6.1308, 6.1359-6.1360, 6.1370 (mercado de productos de doble pasillo) y 6.1410 (mercado de productos de VLA).

identificación por los Estados Unidos de los modelos de Boeing competidores más próximos expuesta *supra* y la adoptamos a los efectos de nuestro propio cálculo.³³²

6.3.4.2.3 Contramedidas específicas respecto de los mercados de productos

6.188. La Unión Europea sostiene que el Árbitro "debe calibrar y cuantificar un nivel de contramedidas que sea proporcionado a los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado *en cada uno de los mercados de productos en cuestión*".³³³ Según la Unión Europea, el texto del párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC respalda su posición, porque esa disposición exige que las contramedidas sean "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". La Unión Europea recuerda a este respecto que el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataron que los efectos desfavorables tuvieron lugar en dos mercados de productos distintos, a saber, el mercado de productos de LCA de doble pasillo y el mercado de productos de VLA, y, por tanto, a juicio de la Unión Europea, el Árbitro "debe formular constataciones separadas para cada mercado de productos" a fin de que las contramedidas sean "proporcionadas al grado y naturaleza" de esos efectos desfavorables.³³⁴ La Unión Europea también aduce que hacerlo sería compatible con el enfoque adoptado en decisiones arbitrales anteriores y, en particular, en la decisión del Árbitro en *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*). Por último, la Unión Europea señala que el hecho de que "ha[ya] adoptado medidas diferentes para lograr el cumplimiento en cada mercado de productos"³³⁵ respalda su solicitud en este contexto, ya que, si el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento constata que la Unión Europea ha logrado el cumplimiento en uno de los dos mercados de productos pertinentes, la cuantía de las contramedidas "se debería reducir en consecuencia, para 'manten[er] la [correspondencia]' y asegurarse de que las medidas sean 'temporales'".³³⁶

6.189. Los Estados Unidos aducen que el Árbitro "no está obligado a determinar, por separado para cada mercado de productos, un nivel de contramedidas que se corresponda con los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado".³³⁷ Los Estados Unidos afirman que no hay nada en el texto ni en el contexto de las partes pertinentes del Acuerdo SMC que contenga esa prescripción, y ningún árbitro anterior ha constatado que ese Acuerdo establezca una prescripción de ese tipo. Sin embargo, los Estados Unidos observan que, en cualquier caso, "la metodología [de

³³² Reconocemos que los pares expuestos *supra* tienen por objeto identificar los modelos competidores más próximos, pero no los únicos modelos competidores. En este contexto, recordamos en primer lugar que un modelo de LCA determinado no solo competirá en cierta medida con todas las demás aeronaves correspondientes a su mercado de productos (por ejemplo, el modelo 777-300ER de Boeing podrá competir ocasionalmente con el modelo A330 de Airbus), sino que, a veces, competirá contra LCA correspondientes a otros mercados de productos. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 6.1416 (donde se explica que "también puede haber relaciones de competencia importantes entre pares o combinaciones de aeronaves en dos, o incluso en los tres, mercados de productos") (las cursivas figuran en el original))

³³³ Declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, párrafo 80. (las cursivas figuran en el original) Observamos que la Unión Europea, en otras partes de sus comunicaciones, parece indicar que el Árbitro *no tiene que hacerlo, pero puede, según sus facultades discrecionales*, proporcionar cuantías de contramedidas separadas con respecto a cada mercado de productos. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 74 (donde se aduce que "[e]l desacuerdo principal entre las partes corresponde a la cuestión de si, en las circunstancias del presente asunto, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe *ejercer sus facultades discrecionales* y autorizar cuantías separadas para cada uno de los respectivos mercados de productos")). (sin cursivas en el original)

³³⁴ Declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, párrafo 82.

³³⁵ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 81.

³³⁶ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 82 (donde se cita la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.5). (la modificación figura en el original) Véanse también la declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, sección IV; y las observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro (donde se citan las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 6.78-6.79; *Estados Unidos - Ley de compensación* (Enmienda Byrd) (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.121; y *CE - Hormonas* (*Estados Unidos*) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 65 y 78).

³³⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 23.

los Estados Unidos] facilita discernir qué parte de las contramedidas corresponde a los efectos desfavorables en cada uno de los respectivos mercados de productos".³³⁸

6.190. El Árbitro observa que ni el Acuerdo SMC ni el ESD contienen la prescripción expresa de determinar contramedidas o la suspensión de concesiones con respecto a los distintos mercados de productos de la manera que defiende la Unión Europea. Nuestro mandato en el presente procedimiento consiste en determinar un nivel de contramedidas que sea "proporcionad[o] al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Por tanto, consideramos que proporcionar un único nivel máximo de suspensión anual sobre la base del "grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" es compatible con nuestro mandato. El hecho de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataren la existencia de efectos desfavorables con respecto a dos mercados de productos diferentes no obliga a alcanzar una conclusión distinta. De hecho, no nos queda claro por qué, con arreglo al enfoque de la Unión Europea, un árbitro debería determinar necesariamente distintos niveles de contramedidas para los diferentes mercados de productos en cuestión, en lugar de determinar distintos niveles de contramedidas con respecto a, por ejemplo, las diferentes "pérdida[s] de ventas".

6.191. Observamos el argumento de la Unión Europea de que la práctica de solución de diferencias anterior respalda su solicitud en este contexto. En dos de las cuatro decisiones arbitrales que invoca la Unión Europea se determinó el nivel de suspensión anual como una cuantía única, y no se proporcionaron diferentes niveles de suspensión anual respecto de los distintos mercados de productos.³³⁹ En otra decisión arbitral se enunció una fórmula que controlaría de manera prospectiva el nivel máximo de suspensión de concesiones. En ella tampoco se estableció distinción alguna entre los distintos mercados de productos.³⁴⁰ En la decisión arbitral definitiva correspondiente al asunto *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, el Árbitro determinó cuantías de suspensión separadas con respecto a las distintas medidas en litigio, y no las determinó específicamente respecto de los distintos mercados de productos.³⁴¹ Además, no constatamos un contenido convincente en otras decisiones arbitrales que respalde la posición de la Unión Europea. En consecuencia, consideramos que la práctica de solución de diferencias anterior no respalda sustancialmente la posición de la Unión Europea.

6.192. Por último, abordamos la afirmación de la Unión Europea de que el Árbitro debe determinar niveles de contramedidas para los diferentes mercados de productos, porque el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento podría constatar que la Unión Europea ha logrado el cumplimiento al menos en uno de los dos mercados de productos pertinentes. Según la Unión Europea, en esa situación hipotética, la cuantía de las contramedidas "se debería reducir en consecuencia, para

³³⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 25. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 24.

³³⁹ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, páginas 92-93; y *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 83.

³⁴⁰ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, sección V.

³⁴¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.5. El Árbitro en esa decisión emitió su "laudo global" en tres partes: a) una cuantía relativa a una medida antidumping sobre las lavadoras de gran capacidad para uso doméstico (LGCUD) procedentes de Corea, b) otra cuantía relativa a una medida en materia de derechos compensatorios sobre LGCUD procedentes de Corea, y c) las medidas antidumping de los Estados Unidos desconocidas en ese momento que se podrían imponer a las importaciones procedentes de Corea (de productos distintos de las LGCUD) en el futuro. (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, sección 5). El último componente se guiaba por una única fórmula que se aplicaba a todas las importaciones coreanas pertinentes, independientemente de las distinciones relativas a los mercados de productos. De hecho, en la decisión del Árbitro no se menciona en ningún momento el término "mercado de productos". En cuanto a la estructuración de las contramedidas respecto de las distintas medidas en litigio, observamos que no sería práctico en el presente procedimiento por dos razones. En primer lugar, no está claro qué proporción del valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el mercado de productos de LCA de doble pasillo se puede atribuir a los "efectos indirectos" de la AEP/FEM para el A380, y no a los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB. En segundo lugar, había múltiples medidas de AEP/FEM para el A380 y múltiples medidas de AEP/FEM para el A350XWB, y no están claras las distintas repercusiones de estas en cada mercado de productos pertinente, ya que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, la relación causal se determinó sobre la base de los efectos *combinados* de estas medidas.

'manten[er] la [correspondencia]' y asegurarse de que las medidas sean 'temporales'".³⁴² A nuestro parecer, basta con señalar a este respecto que nuestras descripciones de cómo calculamos el nivel máximo de suspensión anual deberían constituir una orientación suficiente para las partes en cuanto a la manera en que se determinó ese nivel respecto de, entre otras cosas, los mercados de productos en cuestión.

6.193. En consecuencia, aunque generalmente queda a nuestra discreción determinar niveles de contramedidas para diferentes mercados de productos, no consideramos que sea adecuado hacerlo en las circunstancias del presente procedimiento de arbitraje.

6.194. En conclusión, en esta decisión proporcionaremos un único nivel máximo de suspensión anual, y no determinaremos un nivel máximo de suspensión anual separado para cada uno de los dos mercados de productos en cuestión.

6.3.4.2.4 Valoración de los servicios

6.195. La Unión Europea aduce que los componentes relacionados con los servicios de los precios de las LCA, tales como los precios que pagan los clientes de LCA por los servicios posteriores a la entrega, se deben excluir del cálculo del valor de las LCA que Boeing habría vendido o entregado en la situación hipotética. Según la Unión Europea, ello se debe a que las constataciones de efectos desfavorables en el presente procedimiento se refirieron únicamente a la venta y entrega de LCA, es decir, de los bienes, y no abarcaron ningún ingreso que Boeing habría obtenido por la prestación de servicios. Por consiguiente, la Unión Europea afirma que los precios de esos servicios posteriores a la entrega, en la medida en que se incluyan en el valor de las LCA que Boeing habría vendido o entregado en la situación hipotética, se deben excluir de la valoración del Árbitro.³⁴³

6.196. Los Estados Unidos aducen que no sería adecuado reducir ninguno de los precios de LCA de Boeing hipotéticos pertinentes para tener en cuenta los precios pagados por los clientes de LCA a cambio de servicios posteriores a la entrega. En primer lugar, los Estados Unidos afirman que los servicios posteriores a la entrega de Boeing [[***]]. En segundo lugar, los Estados Unidos afirman que, en la escasa medida en que Boeing tiene obligaciones en el marco de [[***]].³⁴⁴

6.197. El Árbitro observa que el expediente indica que la prestación de servicios posteriores a la entrega [[***]]. Muy pocos contratos de venta que las partes han presentado para ayudarnos a valorar la pérdida de ventas y la obstaculización [[***]].³⁴⁵ Asimismo, observamos que cuando esos servicios [[***]].³⁴⁶ De hecho, la Unión Europea no nos muestra ejemplos de contratos de venta obrantes en el expediente en los que se identifiquen explícitamente y de forma significativa los precios de esos servicios, y en relación con lo anterior, la Unión Europea no ha facilitado ninguna metodología que describa cómo se podría deducir el valor de cualquier servicio posterior a la entrega de los precios de aeronaves pertinentes. Habida cuenta de esto, no apreciamos ninguna justificación conceptual convincente para tratarlos como elementos separados de la venta de LCA.

6.198. Por todas estas razones, no consideramos adecuado deducir el valor de ningún servicio del valor de las LCA de Boeing que se habrían pedido y entregado en la situación hipotética.

³⁴² Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 102 del Árbitro, párrafo 82 (donde se invoca la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.5). (la modificación figura en el original)

³⁴³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 41 del Árbitro, párrafo 456.

³⁴⁴ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 41, párrafo 93, y 120, párrafo 80, del Árbitro (donde se invoca la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, que contiene fragmentos de la información sobre precios que figura en los pedidos de comparación para mostrar que las obligaciones de Boeing relacionadas con los servicios, en los casos en que Boeing había [[***]]).

³⁴⁵ Véanse [[***]] (Prueba documental USA-38 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-39 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-40 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-41 (ICC)); Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific durante marzo de 2011 (Prueba documental USA-69 (ICSS)); Documentación de pedido del 787-10 por Singapore Airlines durante 2013 (Prueba documental USA-73 (ICSS)); Documentación de pedido del 777-300ER por United durante 2015 (Prueba documental USA-74 (ICSS)); Documentación de pedido del 747-8I por Lufthansa durante 2006 (Prueba documental USA-79 (ICSS)); y Documentación sobre los aumentos relativa a Lufthansa (Prueba documental USA-87 (ICSS)).

³⁴⁶ Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific durante 2013 (Prueba documental USA-68 (ICSS)), páginas 70 y 73.

6.3.4.3 Cuestiones relativas a la valoración de las pérdidas de ventas

6.199. En la sección 6.3.4.3, evaluamos el enfoque propuesto por los Estados Unidos para determinar el valor de los efectos desfavorables en forma de pérdida de ventas. Asimismo, abordamos las críticas de carácter técnico que la Unión Europea planteó contra medidas específicas contenidas en el enfoque de los Estados Unidos para cuantificar la pérdida de ventas, así como todas las alternativas que la Unión Europea propuso a esas medidas específicas. Recordamos que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial de que los pedidos conseguidos por Airbus en cinco campañas de ventas específicas en los mercados de doble pasillo y de VLA que tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación (identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento) "constituyen 'pérdidas de ventas significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos ... en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC".³⁴⁷ Reproducimos el cuadro 19 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento *infra* como cuadro 6:

Cuadro 6: Alegaciones de "pérdida de ventas" en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos³⁴⁸

Mercado de productos/Cliente	Modelo de LCA	Número de pedidos 2012	Número de pedidos 2013
<i>LCA de doble pasillo</i>			
Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	
Singapore Airways	A350XWB-900		30
United Airlines	A350XWB-1000		10
<i>Aeronaves de muy gran tamaño</i>			
Emirates	A380		50
Transaero Airlines	A380	4	

6.200. A los efectos de determinar el valor de la pérdida de ventas, los Estados Unidos calculan el valor hipotético de las pérdidas de ventas identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, es decir, el valor de los pedidos que Boeing habría obtenido en la situación hipotética. Como se ha expuesto *supra*, los Estados Unidos definen el valor de cada pérdida de ventas en cuestión como el valor actualizado de las entregas del modelo de Boeing competidor más próximo previstas en la situación hipotética. En particular, los Estados Unidos calculan, respecto de cada pérdida de ventas i , el valor actualizado en el momento en que se perdió el pedido (a saber, el año del pedido t) del precio de entrega neto de cada aeronave de Boeing que se entregaría hipotéticamente a la aerolínea i en una fecha prevista posterior al pedido s .³⁴⁹

$$\begin{aligned}
 \text{Pérdida de ventas}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año del pedido } t} = & \sum_{\text{Año de entrega } s} \frac{\text{Precio neto de Boeing}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s}}{(1 + \text{Tasa de actualización}_{\text{año del pedido } t})^{\text{año de entrega } s - \text{año del pedido } t}} \\
 & \times \text{Número de aeronaves}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año de entrega } s}
 \end{aligned} \quad (4)$$

³⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.31 a) (donde se indica que "los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de LCA de doble pasillo constituyen 'pérdidas de ventas significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos") y 6.37 a) (donde se indica que "los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de VLA constituyen 'pérdidas de ventas significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos").

³⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, cuadro 19. Señalamos que en ese cuadro se hace referencia a "Singapore Airways". En el presente procedimiento, las partes han utilizado las denominaciones "Singapore Airlines" y "Singapore Airways" para referirse a la misma aerolínea cliente. En la presente decisión utilizamos las denominaciones "Singapore Airlines" y "Singapore Airways" indistintamente.

³⁴⁹ Desde un prisma más técnico, los Estados Unidos calculan, respecto de cada pérdida de ventas i , la suma de los precios de entrega netos de las aeronaves que Boeing entregaría hipotéticamente a la aerolínea i en fechas previstas posteriores a los pedidos (expresada en dólares de los Estados Unidos del respectivo año de entrega), dividida por el término uno más la tasa de actualización para el año del pedido t , elevada a la potencia del número de años entre el año del pedido t y su respectivo año de entrega s .

donde s : la(s) fecha(s) de entrega prevista(s) del pedido de la aerolínea i del modelo de Boeing competidor más próximo³⁵⁰

Precio neto de Boeing ^{en USD del año de entrega s}
Aerolínea i , año de entrega s : precio de entrega neto del pedido de la aerolínea i del modelo de Boeing competidor más próximo, entregado en el año s y expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega s

Número de aeronaves Aerolínea i , año de entrega s : número de aeronaves de Boeing hipotéticas que se preveía entregar a la aerolínea i en el año s .

6.201. Como se muestra en la ecuación (4), para el cálculo de la pérdida de ventas propuesto por los Estados Unidos es necesario identificar el modelo de Boeing competidor más próximo (un aspecto que ya hemos abordado en la sección 6.3.4.2.2 *supra*); determinar los calendarios hipotéticos de entregas de Boeing; seleccionar los pedidos de comparación pertinentes para obtener información sobre los precios de entrega hipotéticos de Boeing; y elegir una tasa de actualización. Los Estados Unidos proponen la aplicación de una tasa de actualización para expresar el valor de las aeronaves de Boeing, indicado inicialmente en dólares de los Estados Unidos del año de entrega, en dólares de los Estados Unidos del mes/año t del pedido en el período de referencia.

6.202. Las partes disienten de seis aspectos principales en este contexto: a) la cuestión de si el Árbitro debe utilizar hechos posteriores a la pérdida de ventas al valorar la pérdida de ventas; b) la cuestión de si valorar la pérdida de ventas desde la perspectiva de los Estados Unidos o de Boeing; c) el número adicional de qué modelos de LCA de Boeing se habrían vendido y entregado finalmente en la situación hipotética si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas; d) las fechas de las entregas hipotéticas de Boeing; e) los precios de las ventas de LCA adicionales de Boeing; y f) la cuestión de si realizar un ejercicio de actualización y cómo llevarlo a cabo. En la presente sección se abordan cada uno de estos aspectos sucesivamente, tras un breve análisis de la representatividad del período de referencia 2011-2013 a los efectos de valorar la pérdida de ventas.

6.3.4.3.1 Representatividad del período de referencia 2011-2013

6.203. El Árbitro señala que árbitros anteriores han indicado que, para que un período de referencia constituya una base adecuada que permita calcular un nivel máximo de contramedidas o de suspensión de concesiones u otras obligaciones, debe ser "representativo"³⁵¹ Consideramos igualmente apropiado realizar una indagación sobre la representatividad del período de referencia 2011-2013 en el contexto de nuestra tarea de atribuir valores a la pérdida de ventas y la obstaculización que sean "proporcionad[o]s a ... los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" y no tengan carácter punitivo. En primer lugar, observamos que la cuestión de la representatividad de que se trata en este caso es si se puede considerar que el período de referencia 2011-2013 es representativo de los efectos desfavorables a corto plazo (en forma de obstaculización y pérdida de ventas) resultantes del incumplimiento de la Unión Europea al final del plazo para la aplicación.³⁵²

6.204. Por lo que respecta a la duración de nuestro período de referencia, observamos que es de 25 meses. La mayor parte de los árbitros han utilizado períodos de referencia más breves.³⁵³ Sin embargo, en otros contextos, por ejemplo, en la esfera de la administración de contingentes en el marco del párrafo 2 d) del artículo XIII del GATT de 1994, se ha aplicado un "período representativo

³⁵⁰ En aras de una mayor simplicidad, los Estados Unidos dan por supuesto que, si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas, todos los pedidos hipotéticos de Boeing habrían tenido lugar en el mes de julio de un año determinado del período de referencia (es decir, 2012 o 2013). Análogamente, los Estados Unidos suponen que las entregas hipotéticas se habrían realizado, o se realizarían, en el mes de julio de los años de entrega previstos (por ejemplo, julio de 2020).

³⁵¹ Véanse las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 4.18-4.19; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafos 4.115-4.119; y *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (Brasil) (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.150.

³⁵² En aras de una mayor claridad, señalamos que esta indagación es distinta de la clase de indagación que la Unión Europea indicó que deberíamos realizar. Recordamos que, según el argumento de la Unión Europea, los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado deberían ser "representativos" de los efectos desfavorables que se produzcan en el presente y en el futuro. Como se analiza más detenidamente en la sección 6.3.1 *supra*, no podemos aceptar este argumento.

³⁵³ Véase la nota 161 *supra*.

anterior" más extenso.³⁵⁴ El ESD no prescribe un período fijo que los árbitros previstos en el párrafo 6 del artículo 22 deban utilizar, y tampoco tenemos conocimiento de ningún período que sea necesariamente adecuado en todas las circunstancias. La razón principal para utilizar el período 2011-2013 como período de referencia en nuestro caso es que se utilizó en los procedimientos del Grupo Especial sobre el cumplimiento y del examen en apelación, y que en la evaluación que hacemos nos basamos en los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 determinaron esos órganos resolutorios que actuaron anteriormente. En consecuencia, por coherencia no es aconsejable que nos apartemos innecesariamente del enfoque adoptado en la etapa del procedimiento sobre el cumplimiento en la presente diferencia. No obstante, como cuestión general, consideramos que en principio podríamos decidir utilizar un subperíodo del período 2011-2013 por razones de representatividad, si estimásemos adecuado hacerlo.³⁵⁵

6.205. Teniendo presentes estas observaciones introductorias, pasamos ahora a examinar la representatividad del período de referencia 2011-2013 a los fines de nuestra cuantificación de los efectos desfavorables en forma de pérdida de ventas. A este respecto, observamos que el pedido de 50 aeronaves A380 que Emirates hizo en 2013 fue, en términos históricos, inusualmente grande para un pedido de A380. Sin embargo, como se explica *infra* en la sección 6.3.4.3.4.1, hemos decidido reajustar a la baja los números de pedidos en [[***]] para tener en cuenta las cancelaciones.³⁵⁶ En consecuencia, los pedidos de Emirates de 2013 restantes comprenden [[***]] aeronaves A380. A nuestro juicio, este volumen no se aleja demasiado del volumen de los pedidos de aeronaves A380 efectuados en otros años.³⁵⁷ Análogamente, observamos que el pedido de 30 aeronaves A350XWB-900 que Singapore Airlines hizo en 2013 fue cuantioso. Sin embargo, los datos obrantes en el expediente indican que los pedidos de aeronaves A350XWB-900 de esa magnitud no son excepcionales.³⁵⁸ También recordamos que la variación sustancial de la magnitud de los pedidos con el paso del tiempo no es inhabitual en la rama de producción de LCA.³⁵⁹ Por consiguiente, no discernimos nada en relación con los pedidos que constituyen la pérdida de ventas, ni con ninguno de los datos obrantes en el expediente sobre esos pedidos y las condiciones de mercado en el período de referencia 2011-2013, que pueda caracterizarse de forma objetiva como suficientemente anómalo para que el período de referencia 2011-2013 no sea representativo de los efectos desfavorables a corto plazo (en forma de pérdida de ventas) resultantes del incumplimiento de la Unión Europea al final del plazo para la aplicación.

6.206. En consecuencia, no apreciamos ningún fundamento sobre el que concluir que el período de referencia 2011-2013 no es representativo en el contexto de la valoración de la pérdida de ventas, y que, por tanto, solo debemos utilizar una fracción del período de referencia 2011-2013, en lugar de todo el período de referencia de 25 meses.

³⁵⁴ Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)*, párrafo 6.39 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial del GATT, *CEE - Manzanas (Chile I)*, L/5047, párrafo 4.8, en el que se señalaba que, "[e]n armonía con la práctica normal del GATT, el Grupo especial consideró apropiado utilizar como 'período de referencia' un período de tres años anterior a 1979, año en que las medidas de la CEE estuvieron en vigor"). Véase también el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, párrafo 4.45.

³⁵⁵ De manera análoga, los Estados Unidos indicaron que podrían ajustarse determinados tipos de datos en un período de referencia si se constataste que son especialmente anómalos. (Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 103 y 119 del Árbitro).

³⁵⁶ Véanse los párrafos 6.227. y 6.229. *infra*.

³⁵⁷ Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79) (donde se indica, por ejemplo, que el volumen de los pedidos de aeronaves A380 ascendió a 78 en 2001, 34 en 2003 y 32 tanto en 2007 como en 2010).

³⁵⁸ Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79) (donde se indica, por ejemplo, que el volumen de los pedidos de aeronaves A350XWB-900 ascendió a 139 en 2007, 80 en 2008, 85 en 2010 y 57 en 2014). Además, nuestro examen de las pruebas obrantes en el expediente no denota nada excepcional sobre los pedidos que Cathay Pacific y United Airlines realizaron en 2012 y 2013, respectivamente, de 10 aeronaves A350XWB-1000 cada una. Aunque en determinados años correspondientes a ambos extremos temporales del período de referencia 2011-2013 no se realizaron pedidos de aeronaves A350XWB-1000, en los años en que sí se efectuaron (entre 2007 y 2018), el volumen de los pedidos superó generalmente las 10 aeronaves por año.

³⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1719 (donde se explica que "los pedidos [de LCA] suelen ser muy grandes y esporádicos").

6.3.4.3.2 Utilización de hechos posteriores a la pérdida de ventas

6.207. La Unión Europea aduce que, al valorar las cinco pérdidas de ventas en cuestión, es jurídicamente admisible y adecuado que el Árbitro tenga en cuenta hechos que se produjeron tras la realización de los pedidos que constituyen la pérdida de ventas, incluidos los hechos que tuvieron lugar después del período de referencia 2011-2013, en la medida en que esos hechos influyan en el valor monetario que Boeing habría obtenido finalmente de las ventas perdidas si las hubiera obtenido en la situación hipotética. A juicio de la Unión Europea, entre estos hechos se incluyen los relativos a las cancelaciones, conversiones o aplazamientos de las entregas de las LCA de Airbus pedidas conforme a las cinco pérdidas de ventas, así como la utilización de las tasas de aumento [[***]] frente a [[***]] para convertir los precios del año de referencia en precios del año de entrega.³⁶⁰

6.208. Los Estados Unidos aducen que el Árbitro, al valorar las cinco pérdidas de venta en cuestión, solo puede tener en cuenta hechos de que las partes (a saber, Boeing y los clientes de LCA pertinentes) tuvieran conocimiento en el momento de los pedidos que se habrían realizado si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas en la situación hipotética. Según los Estados Unidos, esto se debe a que la pérdida de ventas se identificó sobre la base de los pedidos realizados en el período de referencia 2011-2013, y que los hechos que ocurrieron después de que se hubieran efectuado los pedidos pertinentes no obraban en el expediente que tuvieron ante sí el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento, ni formaron parte de las constataciones relativas a la pérdida de ventas. A juicio de los Estados Unidos, si el Árbitro considerase esos hechos, modificaría de manera inadecuada el sentido de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".³⁶¹

6.209. El Árbitro comienza su análisis por la amplia afirmación de los Estados Unidos de que sería inadecuado valorar la pérdida de ventas utilizando hechos que no obraban en el expediente del procedimiento sobre el cumplimiento. No apreciamos ningún impedimento legal categórico para considerar hechos que no obrasen en el expediente de un procedimiento llevado a cabo anteriormente en el marco de la presente diferencia. En el Acuerdo SMC y el ESD no se establece nada a este respecto. Asimismo, observamos que, dado que los arbitrajes generalmente comprenden ejercicios de valoración en los que no se centraron los procedimientos iniciales o sobre el cumplimiento anteriores, la información fáctica que tienen ante sí los árbitros con frecuencia difiere significativamente de la información fáctica que forma parte de los expedientes de los procedimientos iniciales o sobre el cumplimiento anteriores.

6.210. Sin embargo, el sentido principal del argumento de los Estados Unidos parece ser más restringido. A saber, a juicio de los Estados Unidos, si utilizásemos determinados hechos (que se supone que han ocurrido en la situación hipotética) que hubieran tenido lugar en la situación hipotética únicamente tras haber tenido lugar los pedidos que constituyen la pérdida de ventas (que, en gran parte, ocurrieron después del período de referencia 2011-2013), revisaríamos las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación. En otras palabras, los Estados Unidos consideran que el *valor* de los pedidos que constituyen la pérdida de ventas se estableció, a los efectos del presente procedimiento, en el momento en que se determinó la existencia de la pérdida de ventas en el procedimiento sobre el cumplimiento. Coincidimos en que, más que modificar el sentido de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", debemos atribuir un valor a "los efectos desfavorables cuya existencia [en el período de referencia 2011-2013] se haya determinado".³⁶² Por consiguiente, repasamos brevemente cómo se determinó que las cinco pérdidas de ventas pertinentes cuya existencia durante el período de referencia 2011-2013 se ha constatado eran "pérdida[s] de ventas [significativas]" en el sentido del

³⁶⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 163-164, 182-195, 227 y 255-260; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 16, párrafo 323, 28, párrafo 421, 40, párrafo 450, 60 c), párrafos 146-148, 80, párrafo 285, 109, párrafos 206-211, 110, párrafos 212-224, 147, párrafos 304-308, y 167, párrafos 1-25, del Árbitro; observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafos 380-383; y declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, párrafos 86-91. En las secciones 6.3.4.3.4.1, 6.3.4.3.4.2, 6.3.4.3.4.4, 6.3.4.3.5.2 y 6.3.4.3.6.2 *infra* figuran explicaciones más detalladas de por qué y cómo deben tomarse en consideración esos hechos.

³⁶¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 138-149, 158, 185 y 189; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 40, párrafo 85, 43, párrafos 95-100, y 58, párrafos 14-16, del Árbitro.

³⁶² Hay que recordar que, anteriormente en la presente decisión, decidimos utilizar un enfoque centrado en los pedidos para valorar la pérdida de ventas. (Véase la sección 6.3.3.2.1 *supra*).

párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, para que ningún enfoque que adoptemos invalide esas constataciones.

6.211. Como ya se ha analizado en la sección 6.3.3.2.1 *supra*, y en consonancia con el texto pertinente del párrafo 3 c) del artículo 6, las cinco pérdidas de ventas pertinentes se determinaron como tales sobre la base de los datos sobre pedidos de LCA, y se categorizaron como "pérdida" porque, de no haber existido las subvenciones de AEP/FEM pertinentes, la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habría obtenido los pedidos.³⁶³ Esta pérdida de venta se consideró "significativa" debido a una combinación de los siguientes factores: a) la importancia estratégica, b) los efectos de curva de aprendizaje (es decir, los efectos de aprendizaje beneficiosos respecto de la producción de las LCA pedidas), c) el hecho de hallarse ya establecido (es decir, la obtención o el mantenimiento del cliente específico), y d) el número de aeronaves y las cuantías monetarias involucradas en las ventas.³⁶⁴

6.212. Las constataciones adoptadas en el sentido de que las cinco pérdidas de ventas eran "significativa[s]" se basaron en los hechos obrantes en el expediente que tuvo ante sí el Grupo Especial sobre el cumplimiento, es decir, se basaron en las condiciones presentes en el período de referencia 2011-2013. No obstante, como mínimo los tres últimos de los factores en que se basaron las constataciones del "carácter significativo", que se identifican en el párrafo precedente³⁶⁵, parecen depender, al menos en gran medida, de las *expectativas* sobre los *futuros* beneficios que se preveía que consiguiera el productor de LCA que obtuvo los pedidos. Ciertamente, los efectos de aprendizaje pertinentes surgirán principalmente durante la producción de LCA, es decir, una actividad que, en general, tiene lugar años después del pedido pertinente.³⁶⁶ Los beneficios derivados del hecho de hallarse ya establecido solo parecerían pertinentes si el propio cliente mantiene su solvencia y presencia en el mercado tras efectuar el pedido (por ejemplo, el cliente no quiebra y cesa su actividad comercial). Además, con respecto a las cuantías monetarias, dado que solo [[***]] pago es efectuado por un cliente en el momento del pedido en forma de depósito y [[***]] se efectúa en el momento de la entrega³⁶⁷, [[***]] el dinero obtenido de un pedido de LCA dependerá de que tal pedido resulte en una entrega (es decir, que el pedido no se cancele). Observamos asimismo que el Grupo Especial inicial describió cómo los acontecimientos posteriores a los pedidos podían repercutir fácilmente sobre la magnitud de los beneficios, monetarios o de otra índole, que un productor de LCA obtendría en última instancia de un pedido determinado.³⁶⁸ Por tanto, consideramos que las constataciones de que las cinco pérdidas de ventas eran "significativa[s]" se basaron, en gran medida, en las expectativas sobre los beneficios que Boeing habría obtenido si hubiera conseguido esas ventas en la situación hipotética, y no en la idea de que esos beneficios se habrían obtenido en el momento preciso del pedido.

6.213. Habida cuenta de estos elementos, adoptamos un enfoque que está en conformidad con las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que: a) Boeing habría obtenido los pedidos que constituyen la pérdida de ventas en la situación hipotética; y b) en el momento de esos

³⁶³ Véase el párrafo 6.100. *supra*.

³⁶⁴ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1798 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1845).

³⁶⁵ Entendemos que la cuestión relativa a la "importancia estratégica" corresponde principalmente a los casos en que un cliente de LCA importante pide sus LCA a un productor concreto, y/o a cuando un cliente cambia un productor por otro al comprar LCA. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1781; informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1212; informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1845; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro).

³⁶⁶ Informes del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 6.1214 (donde se explica que "[l]os efectos de aprendizaje ... se deben principalmente a la adquisición de experiencia por parte de los trabajadores y comportan una reducción de los costos unitarios de producción a medida que la producción se acumula a lo largo del tiempo") y 6.1806 (donde se explica que "entre las entregas de nuevas LCA y la fecha del pedido transcurre normalmente un lapso de *al menos* tres años, y habitualmente de muchos más años en el caso de las aeronaves de nuevo lanzamiento") (las cursivas figuran en el original); y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.1717 y 7.1726-7.1727 (donde se describen los efectos de aprendizaje y también las "economías de escala" que resultan de la obtención de pedidos de LCA).

³⁶⁷ Véase el párrafo 6.236. *infra*.

³⁶⁸ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.1724 y 7.2178.

pedidos hipotéticos, Boeing habría obtenido beneficios "significativos" en el momento preciso de los pedidos y/o Boeing habría esperado razonablemente obtener beneficios "significativos" de tales pedidos en el futuro. En consecuencia, nuestra evaluación tiene debidamente en cuenta estas cuestiones.

6.214. Recordamos además que nuestro mandato en virtud del párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC es determinar contramedidas que sean "proporcionadas a ... los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", a saber, el valor de la pérdida de ventas y los casos de obstaculización identificados. Especialmente en el contexto de la evaluación del valor de la pérdida de ventas, el valor obtenido en último término de los pedidos hipotéticos dependería en gran medida de cómo se habrían materializado las condiciones de los pedidos tras la realización de estos (por ejemplo, debido a cancelaciones, conversiones, retrasos en las entregas y/o cómo [[***]] se lleva a cabo realmente con el paso del tiempo). Por tanto, si en el contexto del presente procedimiento hay pruebas obrantes en el expediente que indican que un pedido específico que Boeing habría conseguido en la situación hipotética se habría cancelado tras el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética, consideramos apropiado tomar esas pruebas en consideración y reajustar el valor de ese pedido a la baja, pese a que tales pruebas no estuviesen disponibles aún en el período de referencia 2011-2013. A nuestro juicio, esto no invalidaría las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento en relación con las cuestiones a) y b) descritas en el párrafo inmediatamente anterior. De hecho, si no lo hiciéramos, autorizaríamos contramedidas a los Estados Unidos que incluirían un valor monetario que Boeing no habría obtenido en la situación hipotética. A nuestro parecer, un enfoque con arreglo al cual se autorizarían contramedidas a los Estados Unidos en respuesta a (algún nivel de) determinados efectos desfavorables que estos no habrían sufrido en la situación hipotética no estaría en consonancia con el párrafo 10 del artículo 7.³⁶⁹ Además, como hemos observado *supra*³⁷⁰, aunque puede autorizarse que los Estados Unidos adopten contramedidas "proporcionadas a ... los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", el criterio jurídico de la "proporcionalidad" no permite que las contramedidas sean punitivas.

6.215. Por último, destacamos que, cada vez que en nuestra evaluación tenemos en cuenta una prueba que no estuviera disponible durante el período de referencia 2011-2013, lo hacemos para atribuir un valor tan exacto como sea razonablemente posible a los pedidos que constituyen la pérdida de ventas que tuvo lugar en el período de referencia 2011-2013, y no para modificar los efectos desfavorables establecidos en el procedimiento sobre el cumplimiento o establecer efectos desfavorables adicionales. En lugar de ello, en nuestra evaluación tomamos en consideración pruebas, incluidas pruebas posteriores al período de referencia, únicamente en la medida en que aclaran cómo debemos cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado.

6.3.4.3.3 La perspectiva de los Estados Unidos frente a la perspectiva de Boeing

6.216. Los Estados Unidos aducen que el ejercicio de actualización que utilizan en su valoración de las pérdidas de ventas tiene como premisa el valor temporal del dinero para los Estados Unidos, es decir, el valor de la pérdida de ventas para los Estados Unidos en caso de que hubieran obtenido ese valor en el año del pedido, en lugar de en el año de la entrega. Los Estados Unidos aducen que esta es la forma adecuada de conceptualizar el ejercicio de actualización (a saber, desde la perspectiva del Gobierno de los Estados Unidos), porque el artículo 5 del Acuerdo SMC expone que los efectos desfavorables se producen con respecto a los "intereses de otro Miembro", y no a los de una empresa privada como Boeing. Por consiguiente, a los efectos de valorar el nivel de las contramedidas que puede autorizarse que adopten los Estados Unidos, el ejercicio de actualización debe llevarse a cabo desde la perspectiva de los Estados Unidos.³⁷¹

6.217. La Unión Europea aduce que el ejercicio de actualización tiene como premisa el valor temporal del dinero para Boeing, es decir, el valor de la pérdida de ventas para Boeing en caso de

³⁶⁹ Véase el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, párrafo 3.34 (donde se indica que "[s]ería de todo punto improcedente que los Árbitros concediesen a las Comunidades Europeas ventajas que las CE *no estén perdiendo efectivamente* por el hecho de que ... continúe" el incumplimiento de los Estados Unidos). (sin cursivas en el original)

³⁷⁰ Véase la sección 5 *supra* (donde se indica que las contramedidas no deben ser "punitivas").

³⁷¹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 49-51; comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 229-230; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 37, 69, párrafo 46, 73 y 175, párrafo 16, del Árbitro.

que hubiera obtenido ese valor en el año del pedido, en lugar de en el año de la entrega. A juicio de la Unión Europea, ello se debe a que lo que está en litigio es el valor de estos contratos privados de venta de LCA. Según la Unión Europea, estos fueron concertados por Boeing, que realiza inversiones y toma riesgos conforme a tales contratos. La Unión Europea indica que el propósito de una tasa de actualización es reflejar los riesgos que corre la parte contratante que realiza la inversión, y no algún tercero que ni es parte en ese contrato ni lleva a cabo inversiones o toma riesgos en relación con las transacciones de venta pertinentes.³⁷²

6.218. El Árbitro observa en primer lugar que, si bien el desacuerdo entre las partes surge más específicamente en el contexto del ejercicio de actualización, que se trata solo de una de las medidas comprendidas en la metodología de valoración de la pérdida de ventas de los Estados Unidos, el desacuerdo entre las partes en este contexto parece poder tener repercusiones más amplias en cuanto a la manera en que realizamos nuestra valoración de la pérdida de ventas y, en consecuencia, abordamos esta cuestión a continuación.

6.219. Los Estados Unidos basan su argumento en este contexto en el hecho de que, según los términos de la parte introductoria del artículo 5 del Acuerdo SMC, la "[Unión Europea] caus[ó] ... efectos desfavorables para los intereses de [los Estados Unidos]", y no para Boeing. Esto es cierto. Con todo, Boeing es un fabricante de LCA de los Estados Unidos. Por tanto, al examinar la situación bajo el prisma de las normas de la OMC, nos queda claro que, cuando Boeing sufre un daño, también lo sufren los Estados Unidos.³⁷³ Todos los beneficios que los Estados Unidos, en su condición de Miembro de la OMC, habrían obtenido de no existir los efectos desfavorables causados por la Unión Europea se habrían obtenido gracias al aumento de las ventas que Boeing habría conseguido.³⁷⁴ Por consiguiente, no vemos validez alguna en el argumento de los Estados Unidos, basado en el artículo 5, de que "[e]l grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" se debe determinar desde la perspectiva del Gobierno de los Estados Unidos, y no desde la de Boeing.

6.220. En consecuencia, consideramos que, en la presente diferencia, la Unión Europea causó efectos desfavorables para los intereses de los Estados Unidos por medio de las repercusiones económicas de las subvenciones de AEP/FEM pertinentes sobre los pedidos y entregas de LCA de Boeing. En este procedimiento, por tanto, a efectos de la actualización y demás cuantificaciones, valoramos los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado desde la perspectiva de Boeing. Como se ha explicado, al proceder de este modo evaluamos de manera fiable los efectos desfavorables sufridos por los Estados Unidos.

6.3.4.3.4 Número y modelos de aeronaves vendidas y entregadas en la situación hipotética

6.221. Como se ha expuesto en la sección 6.3.4.1.1, los Estados Unidos suponen que, sin la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, y con respecto a cada una de las cinco pérdidas de ventas en cuestión, cada uno de los cinco clientes pertinentes habría pedido a Boeing un número de aeronaves del modelo de Boeing competidor más próximo igual al número de LCA de Airbus que cada aerolínea pidió realmente.³⁷⁵ Según los Estados Unidos, esta suposición es compatible con las constataciones adoptadas en el procedimiento sobre el cumplimiento. La Unión Europea no abordó específicamente la suposición de los Estados Unidos.³⁷⁶ Estamos de acuerdo con esta suposición, ya que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento

³⁷² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 265, 269 y 275; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 78 c), párrafos 266-270, y 111, párrafo 231, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 111, párrafos 141-146, y 175, párrafo 26, del Árbitro.

³⁷³ Véase el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), párrafo 3.19 (donde se indica que "no puede haber ninguna duda de que las ventajas que se niegan a las Comunidades Europeas incluyen las ventajas que se niegan a los titulares de derechos de autor de las CE").

³⁷⁴ Véase el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), párrafo 3.48 (donde se indica que "las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener son los pagos que las OAC de los Estados Unidos efectuarían a los titulares de derechos de las CE"). (sin cursivas en el original)

³⁷⁵ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 32.

³⁷⁶ Sin embargo, la Unión Europea sí discute determinados aspectos de la situación hipotética que habrían tenido lugar después de efectuarse los pedidos iniciales.

constataron que los propios pedidos perdidos (es decir, el número de LCA que Airbus vendió respecto de cada una de las cinco pérdidas de ventas) "constituyeron" pérdidas de ventas para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos.³⁷⁷

6.222. Los Estados Unidos también suponen que, en la situación hipotética, Boeing habría entregado todas las LCA que los cinco clientes pertinentes habrían pedido. La Unión Europea discute determinados aspectos de esta suposición. Estos aspectos están relacionados con a) las cancelaciones reales de algunas pérdidas de ventas, b) el riesgo de futuras cancelaciones de aeronaves hipotéticamente pedidas, y c) las conversiones reales de algunas pérdidas de ventas a un modelo de Airbus distinto. A continuación abordamos estas cuestiones sucesivamente.

6.3.4.3.4.1 El hecho de no tener en cuenta las cancelaciones reales

6.223. La Unión Europea aduce que el Árbitro no debe incluir en el cálculo del nivel máximo de las contramedidas la totalidad del valor de los pedidos de LCA de Boeing que Boeing habría conseguido si hubiera obtenido las ventas perdidas porque, según la Unión Europea, algunos de esos pedidos se habrían cancelado posteriormente en la situación hipotética. A juicio de la Unión Europea, esto se debe a que Transaero canceló las cuatro aeronaves A380 que había pedido en la pérdida de ventas de 2012 y Emirates canceló [[***]] de las aeronaves A380 que había pedido en la pérdida de ventas de 2013. En opinión de la Unión Europea, si Boeing hubiera obtenido esas ventas perdidas, los clientes también habrían cancelado esos pedidos en la situación hipotética. Por tanto, la Unión Europea opina que, al determinar un nivel de las contramedidas, el Árbitro puede considerar, como máximo, el valor de los depósitos y los pagos anteriores a la entrega (PDP) que Boeing habría recibido en relación con esas entregas canceladas.³⁷⁸

6.224. Los Estados Unidos, como se ha indicado en la sección 6.3.4.3.2, sostienen que el Árbitro no puede considerar hechos, incluidas las cancelaciones de los pedidos de LCA de Airbus que constituyeron la pérdida de ventas para Boeing, que tuvieron lugar después de efectuarse los pedidos que constituyeron la pérdida de ventas, ya que esa consideración sería incompatible con las constataciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento. Por tanto, a juicio de los Estados Unidos, el Árbitro debe suponer que todos los pedidos que Boeing habría conseguido si hubiera obtenido las ventas perdidas se habrían entregado en la situación hipotética.³⁷⁹

6.225. El Árbitro considera que, en la situación hipotética, la pertinencia de las cancelaciones reales de pedidos de Airbus depende de si la cancelación real de un pedido de Airbus concreto fue únicamente el resultado de la decisión de la aerolínea y fue ajena a la voluntad de Airbus y las características de su aeronave (de modo que toda cancelación de pedidos de Airbus también habría llevado a la misma aerolínea a cancelar los pedidos de LCA de Boeing en la situación hipotética). De

³⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.31 a) (donde se indica que "los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de LCA de doble pasillo constituyen 'pérdidas de ventas significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos") y 6.37 a) (donde se indica que "los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de VLA constituyen 'pérdidas de ventas significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos"); e informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 6.1798 (donde se señala que todos los pedidos identificados en el cuadro 19 de ese informe constituyen "pérdidas de ventas" "significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una causa "auténtica y sustancial" de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC). Observamos que la parte pertinente del cuadro 19 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento se reproduce *supra* como cuadro 6 (y contiene las columnas tituladas "Número de pedidos"). Además, habida cuenta de la sustituibilidad de los modelos de Boeing y Airbus competidores más próximos y la demostrada demanda por parte de los clientes del número especificado de aeronaves que constituyeron la pérdida de ventas, no discernimos la existencia de argumentos o pruebas obrantes en el expediente que indiquen que el número de LCA de Boeing que se habrían pedido en la situación hipotética habría diferido del número de pedidos que constituyeron la pérdida de ventas en realidad.

³⁷⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 163, 226-228; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 43, 54, párrafo 17, y 147, párrafos 287 y 306, del Árbitro; y declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro, párrafos 67 y 86-91.

³⁷⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 138; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 de la Unión Europea, párrafos 241-242; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 147 del Árbitro, párrafo 245.

ser el caso, esas cancelaciones son, a nuestro juicio, eventos exógenos a los fabricantes de aeronaves que habrían tenido lugar en cualquier situación hipotética, incluida la propuesta por los Estados Unidos. Los Estados Unidos no proporcionaron una justificación válida de por qué Boeing aún habría hecho algunas de las entregas hipotéticas en los casos en que, en realidad, no se realizaron entregas reales debido a decisiones y acciones específicas de las aerolíneas. Observamos que la información sobre esas cancelaciones reales, por definición, solo se pone a disposición después de que la aerolínea haya efectuado su pedido.

6.226. En consecuencia, habida cuenta de nuestra decisión de tomar en consideración la información actualizada en la medida en que aclara cómo debemos cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado, eliminamos las entregas a Transaero Airlines de todo calendario de entregas hipotéticas utilizado para cuantificar los efectos desfavorables. Las pruebas obrantes en el expediente indican que Transaero Airlines quebró en 2015. Este es un evento específico de la aerolínea no atribuible a Airbus que también habría tenido lugar, junto con la correspondiente cancelación de pedidos, con Boeing en la situación hipotética.

6.227. Análogamente, las pruebas obrantes en el expediente dan a entender que la decisión tomada por Emirates en 2019 de cancelar [[***]] aeronaves A380 pendientes se basó en la estrategia empresarial de Emirates relativa al mercado de VLA en general, y no era específica para las VLA de Airbus. Más concretamente, observamos que Emirates afrontó presiones externas, tales como un aumento de los precios del combustible; la estacionalidad de la demanda de transporte aéreo; y presiones macroeconómicas constantes, incluidas tensiones geopolíticas mundiales y mercados cambiarios volátiles. Combinadas, estas presiones reducirían la rentabilidad de una VLA cuatrimotor que es relativamente menos eficiente en el consumo de combustible y menos versátil en comparación con una LCA bimotor de doble pasillo, así como la justificación comercial de poseer una aeronave tal.³⁸⁰ Además, el Informe anual 2018-2019 de The Emirates Group se refiere a la alta calidad del programa A380, lo que nos da a entender que la decisión de Emirates de cancelar algunos de los pedidos de A380 no se basa en la insatisfacción de Emirates con la aeronave A380, sino que tuvo su origen en las presiones externas destacadas *supra*.³⁸¹

6.228. Las pruebas obrantes en el expediente también muestran que Boeing tiene actualmente [[***]] pedidos pendientes para clientes de aerolíneas o empresas de arrendamiento [[***]] pedidos pendientes para [[***]].³⁸² Los Estados Unidos no explican por qué, habida cuenta en particular de la débil demanda general de aeronaves 747-8I, Emirates habría tomado una decisión diferente en la situación hipotética en cuanto a la cancelación parcial de su pedido de VLA si hubiera pedido VLA de Boeing. Los Estados Unidos tampoco abordan cómo Boeing habría evitado esa cancelación.

6.229. Sobre la base de lo anterior, consideramos que la decisión de Emirates de cancelar una parte de sus pedidos de aeronaves A380 se integró en una tendencia más amplia de las estrategias comerciales de determinadas aerolíneas que entrañaba un alejamiento de las VLA y un acercamiento a las LCA de doble pasillo, como demostró la débil demanda por las aerolíneas de VLA observada (excepto en cuanto a los cargueros), que ha resultado en un número muy limitado de pedidos de aeronaves A380 y 747-8I.³⁸³ Por consiguiente, constatamos que la decisión de Emirates de cancelar parcialmente su pedido de VLA fue ajena a la voluntad de Airbus y no fue específica para las VLA de Airbus. En consecuencia, eliminamos las [[***]] entregas pendientes de aeronaves A380 a Emirates

³⁸⁰ Informe anual 2018-2019 de The Emirates Group (Prueba documental EU-145); y Andreas Spaeth, "Emirates to buy Rolls Royce Powered A380S Says Sir Tim Clark", Airline Ratings, 2 de noviembre de 2018 (Prueba documental EU-146). La Unión Europea afirma que esas características (la relativa menor eficiencia en el consumo de combustible y menor versatilidad) de las VLA de Airbus, que hacen que poseer y operar VLA sea menos atractivo desde un punto de vista comercial para Emirates al hacer frente a estas presiones externas, se aplican igualmente a las VLA de Boeing. Dicho de otro modo, la Unión Europea aduce que la aeronave 747-8I también es relativamente menos eficiente en el consumo de combustible que una LCA de doble pasillo e igualmente inadecuada para el transporte aéreo de corta distancia y el transporte aéreo regional de punto a punto que la aeronave A380. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 167 del Árbitro, párrafo 22). Ni los Estados Unidos han refutado este argumento ni hay pruebas obrantes en el expediente que muestren que las características de las VLA de Airbus por las que ahora no son atractivas para Emirates sean exclusivas de las VLA de Airbus y no correspondan también a las VLA de Boeing.

³⁸¹ Informe anual 2019 de Emirates (Prueba documental EU-145), página 19; y entrevista de Arabian Travel Market (Prueba documental EU-152).

³⁸² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 171 del Árbitro, párrafo 5.

³⁸³ Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79).

canceladas de todo calendario de entregas hipotéticas que utilicemos para valorar la pérdida de ventas pertinente.

6.3.4.3.4.2 El hecho de no tener en cuenta las posibles cancelaciones futuras

6.230. La Unión Europea aduce que el riesgo de que un pedido de LCA específico pueda no resultar en último término en una entrega real debido a la cancelación del pedido también se debe incluir como factor en el cálculo del valor de la pérdida de ventas. La Unión Europea sostiene que, en cuanto se concierta un pedido de LCA, Boeing afronta el riesgo positivo de un futuro incumplimiento de contrato por parte de su cliente (como ilustra el episodio de la quiebra de Transaero Airlines) y querrá ser compensada por esas posibles pérdidas de ingresos en el futuro. Según la Unión Europea, y como se expone en la sección 6.3.4.3.6.4, este riesgo de incumplimiento inherente respecto de las futuras entregas de LCA es uno de los tres componentes que deben reflejarse en la tasa de actualización. Dada la falta de información sobre los riesgos de incumplimiento específicos del pedido de comparación o de los clientes de Boeing, la Unión Europea propone utilizar la tasa media de cancelación de Boeing, basada en las tasas de cancelación históricas (calculadas como la diferencia entre los pedidos brutos y los pedidos netos, dividida entre los pedidos brutos) respecto de todas las ventas de LCA efectuadas por Boeing en el período comprendido entre 2008 y 2017, como referencia para el riesgo de cancelación de Boeing.³⁸⁴

6.231. En respuesta, los Estados Unidos sostienen que reajustar el valor de la pérdida de ventas a la baja para tener en cuenta cualquier riesgo de posible cancelación de los pedidos que Boeing habría conseguido si hubiera obtenido las ventas perdidas sería contrario a las constataciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento. Según los Estados Unidos, esto se debe a que la posibilidad de que esos pedidos se pudieran cancelar en la situación hipotética no tuvo incidencia alguna en las constataciones sobre la pérdida de ventas en el procedimiento sobre el cumplimiento.³⁸⁵

6.232. Sin embargo, los Estados Unidos aducen que si el Árbitro tuviera en cuenta la probabilidad de que un pedido se pueda cancelar antes de su entrega prevista en la situación hipotética, este debería, respecto de cada entrega de aeronaves hipotética, multiplicar su valor actual neto de entrega actualizado por una "tasa de supervivencia" anual a fin de obtener una especie de "valor previsto"³⁸⁶:

$$\begin{aligned} \text{Pérdida de venta reajustada en USD del año del pedido } t \text{ Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t = & \sum_{\substack{\text{Año de} \\ \text{entrega } s}} \frac{\text{Precio neto de Boeing en USD del año de entrega } s \text{ Aerolínea } i, \text{ año de entrega } s}{(1 + \text{Tasa de actualización}_{\text{año del pedido } t})^{\text{año de entrega } s - \text{año del pedido } t}} \\ & \times \text{Número de aeronaves}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año de entrega } s} \\ & \times \text{Tasa de supervivencia}_{\text{año del pedido } t, \text{ año de entrega } s} \end{aligned} \quad (5)$$

6.233. Según los Estados Unidos, la tasa de supervivencia se corresponde con la inversa de la probabilidad de que una entrega prevista en los pedidos pendientes de Boeing se cancele en un año determinado. Los Estados Unidos definen la inversa de la probabilidad de que una aeronave pedida en un año determinado se cancele el año siguiente como uno menos la tasa de cancelación anual en ese año siguiente. Respecto de cada combinación entre año del pedido y año de entrega, los Estados Unidos calculan la tasa de supervivencia de una aeronave que se pide en el año t y se prevé entregar en el año s como el producto de cada probabilidad anual de que una aeronave no se cancele entre el año del pedido t y el año precedente al año de entrega s (es decir, $s - 1$)³⁸⁷:

³⁸⁴ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 277; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 29 del Árbitro, párrafos 429-432.

³⁸⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 126 del Árbitro, párrafos 118-120.

³⁸⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Árbitro, párrafos 49-50; y Cálculo de la tasa de supervivencia (Prueba documental USA-65 (ICSS)). Los Estados Unidos señalan que este enfoque "no tendría en cuenta los PDP abonados antes de la cancelación". (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Árbitro, párrafo 50). No obstante, como se indica en la sección 6.3.4.3.4.3, [[***]] a la luz de las pruebas obrantes en el expediente.

³⁸⁷ El símbolo Π en la ecuación (6) corresponde al operador producto para cada año comprendido entre el año del pedido t y el año precedente al año de entrega s : $\prod_{t=2012}^{2015} x_t = x_{2012} \times x_{2013} \times x_{2014} \times x_{2015}$.

$$Tasa\ de\ supervivencia_{año\ del\ pedido\ t, año\ de\ entrega\ s} = \prod_{r=\substack{Año\ de\\ entrega\ s-1 \\ Año\ del\\ pedido\ t}} Probabilidad\ de\ que\ no\ se\ cancele, \quad (6)$$

6.234. Los Estados Unidos proponen utilizar respecto de todas sus ventas de LCA la tasa de cancelación anual histórica de Boeing, que definen como la ratio entre el número de cancelaciones en un año determinado y la suma de los pedidos pendientes al comienzo del año y los pedidos brutos en ese año menos las conversiones y las entregas. En relación con las entregas hipotéticas previstas para después de 2018, los Estados Unidos proponen calcular la tasa de cancelación anual de Boeing para el año 2018 y siguientes como la tasa media de cancelación anual de Boeing respecto de todas sus ventas de LCA entre 2008 y 2017.

6.235. Según la Unión Europea, pese a determinados desacuerdos específicos en cuanto a la metodología de cálculo presentada por los Estados Unidos, el enfoque de los Estados Unidos para calcular las tasas de cancelación se puede conciliar fácilmente con el enfoque de la Unión Europea. A juicio de la Unión Europea, el Árbitro puede bien considerar las tasas del riesgo de incumplimiento de contrato como parte de la tasa de actualización, o bien reajustar el valor actual neto de entrega actualizado a la baja aplicando la tasa de supervivencia para tener en cuenta el riesgo de cancelación del pedido pertinente.³⁸⁸

6.236. El Árbitro recuerda que Boeing normalmente solo recibe [[***]] pago inmediatamente después del pedido. A medida que se acerca la entrega, el cliente por lo general debe empezar a realizar pagos [[***]], que se denominan PDP. En el momento de la entrega, el cliente debe pagar el monto restante del precio de entrega. Dado que la mayor parte del dinero se paga en el momento de la entrega, en caso de cancelaciones, Boeing solo podrá retener en último término los depósitos y/o los PDP recibidos anteriormente en relación con los pedidos de LCA cancelados.³⁸⁹

6.237. Con estos antecedentes, observamos que la metodología propuesta por los Estados Unidos para cuantificar la pérdida de ventas se basa en un entorno libre de riesgo en el que se supone que el riesgo de cancelación es cero. Con todo, señalamos que, como han reconocido ambas partes, el riesgo de cancelación sí existe, tal y como muestran las tasas de cancelación históricas de Boeing.

6.238. Recordamos además que anteriormente hemos rechazado el argumento conceptual de los Estados Unidos en el sentido de que las cancelaciones reales no deben tenerse en cuenta porque hacerlo sería incompatible con las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento (véase la sección 6.3.4.3.4.1). Este es el único argumento que los Estados Unidos ofrecieron para justificar por qué el Árbitro tampoco debe considerar el riesgo de cancelación al determinar el valor de la pérdida de ventas en la situación hipotética. Por consiguiente, estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el riesgo de que entregas de LCA de Boeing específicas puedan no materializarse en el futuro debido a la cancelación de los pedidos se debe tener en cuenta en la valoración de las pérdidas de ventas.

6.239. En cuanto al cálculo de este riesgo de cancelación, observamos que la Unión Europea propuso inicialmente una definición de la tasa de cancelación que era distinta de la propuesta por los Estados Unidos. Sin embargo, la Unión Europea utilizó posteriormente las tasas de cancelación de Boeing, computándolas según la definición de los Estados Unidos. En consecuencia, adoptamos el enfoque utilizado por ambas partes y definimos la tasa de cancelación anual como la ratio entre el número de cancelaciones en un año determinado y la suma de los pedidos pendientes al comienzo de ese año y los pedidos brutos menos las conversiones y las entregas que han tenido lugar en ese año.

6.240. Recordamos que, si bien ambas partes utilizan la misma tasa media de cancelación de Boeing, basada en las cancelaciones históricas de Boeing relativas al período 2008-2017, las partes proponen que se aplique de forma distinta. El enfoque propuesto por la Unión Europea consiste en incluir la tasa media de cancelación de Boeing en la tasa de actualización de Boeing, mientras que el enfoque de los Estados Unidos conlleva el reajuste del valor actual neto de entrega actualizado mediante la aplicación de la tasa de supervivencia, que se basa en la probabilidad anual para Boeing

³⁸⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 79 del Árbitro, párrafo 277; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Árbitro, párrafo 191.

³⁸⁹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 42.

de que no se cancele una aeronave, lo cual, a su vez, se basa en las tasas de cancelación de Boeing. Sin embargo, la Unión Europea opina que el Árbitro puede considerar bien el enfoque propuesto por la Unión Europea con la tasa de actualización, o bien el enfoque preferido por los Estados Unidos con la tasa de supervivencia. Habida cuenta del acuerdo entre las partes en cuanto a esta cuestión particular, optamos por tener en cuenta el riesgo de las cancelaciones futuras mediante la aplicación de la tasa de supervivencia propuesta por los Estados Unidos.

6.241. Aunque estamos de acuerdo con el enfoque general propuesto por los Estados Unidos para calcular la tasa media de cancelación de Boeing, ponemos en tela de juicio la validez de calcularla según proponen los Estados Unidos, es decir, sobre la base de los datos relativos a las cancelaciones del período 2008-2017. Esto se debe a que, al hacerlo así, se supone implícitamente que los pedidos y entregas de aeronaves hipotéticos adicionales de Boeing, incluida la cancelación de Transaero³⁹⁰, no habrían tenido ninguna repercusión sobre la tasa de cancelación de Boeing. Sin embargo, observamos que ni los Estados Unidos ni la Unión Europea presentaron ninguna justificación de por qué esta suposición se sostendría en la situación hipotética. Los Estados Unidos tampoco explican por qué incluyeron las tasas de cancelación anteriores a 2012, pese a que alegan que las tasas de cancelación anteriores a 2012 no son indicativas de la probabilidad de que una aeronave pedida en 2012 o 2013 se cancele antes de su fecha de entrega. Por consiguiente, optamos por calcular la tasa media de cancelación de Boeing relativa al período 2008-2011, ya que las tasas de cancelación durante este período no se ven afectadas por los pedidos hipotéticos adicionales realizados en el período de referencia y las entregas efectuadas entre 2012 y 2017.³⁹¹ También rechazamos la indicación de los Estados Unidos de que apliquemos la tasa de supervivencia al precio de entrega respecto de todas las entregas efectuadas después de 2013. A nuestro juicio, la tasa de supervivencia solo se debe aplicar a las entregas realizadas después de 2018.³⁹² Esto se debe a que, con la excepción de los pedidos cancelados de Transaero y el pedido parcialmente cancelado de Emirates, no discernimos la existencia de pruebas obrantes en el expediente que indiquen que cualquiera de las entregas hipotéticas de Boeing pertinentes que resultaron de la pérdida de ventas y estaban previstas para antes del momento actual habría sido cancelada por la aerolínea pertinente. En consecuencia, suponemos que los pedidos han sido entregados y entrañan un riesgo de cancelación cero.

6.3.4.3.4.3 Valoración de los depósitos y los PDP relacionados con pedidos cancelados en la situación hipotética

6.242. En esta etapa, el Árbitro señala que, en la sección 6.3.4.3.4.1 *supra*, determinamos que, en la situación hipotética, la pérdida de ventas en relación con Transaero en 2012 (a saber, el conjunto de los cuatro pedidos hipotéticos de aeronaves 747-8I) y una parte de la pérdida de ventas en relación con Emirates en 2013 (a saber, [[***]] de los 50 pedidos hipotéticos de aeronaves 747-8I) se habrían cancelado. Por consiguiente, estas LCA de Boeing nunca se habrían entregado y Boeing no habría percibido su precio de entrega total. No obstante, recordamos que, al realizar un pedido de LCA, el cliente por lo general pagará un [[***]] depósito al fabricante y, conforme se acerca la fecha de entrega, el cliente pagará PDP adicionales al fabricante antes de abonar el saldo pendiente al momento de la entrega.³⁹³ Por consiguiente, se plantea la cuestión de si, en la situación hipotética, Boeing habría recibido depósitos y/o PDP en relación con los pedidos de Transaero y/o de Emirates cancelados y, de ser el caso, si sería apropiado que incluyéramos estos elementos en la valoración de los efectos desfavorables.

³⁹⁰ Según el calendario de entregas hipotéticas (a saber, el calendario de entregas acordadas por contrato de Airbus), las cuatro aeronaves 747-8I se habrían entregado a Transaero en [[***]].

³⁹¹ Observamos que el período 2008-2011 incluye años correspondientes a la crisis financiera de 2008 y años posteriores a esta. Los Estados Unidos no explicaron cómo ha afectado la crisis financiera a la tasa de cancelación de Boeing. En cualquier caso, la crisis financiera es, por definición, un evento exógeno que también habría tenido lugar en la situación hipotética. Observamos asimismo que la tasa de cancelación anual [[***]]. (Cálculo de la tasa de supervivencia (Prueba documental USA-65 (ICSS))).

³⁹² Señalamos que la Unión Europea sigue el mismo enfoque al fijar un riesgo de cancelación cero en su fórmula de la tasa de actualización respecto de todas las entregas hipotéticas anteriores a 2019.

³⁹³ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 42; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Árbitro, párrafos 51-53; Declaración de Boeing (Prueba documental USA-5 (ICC)); y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 459.

6.243. Los Estados Unidos sostienen que los PDP que Boeing habría recibido en relación con los pedidos cancelados se deberían incluir en la valoración de estos pedidos cancelados.³⁹⁴ En lo que respecta a la pérdida de ventas en relación con Transaero, los Estados Unidos presentaron pruebas ICSS que indicaban que **[[ICSS]]**.³⁹⁵ En términos más generales, los Estados Unidos explican que la cuestión de si Boeing **[[***]]** depende de las circunstancias de la cancelación. No obstante, los Estados Unidos no indican específicamente cuál habría sido el resultado específico en las circunstancias relacionadas con los pedidos de Transaero y Emirates en la situación hipotética, si dichos pedidos (o algunos de esos pedidos) se hubiesen cancelado.³⁹⁶

6.244. La Unión Europea aduce que, en una situación en la que un pedido que forma parte de las pérdidas de ventas se habría cancelado en la situación hipotética, el Árbitro podría tomar en cuenta los depósitos y los PDP que Boeing habría recibido aunque no se produjera ninguna entrega de LCA para determinar el valor de esas pérdidas de ventas. Según la Unión Europea, estos depósitos y PDP se suelen abonar para cubrir algunos de los costos de producción directos de las LCA que se han pedido. Sin embargo, la Unión Europea no ha formulado ningún argumento sobre la manera en que estos depósitos y PDP deberían tratarse si el fabricante de LCA debía devolver la cuantía recibida en concepto de depósitos y PDP de producirse una cancelación de los pedidos.³⁹⁷

6.245. A juicio del Árbitro, parecería razonable incluir los depósitos y los PDP en el cálculo del nivel máximo de las contramedidas solo si en la situación hipotética Boeing habría recibido y a la vez conservado estas sumas monetarias en caso de que un pedido se cancelara de manera parcial o total. Por consiguiente, evaluamos si Boeing habría recibido y conservado estos pagos respecto de los pedidos cancelados de Transaero y Emirates en la situación hipotética.

6.246. En lo que respecta al pedido de aeronaves A380 realizado por Transaero en 2012, observamos que Transaero también efectuó un pedido de **[[***]]** aeronaves 747-8I en **[[***]]**.³⁹⁸ Cuando Transaero se declaró en quiebra, **[[***]]** estos pedidos se cancelaron junto con los pedidos de aeronaves A380 de Airbus que fueron el objeto de la venta perdida en 2012.³⁹⁹ Los Estados Unidos explicaron que Boeing **[[ICSS]]**.⁴⁰⁰ Estas pruebas con ICSS indican que Boeing **[[***]]**. Teniendo esto en cuenta, a nuestro juicio no sería apropiado caracterizar **[[***]]** respecto de las LCA canceladas de Transaero. Consideramos que estas pruebas con ICSS constituyen la mejor prueba de que disponemos respecto de lo que Boeing habría hecho con los depósitos y PDP adicionales que habría recibido por las cuatro aeronaves 747-8I adicionales que habría vendido a Transaero si Boeing hubiese obtenido la venta perdida en 2012. Al no existir pruebas en sentido contrario, damos por

³⁹⁴ Señalamos que la posición principal de los Estados Unidos es que las pérdidas de ventas en relación con Transaero y Emirates deberían valorarse de la misma manera que cualquier otra pérdida de ventas, dado que el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataron que estas ventas constituyeron casos de pérdidas de ventas significativas en el sentido del apartado c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. El hecho de no valorarlas constituiría, a juicio de los Estados Unidos, un ataque colateral a las constataciones adoptadas por el OSD y la evolución de los hechos después del período de referencia no debería afectar la valoración de los efectos desfavorables. Ya hemos examinado este argumento en las secciones 6.3.4.3.2 y 6.3.4.3.4.1.

³⁹⁵ Correo electrónico de Boeing de **[[***]]** (13 de diciembre de 2018) (Prueba documental USA-30 (ICSS)) (penúltima palabra de la frase de la segunda línea en **[[***]]** en la primera página). Análogamente, respecto del pedido de cuatro aeronaves A380 realizado por Transaero que formó parte de las constataciones de pérdidas de ventas, la Unión Europea presentó pruebas para demostrar que Transaero Airlines había efectuado depósitos y pagos anteriores a la entrega a Airbus antes de **[[***]]**. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 30 del Árbitro; y Depósitos y pagos anteriores a la entrega realizados por Transaero Airlines (Prueba documental EU-83 (ICSS))).

³⁹⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 94, párrafos 2-5, y 32, párrafo 50, del Árbitro; Correo electrónico de Boeing con respecto al primer conjunto de preguntas del Árbitro (Prueba documental USA-30 (ICSS)); Correo electrónico de Boeing de **[[***]]** (10 de febrero de 2019) (Prueba documental USA-60 (ICC)).

³⁹⁷ Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 25, nota 420, 28, nota 455, 43, párrafos 465-466, 54, párrafo 17, y 166, nota 56, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 94 del Árbitro, párrafo 20.

³⁹⁸ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 69; e Información de pedido del 747-8I por Transaero (Prueba documental USA-13 (ICSS)).

³⁹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 62; y Calendarios de entregas contratadas e información sobre entregas efectivas de Boeing correspondientes a los pedidos "de comparación" (Prueba documental USA-29 (ICSS)).

⁴⁰⁰ Correo electrónico de Boeing con respecto al primer conjunto de preguntas del Árbitro (Prueba documental USA-30 (ICSS)) (penúltima palabra de la frase de la segunda línea a partir de **[[***]]** en la página 1).

supuesto en consecuencia que Boeing habría [[***]] con esas sumas adicionales. Por consiguiente, teniendo en cuenta todos estos elementos, consideramos que no es razonable incluir en nuestra valoración los depósitos o PDP que Boeing habría recibido en la situación hipotética respecto de la pérdida de ventas en relación con Transaero.

6.247. En cuanto a la venta perdida en relación con Emirates en 2013, reconocemos que parecería razonable dar por supuesto que, en la situación hipotética, Boeing habría recibido ciertos depósitos o PDP en relación con los [[***]] pedidos de aeronaves 747-8I cancelados. Sin embargo, aunque este hubiese sido el caso, de todas formas consideraríamos que no es razonable incluir estas sumas en nuestra valoración. Los Estados Unidos han explicado que [[***]] en las situaciones en que se produjera una cancelación. De hecho, según los Estados Unidos, en situaciones como las de la cancelación de Emirates, parecería que la cuestión se habría resuelto [[***]].⁴⁰¹ Los Estados Unidos no nos han remitido a nada en el expediente que indique lo que [[***]] el pedido de Emirates en la situación hipotética en caso de producirse una cancelación y respalde la idea de que Boeing habría [[***]] los depósitos o PDP hipotéticos pertinentes recibidos de Emirates, [[***]] de cualesquiera depósitos o PDP pertinentes.⁴⁰² Tampoco tenemos ante nosotros pruebas relativas a lo que [[***]] sobre este punto en estas circunstancias de producirse tal [[***]]. Por lo tanto, [[***]] los depósitos o PDP recibidos en la situación hipotética es [[***]]. Teniendo en cuenta lo que antecede, consideramos que no es razonable incluir en nuestra valoración los depósitos o PDP que Boeing habría recibido en la situación hipotética respecto de la venta perdida en relación con Emirates.

6.3.4.3.4.4 El hecho de no tener en cuenta las conversiones

6.248. La Unión Europea aduce que, en la medida en que los pedidos que Airbus obtuvo en el contexto de las pérdidas de ventas han sido objeto de conversiones⁴⁰³ por los clientes por motivos que también los habrían llevado a convertir pedidos de LCA de Boeing (si Boeing hubiese obtenido las ventas perdidas en su lugar), el Árbitro debería en consecuencia realizar reajustes adecuados en el valor de las ventas perdidas. Según la Unión Europea, en dos de las cinco ventas perdidas (United Airlines y Cathay Pacific Airways) ha habido conversiones de ciertas LCA de Airbus a mayo de 2019. La Unión Europea afirma que las circunstancias que rodean dichas conversiones indican que, si Boeing hubiese obtenido estas ventas perdidas en la situación hipotética, se habrían producido conversiones similares con respecto a los pedidos de Boeing.⁴⁰⁴

6.249. Los Estados Unidos sostienen que los argumentos de la Unión Europea relacionados con la conversión son erróneos tanto desde el punto de vista conceptual como desde el punto de vista fáctico. A juicio de los Estados Unidos, si el Árbitro reflejara en la situación hipotética una conversión del modelo que, según lo constatado, se relaciona con pérdidas de ventas específicas, en un modelo distinto, alteraría las constataciones adoptadas sobre la base de un nuevo expediente fáctico. Además, la Unión Europea presupone erróneamente que, dado que ciertos pedidos de Airbus en efecto se convirtieron, por ende el pedido hipotético de Boeing también habría estado sujeto a una conversión similar.⁴⁰⁵

6.250. El Árbitro señala que el valor que Airbus o Boeing esperarían obtener en última instancia por un pedido determinado depende en parte del modelo de LCA que se entrega finalmente al cliente conforme a ese pedido. Por consiguiente, consideramos que las conversiones hipotéticas de las LCA de Boeing que se habrían pedido si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas son, en principio,

⁴⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 94 del Árbitro, párrafo 5.

⁴⁰² Consideramos que ciertos [[***]] (que escogimos como el pedido de comparación para la venta perdida en relación con Emirates) respaldan nuestra conclusión en este contexto. (Véase la Documentación de pedido del 747-8I por Lufthansa de 2006 (Prueba documental USA-79 (ICSS)), página 18; y párrafo 6.309. *infra*).

⁴⁰³ Por conversiones, nos referimos al proceso de cambiar un pedido de una LCA de un modelo (por ejemplo, una aeronave A350XWB-1000) por un pedido de un modelo de LCA distinto (por ejemplo, una aeronave A350XWB-900).

⁴⁰⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 110 del Árbitro, párrafo 214. Como se examinó en la sección 6.3.4.3.6.1 en relación con los precios de entrega, la Unión Europea aduce que el Árbitro debería tomar en cuenta las conversiones de United Airlines y Cathay Pacific Airways seleccionando un pedido de comparación alternativo o ajustando a la baja los precios que figuran en un pedido de comparación existente que se considera el más representativo, fiable y sólido disponible (respuesta de la Unión Europea a la pregunta 110 del Árbitro, párrafo 218).

⁴⁰⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 185-194; respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 117, párrafo 61, y 110, párrafo 35, del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 98, párrafos 76-79, y 161, párrafo 18, del Árbitro.

una consideración pertinente. Sin embargo, primero tenemos que cerciorarnos de que es razonable concluir que tales conversiones hipotéticas se habrían producido. Recordamos que la principal discrepancia entre las partes en este contexto es si el hecho de que ciertos pedidos pertinentes de LCA de *Airbus* se convirtieron significa que los pedidos hipotéticos correspondientes de LCA de *Boeing* también se habrían convertido. Por consiguiente, pasamos a examinar las pruebas obrantes en el expediente presentadas las partes.

6.251. En lo que respecta a la conversión de United Airlines, la Unión Europea presentó pruebas en la forma de artículos de prensa especializados que dan a entender que el motivo por el que en septiembre de 2017 United Airlines volvió a convertir todos los pedidos de aeronaves A350XWB-1000 en pedidos de aeronaves A350XWB-900⁴⁰⁶ se relaciona con la estrategia de configuración de la flota a largo plazo de United Airlines y, en consecuencia, con la evolución de las necesidades relacionadas con su flota.⁴⁰⁷ Señalamos que estas pruebas parecen indicar que los bajos precios de los combustibles y la entrega inminente de aeronaves Boeing 777-300ER pedidas a precios de restos de serie en 2015 permitió a United Airlines retirar sus aeronaves 747-400 antes de lo previsto y que, teniendo en cuenta este cambio en la configuración de su flota, United Airlines reevaluó su compra anterior de aeronaves A350XWB-1000, que se habían pedido en 2013 para sustituir las aeronaves 747-400. La Unión Europea también presentó al Árbitro una carta dirigida a Airbus fechada en enero de 2017, en la que [[***]] reconocía que la conversión del pedido de A350XWB-1000 se produjo únicamente a petición de United Airlines.⁴⁰⁸

6.252. Los Estados Unidos están esencialmente de acuerdo con lo que parece ser el aspecto central fáctico de las pruebas de la Unión Europea en este contexto, a saber, que la recepción inminente de aeronaves 777-300ER por parte de United Airlines en 2017 en esencia dio lugar a la conversión del pedido realizado a Airbus. No obstante, los Estados Unidos sostienen que la Unión Europea pasa por alto el hecho de que United Airlines pidió esas aeronaves 777-300ER en 2015 y que, en la situación hipotética, United Airlines habría pedido aeronaves 777-300ER en 2013 (es decir, en el momento en que se perdió la venta, y antes de los pedidos iniciales de aeronaves 777-300ER realizados por la aerolínea en 2015).⁴⁰⁹ Por lo tanto, los Estados Unidos infieren que, en la medida en que la "entrega inminente" de aeronaves 777-300ER habría llevado a United Airlines a considerar la posibilidad de convertir pedidos, se trataría de la entrega inminente de aeronaves 777-300ER hipotéticas pedidas en el momento de la pérdida de ventas en 2013. Por consiguiente, los Estados Unidos sostienen que no hay fundamento alguno para dar por supuesto que un pedido hipotético de 777-300ER en 2013 se habría convertido a un pedido de un modelo de Boeing más pequeño en 2017.⁴¹⁰

6.253. Sobre la base de las pruebas que tenemos ante nosotros, aceptamos el argumento de la Unión Europea de que la conversión por United Airlines en 2017 de su pedido de aeronaves Airbus A350XWB fue impulsada por United Airlines, sobre todo teniendo en cuenta la evolución de la configuración de su flota y, en particular, la llegada inminente de las aeronaves 777-300ER pedidas anteriormente, en 2015. No obstante, en la situación hipotética, United Airlines ya habría pedido aeronaves 777-300ER en 2013 como consecuencia de la obtención por Boeing de la venta perdida en relación con United Airlines. Cabe suponer que estas aeronaves 777-300ER se habrían pedido o conservado para sustituir las aeronaves 747-400. A falta de las aeronaves A350XWB-1000, United Airlines habría necesitado las aeronaves 777-300ER pedidas en 2013 para sustituir las aeronaves 747-400. No habría tenido ningún motivo para convertir estos pedidos en pedidos de aeronaves más pequeñas. En efecto, como indican las pruebas proporcionadas por la Unión Europea,

⁴⁰⁶ La Unión Europea explica que, en 2013, con el objetivo de sustituir su flota de aeronaves Boeing 777, en proceso de envejecimiento, United Airlines había convertido un pedido de 25 aeronaves A350XWB-900 en un pedido de la variante de aeronaves A350XWB-1000, de mayor dimensión, y, al mismo tiempo, había pedido 10 aeronaves A350XWB-1000 adicionales (las que constituyen la "pérdida de ventas" en cuestión). (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro, párrafo 66).

⁴⁰⁷ Véase Chicago Business Journal, "United Airlines postponing delivery of much-anticipated Airbus-350", 6 de septiembre de 2017 (Prueba documental EU-59); Airways Magazine, "United Converts A350-1000 Order to A350-900", 6 de septiembre de 2017 (Prueba documental EU-60); Airbus, "New agreement with United Airlines increases A350 XWB order to 45", 6 de septiembre de 2017 (Prueba documental EU-139); y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 98, párrafo 67, y 162, párrafo 26, del Árbitro.

⁴⁰⁸ Véase la carta [[***]] (Prueba documental EU-140 (ICSS)); y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 162 del Árbitro, párrafo 28.

⁴⁰⁹ Véase el cuadro 1 *supra* (donde se indica que el modelo de Boeing competidor más próximo de la aeronave Airbus A350XWB-1000 es la aeronave 777-300ER).

⁴¹⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 161 del Árbitro, párrafos 19-23.

United Airlines siguió realizando pedidos de aeronaves 777-300ER entre 2015 y 2018.⁴¹¹ En síntesis, el acontecimiento que parece haber impulsado la conversión de Airbus, a saber, la llegada de las aeronaves 777-300ER, se habría producido mucho más temprano en la situación hipotética de lo que se produjo en la realidad, y no se habría producido ningún acontecimiento correspondiente que diera lugar a la conversión de los pedidos de estas aeronaves 777-300ER específicas en la situación hipotética. Esto nos hace dudar seriamente de si es razonable dar por supuesto que en la situación hipotética United Airlines habría adoptado las mismas decisiones de conversión que adoptó en la realidad y, en consecuencia, no consideramos razonable dar por supuesto que, en la situación hipotética, esta conversión también se habría producido con respecto al pedido de aeronaves 777-300ER realizado a Boeing en 2013.

6.254. En lo que respecta a la conversión de Cathay Pacific Airways, la Unión Europea presentó pruebas que parecen indicar que las decisiones adoptadas por Cathay Pacific Airways en septiembre de 2017 de convertir dos aeronaves A350XWB-1000 en aeronaves A350XWB-900 y de aplazar el pedido de cinco aeronaves A350XWB-1000 de 2020 a 2021 se adoptaron a petición de Cathay Pacific Airways en el contexto de [[***]], y formaban parte de una iniciativa de conversión y aplazamiento más amplia en favor de las LCA 350XWB-900, más pequeñas.⁴¹² La Unión Europea también presentó un correo electrónico de [[***]], en que se explicaba que la decisión de Cathay Pacific Airways de solicitar la conversión fue impulsada por la percepción de que el modelo A350XWB-900 se adaptaba mejor a las nuevas rutas y frecuencias previstas en el plan de expansión de Cathay Pacific Airways y le permitiría recortar costos y aumentar los ingresos.⁴¹³ En ese correo electrónico, [[***]]. La Unión Europea sostiene en consecuencia que la decisión de Cathay Pacific Airways de convertir una parte de su pedido también habría tenido lugar en la situación hipotética.⁴¹⁴

6.255. Los Estados Unidos aducen que no hay ningún fundamento para dar por supuesto que, en la situación hipotética, Cathay Pacific Airways habría previsto un ahorro de costos similar a partir de la conversión de los pedidos de aeronaves 777-300ER en pedidos de aeronaves 787-10, más pequeñas, en particular teniendo en cuenta que la aerolínea ya habría contado con una gran flota instalada de aeronaves 777-300ER, lo que le habría permitido incorporar fácilmente aeronaves 777-300ER adicionales en su flota. Los Estados Unidos son de la opinión de que una "conversión a la baja" a un 787-10, por ejemplo, habría exigido que Cathay Pacific Airways introdujera un modelo de Boeing completamente nuevo en su flota. Además, dado que la conversión real presuntamente tuvo lugar en el contexto de [[***]], no hay fundamento para dar por supuesto que en la situación hipotética se habría dado una circunstancia similar.⁴¹⁵

6.256. Los Estados Unidos también responden a la afirmación de la Unión Europea de que, si determinadas disposiciones contractuales de Boeing prevén la posibilidad de realizar una conversión, la "conversión a la baja" adecuada podría ser de la aeronave 777-300ER a la aeronave 777-8⁴¹⁶, una variante de gran autonomía del programa 777X lanzada en 2013. Los Estados Unidos señalan que la aeronave 777-8 tiene una capacidad estándar de asientos de dos clases de 350-375 pasajeros y una autonomía de 8.690 millas náuticas.⁴¹⁷ Según el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, la aeronave 777-300ER tiene una capacidad de asientos estándar de 360 o 386 pasajeros (según Airbus y Boeing, respectivamente) y una autonomía máxima de 7.650 o 7.825 millas náuticas.⁴¹⁸ Los Estados Unidos sostienen que es difícil ver cómo el hecho de pasar de una aeronave 777-300ER a la aeronave 777-8, una variante de mayor autonomía con una capacidad de asientos comparable, constituiría una "conversión a la baja", y aún más difícil ver cómo este

⁴¹¹ Véase Airways Magazine, "United Converts A350-1000 Order to A350-900", 6 de septiembre de 2017 (Prueba documental EU-60).

⁴¹² Véase Flight Global, "Cathay swaps batch of A350-1000s to smaller -900", 13 de septiembre de 2017 (Prueba documental EU-58). Más concretamente, en el contexto de la evaluación por Cathay Pacific Airways de su solicitud de ofertas por la aeronave A321neo, Cathay Pacific Airways solicitó una conversión a la baja de un total de seis aeronaves A350XWB-1000 en aeronaves A350XWB-900 y un aplazamiento de ocho LCA en total. (Véase Correo electrónico [[***]] (Prueba documental EU-142 (ICSS)); y Campaña del A350-1000 para Cathay Pacific Airways, 2013 (Prueba documental EU-133 (ICSS))).

⁴¹³ Véase Correo electrónico [[***]] (Prueba documental EU-142 (ICSS)); y Campaña del A350-1000 para Cathay Pacific Airways, 2013 (Prueba documental EU-133 (ICSS)).

⁴¹⁴ Véase la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 162 del Árbitro, párrafos 29-30.

⁴¹⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 161 del Árbitro, párrafos 19-23.

⁴¹⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 161 del Árbitro, párrafo 22.

⁴¹⁷ Especificaciones técnicas del 777X, sitio web de Boeing (Prueba documental USA-114).

⁴¹⁸ Informe del Grupo Especial, CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1295 y cuadro 17.

cambio sería compatible con los motivos de Cathay Pacific Airlines para convertir dos pedidos de aeronaves A350XWB-1000 en pedidos de aeronaves A350XWB-900.⁴¹⁹

6.257. Sobre la base de las pruebas que tenemos ante nosotros, aceptamos el argumento de la Unión Europea de que Cathay Pacific Airways convirtió dos pedidos de aeronaves A350XWB-1000 en pedidos de aeronaves A350XWB-900 con el fin de ahorrar costos. Observamos que adoptó esta decisión en el contexto de [[***]]. Sobre la base de las pruebas que tenemos ante nosotros, también aceptamos el argumento de los Estados Unidos de que una "conversión a la baja" en la situación hipotética habría exigido que Cathay Pacific Airways introdujera un modelo de Boeing completamente nuevo en su flota. Esto nos da a entender que los ahorros de costos resultantes de una conversión a la baja en la situación hipotética podrían haber sido significativamente más limitados que los esperados por una conversión de dos aeronaves A350XWB-1000 en aeronaves A350XWB-900. La Unión Europea no explicó por qué esta conversión habría tenido lugar de todas formas en la situación hipotética en circunstancias que probablemente habrían sido significativamente distintas de las que rodearon la conversión de Airbus. Por consiguiente, consideramos que no es razonable dar por supuesto que en la situación hipotética esta conversión se habría producido con respecto a pedidos realizados a Boeing.

6.3.4.3.5 Fechas de las entregas hipotéticas de Boeing

6.258. Las partes también discrepan respecto de las fechas de las entregas hipotéticas de Boeing. Estas fechas son pertinentes para la metodología de los Estados Unidos porque, como se ha analizado en la sección 6.3.4.1.1, los Estados Unidos establecen el valor de una pérdida de ventas sumando los valores actualizados de todas las entregas posteriores a los pedidos del modelo de Boeing competidor más próximo. A fin de determinar la fecha a partir de la que debe actualizarse ese precio de entrega, los Estados Unidos proponen utilizar como calendarios de las entregas hipotéticas de Boeing los calendarios de entregas acordados contractualmente por Airbus respecto de las pérdidas de ventas en cuestión.⁴²⁰ En esta sección se analiza a) si esta propuesta de los Estados Unidos es razonable, y b) si se deben ajustar estos calendarios para tener en cuenta los aplazamientos de las entregas posteriores a los pedidos. Examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

6.3.4.3.5.1 El hecho de no utilizar los calendarios de entregas de Boeing

6.259. La Unión Europea aduce que la utilización de los calendarios de entregas acordados por Airbus con los clientes en relación con las pérdidas de ventas a fin de calcular las fechas de las entregas hipotéticas de las entregas correspondientes de Boeing, como proponen los Estados Unidos, es inadecuada. Según la Unión Europea, esto se debe a que, como señalan los propios Estados Unidos, el calendario contratado entre Airbus y el cliente "refleja circunstancias específicas de las aeronaves, las operaciones y las relaciones de Airbus".⁴²¹ En opinión de la Unión Europea, la utilización de los calendarios de entregas de Airbus no refleja las limitaciones relativas a la oferta de Boeing en el mundo hipotético, como estrangulamientos en el proceso productivo, demoras en el desarrollo de las aeronaves o problemas con los proveedores, todas las cuales pueden afectar a los plazos de las entregas hipotéticas de Boeing y ninguna de las cuales queda reflejada al examinar los calendarios de entregas de Airbus.⁴²²

6.260. La Unión Europea, en cambio, propone utilizar las últimas versiones actualizadas de los calendarios de entregas que figuran en determinados pedidos de comparación de Boeing, es decir, los pedidos de LCA que Boeing concluyó con clientes en realidad y se refieren al modelo de LCA de Boeing que habría sido pedido si Boeing hubiese obtenido la venta perdida en cuestión. La Unión Europea considera que estos pedidos de comparación contienen condiciones contractuales, incluidos calendarios de entregas, razonablemente similares a lo que Boeing y la línea aérea pertinente habrían acordado en la situación hipotética si Boeing hubiese obtenido las ventas

⁴¹⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 161 del Árbitro, párrafo 24.

⁴²⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 40, párrafo 83, y 135, párrafos 157, 164, 178 y 185, del Árbitro.

⁴²¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 223-225; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 80 del Árbitro, párrafos 284-287; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafos 372-373.

⁴²² Observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 114, párrafo 184, 130, párrafos 298-305, y 135, párrafo 372, del Árbitro.

perdidas.⁴²³ La Unión Europea también señala que los calendarios de entregas hipotéticas que Boeing habría acordado se habrían visto también afectados por los otros compromisos de Boeing de entregar LCA a otros clientes durante los períodos pertinentes porque Boeing solo tiene capacidad para entregar tantas LCA en un período determinado.⁴²⁴

6.261. Los Estados Unidos responden que el calendario de entregas acordado contractualmente en la situación hipotética entre Boeing y cada uno de los clientes implicados en las pérdidas de ventas habría complementado, y no duplicado, cualquier calendario de entregas que figurara en cualquier otro pedido de Boeing concluido con cualquier otro cliente en la situación hipotética. Por consiguiente, los Estados Unidos rechazan la propuesta de la Unión Europea de que el Árbitro se base en los calendarios de entregas que figuran en los pedidos de comparación de Boeing.⁴²⁵

6.262. El Árbitro señala que el calendario de entregas de cualquier pedido de LCA es el resultado de una negociación entre el vendedor y el cliente.⁴²⁶ Los clientes solicitarán posiciones de entrega que se adecuen a sus estrategias y planes, mientras que los productores de LCA intentarán acomodar las peticiones de los clientes a las limitaciones que afrontan en relación con la oferta. Cabe señalar a este respecto que los fabricantes de LCA no producen para disponer de existencias, sino bajo demanda.⁴²⁷

6.263. Dicho esto, a falta de pruebas directas de los resultados de negociaciones en la situación hipotética, consideramos menos problemático utilizar los calendarios de entregas contractuales que Airbus concluyó en relación con las pérdidas de ventas que utilizar los calendarios de entregas de Boeing que figuran en los pedidos de comparación. En nuestra opinión, a pesar de que estos calendarios de entregas de Airbus reflejan circunstancias y limitaciones relativas a la oferta específicas de Airbus, consideramos que cabe suponer razonablemente que reflejan las presiones reales ejercidas por parte de la demanda porque han sido aceptadas por los clientes implicados en las pérdidas de ventas en cuestión. Además, no consideramos que la utilización de un calendario de entregas incluido en un pedido de comparación de Boeing reflejaría razonablemente las limitaciones relativas a la oferta de Boeing en las negociaciones con los clientes pertinentes implicados en las pérdidas de ventas. De hecho, consideramos improbable que Boeing, que tiene una capacidad de producción limitada en un período determinado, celebre contratos con calendarios de entregas idénticos con varios clientes, en lugar de intentar ordenar el conjunto de las entregas de una manera más proporcionada a lo largo del tiempo. Además, aunque puede que los calendarios de entregas acordados contractualmente por Airbus no reflejen exactamente lo que los clientes hubiesen querido de Boeing o lo que hubiesen podido negociar con Boeing en la situación hipotética, al menos representan un compromiso que resultó aceptable para las partes negociadoras en el momento del pedido. Además, no vemos otra opción para reconstruir los calendarios de las entregas hipotéticas pertinentes de Boeing que, a nuestro juicio, diera un resultado más fiable que la utilización de los calendarios de entregas acordados contractualmente por Airbus.

6.264. A la luz de lo anterior, consideramos razonable utilizar, como calendarios de las entregas hipotéticas de Boeing, los calendarios de entregas que figuran en los contratos concluidos entre Airbus y los clientes pertinentes en relación con las pérdidas de ventas.

⁴²³ La cuestión de la elección del pedido de comparación o [[***]] se analiza en la sección 6.3.4.3.6.1 .

⁴²⁴ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafo 389; Calendarios de entregas contratadas e información sobre entregas efectivas de Boeing correspondientes a los pedidos "de comparación" (Prueba documental USA-29 (ICSS)); y Calendarios de entregas contratadas, modificaciones de los calendarios de entregas e información sobre entregas efectivas de Boeing correspondientes a los pedidos "de comparación" (Prueba documental USA-44 (ICSS)).

⁴²⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafo 158. Los Estados Unidos aducen además que el calendario de entregas de [[***]] la pérdida de ventas en relación con Cathay Pacific Airways sería una estimación razonable para utilizar si no hubiese datos mejores, aunque el calendario de entregas [[***]] es menos fiable porque refleja [[***]], y no [[***]]. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 40 del Árbitro, párrafo 87).

⁴²⁶ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1750.

⁴²⁷ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), nota 5196.

6.3.4.3.5.2 El hecho de no tener en cuenta los aplazamientos de las entregas

6.265. La Unión Europea señala que determinadas entregas de LCA resultantes de los pedidos que Airbus obtuvo en relación con las pérdidas de ventas han sido aplazadas⁴²⁸ por los clientes. Según la Unión Europea, cuando estos aplazamientos se produjeron por razones que habrían llevado a esos mismos clientes a aplazar también entregas de LCA de Boeing (en el caso de que Boeing hubiese obtenido las ventas perdidas), el Árbitro debe suponer que se habrían producido aplazamientos similares respecto de las LCA pedidas a Boeing y debe realizar los reajustes adecuados en el valor de las pérdidas de ventas. En particular, la Unión Europea plantea la cuestión de los aplazamientos en el contexto de las pérdidas de ventas concernientes a los pedidos efectuados por United Airlines (con una demora en la entrega de hasta tres años del período 2022-2024 al período 2025-2026) y por Cathay Pacific (con una demora en la entrega de un año de 2020 a 2021 respecto de algunas aeronaves).⁴²⁹

6.266. Los Estados Unidos afirman que los argumentos de la Unión Europea relativos a los aplazamientos son erróneos desde el punto de vista fáctico y conceptual. Los Estados Unidos aducen que la Unión Europea exagera la frecuencia de los aplazamientos. Según los Estados Unidos, [[***]] de los pedidos en firme de los modelos 747-8I, 777-300ER y 787-10 se han realizado con arreglo al calendario inicial. Además, las demoras en las entregas, incluidas las resultantes a petición de los clientes, han sido normalmente demoras [[***]], en promedio.⁴³⁰ En términos más generales, a juicio de los Estados Unidos, son muchas las razones posibles de los aplazamientos, algunas de las cuales podrían ser específicas de una aeronave de Airbus en el mundo real y no serían aplicables al modelo de Boeing competidor más próximo pedido en la situación hipotética. Además, los Estados Unidos afirman que podría haber diferencias entre los contratos de Airbus en el marco de los cuales se produjeron los aplazamientos y los contratos que Boeing habría concluido con los clientes pertinentes, que podrían haber modificado la frecuencia y/o la duración de los aplazamientos pertinentes en la situación hipotética.⁴³¹

6.267. El Árbitro señala que el valor que Airbus o Boeing esperarían obtener en última instancia de un pedido de LCA determinado depende en parte de cuándo se entregan las LCA pedidas. Esto se debe a que el precio de entrega neto en una fecha dada viene determinado por el factor de aumento asociado con esa fecha de entrega. Así pues, consideramos que los aplazamientos hipotéticos de LCA de Boeing son, en principio, consideraciones pertinentes a los efectos de nuestra valoración de las pérdidas de ventas. No obstante, primero debemos convencernos de que tales aplazamientos hipotéticos se habrían producido.

6.268. Observamos que algunas entregas de LCA de Airbus asociadas con las pérdidas de ventas han sido aplazadas después del pedido inicial.⁴³² No obstante, la Unión Europea no propone que tengamos en cuenta todos los aplazamientos que se produjeron en relación con las entregas reales y futuras de Airbus resultantes de las pérdidas de ventas en cuestión, sino solo los aplazamientos solicitados por las aerolíneas. De hecho, las partes han abordado esencialmente solo dos casos de aplazamientos, a saber, los aplazamientos asociados con las pérdidas de ventas en relación con

⁴²⁸ Por aplazamiento, entendemos la demora en las entregas de LCA más allá del tiempo acordado contractualmente.

⁴²⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro, párrafos 73-77.

⁴³⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 124 del Árbitro, párrafo 110 (donde se afirma que "respecto del 747-8, más de un [[***]] % de las entregas se realizaron con arreglo al calendario inicial y solo menos de un [[***]] % se demoraron, en promedio, [[***]]. Respecto del 777-300ER, alrededor de un [[***]] % de las entregas se realizaron puntualmente y alrededor de un [[***]] % de las entregas se demoraron, en promedio, [[***]]. Y respecto del 787-10, hubo [[***]]"); y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro.

⁴³¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 185-194; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 117, párrafo 61, y 110, párrafo 35, del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 98, párrafo 76-79, y 161, párrafo 18, del Árbitro.

⁴³² La duración de estos aplazamientos (en comparación con los calendarios de entregas acordados contractualmente) abarcan, por ejemplo, de [[***]] meses a [[***]] años (en el caso de Emirates) para "fechas de entrega reprogramadas para antes de las fechas de entrega iniciales", mientras que otras entregas se han demorado de [[***]] meses a [[***]] años (en el caso de United Airlines). No obstante, señalamos que [[***]] las entregas de Airbus relativas a las pérdidas de ventas en cuestión se han demorado, en promedio, **[[ICSS]]**. (Análisis basado en la Prueba documental EU-86 (ICSS), la Prueba documental EU-87 (ICSS), la Prueba documental EU-88 (ICSS), la Prueba documental EU-89 (ICSS), la Prueba documental EU-90 (ICSS), la Prueba documental EU-91 (ICSS), la Prueba documental EU-92 (ICSS), la Prueba documental EU-106 (ICSS) y la Prueba documental EU-123 (ICSS)).

United Airlines y Cathay Pacific Airways, que, según la Unión Europea, han sido solicitados por las dos aerolíneas en el contexto de la conversión.⁴³³ Como se ha explicado en la sección 6.3.4.3.4.4, no tenemos en cuenta estas conversiones en la valoración de las pérdidas de ventas. Además, señalamos que no obran pruebas en el expediente que indiquen que las dos aerolíneas solicitaran los aplazamientos con independencia de las conversiones. A la luz de lo que antecede, consideramos que no es razonable suponer que estos aplazamientos se habrían solicitado si Boeing hubiese obtenido las ventas perdidas en relación con United Airlines y Cathay Pacific Airways.

6.269. Con respecto a los aplazamientos asociados con la pérdida de ventas a United Airlines, la Unión Europea sostiene además que la afirmación de los Estados Unidos de que, en la situación hipotética, Boeing habría entregado sus LCA según el calendario de entregas previsto que figura en el contrato de pedido de 2013 suscrito entre United Airlines y Airbus no es legítima. Según la Unión Europea, esto se debe a que el aplazamiento real, que dio lugar a turnos de entrega más distanciados ([***]), fue consecuencia simplemente de consideraciones empresariales de United Airlines y no tuvo nada que ver con ninguna medida adoptada por Airbus.⁴³⁴

6.270. Los Estados Unidos responden que, como muestran las propias pruebas de la Unión Europea, United Airlines, en septiembre de 2017, siguió aceptando entregas de aeronaves Boeing 777-300ER (con arreglo a los pedidos efectuados en 2015, después de la pérdida de ventas de 2013) y no tuvo intención de aplazar la puesta en servicio de las aeronaves 787-10 que había pedido, pese a que aplazó de manera significativa sus pedidos de aeronaves A350XWB.⁴³⁵ Según los Estados Unidos, por lo tanto, sería un ejercicio especulativo innecesario e inadecuado plantear una situación hipotética en la que United Airlines habría pedido inicialmente las aeronaves 777-300ER en 2013, habría convertido estos pedidos en pedidos de 787-10 en 2017 y, después, habría aplazado los pedidos de 787-10 durante varios años.⁴³⁶

6.271. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos. En nuestra opinión, no es plausible que United Airlines convirtiese su pedido de aeronaves 777-300ER efectuado en 2013 en pedidos de aeronaves 787-10 en 2017 y, después, aplazase los pedidos de aeronaves 787-10 durante varios años, habida cuenta de que también efectuó un pedido de aeronaves 777-300ER en 2015 que no fue aplazado.

6.272. Análogamente, en el caso de Cathay Pacific Airways, no nos convence la explicación de la Unión Europea de que, en la situación hipotética, Cathay Pacific Airways habría convertido su pedido de aeronaves 777-300ER en un pedido de aeronaves 787-10 que posteriormente habría aplazado.

6.273. A la luz de lo anterior, no podemos aceptar la propuesta de la Unión Europea de ajustar los calendarios de las entregas hipotéticas de Boeing teniendo en cuenta los aplazamientos hipotéticos de entregas.

6.3.4.3.6 Precios de entrega de las entregas hipotéticas de Boeing

6.274. Como se examinó en la sección 6.3.4.1.1, para determinar el valor de las entregas hipotéticas de Boeing, los Estados Unidos primero calculan, respecto de cada pérdida de ventas, el precio de entrega neto, expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega, del modelo de Boeing competidor más próximo que se habría pedido y a continuación entregado en la situación hipotética. Para cada uno de los pedidos en cuestión, la valoración propuesta por los Estados Unidos comienza por la selección de un pedido de comparación ([***)] de Boeing que contiene los precios contractuales del modelo de Boeing competidor más próximo que habrían sido acordados por Boeing y la aerolínea en la situación hipotética, según lo que dan por supuesto los Estados Unidos.⁴³⁷ La información sobre los precios incluida en el pedido de comparación seleccionado ([***)] a continuación puede utilizarse para calcular el precio de entrega neto del modelo de Boeing

⁴³³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 110 del Árbitro, párrafos 213-214.

⁴³⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro, párrafo 75.

⁴³⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro, párrafo 78 y nota 91 (donde se invoca *Chicago Business Journal*, "United Airlines postponing delivery of much-anticipated Airbus-350", 6 de septiembre de 2017 (Prueba documental EU-59 (ICSS))).

⁴³⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro, párrafos 78-79.

⁴³⁷ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 56, 61, 67, 72 y 78.

competidor más próximo entregado en el año s y expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega s de la manera siguiente⁴³⁸:

$$\text{Precio neto de Boeing}_{\text{Aerolínea } i, \text{ fecha de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} = (\text{Precio bruto de Boeing}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año de base}} - \text{Concesiones}_{\text{Aerolínea } i}^{\text{en USD del año de base}}) \times \text{Factor de aumento}_{\text{Aerolínea } i}^{\text{año de entrega } s} - \text{Otras concesiones}_{\text{Aerolínea } i}^{\text{en USD del año de base}} \quad (7)$$

donde $\text{Precio bruto de Boeing}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año de base}}$: precio de pedido bruto del modelo de Boeing competidor más próximo pedido por la aerolínea i en el año t y expresado en dólares de los Estados Unidos del año de base⁴³⁹

$\text{Concesiones}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año de base}}$: concesiones en materia de precios que figuran en el contrato del pedido realizado por la aerolínea i respecto del modelo de Boeing competidor más próximo, expresadas en dólares de los Estados Unidos del año de base y [[***]]

$\text{Otras concesiones}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año de base}}$: concesiones en materia de precios que figuran en el contrato del pedido realizado por la aerolínea i respecto del modelo de Boeing competidor más próximo, expresadas en dólares de los Estados Unidos del año de base, pero [[***]]

$\text{Factor de aumento}_{\text{Aerolínea } i}^{\text{año de entrega } s}$: factor de aumento para la fecha de entrega s calculado a partir de la fórmula de aumento que figura en el contrato del pedido realizado por la aerolínea i respecto del modelo de Boeing competidor más próximo.⁴⁴⁰

6.275. Como se muestra en la ecuación (7), el precio de entrega neto expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega corresponde a la diferencia entre el precio de entrega bruto y las concesiones en materia de precios, ambos expresados en dólares de los Estados Unidos del año de base, multiplicada por el factor de aumento relacionado con la fecha de entrega menos las concesiones en materia de precios adicionales [[***]] y también expresadas en dólares de los Estados Unidos del año de base. El factor de aumento se determina mediante una fórmula de aumento que es [[***]]. En concreto, la fórmula de aumento determina el factor de aumento para cada mes de cada año comprendido entre el año de base y el año de entrega previsto. Según los Estados Unidos, el uso de una fórmula de aumento es "una práctica aceptada en la rama de producción para compensar el incremento de los costos de la mano de obra y los materiales a lo largo del tiempo resultante de la inflación y otras variaciones económicas".⁴⁴¹

6.276. Los datos pertinentes sobre el precio bruto, las concesiones en materia de precios y los factores de aumento, que son necesarios para calcular el precio de entrega neto, figuran en los contratos relativos a los pedidos de comparación de Boeing[[***]], así como en los registros internos de Boeing, incluido en particular en su sistema electrónico de gestión de ingresos. Como se resume en el cuadro 7, en el caso de cuatro de las cinco pérdidas de ventas en litigio, los Estados Unidos proponen utilizar, como pedidos de comparación, los pedidos en firme del modelo de Boeing competidor más próximo realizados por el mismo cliente uno o dos años después de los pedidos de Airbus que representan las pérdidas de ventas. Según los Estados Unidos, las condiciones de fijación de precios que figuran en estos pedidos de comparación de Boeing constituyen la mejor indicación disponible de los precios que estos mismos clientes habrían pagado por el modelo de Boeing competidor más próximo en la situación hipotética.⁴⁴²

⁴³⁸ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 45.

⁴³⁹ El año de base no se corresponde necesariamente con [[***]].

⁴⁴⁰ Como se ha explicado *supra*, los factores de aumento se especifican respecto del mes pertinente de los años de entrega previstos utilizando la fórmula de aumento que figura en el pedido de comparación. No obstante, en aras de la simplicidad, los Estados Unidos dan por supuesto que las entregas se realizarían en el mes de julio de los años de entrega previstos.

⁴⁴¹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 42-45.

⁴⁴² Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 46-47, 56, 61, 67 y 72; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135, párrafos 158, 165, 172, 179 y 186 del Árbitro.

Cuadro 7: Pedidos de comparación y los [[*]] propuestos por los Estados Unidos⁴⁴³**

Pérdidas de ventas en el período de referencia				Pedidos de comparación propuestos por los Estados Unidos			
Año	Aerolínea	Modelo	Volumen del pedido	Año	Aerolínea	Modelo	Volumen del pedido
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB 1000	10	2013	Pedido de Cathay Pacific Airways	777-300ER	[[***]] ⁴⁴⁴
2012	Transaero Airlines	A380	4	2012	Pedido de Transaero Airlines	747-8I	4
2013	Singapore Airlines	A350XWB 900	30	2013	Pedido de Singapore Airlines	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB 1000	10	2015	Pedido de United Airlines	777-300ER	10
2013	Emirates	A380	50	[[***]]	Emirates [[***]]	747-8I	[[ICSS]]

6.277. Los Estados Unidos explican que, en lo que respecta a la pérdida de venta en relación con Emirates, no hubo una venta contemporánea de aeronaves Boeing 747-8I a Emirates en la que pudieran basarse como pedido de comparación. En consecuencia, los Estados Unidos proponen utilizar [[***]] de un número ICSS (es decir, un número que figura en el expediente pero que está protegido por nuestro procedimiento ICSS) de [[***]]. Subsidiariamente, los Estados Unidos afirman que el Árbitro podría utilizar el pedido de cinco aeronaves Boeing 747-8I realizado por Korean Air en 2013 como pedido de comparación.⁴⁴⁵

6.278. La Unión Europea plantea una serie de preocupaciones con respecto a los precios de entrega que se relacionan con a) la elección de los pedidos de comparación; b) la elección del momento a partir del cual empezamos a utilizar los factores de aumento [[***]] (es decir, el momento del pedido o la actualidad), y c) la aplicación de reajustes de precios en los precios de entrega que figuran en los pedidos de comparación. Examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

6.3.4.3.6.1 Elección de los pedidos de comparación

6.279. La Unión Europea aduce que los pedidos de comparación seleccionados por los Estados Unidos no son representativos ni fiables, ni sólidos. Si bien la Unión Europea es de la opinión de que corresponde a los Estados Unidos demostrar que los pedidos de comparación seleccionados constituyen aproximaciones representativas, fiables y sólidas de las pérdidas de ventas hipotéticas, la Unión Europea identifica una serie de criterios orientados a guiar la evaluación por el Árbitro de la representatividad, fiabilidad y solidez de los posibles pedidos de comparación. Según la Unión Europea, el equipo a cargo del comprador (BFE), el equipo para carlinga (FDE, a saber, aviónica e instrumentos de comunicación), el proveedor, el tipo y el rendimiento del motor, así como el peso máximo al despegue (MTOW), son todos elementos que afectan de manera significativa los precios de las LCA, junto con otros criterios, como el "tipo de LCA de comparación", la magnitud del pedido, el calendario de entrega, el año de pedido y la competitividad de la campaña.⁴⁴⁶

6.280. La Unión Europea también rechaza los precios de entrega que figuran en los pedidos de comparación seleccionados por los Estados Unidos porque considera que están exagerados y no constituyen una aproximación adecuada de los precios de entrega hipotéticos, lo que da lugar a estimaciones artificialmente exageradas de los efectos desfavorables de las pérdidas de ventas. Además, la Unión Europea rechaza algunos de los pedidos de comparación propuestos por los Estados Unidos por estimar que no son representativos ni fiables. Los pedidos de comparación propuestos por la Unión Europea se resumen en el cuadro 8.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Este cuadro solo muestra los pedidos de comparación que los Estados Unidos proponen y consideran "los más adecuados".

⁴⁴⁴ La magnitud del pedido de [[***]] aeronaves proviene de la base de datos Ascend (Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79)). No obstante, señalamos que la magnitud del pedido de [[***]].

⁴⁴⁵ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 48; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 121 del Árbitro, párrafo 94; observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro, párrafo 155; y Declaración de Boeing (Prueba documental USA-5) (ICC), párrafo 4.

⁴⁴⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro, párrafos 152-154.

⁴⁴⁷ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 230.

Cuadro 8: Pedidos de comparación propuestos por la Unión Europea⁴⁴⁸

Pérdidas de ventas en el período de referencia				Pedidos de comparación propuestos por la Unión Europea			
Año	Aerolínea	Modelo	Volumen del pedido	Año	Aerolínea	Modelo	Volumen del pedido
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB 1000	10	[[***]]	Cathay Pacific Airways [[***]]	777-300ER	[[ICSS]]
2012	Transaero Airlines	A380	4	-	-	-	-
2013	Singapore Airlines	A350XWB 900	30	2013	Pedido de Singapore Airlines*	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB 1000	10	2015	Pedido de United Airlines*	777-300ER	10
2013	Emirates	A380	50	2006	Pedido de Lufthansa	747-8I	20

Nota: *Pedido de comparación idéntico al propuesto por los Estados Unidos.

6.281. En particular, la Unión Europea rechaza el pedido de aeronaves Boeing 777-300ER realizado por Cathay Pacific Airways en 2013 que proponen los Estados Unidos como pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways de 2012 con el argumento de que no se trató de una campaña competitiva porque Airbus no presentó ninguna oferta en esa campaña.⁴⁴⁹ La Unión Europea sostiene además que la magnitud del pedido de [[***]] aeronaves 777-300ER efectuado por Cathay Pacific Airways en 2013 no es igual a la de la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways, de 10 aeronaves. Como pedido de comparación subsidiario para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways, la Unión Europea propone [[***]] Cathay Pacific Airways [[***]], o subsidiariamente, el pedido de 10 aeronaves 777-300ER realizado por Cathay Pacific Airways en 2011. Según la Unión Europea, [[***]] Cathay Pacific Airways [[***]] eliminaría la necesidad de identificar un pedido de comparación, mientras que el pedido de 10 aeronaves 777-300ER realizado por Cathay Pacific Airways en 2011 tiene una magnitud idéntica a la de la pérdida de venta inicial en relación con Cathay Pacific Airways de 2012 relativa a 10 aeronaves A350XWB-1000.⁴⁵⁰

6.282. Los Estados aducen que la carga de la prueba recae sobre la Unión Europea en lo que respecta a sus argumentos de que los pedidos de comparación de los Estados Unidos no son razonables. Según los Estados Unidos, el énfasis que ponen los criterios de la Unión Europea sobre las características físicas o de rendimiento de una aeronave Boeing vendida conforme a un pedido de comparación es conceptualmente erróneo porque estas características no deberían afectar la elección de los pedidos de comparación. El argumento de los Estados Unidos es que la Unión Europea nunca estableció que, en la situación hipotética, el cliente habría configurado el modelo de Boeing de manera tal que se acercara, lo más estrechamente posible, a las características de la aeronave Airbus que pidió en la realidad, de manera general, o en lo que respecta al BFE, el FDE, el MTOW o

⁴⁴⁸ En este cuadro solo figuran los pedidos de comparación que la Unión Europea considera como "los más adecuados" (respuestas de la Unión Europea a las preguntas 28, párrafos 421 y 424, 68, párrafo 236, 96, párrafo 35, y 106, párrafo 163, del Árbitro; Corrección de la valoración sobre la pérdida de ventas realizada por los Estados Unidos (Prueba documental EU-143 (ICSS))). No se muestran los pedidos de comparación propuestos por la Unión Europea para tener en cuenta la conversión de que fueron objeto las pérdidas de ventas en relación con Cathay Pacific Airways y United Airlines.

⁴⁴⁹ Como se examinó en la sección 6.3.4.3.4.4, la Unión Europea también rechaza el pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways propuesto por los Estados Unidos con el argumento de que el pedido de comparación propuesto no toma en cuenta la conversión de dos aeronaves A350XWB-1000 a la variante A350XWB-900, más pequeña. La Unión Europea formula un argumento similar respecto de la conversión por United Airlines del pedido de aeronaves A350XWB-1000 en aeronaves A350XWB-900. Recordamos que hemos decidido no dar por supuesto que, si Boeing hubiera obtenido las ventas perdidas sus pedidos se habrían convertido de una manera similar a la forma en que se convirtieron los pedidos reales de Airbus tras la realización de los pedidos. Por consiguiente, no seguimos examinando los argumentos de la Unión Europea respecto de las conversiones.

⁴⁵⁰ Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 96, nota 23, 105, párrafo 147, y 161, párrafo 17, del Árbitro. Según la información que figura en la base de datos de Ascend, Cathay Pacific Airways pidió 10 aeronaves 777-300ER en marzo de 2011 y otras cuatro aeronaves 777-300ER en agosto de ese mismo año. (Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79)). Sin embargo, la Unión Europea no considera que [[***]] sea representativo del pedido de comparación.

el proveedor/tipo/rendimiento del motor en particular.⁴⁵¹ Los Estados Unidos sostienen además que el énfasis de la Unión Europea en el BFE no es pertinente porque Boeing [[***]]. Los Estados Unidos también señalan que la Unión Europea no incluyó [[***]] en su lista de criterios, a pesar de que la Unión Europea ha reconocido con frecuencia la importancia de este factor para asegurar la elección apropiada de pedidos de comparación. En general, los Estados Unidos aducen que la tarea que incumbe al Árbitro es valorar cada pérdida de ventas remitiéndose a la LCA de Boeing que el cliente habría pedido en la situación hipotética, teniendo en cuenta que las características particulares de esa LCA de Boeing habrían sido en cierta medida distintas de las del modelo de Airbus.⁴⁵²

6.283. En lo que respecta al pedido de comparación de los Estados Unidos para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways, los Estados Unidos sostienen que una situación en la que Airbus no presentó una oferta para un modelo competidor en una campaña de ventas que diera lugar a un pedido de comparación de Boeing reproduce más estrechamente la situación hipotética pertinente, en la que la aeronave pertinente de Airbus (a saber, la aeronave A380 o el modelo de A350XWB pertinente) no habría estado representada en la campaña. El motivo es que esta LCA de Airbus no habría estado disponible para ser objeto de pedidos en la situación hipotética en algún momento pertinente. Según los Estados Unidos, el hecho de insistir en los precios fijados en "campañas competitivas" que reflejan una intensa competencia de Airbus conllevaría un riesgo importante de subestimar artificialmente el nivel real de los efectos desfavorables. Los Estados Unidos también prefieren un pedido de comparación por cliente en lugar de una "oferta definitiva y vinculante" por cliente porque los pedidos de comparación contienen información sobre el precio de las aeronaves que, por definición, el cliente ha aceptado. Los Estados Unidos alegan además que pese a la afirmación de la Unión Europea de [[***]].⁴⁵³

6.284. El Árbitro pasa ahora a examinar otro pedido de comparación rechazado por la Unión Europea -el pedido de comparación de la pérdida de venta en relación con Emirates seleccionado por los Estados Unidos-. Según la Unión Europea, [[***]] en relación con Emirates no constituye una [[***]] razonable y realista de aeronaves 747-8I a Emirates porque [[***]]. La Unión Europea sostiene además que [[***]] en relación con Emirates.⁴⁵⁴

6.285. Como pedido de comparación subsidiario para la pérdida de venta en relación con Emirates de 2013, la Unión Europea propone el pedido de 20 aeronaves 747-8I realizado por Lufthansa en 2006. Según la Unión Europea, el pedido de Lufthansa es el único pedido de magnitud similar, aunque más pequeña, en lo que respecta al número de aeronaves vendidas en comparación con el pedido hipotético de Emirates que habría abarcado 50 aeronaves 747-8I.⁴⁵⁵ La Unión Europea alega además que el pedido de Lufthansa es el pedido de comparación más exacto porque Lufthansa, al igual que Emirates, es una de las principales compañías aéreas del mundo, con una red de solidez similar y un enfoque en la comodidad de los pasajeros.⁴⁵⁶

6.286. Además, para obtener un precio por aeronave pertinente del pedido de comparación de Lufthansa de 2006, la Unión Europea propone utilizar el precio de entrega neto medio real por aeronave correspondiente a 2013 de las entregas de aeronaves 747-8I resultantes del pedido realizado por Lufthansa en 2006, expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013 y tal como figura en el sistema de gestión de ingresos de Boeing, como el precio neto del año de base al que el Árbitro luego aplicaría la fórmula de aumento que figura en [[***]] en relación con Emirates.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro.

⁴⁵² Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro, párrafos 148-161 y nota 204.

⁴⁵³ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 96, párrafo 21, 97, párrafo 63, y 105, párrafos 140 y 143, del Árbitro; [[***]] (Prueba documental [[***]]); y [[***]] (Prueba documental [[***]]).

⁴⁵⁴ Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 52, párrafo 3, y 97, párrafo 52, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 121 del Árbitro, párrafos 235-249.

⁴⁵⁵ El 747-8I es el modelo de Boeing competidor más próximo del A380, que fue el modelo de Airbus que se vendió efectivamente en la pérdida de venta en relación con Emirates.

⁴⁵⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 68 del Árbitro, párrafo 236.

⁴⁵⁷ La Unión Europea propone utilizar este enfoque en lugar de utilizar el precio neto por aeronave, expresado en dólares de los Estados Unidos del año de base, que figura en el pedido realizado por Lufthansa en 2006 sujeto a la fórmula de aumento conexa. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 246,

6.287. Los Estados Unidos aducen que las críticas planteadas por la Unión Europea con respecto a [[***]] en relación con Emirates carecen de fundamento. Los Estados Unidos señalan que han facilitado pruebas sobre las circunstancias que rodearon la formulación de [[***]] y los precios del 747-8I para [[***]], con inclusión de [[***]]. Los Estados Unidos sostienen que Emirates es un cliente al que Boeing conoce muy bien a raíz de las aeronaves 777 que vendió a la aerolínea y que los precios del 747-8I para [[***]].⁴⁵⁸

6.288. Además, los Estados Unidos rechazan el pedido de 20 aeronaves 747-8I realizado por Lufthansa en 2006 propuesto por la Unión Europea como pedido de comparación subsidiario para la pérdida de venta en relación con Emirates de 2013 porque, a juicio de los Estados Unidos, la Unión Europea pasa por alto la importancia de [[***]] y del momento de la determinación de los precios de las aeronaves. Más específicamente, según los Estados Unidos, los precios de entrega del 747-8I a Lufthansa son [[***]], y se fijaron en 2006, justo después del lanzamiento del programa 747-8I, y más de seis años antes de la pérdida de venta en relación con Emirates. Los Estados Unidos señalan además que [[***]].⁴⁵⁹

6.289. Los Estados Unidos proponen que, en caso de que de todas formas el Árbitro no utilizara [[***]] de Emirates, podría utilizar el pedido de cinco aeronaves 747-8I realizado por Korean Air en 2013 como pedido de comparación subsidiario para la pérdida de venta en relación con Emirates. Según los Estados Unidos, el pedido de Korean Air de 2013 es preferible al pedido de Lufthansa de 2006, porque Korean Air es una importante aerolínea en Asia que ha pedido tanto aeronaves A380 como aeronaves 747-8I y ha recibido entregas de estas, y su pedido de aeronaves 747-8I de 2013 tuvo lugar en el mismo año que la pérdida de venta a Emirates en favor del A380.⁴⁶⁰

6.290. La Unión Europea responde que el pedido realizado por Korean Air en 2013 no es un pedido de comparación representativo, fiable y sólido para la pérdida de venta en relación con Emirates de 2012. Según la Unión Europea, el hecho de que tanto Emirates como Korea Air estén situadas en Asia no es pertinente porque la fijación de los precios de las aeronaves de gran autonomía depende de las características de la aerolínea, no de la ubicación de su centro aéreo.⁴⁶¹

6.291. La Unión Europea aduce además que los Estados Unidos pasan por alto la importancia de la magnitud del pedido al escoger como pedido de comparación subsidiario un pedido de cinco aeronaves realizado por Korean Air que representa una décima parte de la magnitud del pedido de la pérdida de venta de 50 aeronaves en relación con Emirates. La Unión Europea sostiene que el pedido de comparación de Korean Air no toma en cuenta el efecto de señalización del que Boeing podría haber esperado beneficiarse a raíz del importante pedido de 50 aeronaves 747-8I por parte de Emirates y las concesiones en materia de precios o descuentos por volumen que Emirates probablemente habría obtenido en consecuencia. De manera análoga, la Unión Europea es de la opinión de que los Estados Unidos parecen haber pasado por alto que, a diferencia de Lufthansa, los ingresos, la cantidad de pasajeros transportados, las horas de vuelo, el número de pasajeros/kilómetros recorridos, la cantidad de asientos ofrecidos y el número de empleados de Lufthansa difieren sistemáticamente de los de Emirates. Según la Unión Europea, la similitud en las características propias de una aerolínea entre Emirates y Lufthansa da a entender que el tipo y la magnitud de las concesiones en materia de precios que Emirates habría recibido de Boeing se ven reflejadas más exactamente por el pedido realizado por Lufthansa en 2006 que por el pedido realizado por Korean Air en 2013. La Unión Europea sostiene además que el hecho de que el pedido de Lufthansa de 2006 se realizara siete años antes que la pérdida de venta en relación con Emirates

respuesta de la Unión Europea a las preguntas 28, 52 y 97, párrafo 53, del Árbitro; y Corrección de la valoración sobre la pérdida de ventas realizada por los Estados Unidos (Prueba documental EU-143 (ICSS)).

⁴⁵⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 121, párrafos 87-90, y 122, párrafos 95-100, del Árbitro; Declaración de Boeing (Prueba documental USA-5 (ICC)); Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)); Información [[***]] para Emirates (Prueba documental USA-16 (ICSS)); y [[***]] (Prueba documental USA-71 (ICSS)).

⁴⁵⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 61, párrafo 31, y 122, párrafo 99, del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro, párrafo 155.

⁴⁶⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 121, párrafo 94, y 122, párrafo 100, del Árbitro; y Documentación de pedido del 747-8I por Korean Air de 2013 (Prueba documental USA-76 (ICSS)), páginas 17 y 22-25.

⁴⁶¹ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 121 del Árbitro, párrafos 254-265.

no tiene una importancia significativa porque los precios de entrega se incrementan de un año al otro.⁴⁶²

6.292. El Árbitro señala que ambas partes proponen pedidos de comparación que dan una estimación razonable de cuáles habrían sido los precios de entrega de los modelos de Boeing vendidos en la situación hipotética. Por consiguiente, examinamos estos pedidos de comparación a fin de determinar si estos se pueden utilizar para estimar los precios de los pedidos hipotéticos de Boeing.

6.293. La Unión Europea ha enumerado una serie de criterios destinados a orientar al Árbitro en su evaluación de la representatividad, la fiabilidad y la solidez de los pedidos de comparación (efectivamente obtenidos por Boeing). Esta lista incluye criterios que se relacionan con las condiciones de fijación de los precios de los contratos pertinentes, como el tipo de LCA de comparación, la magnitud del pedido, el calendario de entregas, el año del pedido y la competitividad de la campaña de ventas. Otros criterios enumerados por la Unión Europea se relacionan con las características físicas y de rendimiento de las aeronaves, como el BFE, el FDE, el proveedor del motor, el tipo de motor, el rendimiento del motor y el MTOW. Reconocemos que todos estos elementos pueden afectar el precio de una aeronave en un contrato de venta determinado.⁴⁶³

6.294. Al mismo tiempo, consideramos que centrarse en algunos de estos elementos, en particular aquellos relacionados con las características de las aeronaves, podría ser erróneo desde el punto de vista conceptual porque las ofertas de Boeing y de Airbus a menudo presentan características físicas o de rendimiento distintas. Parece probable que, en los casos en que un comprador que participó en una pérdida de ventas dada pidió un modelo de Airbus determinado con características específicas, en la situación hipotética este cliente habría pedido el modelo de Boeing competidor más próximo con características que inevitablemente habrían sido en cierta medida distintas. Por consiguiente, nos abstenemos de dejar que estas características físicas (distintas de la utilización del modelo de Boeing competidor más próximo) orienten de manera sustancial nuestra decisión respecto de los pedidos de comparación que corresponde utilizar en este contexto.

6.295. Uno de los argumentos generales de la Unión Europea con respecto a los pedidos de comparación seleccionados por los Estados Unidos es que [[***]] a Airbus deberían preferirse frente a los pedidos en firme de comparación. No estamos de acuerdo. Por el contrario, consideramos que los pedidos en firme de comparación son preferibles porque representan lo que el mismo cliente (o uno similar) (a saber, la aerolínea) efectivamente aceptó después de que tuvieron lugar las negociaciones, y no algo hipotético (a saber, [[***]] de Boeing).

6.296. Otro punto en el que discrepan las partes es el uso de [[***]] como elementos de comparación. Estamos de acuerdo con la Unión Europea en que los precios que figuran en [[***]] que han [[***]] no han sido aceptados por el cliente. Es probable que los clientes procurarían mejorar las condiciones de los precios en las negociaciones [[***]]. En lo que respecta específicamente a [[***]] de Emirates, consideramos además que la información que contiene es menos fiable que la información que figura en el pedido, porque fue [[***]] al cliente. Dada la falta de pruebas de [[***]].

6.297. En síntesis, hemos decidido rechazar el uso de [[***]], así como el uso de [[***]]. Esto significa que debemos escoger pedidos de comparación entre los pedidos en firme de comparación propuestos para el modelo más próximo de Boeing.

6.298. En general, nuestra elección de los pedidos en firme de comparación pertinentes se basa en un criterio principal, a saber, la identidad del cliente, es decir, la aerolínea, porque la aplicación de este criterio probablemente nos permitiría disponer de las condiciones de fijación de los precios que la aerolínea habría aceptado, en igualdad de condiciones, si Boeing hubiera obtenido la venta perdida. Cuando no se ha propuesto un pedido de comparación de la misma aerolínea, optamos por un pedido de comparación relacionado con una aerolínea distinta, de características relativamente similares a la aerolínea que habría efectuado el pedido. Por último, en los casos en que se han propuesto distintos pedidos de comparación de la misma aerolínea, pero de una magnitud distinta,

⁴⁶² Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 121 del Árbitro, párrafos 254-265.

⁴⁶³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro, párrafos 153-154.

escogemos el pedido de comparación en el que la magnitud del pedido se aproxima más a la de la pérdida de ventas.

6.299. A la luz de lo expuesto *supra*, examinamos los elementos de comparación que proponen las partes para las cinco pérdidas de ventas en cuestión. Empezamos por la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways de 2012.

6.300. En el cuadro 9 se resumen las principales características de los pedidos de comparación que proponen las partes, como primera o segunda opción, para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways de 2012⁴⁶⁴:

Cuadro 9: Pedidos de comparación para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways propuestos por las partes

Pérdida de ventas en relación con Cathay Pacific Airways			Pedidos de comparación propuestos por las partes				
Año	Modelo	Volumen del pedido	Año	Aerolínea	Tipo de pedido de comparación	Modelo	Volumen del pedido
2012	A350XWB-1000	10	2012	Cathay Pacific Airways	Pedido en firme	777-300ER	[[***]]
			[[***]]	Cathay Pacific Airways	[[***]]	777-300ER	[[ICSS]]
			2011	Cathay Pacific Airways	Pedido en firme	777-300ER	10

6.301. Consideramos que el mejor pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways de 2012 es el pedido de 10 aeronaves 777-300ER realizado por Cathay Pacific Airways en 2011. El motivo es que se trata de un pedido en firme realizado por la misma aerolínea respecto del modelo de Boeing competidor más próximo y por el mismo número de aeronaves. En consecuencia, constatamos que este pedido de comparación brinda una estimación razonable de los precios de las LCA que Boeing habría vendido a Cathay Pacific Airways en la situación hipotética.

6.302. En segundo lugar, en lo que respecta a la pérdida de venta en relación con Transaero Airlines de 2012, como explicamos en la sección 6.3.4.3.4.1, hemos concluido que no se habría producido ninguna entrega hipotética del 747-8I a Transaero Airlines debido a la quiebra subsiguiente de esta compañía, algo que, a nuestro juicio, cabe suponer que también habría sucedido en la situación hipotética. Por consiguiente, no debemos escoger ningún pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con Transaero Airlines.

6.303. En tercer lugar, en lo que respecta a la pérdida de venta en relación con Singapore Airlines de 2013, señalamos que ambas partes proponen utilizar el mismo pedido de comparación, a saber, el pedido de 30 aeronaves Boeing 777-300ER realizado por Singapore Airlines en 2013. Estamos de acuerdo con las partes y consideramos que este es el mejor pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con Singapore Airlines, porque el pedido en firme fue realizado por la misma aerolínea respecto del modelo de Boeing competidor más próximo y tuvo la misma magnitud. En consecuencia, constatamos que este pedido de comparación brinda una estimación razonable de los precios de las LCA que Boeing habría vendido a Singapore Airlines en la situación hipotética.

6.304. En cuarto lugar, en lo que respecta a la pérdida de venta en relación con United Airlines de 2013, recordamos en primer lugar que hemos decidido no tomar en cuenta las conversiones. Señalamos además que ambas partes proponen el mismo pedido de comparación, a saber, el pedido de 10 aeronaves 777-300ER realizado por United Airlines en 2015.⁴⁶⁵ También consideramos que este es el mejor pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con United Airlines, porque el pedido en firme fue realizado por la misma aerolínea respecto del modelo de Boeing

⁴⁶⁴ En este cuadro no se muestra el pedido de comparación subsidiario propuesto por la Unión Europea para tener en cuenta la conversión parcial de la pérdida de venta en relación con Cathay Pacific Airways, porque, como hemos explicado en la sección 6.3.4.3.4.4, consideramos que el hecho de tomar en cuenta las conversiones sería especulativo.

⁴⁶⁵ Como hemos explicado *supra*, señalamos que la Unión Europea propuso en un principio el pedido de 10 aeronaves Boeing 777-300ER realizado por United Airlines en 2015, pero luego propuso el pedido de 10 aeronaves 787-10 realizado por United Airlines en 2013 para tener en cuenta la conversión de la venta perdida en relación con United Airlines.

competidor más próximo y por el mismo número de aeronaves. En consecuencia, constatamos que este pedido de comparación brinda una estimación razonable de los precios de las LCA que Boeing habría vendido a United Airlines en la situación hipotética.

6.305. En quinto lugar, en lo que respecta a la pérdida de venta en relación con Emirates de 2013, en el cuadro 10 se resumen las principales características de los pedidos de comparación propuestos por las partes. La pérdida de venta en relación con Emirates es la única pérdida de venta en cuestión respecto de la cual no existe ningún pedido en firme realizado por la aerolínea asociada con la pérdida de venta (en este caso, Emirates) por el modelo de Boeing competidor más próximo. Como hemos explicado *supra*, de todas formas rechazamos el uso de [[***]], que [[***]] Emirates y que prefieren los Estados Unidos. El motivo es que, a nuestro juicio, la información sobre los precios que figura en [[***]] es probablemente menos fiable que la que figura en un pedido en firme.

Cuadro 10: Pedidos de comparación para la pérdida de venta en relación con Emirates propuestos por las partes

Pérdidas de ventas en relación con Emirates			Pedidos de comparación propuestos por las partes				
Año	Modelo	Volumen del pedido	Año	Aerolínea	Tipo de pedido de comparación	Modelo	Volumen del pedido
2013	A380	50	[[***]]	Emirates	[[***]]	747-8I	[[***]]
			2013	Korean Air	Pedido en firme	747-8I	5
			2006	Lufthansa	Pedido en firme	747-8I	20

6.306. En lo que respecta a la elección entre el pedido en firme realizado por Lufthansa en 2006 y el pedido en firme realizado por Korean Air en 2013, presentamos las consideraciones siguientes. En primer lugar, del expediente se desprende que, como comprador de LCA, Lufthansa comparte más características en común pertinentes (como el ingreso, la cantidad de pasajeros transportados, las horas de vuelo, el número de pasajeros/kilómetros recorridos, la cantidad de asientos ofrecidos y el número de empleados) con Emirates que Korean Air.⁴⁶⁶ Estas similitudes en las características como compradores de LCA entre Lufthansa y Emirates nos dan a entender que las condiciones de fijación de los precios, incluido el tipo y la magnitud de las concesiones en materia de precios, que Emirates habría podido negociar con Boeing se verían reflejadas más exactamente por el pedido realizado por Lufthansa en 2006 que por el pedido realizado por Korean Air en 2013. También es plausible que, al negociar las condiciones de fijación de los precios con Emirates, Boeing habría considerado factores distintos del precio, como la señal enviada a su base de clientes potenciales de que la aeronave 747-8I contaba con la confianza de un comprador de LCA de importancia estratégica como Emirates. Sobre la base de las similitudes antes mencionadas entre Emirates y Lufthansa, consideramos que probablemente Boeing también habría tenido en cuenta los efectos de señalización al negociar las condiciones de fijación de precios con Lufthansa. [[***]] fijación del precio de una LCA.⁴⁶⁷

6.307. Nuestra segunda consideración se relaciona con la magnitud del pedido. La magnitud del pedido realizado por Korean Air en 2013 (cinco aeronaves 747-8I) es 10 veces menor a la magnitud de la pérdida de venta en relación con Emirates. En cambio, la magnitud del pedido realizado por Lufthansa en 2006 (20 aeronaves 747-8I) se acerca mucho más a la pérdida de venta en relación con Emirates. [[***]].⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 121 c) del Árbitro, cuadro 2.

⁴⁶⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 61 del Árbitro (donde se señala que "clientes de importancia estratégica [[***]]. Los clientes difieren en función de su importancia estratégica para Boeing. Algunos clientes son líderes de mercado reconocidos, y se puede esperar que las ventas a tales clientes refuerzan el atractivo del modelo ante otros clientes"); y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro (donde se señala que "la perspectiva de un fabricante sobre la importancia estratégica de una campaña de ventas [[***]]. Un fabricante puede considerar que una campaña reviste una importancia estratégica particular por muchos motivos, entre ellos ... el posicionamiento de la aerolínea en lo que respecta a su percepción por otras aerolíneas como líder de mercado").

⁴⁶⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 61, párrafo 36 (donde se señala que "[[***]]"), y 125, párrafo 117 (donde se señala que "[[***]]"); y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 125 del Árbitro.

6.308. Reconocemos que, en lo que respecta al año del pedido, hay una diferencia de siete años entre el pedido de comparación de Lufthansa y la pérdida de venta en relación con Emirates. No obstante, conforme a los contratos de venta de las LCA, el valor de las aeronaves entregadas en la situación hipotética se determina aplicando la fórmula de aumento que figura en el pedido de comparación de Lufthansa. Esto toma en cuenta la evolución de los costos de la mano de obra y los materiales en la producción del modelo 747-8I, respecto del precio bruto y las concesiones en materia de precios expresados en dólares de los Estados Unidos de 2013. Consideramos que al aplicar la fórmula de aumento podemos reducir al mínimo la incidencia que tendría la diferencia entre el año de pedido de la venta a Lufthansa y la venta a Emirates en nuestra determinación de los precios hipotéticos de Boeing.⁴⁶⁹

6.309. Sobre la base de las consideraciones precedentes, constatamos en consecuencia que el pedido de 20 aeronaves 747-8I realizado por Lufthansa en 2006 constituye un mejor pedido de comparación para la pérdida de venta en relación con Emirates de 2013 que el pedido de 5 aeronaves 747-8I realizado por Korean Air en 2013.

6.310. En lo que respecta a las condiciones de fijación de precios que obtenemos a partir del pedido de Lufthansa de 2006, rechazamos la sugerencia de la Unión Europea de utilizar el precio de entrega neto medio real por aeronave de Lufthansa correspondiente a 2013 y aplicar la fórmula de aumento que figura en [[***]] de Emirates. La Unión Europea no proporcionó ningún motivo económico que justifique combinar el precio bruto y las concesiones en materia de precios que figuran en un contrato y la fórmula de aumento que figura en otro contrato. Por consiguiente, preferimos adoptar el mismo enfoque adoptado respecto de los otros pedidos de comparación. Dicho de otro modo, utilizamos el precio bruto por aeronave y las concesiones en materia de precios expresados en dólares de los Estados Unidos del año de base, y la fórmula de aumento conexa que figura en el contrato de pedido, que nos permite expresar el precio de entrega neto en dólares de los Estados Unidos del año de entrega. También tomamos en cuenta cualquier [[***]].

6.311. Para resumir las decisiones adoptadas *supra*, en el cuadro 11 se compilan los pedidos de comparación pertinentes que hemos seleccionados para valorar las cinco pérdidas de ventas.

Cuadro 11: Pedidos de comparación seleccionados por el Árbitro

Pérdidas de ventas en el período de referencia				Pedido de comparación seleccionado			
Año	Aerolínea	Modelo	Volumen del pedido	Año	Aerolínea	Modelo	Volumen del pedido
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB 1000	10	2011	Pedido de Cathay Pacific Airways	777-300ER	10
2012	Transaero Airlines	A380	4	2012	-	-	-
2013	Singapore Airlines	A350XWB 900	30	2013	Pedido de Singapore Airlines	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB 1000	10	2015	Pedido de United Airlines	777-300ER	30
2013	Emirates	A380	50	2006	Pedido de Lufthansa	747-8I	20

⁴⁶⁹ Señalamos que los Estados Unidos han sostenido que, en la medida en que el Árbitro no utiliza [[***]], debería utilizar el pedido realizado por Korean Air en 2013 como el pedido de comparación adecuado para la pérdida de venta en relación con Emirates de 2013 porque el "pedido de aeronaves 747-8I [de Korean Air] tuvo lugar en el mismo año en que se produjo la pérdida de venta a Emirates en favor del A380 (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 121 f) del Árbitro, párrafo 94). Sin embargo, los Estados Unidos no han justificado de manera alguna su afirmación de que el pedido de comparación ha de ser necesariamente contemporáneo con la pérdida de venta, considerando que, como hemos señalado *supra*, el valor de la aeronave se determina aplicando la fórmula de aumento (que toma en cuenta la evolución de los costos de la mano de obra y los materiales en la producción) al precio bruto y las concesiones en materia de precios.

6.312. Como hemos señalado *supra*, la Unión Europea afirma que la información impugnada que presentaron los Estados Unidos en sus respuestas a la tercera ronda de preguntas es incompleta, incoherente y no verificable en aspectos importantes.⁴⁷⁰ Recordamos que la información impugnada se relaciona principalmente con pruebas que la Unión Europea había solicitado al Árbitro que pidiera a los Estados Unidos sobre la base de que las pruebas presentadas anteriormente por los Estados Unidos no demostraban de manera suficiente la fiabilidad de ciertos datos utilizados en la metodología de valoración de los Estados Unidos. La objeción planteada por la Unión Europea con respecto al carácter incompleto, incoherente y no verificable se relaciona con las nuevas pruebas presentadas por los Estados Unidos.

6.313. La Unión Europea aduce que, tras la solicitud en materia de pruebas del Árbitro, los Estados Unidos modificaron su método para cuantificar el valor de las pérdidas de ventas basándose en las condiciones de fijación de los precios como el precio bruto y las concesiones en materia de precios en el momento del pedido que figuraban en los acuerdos de compra o [[***]] y excluyendo toda evolución de las condiciones de fijación de precios posterior a los pedidos, [[***]]. Según la Unión Europea, este enfoque modificado es incompatible con el método inicial de los Estados Unidos de cuantificar el valor de las pérdidas de ventas utilizando las condiciones de fijación de los precios obtenidas a partir de [[***]] aeronaves que ya se han entregado.⁴⁷¹

6.314. Además, la Unión Europea sostiene que la documentación sobre pedidos del 787-10 realizados por Singapore Airlines durante 2013 facilitada por los Estados Unidos solo contiene información sobre [[***]] entre Boeing y Singapore Airlines [[***]]. Según la Unión Europea, por consiguiente no hay ninguna base objetiva que permita aceptar la exactitud de la información sobre los precios que figura en [[***]].⁴⁷²

6.315. El Árbitro señala que las pruebas obrantes en el expediente indican que un acuerdo de compra es un contrato de venta de LCA, en que se especifica, entre otras cosas, el precio bruto, las concesiones en materia de precios, la fórmula de aumento, la magnitud del pedido, el calendario de entrega, la cuantía de los PDP y los momentos en que tendrán lugar, las penalizaciones por retrasos en la entrega y las garantías de cumplimiento, opciones, derechos de compra y derechos de conversión en el momento del pedido. Las pruebas indican además que [[***]]. No obstante, el precio de entrega definitivo [[***]].⁴⁷³

6.316. Observamos además que la valoración inicial de las pérdidas de ventas realizada por los Estados Unidos se basó en la información sobre los precios que figuraba en [[***]], con la excepción de la valoración de [[***]], que se basó en la información sobre los precios que figuraba en [[***]].⁴⁷⁴ Estos [[***]] reflejan cualquier acontecimiento posterior a los pedidos que haya afectado el precio contractual que se ha de pagar por la LCA en cuestión, con inclusión de [[***]].⁴⁷⁵ Señalamos, no obstante, que tras nuestra solicitud de que los Estados Unidos proporcionaran, entre otras cosas, partes de los contratos de venta pertinentes (incluidas las modificaciones), [[***]], los Estados Unidos sustituyeron datos facilitados anteriormente sobre el precio bruto y las concesiones en materia de precios por la información sobre los precios que figuraba en los acuerdos de compra o [[***]] para valorar las pérdidas de venta, con la excepción de [[***]].⁴⁷⁶ A diferencia de [[***]], la información sobre los precios que figura en los acuerdos de compra [[***]] refleja las condiciones de fijación de los precios [[***]]. Como hemos explicado en la sección 6.3.4.3.2, a la luz de nuestra

⁴⁷⁰ Véase la nota 309 *supra*.

⁴⁷¹ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafos 360-366.

⁴⁷² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 135 del Árbitro, párrafo 363; y Documentación de pedido del 787-10 por Singapore Airlines de 2013 (Prueba documental USA-73 (ICSS)).

⁴⁷³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 135 del Árbitro, párrafo 156. Sobre la base de nuestro examen del expediente, no vemos motivo para dudar de la explicación de los Estados Unidos en este contexto.

⁴⁷⁴ Información de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific (Prueba documental USA-12 (ICSS)); Información de pedido del 747-8I por Transaero (Prueba documental USA-13 (ICSS)); Información de pedido del 787-10 por Singapore Airlines (Prueba documental USA-14 (ICSS)); e Información de pedido del 777-300ER por United (Prueba documental USA-15 (ICSS)).

⁴⁷⁵ Esta interpretación se basa en comparaciones de los contratos originales y las facturas de entregas que figuran en el expediente.

⁴⁷⁶ Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific durante 2013 (Prueba documental USA-68 (ICSS)); Documentación de pedido del 787-10 por Singapore Airlines de 2013 (Prueba documental USA-73 (ICSS)); y Documentación de pedido del 747-8I por Transaero de 2013 (Prueba documental USA-75 (ICSS)).

decisión de tomar en cuenta información actualizada que aclara la manera en que debemos cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia en el período comprendido entre 2011 y 2013 se ha determinado, valoramos las pérdidas de ventas utilizando el precio bruto y las concesiones en materia de precios que figuran en los acuerdos de compra o [[***]], pero añadimos cualquier acontecimiento posterior a los pedidos pertinente que repercuta en las condiciones de fijación de los precios [[***]].⁴⁷⁷

6.317. En lo que respecta específicamente al pedido de comparación de Singapore Airlines de 2013, observamos que [[***]] se remite reiteradamente a [[***]] entre Boeing y Singapore Airlines. Sin embargo, rechazamos la afirmación de la Unión Europea de que al no contar con [[***]], no hay ninguna base objetiva que permita aceptar la exactitud de los precios de entrega que figuran en [[***]]. La Unión Europea no ha explicado por qué [[***]]. En síntesis, no vemos motivo alguno para considerar que los datos sobre los precios pertinentes que figuran en [[***]], a menos que se especificara lo contrario, entrarían en contradicción con la información pertinente que figura en el acuerdo de compra inicial de manera tal que haría que la información que figura en [[***]] fuese inexacta. Por consiguiente, no nos parece justificada la opinión de la Unión Europea de que el Árbitro no debería aceptar la exactitud de la información sobre los precios que figura en [[***]] respecto del pedido de comparación de Singapore Airlines de 2013.

6.318. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, no aceptamos los argumentos de la Unión Europea de que la información impugnada es incompleta, incoherente y no verificable de una manera tan significativa que el Árbitro no podría basarse razonablemente en esta en sus análisis sobre la valoración, en los casos pertinentes.

6.3.4.3.6.2 El hecho de no utilizar [[***]] factores de aumento

6.319. La Unión Europea rechaza la utilización por los Estados Unidos de [[***]] factores de aumento⁴⁷⁸ [[***]], como proponen los Estados Unidos, porque [[***]] factores de aumento exageran artificialmente el precio de entrega hipotético.⁴⁷⁹ La Unión Europea propone aplicar los [[***]] factores de aumento en lugar de [[***]] factores respecto de las entregas hipotéticas realizadas antes de [[***]], y los [[***]] factores de aumento solo [[***]] respecto de las entregas hipotéticas realizadas después de [[***]].⁴⁸⁰

6.320. Los Estados Unidos aducen que la utilización de los factores de aumento que fueron [[***]] en el momento en que Boeing habría hecho la venta hipotética pertinente es adecuada y compatible con su enfoque de valoración general, que no tiene en cuenta los hechos hipotéticos posteriores a los pedidos.⁴⁸¹ Los Estados Unidos sostienen además que la utilización de [[***]] factores de aumento es innecesariamente complicada, ya que es probable que la diferencia entre los [[***]] y los [[***]] factores de aumento sea pequeña, y los [[***]] factores de aumento solo se aplicarían a determinadas entregas hipotéticas, dado que [[***]] de las entregas hipotéticas pertinentes están previstas para 2018 o los años siguientes.⁴⁸²

6.321. El Árbitro observa que el precio de entrega pagado por la aerolínea se basa en los [[***]] factores de aumento [[***]]. Señalamos asimismo que la diferencia entre los [[***]] factores de aumento y los [[***]] factores de aumento se debe a [[***]] en relación con [[***]] el factor de

⁴⁷⁷ Señalamos que la Unión Europea, al sostener que la información impugnada es "incoherente" con la información presentada anteriormente, no alega que dicha incoherencia afecte de manera perjudicial a los derechos de debido proceso de la Unión Europea en el presente procedimiento. Más bien, este argumento parece ser una crítica sobre la coherencia general de las comunicaciones probatorias y la metodología de valoración de los Estados Unidos. No obstante, como se ha explicado *supra*, en definitiva estamos de acuerdo con la Unión Europea en que debemos tomar en cuenta los acontecimientos posteriores a los pedidos pertinentes al valorar las pérdidas de ventas.

⁴⁷⁸ Como se ha explicado *supra*, el factor de aumento se determina mediante una fórmula de aumento que [[***]] refleja la evolución de los costos de los materiales y la mano de obra en la producción de LCA y se utiliza para calcular los precios de entrega netos en dólares de los Estados Unidos del año de entrega.

⁴⁷⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 255.

⁴⁸⁰ Corrección de la valoración sobre la pérdida de ventas realizada por los Estados Unidos (Prueba documental EU-143 (ICSS)).

⁴⁸¹ Véanse las secciones 6.3.4.1.1 y 6.3.4.3.2 *supra*.

⁴⁸² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 223; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro, párrafos 18-19.

aumento [[***]].⁴⁸³ Los Estados Unidos no proporcionaron ninguna justificación económica de por qué podía hacerse caso omiso de tal [[***]].

6.322. A fin de reducir al mínimo [[***]], seguimos el enfoque propuesto por la Unión Europea. Es decir, aplicamos los [[***]] factores de aumento respecto de las entregas hipotéticas previstas antes de [[***]], y los [[***]] factores de aumento [[***]] respecto de las entregas hipotéticas previstas después de [[***]].

6.3.4.3.6.3 El hecho de no realizar los reajustes de precios necesarios

6.323. La Unión Europea aduce que, si los Estados Unidos no demuestran la comparabilidad entre las ventas perdidas obtenidas hipotéticamente por Boeing y los pedidos de comparación que Boeing realmente consiguió, el Árbitro debe elegir pedidos de comparación alternativos o, como mínimo, realizar reajustes de precios a los pedidos de comparación a fin de tener en cuenta las diferencias entre el pedido hipotético de Boeing y el pedido de comparación, entre otros aspectos, en cuanto a la magnitud del pedido, el calendario de entregas y la configuración de la aeronave.⁴⁸⁴ Por ejemplo, la Unión Europea sostiene que, contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que, por lo general, Boeing otorga descuentos por volumen que el Árbitro debería tener en cuenta.⁴⁸⁵ Aunque la Unión Europea mantiene que es difícil proponer metodologías para realizar estos reajustes de precios sobre la base de la calidad y fiabilidad de la información proporcionada por los Estados Unidos, indica distintas formas de aplicar tales reajustes de precios.⁴⁸⁶

6.324. En concreto, la Unión Europea propone extraer conclusiones razonables de una comparación detallada de la información sobre los precios contenida en a) [[***]] que presentó Boeing en la [[***]] campaña en que hubo pérdida de ventas, y b) el [[***]] pedido de comparación, propuesto por los Estados Unidos. Según la Unión Europea, las diferencias pertinentes entre [[***]], incluidos la magnitud del pedido y los calendarios de entregas, se deben reflejar en fijaciones de precios distintas. La Unión Europea menciona estas diferencias en la fijación de precios para reajustar los precios de los [[***]] pedidos de comparación, y el pedido de comparación de Lufthansa de 2006 correspondiente a la venta perdida en relación con Emirates a fin de tener en cuenta sus diferencias en cuanto a la magnitud del pedido y el calendario de entregas con respecto a sus pedidos iniciales

⁴⁸³ Observamos a este respecto que los [[***]] factores de aumento son, en promedio, [[***]] más elevados que los [[***]] factores de aumento. Respecto de la mayoría de los pedidos de comparación, la diferencia entre los [[***]] y los [[***]] factores de aumento tiende a aumentar con el paso del tiempo, mientras que, respecto de los demás, la diferencia se incrementa inicialmente, pero disminuye después. Análogamente, los [[***]] factores de aumento [[***]] son superiores a los [[***]] factores de aumento [[***]]. En general, observamos que con la utilización de [[***]] factores de aumento [[***]] se obtienen precios de entrega más elevados que con [[***]] factores de aumento.

⁴⁸⁴ Respuesta de la Unión Europea a las preguntas 106, párrafo 166, y 166, párrafo 53, del Árbitro.

⁴⁸⁵ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 125 del Árbitro, párrafos 276-278.

⁴⁸⁶ La Unión Europea también propone distintas metodologías para determinar el grado de los ajustes de precios que, a su juicio, son necesarios para controlar criterios tales como las diferencias en cuanto al tipo de LCA de comparación, la competitividad de las campañas, el BFE, el FDE, los motores a reacción, el proveedor del motor, el tipo de motor, el rendimiento del motor y el MTOW. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 106 del Árbitro, párrafos 168-172).

Los Estados Unidos aducen que, si bien algunos de los criterios de representatividad de la Unión Europea respaldan la utilización de los pedidos de comparación propuestos por los Estados Unidos, el uso de los demás criterios mencionados *supra* sería inadecuado. (Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 96, párrafos 19-30, y 105, 106 y 165 del Árbitro).

Como hemos explicado en la sección 6.3.4.3.4, consideramos que, en la situación hipotética, el cliente relacionado con una pérdida de venta determinada habría pedido el modelo de Boeing competidor más próximos, cuyas características físicas o de rendimiento probablemente habrían diferido en cierto grado del modelo de Airbus que realmente pidió. A nuestro juicio, no sería adecuado realizar ajustes con respecto a las distintas características físicas o de rendimiento. Además, aunque en principio fuera adecuado controlar esas características, realizar un ajuste tal sobre la base de la información de que disponemos entrañaría una especulación por nuestra parte. De hecho, observamos que una de las metodologías indicadas por la Unión Europea habría requerido información contractual sobre los precios detallados en relación con determinadas especificaciones de las aeronaves, [[***]], que no figuran en los contratos de pedido a los que tuvimos acceso. Análogamente, otra metodología indicada por la Unión Europea habría requerido [[***]]. Sin embargo, señalamos que la Unión Europea no explicó específicamente cómo podían aplicarse estas metodologías a los pedidos de comparación correspondientes a las distintas pérdidas de ventas.

de Airbus.⁴⁸⁷ La Unión Europea también explica cómo, si se considerase que la información relativa a [[***]] no es fiable, una comparación estructurada entre a) la aeronave [[***]] y b) la aeronave [[***]] permitiría al Árbitro reajustar a la baja los precios contenidos en los [[***]] pedidos de comparación para aproximarse mejor a los valores de las pérdidas de ventas en caso de que Boeing hubiera obtenido los pedidos en la situación hipotética.⁴⁸⁸

6.325. Análogamente, la Unión Europea propone cuantificar los descuentos por volumen comparando la información sobre los precios y los pedidos contenida en el pedido de Lufthansa de 2006 y el pedido de Korean Air de 2009, en caso de que la comparación estructurada entre [[***]] y [[***]] "no [sea] posible".⁴⁸⁹

6.326. Los Estados Unidos aducen que los reajustes a la baja de los precios por aeronave que propone la Unión Europea son espurios, ya que las pruebas obrantes en el expediente no respaldan la premisa de que los pedidos que entrañan un mayor número de aeronaves y posiciones de entrega más distantes tienen, sistemática o previsiblemente, precios por aeronave más bajos que los pedidos que entrañan un menor número de aeronaves.⁴⁹⁰ Más en general, los Estados Unidos señalan que Boeing [[***]].⁴⁹¹ Además, los Estados Unidos sostienen que no hay ningún fundamento para realizar los reajustes de precios propuestos por la Unión Europea, ya que no hay diferencias pertinentes entre los pedidos de comparación de Cathay Pacific Airways [[***]], de United Airlines de 2013 y de Singapore Airlines de 2015 y sus correspondientes pérdidas de ventas.⁴⁹²

6.327. El Árbitro considera que, en principio, puede ser deseable realizar determinados reajustes de precios para reflejar las posibles diferencias estructurales entre los pedidos de comparación y las pérdidas de ventas hipotéticas. Por ejemplo, observamos que la participación de [[***]].⁴⁹³ Señalamos asimismo que, respecto de esas excepciones, en los casos en que el pedido de comparación presenta [[***]]. También reconocemos que otros factores, como la configuración de la aeronave y el momento de la entrega, pueden repercutir sobre el alcance de las concesiones en materia de precios acordadas en último término por las partes.

6.328. Sin embargo, consideramos que las metodologías que propone la Unión Europea para tener en cuenta las diferencias en cuanto a las magnitudes de los pedidos y los calendarios de entregas entrañarían una especulación por nuestra parte. Más específicamente, observamos que una comparación entre la aeronave [[***]] y [[***]] razonablemente no nos permitiría determinar la medida en que cualquier diferencia en cuanto a la magnitud del pedido o los calendarios de entregas resuelto en cualquier diferencia en los precios en los contratos pertinentes. Además, lo que es más importante, la Unión Europea no explica concretamente cómo podría aplicarse el resultado de la comparación de [[***]] pedidos de comparación a los pedidos de comparación correspondientes a las otras pérdidas de ventas, y no discernimos una forma sencilla de hacerlo. La Unión Europea tampoco explicó por qué las diferencias reveladas por la comparación de los [[***]] pedidos de comparación, de haber alguna, serían pertinentes respecto de otras pérdidas de ventas que no entrañan [[***]] y, en algunos casos, entrañan distintos modelos de aeronaves de Boeing, a saber, el modelo [[***]] en el caso de [[***]] y el modelo [[***]] en el caso de [[***]].

6.329. Observamos además que la Unión Europea solo proporcionó un ejemplo concreto relativo a los descuentos por volumen. La Unión Europea infiere una tasa de descuento por volumen al comparar los porcentajes de concesiones en materia de precios (con respecto al precio bruto) que figuran en el pedido de Lufthansa de 2006 y el pedido de Korean Air de 2009. Aunque este enfoque es fácil de aplicar, a nuestro juicio, tiene el defecto de que supone la existencia de una relación lineal simple entre la magnitud del pedido y el descuento por volumen. De hecho, la metodología que propone la Unión Europea podría llevar a una situación inverosímil en la que el precio neto pasaría

⁴⁸⁷ Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 28, párrafos 422-424, 68, párrafos 238-242, 97, párrafo 63, 106, párrafo 168, y 164, párrafo 37, del Árbitro.

⁴⁸⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 164 del Árbitro, párrafos 36-37.

⁴⁸⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 97 del Árbitro, párrafo 63.

⁴⁹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 125 del Árbitro, párrafos 114 y 116.

⁴⁹¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 125 del Árbitro, párrafo 117.

⁴⁹² Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 164 del Árbitro, párrafo 32.

⁴⁹³ Análisis basado en los pedidos de comparación reflejados en Cálculo de los precios de entrega correspondientes a los pedidos de comparación (Prueba documental USA-61 (ICSS)); y Cálculos del precio neto para las preguntas 153 y 154 d) con respecto a las valoraciones alternativas sobre la obstaculización (Prueba documental USA-106 (ICSS)).

a ser negativo porque el descuento por volumen superaría el 100% en un pedido suficientemente grande. Otro defecto de esta metodología propuesta, que es similar a una deficiencia del enfoque de comparación propuesto por la Unión Europea tratada *supra*, es que razonablemente no nos permitiría determinar la medida en que cualquier diferencia en cuanto a la magnitud del pedido o los calendarios de entregas resultó en cualquier diferencia en los precios que figuran en los contratos pertinentes. Debido a estas razones, rechazamos la metodología que propone la Unión Europea para inferir un descuento por volumen.

6.3.4.3.6.4 Actualización de los precios de entrega hipotéticos de Boeing

6.330. Como se analiza en la sección 6.3.4.1.1 y se muestra en la ecuación (4) *supra*, la última etapa de la valoración de las pérdidas de ventas propuesta por los Estados Unidos consiste en calcular el valor de los precios netos del año de entrega (es decir, en dólares de los Estados Unidos del año de entrega) de las entregas previstas expresado en dólares de los Estados Unidos del año en que se perdió el pedido (es decir, en dólares de los Estados Unidos del año del pedido) actualizando el valor de los precios en dólares de los Estados Unidos del año de entrega con una tasa de actualización.

6.331. En general, los Estados Unidos aducen que el ejercicio de actualización debe realizarse desde la perspectiva del Gobierno de los Estados Unidos y que la tasa de actualización, por lo tanto, es "la tasa que el Gobierno de los Estados Unidos está dispuesto a pagar para transferir la actividad económica pertinente, reflejada en el comercio, del año de entrega al año del pedido". Según los Estados Unidos, esta tasa se corresponde con el tipo de interés sobre la deuda soberana de los Estados Unidos. Por lo tanto, los Estados Unidos proponen utilizar el tipo de interés de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años como la tasa de actualización que ha de aplicarse.⁴⁹⁴

6.332. La Unión Europea plantea dos argumentos principales respecto del ejercicio de actualización propuesto por los Estados Unidos: a) el Árbitro no tiene que averiguar los valores de las pérdidas de ventas en el año del pedido y, en cambio, puede simplemente averiguar el valor de las pérdidas de ventas en el momento actual (es decir, 2019); y b) la tasa de actualización que indican los Estados Unidos es artificialmente baja y da lugar a valores actuales de las pérdidas de ventas (es decir, valores en el año del pedido) artificialmente exagerados. En la presente sección se aborda cada una de estas cuestiones sucesivamente.

Idoneidad de determinar el valor en el momento actual de las pérdidas de ventas sin determinar los valores en el año del pedido

6.333. La Unión Europea afirma que aun en el caso de que el Árbitro realizase un ejercicio de actualización -a la luz del objetivo último aparente de los Estados Unidos de expresar el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado con el valor del momento actual-, el Árbitro solo debería realizar dicho ejercicio para determinados pagos hipotéticos. Más específicamente, la Unión Europea aduce que el Árbitro debería actualizar los pagos hipotéticos *futuros*, efectuados en relación con las LCA de Boeing vendidas hipotéticamente, previstos para después de 2019. La Unión Europea propone aplicar una fórmula de aumento adecuada para "disminuir" la cuantía de esos pagos al valor del momento actual con un reajuste a la baja que tenga en cuenta el riesgo de cancelación del pedido pertinente. Por lo que respecta a los pagos hipotéticos pertinentes que ya se hubiesen efectuado antes del momento actual (es decir, antes de 2019), la Unión Europea afirma que sería más adecuado aplicar una fórmula de aumento adecuada a esos pagos para llevar sus valores directamente al valor del momento actual desde la fecha en que un pago dado se hubiese efectuado en la situación hipotética. Según la Unión Europea, este enfoque evita los ciclos innecesarios y excesivos de reajustar en función de la inflación (llevar hacia adelante) y actualizar (retrotraer) el precio de entrega neto de la aeronave.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 49-51.

⁴⁹⁵ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 336-344; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 79 del Árbitro, párrafos 274-278. La Unión Europea también afirma que el enfoque de los Estados Unidos de determinar el valor en el año del pedido de los precios del año de entrega de las LCA (las entregas de LCA se realizan por lo general años después de su pedido) utilizando una tasa de actualización no está justificado porque si el Árbitro siguiese la metodología general propuesta por la Unión Europea y midiera los efectos en el comercio en la forma y el momento en que se producen (es decir, en el momento de la entrega), la etapa de actualización que figura en la metodología de los Estados Unidos sería innecesaria.

6.334. Los Estados Unidos aducen que un enfoque de las pérdidas de ventas centrado en los pedidos forma parte integrante de las constataciones relativas a las pérdidas de ventas formuladas en los informes del Grupo Especial inicial, el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación en los procedimientos inicial y sobre el cumplimiento. Los Estados Unidos aducen que este enfoque centrado en los pedidos propone retrotraer los precios del año de entrega al año del pedido, aunque solo sea como etapa intermedia para determinar en última instancia el valor de las pérdidas de ventas en el momento actual.⁴⁹⁶ Los Estados Unidos además sostienen que, contrariamente a lo que parece suponer la Unión Europea al recomendar la forma de determinar el valor de las pérdidas de ventas en el momento actual, a) aumentar el precio del año base al precio del año de entrega, b) retrotraer el precio del año de entrega al año del pedido para determinar el valor del precio del año de entrega en el año del pedido y, por último, c) reajustar el valor en el año del pedido en función de la inflación al valor en dólares de los Estados Unidos del momento actual son etapas distintas que obedecen a fines diferentes. En particular, los Estados Unidos aducen que la aplicación del factor de aumento tiene por objeto determinar el valor de la aeronave en el año en que se prevé su entrega, el ejercicio de actualización tiene por objeto tener en cuenta el hecho de que "la actividad económica de hoy es más valiosa que la actividad económica de mañana" y el reajuste en función de la inflación está destinado a asegurar que las contramedidas siguen siendo proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado cuando se apliquen en años subsiguientes.⁴⁹⁷

6.335. El Árbitro recuerda que, en el presente procedimiento, debe determinar el valor económico de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se determinó.⁴⁹⁸ Hemos utilizado un enfoque basado en los pedidos para valorar las pérdidas de ventas, en el marco del cual asignamos temporalmente el valor de las pérdidas de ventas al período de referencia 2011-2013.⁴⁹⁹ En consonancia con estas constataciones anteriores, consideramos que es adecuado determinar el valor de las pérdidas de ventas en el momento en que se produjeron en el período de referencia 2011-2013, por lo que tratamos de determinar los valores de las pérdidas de ventas en el año del pedido.⁵⁰⁰ Por consiguiente, rechazamos la propuesta de la Unión Europea de determinar el *valor en el momento actual* de las pérdidas de ventas porque no se puede utilizar para determinar los *valores en el año del pedido* de las pérdidas de ventas. Así pues, pasamos a examinar la razonabilidad de la tasa de actualización propuesta por los Estados Unidos que estos utilizan para determinar el valor en el año del pedido de las pérdidas de ventas.

Elección de la tasa de actualización

6.336. La Unión Europea aduce que la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años que los Estados Unidos propusieron como tasa de actualización debe rechazarse porque es una tasa que está centrada en el Gobierno de los Estados Unidos en lugar de estar centrada en Boeing (es decir, no refleja los riesgos y las circunstancias pertinentes de Boeing, lo que, según la Unión Europea, debe reflejar una tasa de actualización adecuada). La Unión Europea además sostiene que el Gobierno de los Estados Unidos no es parte en ninguno de los contratos de venta de LCA de los que se derivan los valores de las pérdidas de ventas ni tampoco realiza inversiones ni asume riesgos en relación con esas transacciones de venta. Según la Unión Europea, la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años, por lo tanto, subestima la tasa de actualización aplicable, en otras cosas, porque no tiene en cuenta los riesgos de incumplimiento del contrato por parte de un cliente de LCA lo que, como los propios

(Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 261-262). Recordamos que hemos rechazado esta metodología general propuesta por la Unión Europea anteriormente en nuestra decisión. (Véase la sección 6.3.3.1 *supra*). Por consiguiente, no examinamos esta propuesta con más detalle en el presente contexto.

⁴⁹⁶ Como se analiza en la sección 6.3.4.1.3 *supra*, los Estados Unidos solicitan al Árbitro que determine el valor en el momento actual de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado aplicando un índice de inflación al valor de los efectos desfavorables expresado en dólares del período de referencia.

⁴⁹⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 228 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.31 y 6.37; el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.1780-6.1781 y 6.1798; el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1217, 1220, 1414 l) y o)-p); y el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.1750, 7.1828, 7.1845, 8.2 d) y 256-259.

⁴⁹⁸ Véase la sección 6.3.1 *supra*.

⁴⁹⁹ Véase la sección 6.3.3.2.1 *supra*.

⁵⁰⁰ Ello es así con independencia de que nuestro objetivo último sea o no sea determinar el valor en el momento actual de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.

Estados Unidos conviene, reduce el valor actual de un contrato de LCA, medido en el momento del pedido. La Unión Europea aduce que esto conduce a una situación particularmente absurda en la que, dado que los factores de aumento centrados en Boeing (utilizados para determinar los precios del año de entrega) son superiores a la tasa de actualización propuesta centrada en el Gobierno de los Estados Unidos (utilizada para convertir los precios del año de entrega en el valor en el año del pedido), resultaría más rentable para Boeing esperar ingresos inciertos por las ventas de LCA en el futuro que obtener los mismos ingresos por las ventas con certeza hoy.⁵⁰¹

6.337. La Unión Europea afirma que el factor de aumento acordado en el contrato es un indicador más adecuado del valor temporal del dinero que el tipo de interés de los bonos del Tesoro a 10 años, aunque este enfoque seguiría exagerando el valor de la pérdida de ventas en el momento del pedido porque, por ejemplo, aún tendría que incorporarse el riesgo de futuras cancelaciones en el momento del pedido. Por lo tanto, la Unión Europea propone sustituir la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años por una tasa de actualización respecto de pedidos de comparación específicos que refleje tres componentes: a) el tipo de interés real; b) la inflación prevista para los precios de las LCA, que se puede aproximar por medio del factor de aumento acordado contractualmente; y c) el riesgo de incumplimiento intrínseco asumido por Boeing en relación con entregas futuras de LCA. Según la Unión Europea, dada la falta de información sobre los riesgos de incumplimiento respecto de pedidos de comparación o clientes específicos, podría obtenerse una aproximación del riesgo de incumplimiento asumido por Boeing relativo a las entregas futuras por medio del histórico de las tasas de cancelación de todas las ventas de LCA efectuadas por Boeing durante el período comprendido entre 2006 y 2017.⁵⁰²

6.338. A pesar de que la Unión Europea aduce que la tasa de actualización de tres componentes que indica refleja mejor las circunstancias económicas que concurren en cada pérdida de ventas en cuestión, también menciona la posibilidad de utilizar el costo medio ponderado del capital (CMPC) de Boeing en el momento de las pérdidas de ventas como aproximación razonable a la tasa de actualización de Boeing.⁵⁰³

6.339. En respuesta a una pregunta del Árbitro, la Unión Europea rechaza la utilización del costo de la deuda de Boeing, que es uno de los componentes del CMPC, como tasa de actualización de Boeing porque no cumple dos de los tres requisitos que la Unión Europea considera que una tasa de actualización adecuada debe cumplir. Más concretamente, según la Unión Europea, el costo de la deuda no refleja la inflación de los precios y de los costos que es específica de la producción de los modelos de LCA de Boeing objeto de los pedidos hipotéticos o de la rama de producción de LCA en general. La Unión Europea considera que el costo de la deuda tampoco refleja la probabilidad de que el cliente de LCA respectivo cancele el pedido.⁵⁰⁴

6.340. Los Estados Unidos responden que todas las críticas de la Unión Europea relativas a la utilización de la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años como tasa de actualización están fuera de lugar, porque no abordan la cuestión pertinente que figura en el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, a saber, que los efectos desfavorables se producen respecto de los intereses del Gobierno de los Estados Unidos (como Miembro de la OMC), y no de los de Boeing. Por consiguiente, los Estados Unidos opinan que es adecuado realizar el ejercicio de valoración desde la perspectiva de los Estados Unidos, y no de la de Boeing. Los Estados Unidos además aducen que la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años es conservadora porque 10 años es un período más largo que el que transcurre entre los pedidos hipotéticos y casi todas las entregas hipotéticas estimadas en cuestión

⁵⁰¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 263, 265-268, 271, 275 y 283-290; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 29, párrafos 425-434, y 78, párrafos 254, 263-264 y 266-270, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Árbitro, párrafos 143-146 (donde se citan las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 73, párrafo 90, 115, párrafo 55, y 126, párrafo 119, del Árbitro).

⁵⁰² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 267-268 y 290; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 29 del Árbitro, párrafos 425-434.

⁵⁰³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 29 del Árbitro, párrafos 435-436. El capital de una empresa puede estar compuesto por deuda y fondos propios. El CMPC mide el costo de la deuda y de los fondos propios de la empresa ponderado según el valor del porcentaje que corresponde respectivamente a la deuda y a los fondos propios en el capital total de la empresa.

⁵⁰⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 111 del Árbitro, párrafos 225-239; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Árbitro, párrafos 141-151.

en el presente asunto, mientras que el tipo de interés sobre bonos a plazos más cortos sería inferior, lo que daría lugar a valores de los precios del año de entrega en el año del pedido superiores.⁵⁰⁵

6.341. Los Estados Unidos también aducen que, si el Árbitro desea no obstante determinar los valores de las pérdidas de ventas en el año del pedido desde la perspectiva de Boeing, el Árbitro podría utilizar simplemente el precio de la aeronave en dólares de los Estados Unidos del año del pedido especificado en los contratos de venta de Boeing hipotéticos sin aumentar ese precio al valor del momento de la entrega y después retrotraer el precio de entrega al año del pedido. No obstante, en respuesta a una pregunta del Árbitro, los Estados Unidos también afirman que Boeing, en el curso de las operaciones empresariales normales, valora [***]. Los Estados Unidos además señalan que Boeing utiliza a veces su CMPC para actualizar flujos de caja futuros previstos a fin de determinar su valor actual. No obstante, los Estados Unidos sostienen que esto se refiere a un contexto diferente del de la valoración del nivel de las contramedidas. Los Estados Unidos no analizan la tasa de actualización que debe utilizarse en un ejercicio de actualización efectuado desde la perspectiva de Boeing si se considerara que el CMPC no es una tasa de actualización adecuada en el contexto del presente procedimiento.⁵⁰⁶

6.342. Por último, los Estados Unidos también opinan que la afirmación de la Unión Europea de que una tasa de actualización debe incluir un riesgo por la cancelación de pedidos "es infundada e introduce innecesariamente deficiencias de carácter técnico".⁵⁰⁷

6.343. El Árbitro señala que las partes discrepan sobre si, de efectuarse una actualización, la tasa de actualización debe reflejar la perspectiva de Boeing o la del Gobierno de los Estados Unidos. Como se explica en la sección 6.3.4.3.3, consideramos que la valoración de las pérdidas de ventas debe realizarse desde la perspectiva de Boeing. De ello se desprende que el ejercicio de actualización también debe realizarse desde la perspectiva de Boeing y que la tasa de actualización que se seleccione debe reflejar la perspectiva de Boeing.

6.344. La cuestión que se plantea ahora se refiere a la tasa de actualización adecuada que se debe utilizar desde la perspectiva de Boeing. Como primer paso, describimos brevemente la finalidad que tiene la actualización en el contexto presente. La celebración de un contrato de venta de LCA representa una inversión para Boeing, es decir, Boeing debe movilizar (una cuantía importante de) capital e invertir dicho capital en la producción de las LCA pedidas. A cambio de esta inversión, Boeing pacta la recaudación de ingresos futuros vinculados a la entrega futura de las LCA pedidas. Sin embargo, la recaudación de ingresos futuros entraña riesgos. La cuestión de si procede asumir estos riesgos a la luz de la cuantía de la inversión inicial determina, en teoría, la decisión de Boeing de si celebrar el contrato en primera instancia. En efecto, por ejemplo, constituiría un argumento en contra de celebrar el contrato el hecho de que una compañía pudiese disponer de una cuantía de inversión inicial e invertirla sencillamente en bonos libres de riesgo y, al proceder de este modo, obtuviese una rentabilidad en el tiempo superior a la que obtendría con otro contrato de inversión para percibir ingresos futuros. Por lo tanto, cabe esperar que el valor actualizado de los ingresos futuros derivados de una inversión constituya un componente clave en las decisiones que tome una empresa respecto de las inversiones. Esto también ilustra por qué una tasa de actualización que se aplique a corrientes de ingresos previstas futuras debe tener en cuenta los costos y los riesgos pertinentes que entraña para una empresa la espera de estas corrientes a fin de comparar ese valor actualizado con el valor de la inversión inicial. Esta es la esencia de un análisis del valor actual neto (VAN). La cuestión fundamental, por lo tanto, pasa a ser de qué manera los costos y los riesgos asumidos por Boeing, relacionados con la obtención de corrientes de ingresos futuras en el caso de un contrato de venta de LCA, pueden reflejarse con miras a determinar su VAN en el momento del pedido.

6.345. Consideramos que los riesgos y los costos asumidos por Boeing se presentan de diferentes formas. En particular, la inflación puede erosionar el valor de las corrientes de ingresos futuros de Boeing respecto de la fecha del pedido. Boeing también asume el costo de oportunidad de asignar

⁵⁰⁵ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 51; comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 227-230; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 69, párrafo 46, y 72, párrafo 66, del Árbitro.

⁵⁰⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 78, párrafos 98-99 y 102, 111, párrafos 36-37, y 175, párrafo 20, del Árbitro; y datos del CMPC de Boeing correspondientes a 2012, 2013 (Prueba documental USA-120 (ICC)).

⁵⁰⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 73 del Árbitro, párrafos 88-90.

fondos a la producción de las LCA pedidas, en lugar de destinar esos fondos a otros usos posibles. Por consiguiente, en nuestra opinión, la tasa de actualización que buscamos en el presente asunto debe reflejar los riesgos derivados de la inflación y del costo de oportunidad que supone la espera de percibir el pago por la producción y entrega de una aeronave. Otro riesgo que afronta Boeing es que el pedido también puede ser cancelado y, por lo tanto, puede que las corrientes de ingresos futuros no se obtengan nunca. En la sección 6.3.4.3.4.2 *supra*, ya hemos decidido realizar los reajustes adecuados para tener en cuenta este riesgo utilizando una tasa de supervivencia. Por consiguiente, consideramos que no tenemos que reflejar este riesgo de nuevo en una tasa de actualización.

6.346. Los Estados Unidos afirman que, si el valor de las ventas pérdidas se considerase desde la perspectiva de Boeing, no habría motivo para utilizar una tasa de actualización para expresar los precios del año de entrega en valores del año del pedido porque el Árbitro podría simplemente utilizar, en su lugar, los precios del año del pedido de las aeronaves de Boeing pedidas hipotéticamente especificados en el contrato de venta hipotético pertinente.⁵⁰⁸ En respaldo de este argumento, los Estados Unidos afirman que "Boeing en el curso normal [[***]]".⁵⁰⁹ Si bien un análisis de los estados financieros de Boeing indica que Boeing valora su volumen de pedidos pendientes de LCA, es decir, sus *ingresos futuros estimados*, utilizando precios aumentados⁵¹⁰, esto no responde la pregunta de cómo Boeing expresaría estos *ingresos futuros estimados* para determinar su *valor en el año del pedido* (es decir, el valor actualizado de las entregas de aeronaves previstas posteriores al pedido en dólares del año del pedido). Así pues, la utilización de los precios del año del pedido acordados por contrato es una alternativa adecuada para determinar el valor en el año del pedido de los precios del año de entrega (expresados en dólares de los Estados Unidos del año del pedido).⁵¹¹

6.347. Al abordar este argumento, recordamos que, en el presente procedimiento, el valor de las pérdidas de ventas viene determinado esencialmente por los ingresos que Boeing habría obtenido muy probablemente de las ventas perdidas si Boeing las hubiese conseguido. Como se ha expuesto, no se discute que, en la situación hipotética, Boeing habría obtenido estos ingresos, en su mayor parte, años después de las fechas de los pedidos hipotéticos pertinentes. De hecho, Boeing negoció específicamente estas corrientes de ingresos posteriores a los pedidos, como muestran los calendarios de entregas y de pagos que figuran en los contratos de venta hipotéticos. Como se ha analizado detalladamente en los párrafos anteriores, la espera de ingresos futuros entraña riesgos que Boeing habría tenido en cuenta al determinar su VAN en el año del pedido. No obstante, nada en el expediente nos indica que el precio del año del pedido de una LCA sea necesariamente equivalente al valor en el año del pedido de los precios del año de entrega hipotéticos que Boeing percibirá años después del pedido. El precio del año del pedido es simplemente un precio que el cliente pagaría en la fecha del pedido si la entrega pudiera realizarse también en esa fecha (lo que no ocurrirá, con arreglo al calendario de entregas acordado por contrato). En consecuencia, rechazamos la indicación de los Estados Unidos de utilizar los precios del año del pedido.

6.348. Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, por lo tanto, estamos de acuerdo con la Unión Europea en que, si la tasa de actualización ha de reflejar la perspectiva de Boeing, sería deseable utilizar una tasa de actualización respecto de proyectos específicos que tenga en cuenta el costo de oportunidad que supone para Boeing la espera de percibir el pago por la producción y entrega de una aeronave, así como la inflación prevista. No obstante, cuestionamos la validez de la tasa de actualización respecto de pedidos de comparación específicos que propone la Unión Europea y que está compuesta por a) el tipo de interés real, b) la inflación prevista para los precios de las LCA, y c) el riesgo por la cancelación de pedidos asumido por Boeing. Señalamos que los dos primeros componentes tomados en conjunto corresponden a un tipo de interés nominal, puesto que, según la ecuación de Fisher, el tipo de interés real es igual al tipo de interés nominal menos la inflación prevista.⁵¹² En nuestra opinión, sería insólito establecer una tasa de actualización añadiendo

⁵⁰⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafos 98-99 y 102.

⁵⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 175 del Árbitro, párrafo 20.

⁵¹⁰ Informe anual 2017 de Boeing (extracto) (Prueba documental USA-34); e informe anual 2013 de Boeing (Prueba documental USA-102).

⁵¹¹ De hecho, los propios Estados Unidos reconocen que el valor de una aeronave entregada expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega refleja el valor previsto de la aeronave que la rama de producción estadounidense habría vendido, pero cabe sostener que no refleja el valor en el momento de la venta (es decir, el momento en que la venta se perdió). (Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 49).

⁵¹² Comunicación escrita de la Unión Europea, nota 295.

un indicador de la inflación prevista a un tipo de interés real, en lugar de actualizar los flujos de caja futuros previstos expresados en términos nominales utilizando directamente un tipo de interés nominal o bien actualizar los flujos de caja futuros previstos expresados en términos reales utilizando una tasa de actualización real.⁵¹³ Asimismo, señalamos que la tasa de actualización de tres componentes propuesta por la Unión Europea es solo para proyectos específicos debido a la inclusión del factor de aumento como referencia para la inflación prevista para los precios de las LCA. Sin embargo, según la Unión Europea, la tasa de actualización debe ser una tasa respecto de proyectos específicos para tener en cuenta el riesgo de incumplimiento de la aerolínea, no porque se utilicen diferentes [[***]] para diferentes [[***]]. Dicho de otro modo, la Unión Europea no facilitó una tasa de actualización respecto de proyectos específicos que tenga en cuenta el riesgo de incumplimiento específico de la aerolínea. A falta de esas tasas de actualización respecto de proyectos específicos, consideramos que una tasa de actualización específica para Boeing es la mejor alternativa disponible.

6.349. Por lo tanto, pasamos a analizar el CMPC de Boeing, que la Unión Europea propuso como alternativa a una tasa de actualización respecto de pedidos de comparación específicos. Recordamos que los Estados Unidos explicaron que "Boeing a veces [pero no siempre] utiliza su CMPC para actualizar flujos de caja futuros previstos a fin de determinar su valor actual", pero señalaron que "es un contexto diferente del ejercicio de valoración del nivel de las contramedidas en cuestión en el presente procedimiento".⁵¹⁴ No obstante, las pruebas obrantes en el expediente son insuficientes para establecer cuál sería el enfoque usual de Boeing -de contar con uno- para actualizar estas corrientes de ingresos futuros. Además, señalamos que el CMPC es una tasa reconstruida. Su valor es diferente en función de cómo se calculan determinados componentes del CMPC, en particular el costo de los fondos propios, y de las fuentes de datos que se utilizan para realizar esos cálculos. Ambas partes facilitaron valores del CMPC de Boeing que difieren sustancialmente, con diferencias de entre [[***]] y [[***]] puntos porcentuales. Algunas de estas diferencias probablemente reflejan el hecho de que las partes han facilitado el CMPC con referencia a momentos diferentes (es decir, julio de 2012 y julio de 2013 (Estados Unidos) frente a diciembre de 2012 y diciembre de 2013 (Unión Europea)). No obstante, algunas de estas diferencias también podrían ser el resultado de los distintos enfoques y fuentes de datos que las partes pueden haber utilizado al calcular el CMPC. Por estas razones, no estamos convencidos de que el CMPC sea una tasa de actualización adecuada para la valoración de las pérdidas de ventas en el presente procedimiento.

6.350. Asimismo, señalamos que ambas partes han mencionado la posibilidad de utilizar como tasa de actualización aplicable a cada pérdida de ventas los factores de aumento que figuran en los contratos de venta hipotéticos de Boeing que habrían regulado las ventas perdidas si Boeing las hubiese obtenido. No obstante, señalamos que, según la Unión Europea, un enfoque de este tipo no tendría en cuenta el riesgo de cancelación. Como ha explicado la Unión Europea, aplicar el factor de aumento como tasa de actualización a los precios del año de entrega netos previstos para determinar sus valores actualizados en el momento del pedido es equivalente a calcular los precios de entrega netos en dólares de los Estados Unidos del año del pedido utilizando el factor de aumento correspondiente (es decir, los precios del año del pedido). Sin embargo, señalamos, y ambas partes así lo reconocen, que el aumento es conceptualmente distinto de la actualización. El aumento sirve para determinar la cuantía de ingresos en dólares de los Estados Unidos que Boeing percibiría en última instancia a la entrega de una aeronave en relación con un pedido de LCA en la situación hipotética. En cambio, la actualización es un medio por el que podemos expresar el valor de estos ingresos posteriores a los pedidos en valores del año del pedido. De hecho, señalamos que la utilización del factor de aumento como tasa de actualización supondría implícitamente que Boeing no tendría ningún costo de oportunidad respecto del tiempo y asignaría menos valor a los beneficios inmediatos que a los beneficios futuros, porque el factor de aumento solo tiene en cuenta los cambios previstos en los costos de mano de obra y material (es decir, la inflación). Esta presunción no nos parece razonable. En consonancia con nuestra decisión anterior de rechazar la utilización de los precios del año del pedido, rechazamos la utilización de los factores de aumento como la tasa de actualización.

⁵¹³ Además, como se explica en la sección 6.3.4.3.4.2, estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el riesgo de futuras cancelaciones debe tenerse en cuenta en la valoración de las pérdidas de ventas, pero cuestionamos la validez del enfoque propuesto por la Unión Europea, que consiste en combinar tasas basados en indicadores diferentes, a saber, la tasa de actualización nominal respecto del valor monetario de las preferencias temporales y la tasa de cancelación respecto de la asunción de riesgos en términos de entregas de aeronaves canceladas.

⁵¹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 175 del Árbitro, párrafo 20. (sin cursivas en el original)

6.351. Dado que las tasas de actualización indicadas por las partes nos parecen inadecuadas en las circunstancias del presente procedimiento y dado que las partes no se ponen de acuerdo al respecto de esta cuestión particular, procedemos a seleccionar una tasa de actualización alternativa para actualizar los flujos de caja posteriores a los pedidos previstos de Boeing en la situación hipotética.

6.352. Como se ha explicado *supra*, en nuestra opinión, una tasa de actualización adecuada debe a) reflejar el costo de oportunidad que supone para Boeing la espera de percibir el pago por la producción y entrega de una aeronave y b) tener en cuenta la inflación. Teniendo esto presente, propusimos a las partes el costo de la deuda como tasa de actualización. El costo de la deuda mide el tipo de interés efectivo que Boeing paga sobre su deuda actual. Se calcula como la suma de una tasa de los bonos del Tesoro y el diferencial de Boeing.⁵¹⁵ El diferencial, definido como la diferencia entre el rendimiento de un bono del Tesoro y un bono de Boeing, es un indicador del riesgo de incumplimiento asumido por Boeing.

6.353. Los Estados Unidos se oponen a la utilización del costo de la deuda como tasa de actualización, pero no ofrecieron ninguna explicación directa de por qué no podía utilizarse.⁵¹⁶ Asimismo, señalamos la afirmación de la Unión Europea de que el costo de la deuda no refleja la inflación de los precios y de los costos.⁵¹⁷ Discrepamos, puesto que uno de los componentes del costo de la deuda es la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años, que es un tipo de interés nominal. Asimismo, señalamos que la tasa de los bonos del Tesoro a 10 años tiene en cuenta el costo de oportunidad de la espera en un entorno libre de riesgos.⁵¹⁸ Como se ha indicado *supra*, según la ecuación de Fisher, un tipo de interés nominal refleja la inflación prevista.⁵¹⁹ Somos conscientes de que la inflación reflejada en la tasa de los bonos del Tesoro se refiere al índice de precios al consumo (IPC) de los Estados Unidos y no [[***]]. No obstante, señalamos que la correlación de 2012-2018 entre [[***]] es muy elevada.⁵²⁰

6.354. A la luz de todo lo anterior, consideramos que el costo de la deuda de Boeing con un vencimiento a 10 años⁵²¹ que está disponible en el expediente es una tasa de actualización adecuada para utilizar en las circunstancias del presente procedimiento.⁵²²

6.3.4.3.7 Conclusión

6.355. Así concluye nuestra evaluación de los aspectos técnicos de la metodología de los Estados Unidos para valorar las pérdidas de ventas. Como se señala en la sección 6.1 *supra*, aplicaremos estas constataciones más adelante en la sección 6.4.2 cuando calculemos el valor real de las pérdidas de ventas.

6.3.4.4 Cuestiones relativas a la valoración de la obstaculización

6.356. En la sección 6.3.4.4, evaluamos el enfoque propuesto por los Estados Unidos para determinar el valor de los efectos desfavorables en forma de obstaculización. Asimismo, abordamos las críticas de carácter técnico que la Unión Europea planteó contra medidas específicas contenidas

⁵¹⁵ Informe anual 2013 de Boeing (Prueba documental USA-120 (ICC)).

⁵¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Árbitro.

⁵¹⁷ Como se explica *supra* en la sección 6.3.4.3.4.2, rechazamos el enfoque de la Unión Europea de incluir el riesgo medio de cancelación en la tasa de actualización. En cambio, tenemos en cuenta el riesgo de futuras cancelaciones aplicando la tasa de supervivencia.

⁵¹⁸ Como señala la Unión Europea, a menudo se presupone que el costo de oportunidad de esperar es constante entre individuos y situaciones. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 78, párrafo 253).

⁵¹⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, nota 295.

⁵²⁰ La correlación de 2012-2018 entre [[***]] es igual a 0,987, lo que está muy cerca de la correlación de 2012-2018 de 0,969 [[***]] y la correlación de 2012-2018 de 0,98 [[***]]. (Véanse el correo electrónico de Boeing de [[***]] (13 de diciembre de 2018) (Prueba documental USA-36 (ICC)); la diapositiva relativa a los aumentos de Boeing (Prueba documental USA-37 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-40 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-41 (ICC)); y la campaña de comparación de Transaero (2013): tasas de aumento previstas y efectivas (Prueba documental EU-77 (ICSS))).

⁵²¹ Elegimos un vencimiento a 10 años porque existe, en promedio, una diferencia de [[***]] entre el año del pedido y el año de entrega hipotético. La cifra de [[***]] se calculó como el promedio ponderado del número de años entre el pedido y la entrega hipotética, donde las ponderaciones son el porcentaje de aeronaves que se ha de entregar en una fecha determinada. Como se analiza en la sección 6.3.4.3.5.1, los calendarios de entrega hipotéticos se basan en calendarios de entregas de Airbus acordados contractualmente.

⁵²² Datos del CMPC de Boeing correspondientes a 2012, 2013 (Prueba documental USA-120 (ICC)).

en el enfoque de los Estados Unidos para cuantificar la obstaculización, así como todas las alternativas que la Unión Europea propuso a estas medidas específicas.

6.357. El Órgano de Apelación ha explicado que "el fenómeno de la obstaculización 'se refiere a situaciones en que las exportaciones o importaciones del producto similar del Miembro reclamante habrían aumentado si no hubieran sido "obstruidas" o "dificultadas" por el producto subvencionado".⁵²³ En el procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial constató, basándose en los datos sobre las entregas de LCA que se reflejan en el cuadro 12 *infra*, que las subvenciones impugnadas causaron una obstaculización en el mercado de productos VLA⁵²⁴ en seis mercados geográficos. En el cuadro se reflejan las entregas de aeronaves Airbus A380 y Boeing 747-8I⁵²⁵ realizadas en estos seis mercados geográficos durante el período de referencia 2011-2013. Estos dos modelos de aeronaves eran las únicas LCA en el mercado de productos VLA durante el período de referencia 2011-2013.

Cuadro 12: Mercado de LCA de muy gran tamaño⁵²⁶

Datos sobre entregas	Unión Europea			Australia			China		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	0	5	5	0	0	0	0	0	0
Participación en el mercado de Boeing	-	55,6%	55,6%	0,0%	-	-	0,0%	0,0%	0,0%
Volumen de Airbus (unidades)	0	4	4	1	0	0	1	2	1
Participación en el mercado de Airbus	-	44,4%	44,4%	100%	-	-	100%	100%	100%
Datos sobre entregas	Corea			Singapur			Emiratos Árabes Unidos		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Participación en el mercado de Boeing	-	0,0%	0,0%	-	0,0%	-	0,0%	0,0%	0,0%
Volumen de Airbus (unidades)	0	1	2	0	5	0	2	11	13
Participación en el mercado de Airbus	-	100%	100%	-	100%	-	100%	100%	100%

6.358. El Órgano de Apelación modificó el razonamiento formulado por el Grupo Especial sobre el cumplimiento a este respecto, pero en última instancia constató que "los 'efectos producto' de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de VLA de la Unión Europea [de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC] ... [y de] Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos" de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC.⁵²⁷ Por consiguiente, tanto el Grupo Especial sobre el cumplimiento como el Órgano de Apelación constataron que las entregas de LCA de la rama de producción de LCA estadounidense en estos seis mercados geográficos habrían sido "superiores" durante el período de

⁵²³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.738 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1161).

⁵²⁴ El Grupo Especial sobre el cumplimiento había constatado que las subvenciones impugnadas causaron desplazamiento y/u obstaculización en los tres mercados de productos (es decir, pasillo único, doble pasillo y VLA), pero estas constataciones fueron revocadas en apelación con respecto a los mercados de pasillo único y doble pasillo, como también lo fueron las constataciones relativas al desplazamiento formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto al mercado de productos VLA.

⁵²⁵ Existen dos versiones del Boeing 747-8: el 747-8F (carguero) y el 747-8I (pasajeros). (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, nota 2323). No obstante, señalamos que los mercados de productos en el procedimiento sobre el cumplimiento incluían solo aeronaves de pasajeros y, por lo tanto, no se solicitaron ni se formularon constataciones relativas a la obstaculización de entregas de aeronaves 747-8F.

⁵²⁶ El cuadro reproduce el cuadro 22 que figura en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento y el cuadro 13 que figura en el informe del Órgano de Apelación.

⁵²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 6.42 a).

referencia 2011-2013 en la situación hipotética.⁵²⁸ No obstante, cabe destacar que ni el Grupo Especial sobre el cumplimiento ni el Órgano de Apelación especificaron *cuán superiores* habrían sido estas entregas en cualquiera de los mercados geográficos en particular.⁵²⁹

6.359. Observamos que, en su metodología, los Estados Unidos opinan que las entregas reales de aeronaves Airbus A380 que se realizaron en los seis mercados geográficos durante el período de referencia 2011-2013 (a las que, para facilitar su identificación, nos referiremos como las entregas de obstaculización del A380) habrían sido sustituidas una por una por entregas hipotéticas de aeronaves Boeing 747-8I (es decir, el modelo de Boeing competidor más próximo de la aeronave A380) en el período de referencia 2011-2013.⁵³⁰ Por lo tanto, los Estados Unidos calculan el valor de la obstaculización en un mercado geográfico determinado k en un mes o año determinado s del período de referencia como el precio de entrega neto medio de la aeronave Boeing 747-8I en ese mes o año, multiplicado por el número de aeronaves 747-8I que se habrían entregado en ese mercado geográfico k en el año s en la situación hipotética⁵³¹:

$$\text{Obstaculización}_{\text{Mercado } k, \text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} = \text{Precio neto medio de Boeing}_{\text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} \times \text{Número de aeronaves}_{\text{Mercado } k, \text{año de entrega } s} \quad (8)$$

donde s : mes/año de entrega en el período de referencia

$\text{Precio neto medio de Boeing}_{\text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s}$: precio de entrega neto medio del modelo 747-8I, entregado en el año s y expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega s

$\text{Número de aeronaves}_{\text{Mercado } k, \text{año de entrega } s}$: número de aeronaves 747-8I entregadas a la(s) aerolínea(s) en el mercado de país k en el año s .

6.360. Las partes discrepan respecto de dos temas principales en este contexto: a) cuán superiores habrían sido las entregas hipotéticas de Boeing y qué modelos de LCA de Boeing se habrían entregado, y b) los precios de las entregas hipotéticas adicionales de Boeing. En la presente sección se aborda cada uno de esos temas sucesivamente, tras una breve mención sobre la representatividad del período de referencia 2011-2013 a efectos de valorar la obstaculización.

6.3.4.4.1 Representatividad del período de referencia 2011-2013

6.361. El Árbitro recuerda que, en el párrafo 6.203., hemos indicado que realizaríamos una indagación sobre la representatividad del período de referencia 2011-2013, incluso a los fines de nuestra cuantificación de los efectos desfavorables en forma de obstaculización. A este respecto, hacemos notar que, en particular en el caso de uno de los seis mercados geográficos pertinentes, los volúmenes de entregas de VLA fueron elevados tanto en 2012 como en 2013. Es improbable que se hubieran observado exactamente el mismo número de entregas de VLA o los mismos clientes en distintos años. Sin embargo, esta situación no es incompatible con la naturaleza de la rama de producción de LCA.⁵³² Por lo tanto, no discernimos nada en relación con el número de entregas de

⁵²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.41. Por lo tanto, señalamos que la manera en que las "exportaciones o importaciones [pertinentes de Boeing] habrían aumentado" consiste en un aumento en números absolutos de las entregas de Boeing en los seis mercados geográficos.

⁵²⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 198 (donde se expone este argumento); y comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165 (donde se señala que "[l]os Estados Unidos y la UE están de acuerdo en que en el informe en apelación sobre el cumplimiento se constató que la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habría alcanzado un volumen de entregas y una cuota de mercado superiores a su nivel actual en el período posterior a la aplicación. No obstante, las partes discrepan en cuanto a las consecuencias de esta constatación"). (no se reproducen la nota a pie de página ni las comillas)

⁵³⁰ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 82.

⁵³¹ A excepción del mercado de la Unión Europea, las constataciones de obstaculización relativas a cada uno de los cinco mercados geográficos en cuestión restantes guardan relación con una única aerolínea. Por ejemplo, las constataciones de obstaculización relativas a las entregas de 2012 de la aeronave A380 a Singapur atañen a Singapore Airlines. En cambio, las constataciones de obstaculización relativas a las entregas de 2013 de la aeronave A380 a la Unión Europea atañen a entregas a Air France y British Airways.

⁵³² Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1719 (donde se explica que "los pedidos [de LCA] suelen ser muy grandes y esporádicos", lo que naturalmente se traduce en volúmenes de entregas no uniformes de determinadas LCA a determinados clientes a lo largo del tiempo).

obstaculización del A380, ni con ninguno de los datos obrantes en el expediente sobre las entregas de obstaculización del A380 y las condiciones de mercado en el período de referencia 2011-2013, que pueda caracterizarse de forma objetiva como suficientemente anómalo para que el período de referencia 2011-2013 no sea representativo de los efectos desfavorables a corto plazo (en forma de obstaculización) resultantes del incumplimiento de la Unión Europea al final del plazo para la aplicación.

6.362. En conclusión, no vemos ningún fundamento sobre el que concluir que el período de referencia 2011-2013 no es representativo en el contexto de la valoración de la obstaculización y que, por tanto, solo debemos utilizar una fracción del período de referencia 2011-2013, en lugar de todo el período de referencia de 25 meses.

6.3.4.4.2 Número y modelos de las entregas hipotéticas de LCA de Boeing objeto de aumento

6.363. Como ya se ha indicado *supra*, los Estados Unidos opinan que las entregas reales de aeronaves Airbus A380 que se realizaron en los seis mercados geográficos durante el período de referencia 2011-2013 (a las que, para facilitar su identificación, nos referiremos como las entregas de obstaculización del A380) habrían sido sustituidas una por una por entregas hipotéticas de aeronaves Boeing 747-8I (es decir, el modelo de Boeing competidor más próximo de la aeronave A380) en el período de referencia 2011-2013.⁵³³

6.364. La Unión Europea discrepa de esta opinión⁵³⁴, aduciendo que se necesita un modelo económico para determinar cuán superiores habrían sido las entregas hipotéticas de LCA de Boeing en los seis mercados geográficos durante el período de referencia 2011-2013, teniendo en cuenta factores relacionados con la oferta y la demanda. Según la Unión Europea, estas entregas hipotéticas no habrían sido necesariamente aeronaves Boeing 747-8I, sino que podrían haber sido otros modelos de aeronaves, como otras aeronaves de doble pasillo de Boeing, por ejemplo, el 777-300ER. La Unión Europea afirma que, dado que los Estados Unidos no han facilitado un modelo económico, los Estados Unidos no justifican adecuadamente sus argumentos con pruebas adecuadas.⁵³⁵

6.365. Los Estados Unidos responden que los argumentos de la Unión Europea son incoherentes con las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación, por lo que equivalen a un intento de replantear el procedimiento sobre el cumplimiento con respecto a la obstaculización, y no están respaldados por pruebas adecuadas. Con todo, los Estados Unidos dejan abierta la posibilidad de que Boeing pudiera haber sustituido algunas de las entregas de obstaculización del A380 por modelos de LCA distintos del 747-8I, como el modelo Boeing 777-300ER.⁵³⁶

6.366. Para empezar, el Árbitro señala que ni en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento ni en el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento se especifica explícitamente cuán "superiores" habrían sido las entregas de LCA de Boeing en cada uno de los seis mercados de productos geográficos pertinentes en la situación hipotética. Por lo tanto, en principio, consideramos adecuado examinar los argumentos de la Unión Europea para determinar cuán "superiores" habrían sido las entregas de Boeing. Al mismo tiempo, entendemos la preocupación de los Estados Unidos de que, particularmente dado el bajo número de entregas del A380 en algunos de los seis mercados geográficos (por ejemplo, en Australia se realizó una entrega del A380), una sustitución hipotética de las entregas de Airbus por las entregas de Boeing en esos mercados que no sea como mínimo uno por uno puede o bien invalidar al menos algunas de las constataciones de existencia de obstaculización o bien puede parecer contraria a presunciones evidentes en que se basaron los análisis pertinentes en el procedimiento sobre el cumplimiento. Además, a nuestro juicio, sería inverosímil e incoherente, a falta de constataciones o pruebas justificativas, suponer que, en

⁵³³ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 82.

⁵³⁴ Recordamos que la Unión Europea expone sus argumentos en la presente sección con carácter subsidiario a su enfoque preferido de que el Árbitro omita por completo la obstaculización en su valoración. Anteriormente en la presente decisión, se determinó que este enfoque no es adecuado. (Véanse las secciones 6.3.1 y 6.3.3 *supra*).

⁵³⁵ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 197-203.

⁵³⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 234; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 46, párrafo 114, 87, párrafo 122, y 88, párrafo 128, del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 113, párrafo 217, y 151, párrafo 263, del Árbitro.

los mercados geográficos pertinentes en los que se realizaron muchas entregas de obstaculización del A380, Boeing habría realizado menos entregas hipotéticas de LCA adicionales que las que Airbus realizó efectivamente, mientras que en un mercado geográfico pertinente en el que solo se realizó una entrega (por ejemplo, Australia), Boeing habría entregado hipotéticamente el mismo número (o un número superior) de aeronaves que Airbus entregó.⁵³⁷

6.367. En este caso, lo que nos resulta evidente es que, cualquiera que sea el enfoque que adoptemos, no debemos invalidar las constataciones del Órgano de Apelación de que se produjo una obstaculización en el mercado de productos VLA en cada uno de los seis mercados geográficos, individualmente⁵³⁸, durante el período de referencia 2011-2013.⁵³⁹ No obstante, creemos que un examen de los argumentos de la Unión Europea en este caso no es incompatible con este imperativo. Por lo tanto, examinamos los argumentos de la Unión Europea a fin de formarnos una opinión sobre cuán "superiores" habrían sido las entregas de LCA de Boeing en cada uno de los seis mercados geográficos en cuestión durante el período de referencia 2011-2013⁵⁴⁰, y qué modelos de LCA de Boeing habrían integrado estas entregas adicionales de Boeing.

6.368. En la presente sección se aborda primero el argumento básico de la Unión Europea de que se necesita un modelo económico para evaluar la situación hipotética pertinente. Seguidamente, se examinan los factores relacionados con la oferta y la demanda que las partes consideran importantes en el presente contexto.

6.3.4.4.2.1 Falta de un modelo económico

6.369. La Unión Europea aduce que el Árbitro debe utilizar un modelo económico para determinar cuán superiores habrían sido la cuota de mercado y las entregas de Boeing en cada uno de los seis mercados geográficos en cuestión durante el período de referencia 2011-2013. La Unión Europea afirma que, sin dicho modelo, el Árbitro carece de una base objetiva para probar la presunción hipotética planteada por los Estados Unidos de que Boeing habría sustituido las entregas de obstaculización del A380 por un número igual de entregas del 747-8I durante el período de referencia. La Unión Europea aduce que dicho modelo tendría que abordar, como mínimo, determinados factores relacionados con la oferta y la demanda. A juicio de la Unión Europea, a falta de un modelo de este tipo, la tesis de los Estados Unidos de que las entregas de obstaculización del A380 habrían sido sustituidas una por una por entregas de aeronaves Boeing 747-8I en la situación hipotética constituye una "presunción extremista e injustificada"⁵⁴¹, no basada en un "enfoque creíble o basado en pruebas", para calcular el valor de las entregas durante la obstaculización.⁵⁴² Por lo tanto, la Unión Europea afirma que los Estados Unidos no han demostrado que su ejercicio de cuantificación produzca un nivel de contramedidas con respecto a la obstaculización que cumpla el criterio de "proporcionalidad" que se prevé en los párrafos 9 y 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC.⁵⁴³

6.370. Los Estados Unidos aducen que su presunción de que, en la situación hipotética, Boeing habría sustituido todas las entregas de obstaculización del A380 por un número igual de entregas

⁵³⁷ Señalamos en el presente contexto la correcta observación de los Estados Unidos de que ni el Grupo Especial sobre el cumplimiento ni el Órgano de Apelación desarrollaron un razonamiento específico para cada mercado geográfico en cuanto a la obstaculización. (Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 113 del Árbitro, párrafos 221-222).

⁵³⁸ Véanse los párrafos 3 a) y b) del artículo 6 del Acuerdo SMC (donde se hace referencia a "el mercado del Miembro que concede la subvención" y "a/ mercado de un tercer país", respectivamente). (sin cursivas en el original)

⁵³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 5.740 y 5.742 (donde se expresa acuerdo con las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que "el volumen de las entregas y las cuotas de mercado que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013 habrían sido superiores" de no haber existido la AEP/FEM). (sin cursivas en el original)

⁵⁴⁰ Estamos de acuerdo con la Unión Europea en que, en el contexto de la obstaculización, al fijar una cuantía máxima de suspensión anual, no debemos incluir ninguna entrega hipotética de Boeing que se hubiese realizado fuera del período de referencia 2011-2013. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 144 del Árbitro, párrafos 445-451).

⁵⁴¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 3 del Árbitro, párrafo 92.

⁵⁴² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 202.

⁵⁴³ Véanse, por ejemplo, la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 197-203; y las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 3, párrafos 91-95, y 5, 6, 46 y 84 del Árbitro.

de aeronaves 747-8I durante el período de referencia 2011-2013 es razonable sobre la base de las constataciones adoptadas en la presente diferencia y las pruebas obrantes en el expediente. Los Estados Unidos recuerdan que se constató que los modelos A380 y 747-8I eran suficientemente sustituibles, eran las dos únicas VLA disponibles para ser objeto de entregas en el período de referencia 2011-2013 y que la demanda de los clientes por lo que respecta a las LCA es inelástica. Sobre la base de estas consideraciones, en opinión de los Estados Unidos, los clientes muy probablemente pedirían el mismo número de entregas hipotéticas de aeronaves 747-8I que pidieron realmente de aeronaves A380. Además, los Estados Unidos afirman que la Unión Europea no ha aportado pruebas en otro sentido. Por lo tanto, los Estados Unidos aducen que la utilización de un modelo económico en el presente contexto no es necesario. Además, a juicio de los Estados Unidos, la utilización de dicho modelo entrañaría especulaciones respecto de "infinitas variables".⁵⁴⁴ Los Estados Unidos opinan que "tales especulaciones solo darían lugar a una apariencia engañosa de exactitud. En realidad, harían que el cálculo quedara supeditado a datos sumamente especulativos y a la interacción entre estos".⁵⁴⁵ Por lo tanto, los Estados Unidos afirman que no hay motivo para creer que un modelo daría resultados más fiables que el enfoque de los Estados Unidos. Los Estados Unidos además señalan que el Grupo Especial sobre el cumplimiento rechazó la idea de que los análisis econométricos cuantitativos fuesen decisivos para determinar los mercados de productos y, en su lugar, se basó en pruebas cualitativas.⁵⁴⁶

6.371. El Árbitro señala que su mandato consiste en cuantificar el grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado con miras a determinar si el nivel de las contramedidas propuesto es proporcionado a estos efectos desfavorables. El párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC nada dice sobre la metodología que deben utilizar los árbitros para cumplir su mandato, de manera que se les deja cierta discrecionalidad a la hora de seleccionar una metodología adecuada. Al realizar esta selección, el punto de partida es la metodología que ofrece la parte reclamante -en este caso, los Estados Unidos- en su documento sobre la metodología.

6.372. En su documento sobre la metodología, los Estados Unidos piden al Árbitro que suponga que, en la situación hipotética, todas las entregas de obstaculización del A380 habrían sido sustituidas por un número igual de entregas del 747-8I realizadas durante el mismo período pertinente, es decir, el período de referencia 2011-2013. Corresponde a la Unión Europea la carga de presentar argumentos y pruebas suficientes para establecer que este enfoque da lugar a un nivel de contramedidas no proporcionado a los seis casos de obstaculización cuya existencia se ha constatado en el procedimiento sobre el cumplimiento y, por lo tanto, es incompatible con el párrafo 10 del artículo 7. Para ello, la Unión Europea debe analizar la metodología presentada por los Estados Unidos; "no es suficiente simplemente afirmar que otra metodología es más apropiada".⁵⁴⁷ Si bien la Unión Europea ha analizado la metodología de los Estados Unidos y ha afirmado que sería más adecuado utilizar un modelo económico, no ha elaborado de hecho ningún modelo semejante que respalde sus argumentos.

6.373. Por lo tanto, para formarnos una opinión sobre si un enfoque que entrañe la elaboración de un modelo económico sería más adecuado que el enfoque de los Estados Unidos, evaluamos ahora si, a la luz de las pruebas obrantes en el expediente, la presunción en que se basa el enfoque de los Estados Unidos, esto es, que Boeing habría sustituido todas las entregas de obstaculización del A380 por un número igual de entregas de aeronaves 747-8I durante el período de referencia de 2011-2013, es razonable. Si así fuese, la elaboración de un modelo económico no constituiría, en nuestra opinión, una metodología intrínsecamente más adecuada. Consideramos conveniente y eficaz organizar nuestra evaluación en torno a los factores relacionados con la oferta y la demanda identificados por las partes. Examinamos a continuación estos factores.

⁵⁴⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 194.

⁵⁴⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 194. Los Estados Unidos plantean este argumento con respecto a la determinación del momento en que se habrían realizado las entregas como resultado de la pérdida de ventas, pero consideramos que estos argumentos también serían aplicables con respecto a una indagación más compleja sobre qué pedidos habrían realizado los clientes de LCA y cuándo se habrían realizado las entregas de estas LCA en el contexto de la obstaculización.

⁵⁴⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 164, 171, 173, 177, 191-194, 231 y 236; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 151, párrafo 265, del Árbitro.

⁵⁴⁷ Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.14.

6.3.4.4.2 Factores relacionados con la oferta y la demanda

6.374. En las comunicaciones de las partes se han señalado los factores siguientes relacionados con la oferta y la demanda que, según lo que aducen las partes, el Árbitro debe tomar en cuenta en su análisis de cuán "superiores" habrían sido las entregas hipotéticas de LCA de Boeing en los seis mercados geográficos durante el período de referencia 2011-2013: a) la inelasticidad de la demanda de LCA, b) la demanda demostrada de entregas del A380 por parte de clientes durante el período de referencia 2011-2013, c) la sustituibilidad de los modelos 747-8I y A380, d) la capacidad de producción del 747-8I de Boeing, e) la presencia en el mercado de las aeronaves A380, f) la competencia de las LCA de doble pasillo, las empresas de arrendamiento y el mercado de LCA de segunda mano, g) la presentación de ofertas agresivas por parte de Airbus en ciertas campañas de ventas, h) los costos, precios y entregas de Airbus y Boeing, i) la pérdida de las eficiencias resultantes del aprendizaje práctico, j) el aplazamiento de compras por parte de clientes, y k) las diferentes preferencias de los clientes en la situación hipotética. Examinamos cada uno de esos factores sucesivamente.

6.375. Al hacerlo, recordamos que el volumen de las constataciones adoptadas en la presente diferencia en el procedimiento inicial y el procedimiento sobre el cumplimiento asciende a centenares de páginas, y que las constataciones pertinentes a los efectos de este procedimiento de arbitraje se relacionan con alegaciones formuladas en el marco de la Parte III del Acuerdo SMC, que requirieron la identificación de efectos desfavorables en el sentido de los artículos 5 y 6. Al ser así, observamos que una parte importante de las voluminosas constataciones adoptadas en la presente diferencia describen las condiciones de competencia en la rama de producción de LCA durante los períodos pertinentes, el mecanismo causal a través del cual la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB causó efectos desfavorables en general y las circunstancias en que se produjeron específicamente las pérdidas de ventas y la obstaculización en cuestión. Estamos obligados a atenernos a esas constataciones y, por consiguiente, actuamos en el marco de estos límites. Al evaluar la validez de los argumentos de la Unión Europea en este contexto, señalamos en consecuencia que al realizar esta evaluación no tenemos únicamente en cuenta las pruebas obrantes en el expediente del presente procedimiento de arbitraje, sino también el volumen considerable de constataciones adoptadas en la presente diferencia en relación con las condiciones de mercado en que tuvieron lugar los casos pertinentes de obstaculización.⁵⁴⁸

Inelasticidad de la demanda de LCA

6.376. Las partes están de acuerdo, como cuestión general, en que la demanda de LCA es inelástica.⁵⁴⁹ Consideramos que esto apoya la opinión de que, si a los clientes a los que se efectuaron las entregas de obstaculización del A380 no se les hubiera podido entregar la aeronave A380 durante el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética, estos probablemente habrían demandado que en su lugar se les entregaran LCA de algún tipo durante el mismo período, en particular si en ese momento hubiera estado disponible para ser objeto de entregas algún modelo de LCA suficientemente sustituible con la aeronave A380.

Demanda demostrada de VLA por parte de clientes

6.377. Observamos además que, en la realidad, los clientes a los que se efectuaron las entregas de obstaculización del A380 querían que se les entregara la aeronave A380 en las cantidades pertinentes durante el período de referencia 2011-2013. Al no contar con pruebas de que estos clientes habrían cambiado por algún motivo esta preferencia manifiesta, consideramos razonable suponer que en la situación hipotética estos mismos clientes habrían querido que se les entregara el mismo número de LCA suficientemente sustituibles durante el período de referencia 2011-2013.

⁵⁴⁸ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos); *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*; y los informes del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos); y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*. Señalamos que en muchos arbitrajes llevados a cabo en el marco de otras disposiciones (por ejemplo, el artículo 4 del Acuerdo SMC o el párrafo 6 del artículo 22 del ESD) dichas constataciones pueden no estar disponibles, puesto que las infracciones subyacentes pertinentes pueden estar relacionadas con aspectos estructurales de determinadas medidas y no con sus efectos en el mercado.

⁵⁴⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 173, 177 y 186; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 del Árbitro, párrafo 132.

Sustituibilidad de los modelos 747-8I y A380

6.378. Los Estados Unidos señalan que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, los modelos A380 y 747-8I eran las únicas dos LCA existentes en el mercado de productos de VLA durante el período de referencia 2011-2013, y eran las únicas dos VLA que estaban disponibles para ser objeto de entregas durante ese período.⁵⁵⁰ Se constató que los tres mercados de productos (pasillo único, doble pasillo y VLA) identificados durante el procedimiento sobre el cumplimiento "representan los tres segmentos en los que normalmente tendrá lugar la mayoría de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes".⁵⁵¹ Además, en el procedimiento sobre el cumplimiento, la sustituibilidad entre los modelos 747-8I y A380 fue una consideración clave en las constataciones de obstaculización.⁵⁵² Por consiguiente, consideramos que la sustituibilidad entre los modelos 747-8I y A380 corrobora claramente la idea de que, si los clientes que recibieron las entregas de obstaculización del A380 no hubieran podido tener la aeronave A380 durante el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética, estos probablemente habrían querido la aeronave 747-8I en su lugar.

Capacidad de producción del Boeing 747

6.379. La Unión Europea alega que, en la situación hipotética, Boeing no habría tenido una capacidad de producción suficiente para sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 con entregas del 747-8I durante el período de referencia 2011-2013. La Unión Europea afirma a este respecto que Boeing no habría entregado su primera aeronave 747-8I hipotética a un cliente comercial antes de abril de 2012 (es decir, el mes en que tuvo lugar la primera entrega real de la aeronave 747-8I a un cliente comercial -a saber, Lufthansa, en el mercado de la Unión Europea-) y, por consiguiente, Boeing no habría podido sustituir las entregas de obstaculización del A380 que tuvieron lugar antes de abril de 2012 con entregas hipotéticas del 747-8I. La Unión Europea aduce además que los 21 meses restantes del período de referencia 2011-2013 no habrían bastado para que Boeing sustituyera las entregas de obstaculización del A380 con el mismo número de entregas del 747-8I. A juicio de la Unión Europea, un incremento de la capacidad de producción de VLA de Boeing en la medida requerida podría haber supuesto un volumen de producción incontrolable para Boeing, podría no haber sido económicamente rentable o podría haber requerido sacrificar recursos de otras operaciones de LCA en un grado inaceptable. Además, la Unión Europea afirma que Boeing no habría podido transferir efectivamente la capacidad de producción del programa 747-8F al programa 747-8I, y que la decisión de Boeing de [[***]] significaba que Boeing no habría contado con recursos suficientes que dedicar al programa 747-8I en la situación hipotética para acelerar el desarrollo y la producción del programa 747-8I. No obstante, la Unión Europea deja abierta la posibilidad de que Boeing podría haber sustituido algunas de las entregas de obstaculización del A380 con entregas de aeronaves Boeing 777. La Unión Europea sostiene en general que solo un modelo económico podría mostrar cuántas entregas adicionales pertinentes de LCA de Boeing habrían tenido lugar en la situación hipotética y qué modelos de LCA de Boeing habrían sido objeto de esas entregas adicionales. Según la Unión Europea, cualquier argumento de los Estados Unidos en sentido contrario es especulativo y se basa en pruebas insuficientes.⁵⁵³

6.380. Los Estados Unidos plantean en primer lugar una objeción de procedimiento con respecto a los argumentos de la Unión Europea en este contexto. Según los Estados Unidos, las constataciones de obstaculización formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento se basaron en el supuesto de que Boeing podría haber incrementado la capacidad de producción hipotética del 747-8I, y los argumentos de la Unión Europea de que Boeing no lo podría haber hecho se examinaron y se rechazaron tanto en el procedimiento inicial como en el procedimiento sobre el cumplimiento. Por consiguiente, a juicio de los Estados Unidos, los argumentos de la Unión Europea constituyen un

⁵⁵⁰ Véanse el párrafo 6.370. *supra*; Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.548; e informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), cuadro 18. Señalamos además que la identificación de estos mercados de productos fue el resultado de análisis complejos y minuciosos.

⁵⁵¹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1416.

⁵⁵² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 5.734, 5.740 y 6.41.

⁵⁵³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 197-200 y 300-305; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 6, párrafo 147, y 85 y 88 del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 116, párrafos 196-198, y 130 del Árbitro.

"ataque colateral" a constataciones adoptadas puesto que tienen por objeto replantear cuestiones resueltas.⁵⁵⁴

6.381. En cuanto al fondo de los argumentos de la Unión Europea, los Estados Unidos afirman que es razonable concluir que Boeing podría y habría aumentado la producción hipotética del 747-8I con el fin de que Boeing pudiera sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 con entregas del 747-8I durante el período de referencia 2011-2013. Los Estados Unidos alegan que, si hubiera recibido una cantidad significativamente superior de pedidos hipotéticos del 747-8I en los años precedentes al período de referencia 2011-2013, Boeing habría tenido fuertes incentivos para asignar más recursos al programa 747-8I de manera tal que Boeing podría a la vez haber hecho sus primeras entregas del 747-8I a clientes comerciales antes de abril de 2012 y haber aumentado su capacidad de producción general del 747-8I. Los Estados Unidos señalan que la capacidad de producción suele estar determinada por los niveles de demanda, y el hecho de que Boeing tuviera la capacidad de entregar aeronaves 747-8F antes de 2012 demuestra que Boeing habría tenido la capacidad de entregar aeronaves 747-8I para diciembre de 2011. Los Estados Unidos aducen además que Boeing podría haber relegado capacidad productiva del programa 747-8F en favor del programa 747-8I. En cualquier caso, a juicio de los Estados Unidos, si Boeing hubiese enfrentado cualquier limitación de la capacidad de producción que le habría impedido entregar aeronaves 747-8I en los mismos momentos en que tuvieron lugar las primeras entregas de obstaculización del A380, Boeing sencillamente habría efectuado las entregas del 747-8I algunos meses más tarde, o habría entregado la aeronave 777-300ER, o quizá algún otro modelo de la aeronave 747, a los clientes pertinentes.⁵⁵⁵

6.382. Los Estados Unidos alegan que los datos empíricos sobre los niveles históricos de capacidad de producción de Boeing respecto de una versión anterior del modelo Boeing 747 -el Boeing 747-400- indican firmemente que Boeing habría tenido la capacidad de producir aeronaves 747-8I en las cantidades necesarias para sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 con entregas del 747-8I durante el período de referencia 2011-2013. Los Estados Unidos sostienen que la Unión Europea no explica adecuadamente por qué el Árbitro no debería basarse en estos datos históricos de la producción del 747, y que el resto de los argumentos de la Unión Europea son especulativos y no están respaldados por pruebas suficientes.⁵⁵⁶

6.383. Por último, los Estados Unidos afirman que el Árbitro puede constatar que la capacidad de Boeing de realizar entregas hipotéticas del 747-8I en el período de referencia 2011-2013 carece de importancia porque la finalidad del ejercicio del Árbitro es calcular los efectos desfavorables futuros causados por las subvenciones pertinentes, y Boeing puede entregar una amplia cantidad de aeronaves 747-8I en el futuro.⁵⁵⁷

6.384. En respuesta al argumento de los Estados Unidos de que los argumentos de la Unión Europea sobre la capacidad de producción suponen un "ataque colateral" a constataciones adoptadas en la presente diferencia, la Unión Europea afirma que sus argumentos se relacionan con la investigación relativa al *grado* de obstaculización y no con la *existencia* de una obstaculización en los seis mercados geográficos.⁵⁵⁸

6.385. Respondiendo a la posición de los Estados Unidos de que las tasas de producción históricas de Boeing respecto del 747-400 pueden poner de manifiesto la capacidad de producción de Boeing respecto de la aeronave 747-8I durante el período de referencia 2011-2013, la Unión Europea alega

⁵⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 7 y 46, párrafo 110, del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 98 del Árbitro, párrafo 80.

⁵⁵⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 178, 193, y 240-243; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 7, párrafo 10, 46, párrafo 114, y 71, 87, 88, 127 y 130 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 112, párrafos 212-213, 113, párrafo 219, y 146 del Árbitro.

⁵⁵⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 242; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 146 del Árbitro.

⁵⁵⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 239.

⁵⁵⁸ Véanse, por ejemplo, las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 153 del Árbitro, nota 2 (donde se explica que "las partes siguen estando en desacuerdo con respecto al *grado* de obstaculización -es decir, la cuota de mercado hipotética que las VLA de Boeing habrían podido abarcar de no haber existido las subvenciones de FEM en litigio", y donde se citan partes anteriores de las comunicaciones de la Unión Europea).

que comparar las tasas de producción históricas del programa 747 con la capacidad de producción hipotética del modelo 747-8I es inadecuado. Esto se debe a que el modelo 747-400 se fabricó en un momento en el que las circunstancias de mercado y producción que enfrentaba Boeing eran distintas y a que los modelos 747-400 y 747-8I son aeronaves muy diferentes. A juicio de la Unión Europea, las tasas de producción históricas de las aeronaves 777-300ER y A380 tienen más valor probatorio en este contexto porque estas constituyen LCA de gran autonomía desarrolladas más o menos al mismo tiempo en que se estaba desarrollando la aeronave 747-8I. La Unión Europea también subraya que, para que tenga sentido, el Árbitro debería utilizar las tasas de producción históricas de un programa LCA durante sus fases iniciales de incremento de capacidad y no las tasas de producción correspondientes al momento en que el programa ya ha alcanzado su "madurez".⁵⁵⁹

6.386. Por último, en respuesta al argumento de los Estados Unidos de que Boeing puede entregar una amplia cantidad de aeronaves 747-8I en el futuro, la Unión Europea afirma que este argumento es "completamente ajeno" a la cuantificación de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia 2011-2013 se ha determinado.⁵⁶⁰

6.387. En primer lugar, el Árbitro rechaza el argumento planteado por los Estados Unidos en relación con la capacidad de producción *prospectiva* de Boeing respecto del 747-8I. Como se explicó en la sección 6.3.1 *supra*, valoramos la pérdida de ventas y la obstaculización cuya existencia *en el período de referencia 2011-2013* se ha determinado a fin de determinar el nivel máximo de suspensión anual. Por consiguiente, debemos determinar cuánto más elevadas habrían sido las entregas de LCA de Boeing durante ese período.

6.388. En segundo lugar, observamos la objeción de procedimiento planteada por los Estados Unidos con respecto a los argumentos de la Unión Europea relativos a la capacidad de producción. En el párrafo 6.366. *supra* indicamos que los Estados Unidos plantean esta objeción en términos más generales con respecto a los argumentos de la Unión Europea en el contexto de la obstaculización. No vemos motivo alguno para alejarnos en este contexto específico de las conclusiones generales a las que llegamos en ese párrafo. En el procedimiento inicial no se estableció cuán superiores habrían sido las entregas de Boeing en alguno de los mercados geográficos pertinentes durante el período de referencia 2011-2013. En el procedimiento sobre el cumplimiento, si bien el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación rechazaron un argumento de la Unión Europea de que demoras en la producción del programa 747-8I *impedían* formular constataciones de existencia de obstaculización en el mercado de productos de VLA, ni el Grupo Especial sobre el cumplimiento ni el Órgano de Apelación señalaron que este factor no podía afectar el *grado* de obstaculización en algún mercado geográfico pertinente. En particular, las constataciones dejaron pendiente la pregunta de cómo las demoras en la producción del Boeing 747-8I habrían afectado la medida en que Boeing habría sustituido las entregas de obstaculización del A380 con aeronaves 747-8I o aeronaves 777 -una cuestión importante para nuestro objetivo de valoración, puesto que estas aeronaves presentan [[***]] precios de entrega-.⁵⁶¹

6.389. En consecuencia, pasamos a examinar los argumentos sustantivos de las partes. En primer lugar, examinamos si, en la situación hipotética, Boeing habría podido entregar aeronaves 747-8I a clientes comerciales antes de abril de 2012, es decir, el mes en el que Boeing entregó efectivamente su primera aeronave 747-8I a un cliente comercial. La cuestión reviste importancia porque algunas de las entregas de obstaculización del A380 tuvieron lugar antes de ese mes en el período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, si Boeing no hubiera podido efectuar esas entregas hipotéticas con aeronaves 747-8I antes de abril de 2012, esto afectaría la velocidad hipotética con la que Boeing habría tenido que incrementar la capacidad de producción del 747-8I. Esto, a su vez, significaría que Boeing habría tenido que incrementar la producción de aeronaves 747-8I más rápidamente para producir el número de aeronaves 747-8I necesario a fin de sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 en el período de referencia 2011-2013.

6.390. Observamos que las primeras entregas del 747-8I se habían previsto inicialmente para 2010.⁵⁶² Sin embargo, varios factores ocasionaron demoras en el programa, lo que provocó

⁵⁵⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 146 del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 116 del Árbitro, párrafo 194.

⁵⁶⁰ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro.

⁵⁶¹ Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)).

⁵⁶² Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131 (Prueba documental USA-84 (ICC)).

que las entregas a los clientes comerciales se pudieran efectuar recién en abril de 2012: a) cuestiones relacionadas con la cadena de suministro, b) cambios de diseño tardíos, c) cuestiones relacionadas con el desempeño detectadas durante las pruebas, d) una huelga de trabajadores durante ocho semanas, e) recursos de ingeniería limitados, y f) [[***]] solo un número limitado de pedidos del 747-8I se materializaron tras la puesta en marcha.⁵⁶³

6.391. A nuestro juicio, hay cuatro aspectos de estos factores que son dignos de mención. En primer lugar, la *aparición* de estos problemas parece por lo general no estar relacionada con los efectos de la AEP/FEM, por lo que consideramos que estos problemas (con la posible excepción de los recursos de ingeniería limitados, como se explica en el párrafo siguiente) probablemente habrían surgido en la situación hipotética.

6.392. En segundo lugar, si bien estos problemas podrían haber *aparecido* en la situación hipotética, nos parece razonable dar por supuesto que Boeing habría *corregido* al menos algunos de estos problemas más rápidamente de lo que lo hizo en los hechos. Esto se debe a que Boeing [[***]] al mismo tiempo.⁵⁶⁴ Teniendo en cuenta los números más elevados de pedidos a que se habría llegado en la situación hipotética, consideramos razonable presuponer que Boeing habría aumentado la asignación de recursos al, hipotéticamente, [[***]] programa 747-8I, muy probablemente incrementando su base de recursos global.⁵⁶⁵

6.393. En tercer lugar, estos problemas parecen haber surgido durante las fases de desarrollo y producción inicial del programa 747-8 y haber dado lugar a la capacidad diferida de Boeing de ensamblar y entregar la aeronave 747-8I definitiva en abril de 2012 y no antes. Sin embargo, señalamos que Boeing sí entregó efectivamente aeronaves 747-8I adicionales después de 2012, lo que pone de manifiesto que Boeing había resuelto en esencia los problemas encontrados durante las fases de desarrollo y producción inicial del 747-8I.⁵⁶⁶

6.394. Por último, la capacidad de Boeing de entregar aeronaves 747-8F a partir de octubre de 2011 y la capacidad de Boeing de entregar aeronaves 747-8I [[***]] a los clientes antes de abril de 2012⁵⁶⁷ nos dan a entender que en principio Boeing habría podido realizar entregas de aeronaves 747-8I a clientes comerciales antes de abril de 2012 en la situación hipotética, en particular dando por supuesto que en la situación hipotética se habrían asignado recursos adicionales al programa 747-8I.⁵⁶⁸

6.395. Teniendo en cuenta estas diversas observaciones, consideramos que es probable que en la situación hipotética Boeing habría podido entregar su primera aeronave 747-8I a clientes comerciales antes de abril de 2012, aunque el momento exacto en que se habría producido esa primera entrega es incierto. No obstante, a los presentes efectos analíticos, damos por supuesto

⁵⁶³ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 88, párrafo 126, y 131 del Árbitro; Informe anual 2008 de Boeing (Prueba documental EU-116); Correo electrónico de Boeing de [[***]] (10 de diciembre de 2018) (Prueba documental USA-56 (ICC)); Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131 (Prueba documental USA-84 (ICC)); y *Machinists Back Contract With Boeing; 8-Week Strike Ends*, New York Times (2 de noviembre de 2008) (Prueba documental USA-86 (ICC)).

⁵⁶⁴ Familia del Boeing 747, sitio web de Boeing (Prueba documental USA-54) (donde se indica que en 2009 Boeing estaba revaluando su dedicación al programa 747-8I porque solo un cliente, a saber, Lufthansa, había pedido la aeronave 747-8I hasta ese momento).

⁵⁶⁵ Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131 (Prueba documental USA-84 (ICC)) (donde se indica que un aumento hipotético de los recursos asignados al programa 747-8I significaría que [[***]]); y The Seattle Times, "747-8 delay causes doubts about Boeing", 7 de octubre de 2009 (Prueba documental EU-117) (donde se examinan estos problemas). Señalamos que damos por supuesto que este aumento hipotético de los pedidos de 747-8I sería significativo, puesto que en términos generales concluimos más adelante en esta sección que es razonable suponer que Boeing habría sustituido una por una todas las entregas de obstaculización del A380 por entregas de aeronaves 747-8I.

⁵⁶⁶ The Seattle Times, "747-8 delay causes doubts about Boeing", 7 de octubre de 2009 (Prueba documental EU-117) (donde se examinan estos problemas en cierto detalle); y Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131 (Prueba documental USA-84 (ICC)) (donde se indica que las demoras sufridas en el programa 747-8 eran principalmente el resultado de las "fases de desarrollo y producción inicial"). (sin cursivas en el original)

⁵⁶⁷ Entregas del Boeing 747 (2000-2013), Excel descargado del sitio web de Boeing (Prueba documental USA-53); y Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131 (Prueba documental USA-84 (ICC)).

⁵⁶⁸ Los modelos 747-8I y 747-8F se producen en la misma línea de montaje definitivo y comparten importantes características comunes. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 88 del Árbitro; y Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 130 y 131 (Prueba documental USA-84 (ICC))).

que, en la situación hipotética, Boeing *no* habría entregado ninguna aeronave 747-8I a clientes comerciales antes de abril de 2012. Sin embargo, señalamos expresamente que consideramos que se trata de una hipótesis conservadora.

6.396. A continuación, examinamos si la supuesta incapacidad de Boeing de realizar entregas del 747-8I antes de abril de 2012 a los clientes de las entregas de obstaculización del A380 habría probablemente impedido que dichos clientes pidieran la aeronave 747-8I para empezar. Respondemos a esta pregunta negativamente. El expediente indica que, inmediatamente después de la puesta en marcha del programa 747-8 en 2005⁵⁶⁹, Boeing tenía previsto entregar su primera aeronave 747-8I a clientes comerciales en 2010. Fue solo después de que surgieran cuestiones ligadas al desarrollo principalmente en el período subsiguiente 2008-2011 que se aplazó esta fecha.⁵⁷⁰ Dado que las entregas hipotéticas del 747-8I que habrían sustituido las entregas de obstaculización del A380 (y, especialmente, las entregas de obstaculización del A380 anteriores a abril de 2012) habrían sido las primeras entregas del 747-8I, consideramos razonable dar por supuesto de que en términos generales estas se corresponderían con los primeros pedidos recibidos también, es decir, los pedidos probablemente recibidos antes del período 2008-2011. Por consiguiente, no consideramos razonable dar por supuesto que alguno de los clientes pertinentes no habría pedido la aeronave 747-8I debido a los problemas examinados anteriormente que se plantearon en relación con el desarrollo del programa 747-8.⁵⁷¹ Además, ambas partes están de acuerdo en que, una vez que han realizado un pedido, los clientes por lo general esperarán la entrega del modelo de LCA que han pedido aunque se produzcan demoras de años en la entrega.⁵⁷² No vemos nada en el expediente que indique que estas dinámicas habrían sido distintas en el caso de alguno de los clientes pertinentes en este contexto en la situación hipotética. Por lo tanto, consideramos razonable concluir que los clientes que recibieron las entregas de obstaculización del A380 antes de abril de 2012 habrían querido que se les efectuaran entregas de aeronaves 747-8I en abril de 2012 o tan pronto como fuera posible.

6.397. En este momento, no obstante, señalamos que para que Boeing hubiera podido sustituir todas las entregas del A380 resultantes de la obstaculización con el mismo número de entregas de aeronaves 747-8I durante el período de referencia 2011-2013, damos por supuesto que Boeing lo habría tenido que hacer durante el período de 21 meses transcurrido entre la fecha de la primera entrega hipotética (a saber, abril de 2012) y diciembre de 2013 inclusive. Para facilitar la referencia, nos referiremos a este período como el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I.

6.398. Al evaluar si Boeing podría haber logrado el incremento necesario de la producción, abordamos en primer lugar la demanda hipotética de entregas de aeronaves 747 en el período de incremento de capacidad para el 747-8I. A efectos analíticos, y teniendo en cuenta algunos de los argumentos planteados por las partes sobre la medida en que es posible que la producción del 747-8F se haya de tener en cuenta, sumamos las entregas *reales* de aeronaves 747-8I y 747-8F durante el período de 21 meses pertinente con las entregas del A380 resultantes de la obstaculización que tuvieron lugar durante todo el período de referencia 2011-2013.⁵⁷³ Además, para facilitar el tratamiento de los datos más adelante en la presente decisión, desglosamos estos datos por año natural. Resumimos estos datos sobre la demanda hipotética en el cuadro 13 *infra*.

⁵⁶⁹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1220; y Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)).

⁵⁷⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Árbitro, párrafo 44; y Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 112 (Prueba documental USA-62 (ICC)). La Unión Europea no niega que estos problemas se plantearon principalmente durante el período 2008-2011.

⁵⁷¹ Por lo tanto, señalamos además que no consideramos, como alega la Unión Europea, que las demoras relativas al 747-8I habrían significado que los clientes pertinentes que de otro modo habrían preferido recibir entregas de aeronaves 747-8I habrían en cambio pedido y recibido entregas de, por ejemplo, una LCA de doble pasillo de Airbus. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 64 del Árbitro, párrafo 121). Observamos que todos los pedidos que dieron lugar a las entregas de obstaculización del A380 se realizaron en 2008 o antes. (Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79)).

⁵⁷² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Árbitro; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 112 del Árbitro.

⁵⁷³ El 747-8I y el 747-8F eran los únicos dos modelos de 747 que podían ser objeto de entregas en el período de incremento de capacidad para el 747-8I.

Cuadro 13: Demanda hipotética del 747 en el período de incremento de capacidad para el 747-8I

	Abril-Diciembre 2012 (747-8I/747-8F)	2013 (747-8I/747-8F)	Total (747-8I/747-8F)
Entregas de obstaculización del A380 reales ⁵⁷⁴	27 ⁵⁷⁵	20	47
Entregas reales del 747-8 en todo el mundo ⁵⁷⁶	25 (11/14)	24 (5/19)	49 (16/33)
Demanda hipotética total del 747-8 ⁵⁷⁷	52 (38/14)	44 (25/19)	96 (63/33)

6.399. Como se desprende claramente del cuadro *supra*, la cuestión que se plantea es si es razonable concluir que Boeing podría haber entregado 96 aeronaves 747-8 durante el período de 21 meses de incremento de capacidad para el 747-8I (es decir, las 49 entregas del 747-8 efectivamente realizadas más 47 entregas adicionales hipotéticas del 747-8I).

6.400. Las partes han facilitado pruebas relativas a la capacidad de Airbus y Boeing de entregar determinados volúmenes de otros modelos de LCA durante determinados períodos de tiempo como puntos de referencia para estimar la capacidad de producción hipotética de Boeing. Más allá de estos datos relativos a las entregas, en el expediente no hay muchas otras pruebas empíricas sobre las cuales basar nuestro análisis. Por consiguiente, utilizamos estos datos empíricos para evaluar la capacidad de Boeing de producir 96 aeronaves 747 en el período de 21 meses de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I.

6.401. Señalamos que las partes se basan en diferentes tasas históricas de entrega de LCA en este contexto. La Unión Europea apoya que nos basemos en las tasas históricas de entrega de las aeronaves A380 y 777-300ER, mientras que los Estados Unidos apoyan que nos basemos en las tasas históricas de entrega del 747-400. Consideramos que las tasas históricas de entrega del Boeing 747 y, en particular, del 747-400, representarían mejor la capacidad de Boeing de producir y entregar aeronaves 747 en el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I.⁵⁷⁸ El motivo es que, en primer lugar, tanto el 747-8I como el 747-400 fueron producidos por la misma empresa, a saber, Boeing. Asimismo, ambos modelos pertenecen a la familia de aeronaves del 747. Además, el 747-400 es la versión de transporte de pasajeros precedente al 747-8I.

6.402. El modelo 747-400 se puso en marcha en 1985 y se entregó hasta 2005.⁵⁷⁹ En el período de 21 meses de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I, Boeing habría producido dos

⁵⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), cuadro 13.

⁵⁷⁵ Este número es la suma de las entregas de obstaculización del A380 realizadas entre diciembre de 2011 y diciembre de 2012, en el supuesto de que los clientes que querían entregas del 747-8I antes de abril de 2012 pero no podían obtener esos turnos de entrega querían de todas formas recibir esas entregas en el año natural 2012.

⁵⁷⁶ Entregas del Boeing 747 (2000-2013), Excel descargado del sitio web de Boeing (Prueba documental USA-53); Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)); y Familia del Boeing 747, sitio web de Boeing (Prueba documental USA-54). Señalamos que estas cifras incluyen las [[***]] entregas descritas en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 116 del Árbitro, párrafos 56-57, que tuvieron lugar después de abril de 2012. Señalamos además que, al parecer como consecuencia de la presencia incongruente de [[***]] entregas en estas pruebas documentales, el número total de entregas de 747 en esta fila a veces difiere en las pruebas documentales de las partes.

⁵⁷⁷ Esta fila suma los números de las dos filas anteriores *supra*.

⁵⁷⁸ Véase, por ejemplo, el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), párrafos 4.7 (donde se prefiere "un punto de partida basado en hechos históricos y verificados, aunque pueda ser necesario hacer reajustes") y 4.15 (donde se indica que "al considerar más apropiado utilizar cifras basadas en hechos en lugar de recurrir a deducciones o inferencias, los Árbitros dieron en general preferencia a enfoques basados en la medida de lo posible en cifras históricas").

⁵⁷⁹ Entregas del Boeing 747 (2000-2013), Excel descargado del sitio web de Boeing (Prueba documental USA-53) (donde se indica que la última versión de transporte de pasajeros del 747-400 se entregó en 2005); Familia del Boeing 747, sitio web de Boeing (Prueba documental USA-54) (donde se indica que el 747-400 se puso en marcha en 1985); Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)) (ídem.); y Boeing, *Lufthansa Announce Order for 747-8 Intercontinental*, Comunicado de prensa de Boeing (Prueba documental USA-57) (donde se indica que el 747-8 es el sucesor del 747-400).

modelos del 747, a saber, el 747-8I y el 747-8F. Por consiguiente, consideramos que sería útil comparar el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I con los 21 meses siguientes a la primera entrega del 747-400, durante los cuales Boeing también estaba produciendo otros modelos del 747, aunque en cantidades mucho más limitadas que el 747-400. Para facilitar la referencia, nos referiremos a este período como el período de incremento de capacidad para el 747-400. Consideramos que evaluar la capacidad de producción total de aeronaves 747 que tuvo Boeing durante el período de incremento de capacidad para el 747-400 dará una estimación razonable de la capacidad de producción total de 747 de Boeing durante el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I.

6.403. Reconocemos el argumento de la Unión Europea de que una comparación del período hipotético de incremento de capacidad para el 747-8I y el período de incremento de capacidad para el 747-400 es inadecuada porque las circunstancias y condiciones de competencia que enfrentó Boeing durante estos dos períodos de tiempo fueron distintas, y porque los modelos 747-400 y 747-8I son distintos. Según la Unión Europea, esto se debe en particular a que el modelo 747-8I utiliza tecnologías más avanzadas que el modelo 747-400. Aceptamos que hay diferencias entre estos dos períodos de incremento de capacidad y las aeronaves en cuestión. No obstante, no vemos ningún motivo convincente por el que las condiciones generales de competencia o las circunstancias de Boeing en los dos períodos de tiempo invalide una comparación entre los dos períodos de tiempo a los efectos que nos interesan.

6.404. También consideramos que el hecho de que la aeronave 747-8I sea técnicamente más avanzada que la versión precedente, a saber, el 747-400, no invalida esta comparación.⁵⁸⁰ El motivo es que en el expediente de la presente diferencia figuran amplios análisis sobre el hecho de que la acumulación de los "efectos de aprendizaje" contribuye a mejorar la capacidad de un productor de LCA de producir sucesivamente LCA más complejas. En síntesis, la empresa Boeing en el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I habría estado más cualificada para producir aeronaves 747 que la empresa Boeing que existió en el período de incremento de capacidad para el 747-400. Por consiguiente, no consideramos que se desprenda necesariamente que durante el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I Boeing no habría podido producir aeronaves 747 con la misma eficiencia que lo hizo en el período de incremento de capacidad para el 747-400 simplemente porque el 747-8I es un modelo más complejo que el 747-400.

6.405. En relación con el punto inmediatamente anterior, recordamos que ya hemos descrito las cuestiones que Boeing experimentó con el desarrollo del 747-8I, algunas de las cuales posiblemente obedecieron a la complejidad tecnológica y la gestión de la producción de la aeronave 747-8I. Señalamos, no obstante, que estas cuestiones parecían por lo general relacionarse con las fases iniciales de desarrollo del programa 747-8I, y no con cuestiones en curso en la producción. Observamos además que Boeing pudo entregar 89 aeronaves 787 en los primeros 25 meses siguientes a la primera entrega.⁵⁸¹ Por lo que entendemos, el modelo 787 también es una aeronave tecnológicamente compleja. A nuestro juicio, esto muestra la capacidad de Boeing de incrementar significativamente la producción de una LCA tecnológicamente avanzada en un período de tiempo similar al período de referencia 2011-2013.

6.406. En consecuencia, en el cuadro que figura a continuación exponemos las entregas del 747 realizadas por Boeing en el período de incremento de capacidad para el 747-400, desglosadas en las entregas realizadas en los primeros nueve meses siguientes a la primera entrega de una aeronave 747-400 y los 12 meses siguientes, conforme a la manera en que hemos desglosado los datos relativos al período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I en el cuadro 14 *supra*:

⁵⁸⁰ Véase, por ejemplo, Boeing, *Lufthansa Announce Order for 747-8 Intercontinental*, Comunicado de prensa de Boeing (Prueba documental USA-57) (donde se señalan las características de la aeronave 747-8I que son técnicamente más avanzadas que las partes correspondientes en la aeronave 747-400).

⁵⁸¹ Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79).

Cuadro 14: Entregas del 747 en el período de incremento de capacidad para el 747-400

Programa de LCA	Entregas en los primeros nueve meses ⁵⁸² (747-400/otros modelos del 747)	Entregas en los 12 meses siguientes ⁵⁸³ (747-400/otros modelos del 747)	Entregas totales en los primeros 21 meses (747-400/otros modelos del 747)
Entregas del 747 ⁵⁸⁴	32 (29/3)	68 (63/5)	100 (92/8)

6.407. Por consiguiente, observamos que Boeing pudo entregar 100 aeronaves 747 a todos los clientes en el período de 21 meses de incremento de capacidad para el 747-400 -92 de las cuales eran aeronaves 747-400-. Recordamos que, en la situación hipotética, Boeing habría tenido que entregar un total de 96 aeronaves 747-8 -63 de las cuales habrían sido aeronaves 747-8I- a fin de sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 durante ese período, además de realizar las entregas de 747-8 preexistentes durante ese mismo período.

6.408. Además, tomamos en cuenta los elementos siguientes. En primer lugar, no vemos ninguna prueba significativa en el expediente de que la tasa de producción del 747 de Boeing durante el período de incremento de capacidad para el 747-400 llegara a un tope máximo.⁵⁸⁵ En segundo lugar, es importante señalar que Boeing fabrica aeronaves 747 en respuesta a pedidos y no para constituir existencias y, por lo tanto, su capacidad de producción se rige por lo general por los niveles de demanda, lo que significa que la capacidad de producción aumenta cuando aumentan los niveles de demanda y en función de estos aumentos.⁵⁸⁶ En tercer lugar, ya hemos formulado un supuesto expresamente conservador de que Boeing solo habría contado con 21 meses, y no con 25 meses, para realizar las 47 entregas adicionales necesarias de aeronaves 747-8. A la luz de los datos y elementos antes mencionados, consideramos razonable concluir que Boeing podría haber realizado las 96 entregas necesarias de aeronaves 747-8 (que incluye entregas de los modelos 747-8I y 747-8F) no solo en el período de referencia 2011-2013, sino probablemente también en el período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I.

6.409. Señalamos que, conforme a nuestro enfoque, Boeing habría recibido una demanda hipotética de 38 entregas del 747-8I en 2012, es decir, al principio del período de incremento hipotético de capacidad para el 747-8I, una cifra superior a la demanda de 25 entregas del 747-8I que habría

⁵⁸² Este período abarca los tres primeros trimestres de 1989.

⁵⁸³ Este período abarca el último trimestre de 1989 y los tres primeros trimestres de 1990.

⁵⁸⁴ Datos históricos sobre entregas de Boeing a octubre de 2018, sitio web de Boeing (Prueba documental USA-43); Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)); Sitio web de Boeing, entregas del 747-400 anteriores a 1990 (Prueba documental USA-115); y Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79). El número de aeronaves 747-400 entregadas durante estos períodos de tiempo provienen de las Pruebas documentales USA-115 y EU-79. Señalamos que Boeing entregó cuatro aeronaves 747 distintas del 747-400 en 1989. (Datos históricos sobre entregas de Boeing a octubre de 2018, sitio web de Boeing (Prueba documental USA-43) (donde figura el número total de variantes del 747 entregadas en 1989, a saber, 45); y Sitio web de Boeing, entregas del 747-400 anteriores a 1990, Prueba documental USA-115 (donde figura el número de variantes del 747-400 entregadas en 1989, a saber, 41)). No obstante, a partir de estas Pruebas documentales no podemos determinar definitivamente los meses en que se entregaron las cuatro variantes del modelo 747 distintas del 747-400. Por consiguiente, distribuimos las cuatro entregas de manera pareja a lo largo de 1989, a saber, en promedio una entrega en cada trimestre de 1989. Esto da como resultado tres entregas de variantes del 747 distintas del 747-400 en los primeros nueve meses de 1989 y una en el último trimestre del año, y asignamos estas entregas de esta forma en el cuadro *supra*. Observamos que la Prueba documental EU-79 también contiene las cantidades de entregas de variantes de aeronaves 747 distintas del modelo 747-400 durante los primeros nueve meses de 1990. No obstante, los Estados Unidos han explicado que esta Prueba documental no contiene dos entregas de aeronaves 747 que Boeing realizó al ejército de los Estados Unidos en 1990. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 170 del Árbitro, párrafo 4). La Unión Europea no ha refutado la afirmación de los Estados Unidos. Aunque a partir de estas pruebas documentales no podemos determinar los meses en que se efectuaron esas dos entregas, consideramos razonable asignar una de esas entregas a los primeros meses de 1990. Asignamos esa entrega de tal manera en el cuadro *supra*.

⁵⁸⁵ Señalamos que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, la Unión Europea presentó pruebas que mostraban la capacidad de Airbus de aumentar continuamente la capacidad de producción de las aeronaves A330 y A320 al mismo ritmo de la demanda. En lo que respecta al A320, Airbus aumentó la cantidad de líneas de montaje definitivo para hacerlo. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 6.1325 y 6.1520).

⁵⁸⁶ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.2101 y nota 5196.

recibido en 2013. Observamos que esto se contrapone con los incrementos de la producción de LCA observados durante los cuales las cantidades de entrega tienden a aumentar a lo largo del tiempo. En este contexto resulta instructivo comparar datos relativos a la cantidad de aeronaves de los modelos de LCA especificados que Boeing entregó en los primeros 9 meses de cada programa tras la primera entrega con datos relativos a la cantidad de las mismas aeronaves que Boeing entregó en los 12 meses siguientes. Los modelos de LCA de Boeing respecto de los cuales analizamos tales datos son el modelo 747-400 (las entregas aproximadamente se duplicaron entre los primeros 9 meses y los 12 meses siguientes); el modelo 777-300ER (las entregas aproximadamente se duplicaron entre los primeros 9 meses y los 12 meses siguientes); y el modelo 787 (las entregas aproximadamente se cuadruplicaron entre los primeros 9 meses y los 12 meses siguientes).⁵⁸⁷ Teniendo en cuenta estos datos, consideramos que una estructura de entregas conformada por 38 entregas de aeronaves 747-8I en los primeros 9 meses del período de incremento de capacidad para el 747-8I y la menor cantidad de 25 entregas de aeronaves 747-8I en los 12 meses siguientes del período de incremento de capacidad para el 747-8I sería improbable. Un volumen de entrega de 38 aeronaves en los primeros 9 meses también supera significativamente la cantidad de aeronaves 747-400 que Boeing pudo entregar en los primeros 9 meses del período de incremento de capacidad para el 747-400 (que fue de 29). Por consiguiente, consideramos que un supuesto razonable es que Boeing podría haber entregado 29 aeronaves 747-8I en los últimos 9 meses de 2012 (es decir, la misma cantidad que Boeing pudo entregar en el caso del modelo 747-400 en los primeros 9 meses del período de incremento de capacidad para el 747-400) y haber entregado las 34 aeronaves 747-8I restantes en 2013.⁵⁸⁸ Tomando en cuenta la cantidad de aeronaves 747-8I efectivamente entregadas en esos dos períodos de tiempo (a saber, 11 y 5, respectivamente), esto daría como resultado 18 entregas adicionales del 747-8I en 2012 y 29 entregas adicionales del 747-8I en 2013.⁵⁸⁹ Por consiguiente, aun en el supuesto de que, en la situación hipotética, Boeing no hubiese contado con la capacidad necesaria para entregar aeronaves 747-8I con la misma rapidez con que Airbus entregó las aeronaves A380 a los seis mercados geográficos pertinentes en la realidad, consideramos razonable presuponer que de todas formas Boeing podría haber sustituido todas las entregas de obstaculización del A380 con la misma cantidad de entregas de aeronaves 747-8I durante el período 2011-2013.⁵⁹⁰ Resumimos estas conclusiones en el cuadro siguiente:

Cuadro 15: Entregas hipotéticas de aeronaves 747-8I en el período de incremento de capacidad para el 747-8I

	Abril-Diciembre 2012 (Real/adicional)	2013 (Real/adicional)	Total (Real/adicional)
Entregas hipotéticas del 747-8I	29 (11/18)	34 (5/29)	63 (16/47)

6.410. Observamos los argumentos de la Unión Europea de que no se puede saber con certeza: a) si, en la situación hipotética, Boeing podría haber gestionado adecuadamente la producción de una cantidad mayor de aeronaves 747-8I, b) si sus proveedores podrían haber satisfecho la

⁵⁸⁷ Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79). El Boeing 777-300ER es una aeronave de gran autonomía y la versión más grande del Boeing 777. Se lanzó en 2000. El Boeing 787 es una aeronave avanzada de doble pasillo lanzada en 2004. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, cuadro 17 y párrafo 6.1220; Correo electrónico de Boeing relativo a las preguntas 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132 (Prueba documental USA-66 (ICSS)) (donde se señala la fecha de puesta en marcha del 777-300ER)). Por consiguiente, estas dos LCA comparten algunas similitudes con el 747-8I, como ciertas características clave y el momento de lanzamiento, lo que a nuestro juicio hace que la utilización de los datos que figuran *supra* sea razonable en estas circunstancias.

⁵⁸⁸ En el marco de esta estructura temporal de entregas que se toma por supuesto, las entregas de aeronaves 747-8I por lo tanto no llegarían a duplicarse entre los primeros 9 meses posteriores a la primera entrega y los 12 meses siguientes.

⁵⁸⁹ No vemos ninguna base para llegar a la conclusión de que en la situación hipotética Boeing habría modificado las fechas de entrega de aeronaves 747-8F, una aeronave que Boeing había empezado a entregar meses antes del 747-8I. Recordamos que en nuestro supuesto Boeing habría tenido la capacidad de entregar la cantidad requerida de aeronaves 747-8I y 747-8F en el período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, no vemos motivo para seguir examinando el argumento de la Unión Europea de que el Árbitro debería considerar las "concesiones" de capacidad de producción entre las aeronaves 747-8I y 747-8F en la situación hipotética. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 130 del Árbitro, párrafos 306-309).

⁵⁹⁰ Consideramos que estas fechas de entrega hipotéticas habrían sido aceptables para los clientes del 747-8I. (Véase el párrafo 6.396. *supra*).

demanda de componentes adicionales del 747-8I, c) si el efecto de una mayor producción de 747-8I habría tenido repercusiones negativas en las operaciones de producción globales de Boeing, incluso por lo que respecta a los demás programas de LCA, que Boeing habría estimado inaceptables, y d) si Boeing simplemente habría optado por prorrogar los calendarios de entrega de la aeronave 747-8I por otros motivos.⁵⁹¹ Sin embargo, estas consideraciones nos parecen especulativas, en particular a la luz de los volúmenes de aeronaves 747 que Boeing pudo efectivamente producir en el período de incremento de capacidad para el 747-400. Además, reconocemos que, si se hubieran concretado más pedidos desde el inicio del programa 747-8I -es decir, varios años antes del período de referencia 2011-2013- Boeing habría contado con un margen de tiempo considerable para aumentar sus recursos de producción en general, lo que habría limitado la necesidad de sacrificar recursos de otros programas de LCA, especialmente [***], para aumentar la producción del 747-8I.⁵⁹²

6.411. En conclusión, sobre la base de lo que antecede, damos por supuesto en consecuencia que la capacidad de producción hipotética del 747-8 de Boeing le habría permitido sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 con el mismo número de entregas del 747-8I en el período de referencia 2011-2013. Más específicamente, concluimos que una estimación razonable es que, en la situación hipotética, Boeing habría entregado 18 aeronaves 747-8I adicionales en 2012 y 29 aeronaves 747-8I adicionales en 2013 a los seis mercados geográficos en cuestión considerados en conjunto.

Presencia en el mercado de las aeronaves A380

6.412. La Unión Europea aduce que, en la situación hipotética, Boeing podría no ser capaz de sustituir todas las entregas de obstaculización del A380 por entregas del 747-8I, ya que Airbus aún podría haber hecho algunas de estas entregas con aeronaves A380 en la situación hipotética. La Unión Europea aduce que esta es una conclusión razonable, dado que el Órgano de Apelación dejó abierta la fecha de lanzamiento hipotética del modelo A380 y que, a juicio de la Unión Europea, el lanzamiento hipotético del modelo A380 habría tenido lugar poco después de su lanzamiento real en 2000.⁵⁹³ La Unión Europea afirma que las constataciones de pérdida de ventas y obstaculización en el período de referencia 2011-2013 formuladas por el Órgano de Apelación no son incompatibles con el hecho de que el modelo A380 estuviera disponible para ser objeto de pedidos y/o entregas en el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética, ya que Airbus podría haber lanzado el modelo A380 poco después de su fecha de lanzamiento real en 2000. Según la Unión Europea, este retraso del lanzamiento habría significado, "por ejemplo, dada la posterior disponibilidad de las posiciones de entrega y/o la posición en el mercado o la madurez menos consolidadas [del modelo A380], [que] determinados clientes no habrían encargado las aeronaves", lo que habría dado lugar a la pérdida de ventas observada durante el período de referencia 2011-2013.⁵⁹⁴

6.413. Los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación constató que las aeronaves A380 no habrían estado disponibles para ser objeto de pedidos ni entregas antes de la conclusión del período de referencia 2011-2013 y, por tanto, Airbus no podría haber hecho ninguna de las entregas de obstaculización del A380 en la situación hipotética con entregas de aeronaves A380. Los Estados Unidos afirman que, en particular, puesto que el Órgano de Apelación constató que las aeronaves A380 no habrían estado disponibles para ser objeto de *pedidos* en el período de referencia 2011-2013, *a fortiori*, Airbus no podría haber *entregado* aeronaves A380 en el período de referencia 2011-2013. Los Estados Unidos rechazan asimismo los argumentos de la Unión Europea que supuestamente concilian las constataciones de pérdida de ventas y obstaculización causadas por la AEP/FEM para el A380 en el período de referencia 2011-2013 y un lanzamiento hipotético del modelo A380 antes de ese período de referencia. A juicio de los Estados Unidos, los argumentos que

⁵⁹¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 304.

⁵⁹² Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 131 del Árbitro, párrafo 140 (donde se expone este argumento).

⁵⁹³ Respuesta de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro, párrafo 28; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 3, párrafos 87-88, 4, 5, párrafos 132 y 134, 7, párrafos 155-158, 10, párrafos 204-205, 14, párrafos 314-316, y 46, párrafos 475-476, del Árbitro.

⁵⁹⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 4 del Árbitro, párrafos 116-117. Véanse también las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 5, párrafo 127, 64, párrafo 210, y 101, párrafo 102, del Árbitro (donde se formulan afirmaciones similares); y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Árbitro, nota 226 (*idem.*).

la Unión Europea formuló en ese contexto no tienen ningún apoyo en las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento.⁵⁹⁵

6.414. El Árbitro observa que el principal desacuerdo entre las partes en este contexto es si el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento resolvió la cuestión de si las aeronaves A380 habrían estado disponibles para ser objeto de ventas en la situación hipotética, de modo que Airbus aún podría haber hecho algunas de las entregas de obstaculización del A380 con entregas de aeronaves A380. Para abordar este tema, examinamos cinco cuestiones tratadas en el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento: a) los efectos de la AEP/FEM para el A380 en el programa A380, b) si esos efectos causaron una pérdida de ventas en el mercado de productos de VLA en el período de referencia 2011-2013, c) si esos efectos causaron una obstaculización en el mercado de VLA en el período de referencia 2011-2013, d) los efectos de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB en el programa A350XWB, y e) si esos efectos causaron una pérdida de ventas en el mercado de productos de doble pasillo en el período de referencia 2011-2013. A continuación examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

Efectos de la AEP/FEM para el A380 en las aeronaves A380

6.415. En consecuencia, examinamos en primer lugar las constataciones del Órgano de Apelación relativas a los efectos de la AEP/FEM para el A380 en el programa A380. En ese contexto, a modo de antecedentes, consideramos útil recordar que, a lo largo de la presente diferencia, los Estados Unidos se habían apoyado en una teoría de la relación causal "basada en el producto".⁵⁹⁶ El Órgano de Apelación explicó que "[c]onforme a esta teoría de la relación causal basada en el producto, la distorsión del mercado y los efectos desfavorables resultan directamente de la introducción en el mercado por Airbus de cada aeronave en determinado momento, que a juicio de los Estados Unidos no habría sido posible de no ser por las subvenciones".⁵⁹⁷ En el procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que, de no haber existido el "efecto producto" de toda la AEP/FEM anterior al A350XWB (derivado de los efectos "indirectos"⁵⁹⁸ de la AEP/FEM anterior al A380 y los efectos "directos"⁵⁹⁹ de la AEP/FEM para el A380), las

⁵⁹⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 165-178; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 b) del Árbitro, párrafo 15; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 112, párrafos 207-209, y 113, párrafo 216, del Árbitro.

⁵⁹⁶ En la diferencia inicial, los Estados Unidos también plantearon una teoría de la relación causal "basada en el precio" que fue rechazada por el Grupo Especial inicial y no fue objeto de apelación por los Estados Unidos. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), nota 1618).

⁵⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.587. (no se reproducen las comillas internas ni la cita; las cursivas figuran en el original) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.416 (donde los "efectos producto" se describen como "los efectos de dichas subvenciones en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado determinados modelos de LCA de Airbus en la forma y en el momento en que lo hizo") (las cursivas figuran en el original) y nota 1496 (donde se explica que "el Grupo Especial utilizó la expresión 'efectos producto' para referirse a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM en la capacidad de Airbus de lanzar y llevar al mercado una LCA de Airbus en la forma y en el momento en que lo hizo"). Observamos que el término "introducir en el mercado", referido a una LCA determinada, no se trata de un término técnico, sino que, más bien, se ha utilizado como fórmula abreviada para describir la capacidad general de un fabricante de LCA para desarrollar y vender una LCA determinada. (Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.367 (donde se explica que, "[p]or consiguiente, la introducción de un nuevo modelo de LCA en el mercado requiere una planificación a largo plazo y una evaluación previa de una amplia variedad de factores, entre ellos las futuras necesidades de fabricación, las tendencias del mercado, la demanda de los clientes y los precios. Esto significa que en el momento que se adopta una decisión de desarrollar un nuevo modelo de LCA y asumir costos de puesta en marcha, el éxito final del proyecto está sometido a un alto grado de incertidumbre")). Este término también suele ir acompañado del término "lanzar" (a saber, la capacidad de un fabricante de LCA para "lanzar e introducir en el mercado" un modelo de LCA determinado), una construcción que, en esencia, tiene el mismo significado.

⁵⁹⁸ Los "efectos indirectos" son los efectos financieros, de "aprendizaje" y de gama que una determinada subvención de AEP/FEM proporcionada concretamente para un modelo de LCA puede tener en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado otro modelo posterior de LCA. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 5.563 y 5.594).

⁵⁹⁹ Los "efectos directos" son los efectos de una determinada subvención de AEP/FEM en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado el modelo concreto de LCA de Airbus específicamente financiado

aeronaves A380 no habrían existido antes del período de referencia 2011-2013 o durante dicho período. Las constataciones de pérdida de ventas y obstaculización en el mercado de productos de VLA formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento se basaron en esa inexistencia.⁶⁰⁰ Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que *únicamente* se podían considerar los efectos de la AEP/FEM para el A380 con respecto al programa A380 en la situación hipotética. Por consiguiente, el Órgano de Apelación tuvo que efectuar un nuevo análisis destinado a "comprobar si el análisis del Grupo Especial relativo a los 'efectos producto' de [únicamente la AEP/FEM para el A380] respalda una constatación de una relación causal auténtica y sustancial entre esas subvenciones ... y el fenómeno de mercado identificado en el período posterior a la aplicación" en el mercado de productos de VLA.⁶⁰¹

6.416. El Órgano de Apelación determinó cuáles eran los "efectos producto" de la AEP/FEM para el A380 con respecto al programa A380 examinando las constataciones del procedimiento inicial y las formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento.⁶⁰² El Órgano de Apelación concluyó que la AEP/FEM para el A380 tuvo una "repercusión auténtica en la capacidad de Airbus para financiar el oportuno lanzamiento del A380"⁶⁰³, que "estos 'efectos directos' de la AEP/FEM para el A380 siguieron después del período de referencia inicial", que finalizó en 2006, y que "la interpretación del Grupo Especial relativa a los 'efectos directos' de la AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo* [tenía] una base probatoria suficiente".⁶⁰⁴ En otras partes de su informe, el Órgano de Apelación también caracterizó los "efectos producto" de la AEP/FEM para el A380 como sigue: a) la AEP/FEM para el A380 "permiti[ó] a Airbus ... introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380", un hecho que fue "fundamental[] para renovar y mantener la competitividad de Airbus en el período posterior a la aplicación"⁶⁰⁵, b) de no haber sido por la AEP/FEM para el A380, "Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo"⁶⁰⁶, c) las "subvenciones de AEP/FEM para el A380 continuaron teniendo efectos en la capacidad de Airbus para introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *después* del período de referencia inicial"⁶⁰⁷, y d) la AEP/FEM para el A380 "permiti[ó] ... introducir en el mercado el A380".⁶⁰⁸

6.417. Por tanto, el Órgano de Apelación constató claramente que la AEP/FEM para el A380 no solo tuvo una repercusión en la capacidad de Airbus para llevar a cabo el oportuno lanzamiento del A380, sino también en la capacidad de esta para seguir desarrollando la aeronave A380 tras el período de

por ese préstamo de AEP/FEM. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.563).

⁶⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 7.1 d) xii).

⁶⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.599.

⁶⁰² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), sección 5.6.3.5.1.

⁶⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.647.

⁶⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.609. (las cursivas figuran en el original) El Órgano de Apelación también consideró "importante ... que el programa A380 sufrió 'extensas' demoras de producción en 2005 y 2006", un período durante el cual "Airbus siguió recibiendo desembolsos" en virtud de las medidas de AEP/FEM para el A380. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.608). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.646 (donde se indica que la "la AEP/FEM para el A380 tuvo 'efectos directos' en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo*, habida cuenta de que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 no habían expirado, así como del hecho de que Airbus siguió recibiendo desembolsos en virtud de los contratos de Alemania, España y Francia de AEP/FEM, en un momento en el que estaba experimentando graves dificultades financieras como resultado de las extensas demoras en la producción del programa A380" y se concluye que la AEP/FEM para el A380 "permiti[ó] ... introducir en el mercado el A380"). (las cursivas figuran en el original)

⁶⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 5.647 y 6.23.

⁶⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 5.766, 5.769 y 5.773.

⁶⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.635.

⁶⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.646.

referencia inicial, que concluyó en 2006.⁶⁰⁹ Esto ejemplifica que la AEP/FEM para el A380 no solo tuvo efectos en la capacidad de Airbus para decidir el lanzamiento del programa A380, sino también en la capacidad de esta para desarrollar efectivamente la aeronave tras el lanzamiento. En relación con lo anterior, como se indica *supra*, el Órgano de Apelación señaló expresamente que la AEP/FEM para el A380 "permiti[ó] ... introducir en el mercado el A380". Interpretamos que con esta afirmación se sostiene de forma más categórica que las aeronaves A380 no se habrían introducido *en absoluto* en el mercado de no haber existido la AEP/FEM para el A380.

6.418. En resumen, las descripciones que el Órgano de Apelación hizo de los "efectos producto" de la AEP/FEM para el A380, consideradas en su totalidad, dan a entender claramente que las aeronaves A380 no habrían estado disponibles para ser objeto de pedidos o entregas al final del período de referencia 2011-2013.⁶¹⁰

Relación causal de la pérdida de ventas de VLA

6.419. Pasamos a examinar el análisis del Órgano de Apelación de la cuestión de si los "efectos producto" de la AEP/FEM para el A380 causaron una pérdida de ventas en el mercado de productos de VLA durante el período de referencia 2011-2013.⁶¹¹ A nuestro juicio, este análisis es significativo porque las entregas de LCA resultan de pedidos de LCA anteriores. Por tanto, en la medida en que el análisis de la pérdida de ventas del Órgano de Apelación indica que Airbus no habría podido *ofrecer* aeronaves A380 al final del período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética, *a fortiori*, Airbus no podría haber hecho ninguna de las *entregas* de obstaculización del A380 en la situación hipotética con entregas de aeronaves A380, ya que esas entregas resultarían de pedidos realizados mucho antes de que se llevasen a cabo las entregas.

6.420. Señalamos en particular cuatro aspectos del análisis de la pérdida de ventas de VLA del Órgano de Apelación. En primer lugar, el Órgano de Apelación nunca indicó que las aeronaves A380 habrían estado disponibles para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013 o en cualquier otro momento anterior. En relación con lo anterior, el Órgano de Apelación nunca explicó cómo la AEP/FEM para el A380 podría haber sido una causa "auténtica y sustancial" de pérdida de ventas en el período de referencia 2011-2013 en caso de que las aeronaves A380 hubieran estado disponibles para ser objeto de oferta en el período de referencia 2011-2013 de no haber existido la AEP/FEM para el A380. Consideramos que esto es importante porque, a falta de cualquier otra explicación del Órgano de Apelación sobre el mecanismo causal por el que la AEP/FEM para el A380 causó la pérdida de ventas, parecería razonable concluir que el mecanismo causal fue el descrito en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, a saber, que las aeronaves A380 no estuvieron presentes en el mercado ni estaban disponibles para ser objeto de pedidos durante el período de referencia 2011-2013. Basándonos en la totalidad del informe del Órgano de Apelación, la única explicación razonable que discernimos para la falta de tales explicaciones es que eran innecesarias porque, en la situación hipotética, las aeronaves A380 no habrían estado disponibles para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013.

6.421. En segundo lugar, el Órgano de Apelación señaló que "las constataciones del Grupo Especial ... indican que la competitividad de Airbus en el mercado de VLA, obtenida por medio de subvenciones de AEP/FEM anteriores, se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial y durante el período posterior a la aplicación debido en gran parte a las subvenciones que siguió recibiendo después del período de referencia inicial y durante el período posterior a la aplicación".⁶¹² Ello se debía a que la AEP/FEM para el A380 "permiti[ó] a Airbus introducir en el mercado el A380 y continuar su desarrollo afrontando las extensas demoras en la producción".⁶¹³ El Órgano de

⁶⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.558.

⁶¹⁰ En aras de una mayor claridad, cuando en esta sección se mencionan las aeronaves A380, se hace referencia a las aeronaves A380 que, en efecto, fueron objeto de pedidos y entregas en el período de referencia 2011-2013.

⁶¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, sección 5.6.4.6.4.1. Las pérdidas de ventas en el mercado de productos de VLA fueron el pedido de 4 aeronaves A380 realizado por Transaero en 2012 y el pedido de 50 aeronaves A380 realizado por Emirates en 2013.

⁶¹² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.725.

⁶¹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.725.

Apelación pasó entonces a explicar que, "[d]icho de otro modo, de no haber existido [la AEP/FEM para el A380], Airbus no habría podido estar 'presente en las [dos] campañas pertinentes como exactamente el mismo competidor, vendiendo aeronaves idénticas' en el período posterior a la aplicación".⁶¹⁴ Observamos, por tanto, que el Órgano de Apelación señaló una vez más que la AEP/FEM para el A380 "permiti[ó] a Airbus introducir en el mercado el A380 y continuar su desarrollo" y nunca dio a entender que las aeronaves A380 se podrían haber introducido en el mercado y desarrollado de otra manera. Puede que lo más significativo sea que el Órgano de Apelación simplemente señaló que, en la situación hipotética, Airbus no habría podido presentar, en las campañas de ventas que dieron lugar a las pérdidas de ventas de Transaero y Emirates, una aeronave "idéntica" a la aeronave A380 que se introdujo realmente en el mercado. Consideramos que esta indicación es la afirmación expresa de que Airbus no podría haber ofrecido las aeronaves A380 en el período de referencia 2011-2013. Además, la afirmación del Órgano de Apelación de que la AEP/FEM para el A380 "renovó y prosiguió" "la competitividad [de Airbus] en el mercado de VLA" en el período posterior a la aplicación hipotético es compatible con la conclusión de que, de no haber existido la AEP/FEM para el A380, las aeronaves A380 no habrían estado disponibles para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013.

6.422. En tercer lugar, observamos la manera en que el Órgano de Apelación rechazó el argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento desestimó indebidamente algunos de los factores de no atribución de la Unión Europea:

La Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que Transaero Airlines y Emirates Airlines eligieron el A380 en lugar del 747-8 en los pedidos que hicieron en 2012 y 2013 a causa, entre otras cosas, de que el A380 utilizaba tecnologías más avanzadas y tenía mayor tamaño que el 747-8, lo que le permitía satisfacer las necesidades de ambos clientes, que eran muy específicas. Sin embargo, en analogía con nuestro análisis en el contexto de la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, *no consideramos que esos factores no guarden relación con los efectos de las subvenciones*. Antes bien, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial inicial y del Grupo Especial demuestra que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido lanzar e introducir en el mercado el A380 en el momento en que lo hizo. Por lo tanto, como el Grupo Especial, tenemos dudas con respecto a la cuestión de si las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing podrían caracterizarse como factores de no atribución respecto de los que pueda decirse que "diluyen" la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación y los fenómenos de mercado pertinentes.⁶¹⁵

6.423. A nuestro juicio, este pasaje demuestra también que las aeronaves A380 no habrían estado disponibles para la oferta en el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética. En efecto, esta conclusión parece ser razonable si las características de la aeronave A380 ofrecidas en la práctica durante el período de referencia 2011-2013, a saber, que "utilizaba tecnologías más avanzadas y tenía mayor tamaño", "guard[aron] relación con los efectos de las subvenciones [de AEP/FEM para el A380]".

6.424. Por último, destacamos que, en su análisis de la pérdida de ventas de VLA, el Órgano de Apelación reafirmó las constataciones de pérdida de ventas de VLA formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, que se basaron en la ausencia en el mercado de la aeronave A380, y no

⁶¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.726; (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 6.1789) (la segunda modificación figura en el original).

⁶¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.729. (no se reproduce la nota de pie de página; sin cursivas en el original) Observamos que otras razones que, según alegó la Unión Europea, llevaron a Transaero y Emirates a pedir aeronaves A380 en lugar de aeronaves 747-8I parecían ser ICSS. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, nota 3275 (donde se invocan las versiones ICSS de las comunicaciones y las pruebas documentales ICSS al examinar los argumentos de la Unión Europea en este contexto)).

proporcionó ningún razonamiento alternativo de cómo la AEP/FEM para el A380 causó la pérdida de ventas de VLA en el período de referencia 2011-2013.⁶¹⁶

6.425. Estos cuatro aspectos del análisis de la pérdida de ventas de VLA que el Órgano de Apelación realizó en el procedimiento sobre el cumplimiento respaldan, a nuestro juicio, la conclusión de que Airbus no habría podido ofrecer las aeronaves A380 al final del período de referencia 2011-2013, por lo que, *a fortiori*, Airbus no habría podido hacer ninguna de las entregas de obstaculización del A380 durante el período de referencia 2011-2013 con entregas de aeronaves A380.

Relación causal de la obstaculización de VLA

6.426. Pasamos a examinar el análisis del Órgano de Apelación de la cuestión de si los "efectos producto" de la AEP/FEM para el A380 causaron una obstaculización en los seis mercados geográficos. En este contexto, no encontramos nada en el análisis del Órgano de Apelación que indique que las aeronaves A380 habrían estado disponibles para ser objeto de pedidos o entregas en el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética. De hecho, el Órgano de Apelación nunca indicó que las aeronaves A380 habrían estado disponibles para ser objeto de entregas en el período de referencia 2011-2013 o en cualquier otro momento anterior. En relación con lo anterior, el Órgano de Apelación nunca explicó cómo la AEP/FEM para el A380 podría haber sido una causa "auténtica y sustancial" de obstaculización en el período de referencia 2011-2013 en caso de que las aeronaves A380 hubieran estado disponibles para ser objeto de entregas durante ese mismo período de no haber existido la AEP/FEM para el A380. Además, el Órgano de Apelación afirmó que incluso el bajo número de entregas de obstaculización del A380 que se realizaron en Australia (una única entrega del A380), China (cuatro entregas del A380), Corea (tres entregas del A380) y Singapur (cinco entregas del A380) durante el período de referencia 2011-2013 podría respaldar las constataciones de obstaculización en cada uno de esos mercados geográficos.⁶¹⁷

6.427. Asimismo, observamos la manera en que el Órgano de Apelación rechazó el argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento desestimó indebidamente el factor de no atribución alegado por la Unión Europea en relación con los retrasos en el programa 747-8I. Antes de considerar el rechazo por el Órgano de Apelación del argumento de la Unión Europea, debemos recordar la siguiente afirmación que el Grupo Especial sobre el cumplimiento hizo en el contexto de la evaluación de la validez de las alegaciones de obstaculización en el mercado de productos de VLA formuladas por los Estados Unidos:

[N]o nos parece que las demoras en el desarrollo y la producción ... del 747-8 signifiquen que, sin los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM, Boeing o la rama de producción de LCA de los Estados Unidos no habrían obtenido los pedidos correspondientes a las entregas realizadas en [el] ... mercado[] de LCA ... de muy gran tamaño. El hecho de que, sin las subvenciones de AEP/FEM, Airbus no habría existido significa que los clientes que no podían esperar a que estuvieran disponibles el 787 y el 747-8 habrían recurrido ... a cualquiera de las otras dos LCA de doble pasillo de Boeing, el 767 y el 777.^[3326]

³³²⁶ Recordamos que ... hay pruebas de que en ocasiones las versiones más grandes del 777 también pueden pugnar por ventas en el mercado de LCA de muy gran tamaño. (nota del original)⁶¹⁸

⁶¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.37.

⁶¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.739. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 113 del Árbitro, párrafos 221-222 (donde se toma nota de la única entrega de VLA en el mercado australiano durante el período de referencia y se indica correctamente que "no había otros análisis de hechos o pruebas específicos sobre el mercado de Australia. Mas, con todo, había una constatación de obstaculización"). (no se reproduce la nota de pie de página)

⁶¹⁸ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1816 y nota 3326.

6.428. En apelación, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial sobre el cumplimiento rechazó erróneamente su argumento. Como se ha señalado *supra*, el Órgano de Apelación rechazó la apelación de la Unión Europea exponiendo el siguiente razonamiento:

Recordamos que el Grupo Especial no consideró que esas demoras "signifi[ca]n que, sin los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM, Boeing o la rama de producción de LCA de los Estados Unidos *no habrían obtenido los pedidos* correspondientes a las entregas realizadas en los distintos mercados" de [VLA]. Señalamos también la observación del Grupo Especial de que "hay pruebas de que en ocasiones las versiones más grandes del 777 también pueden pugnar por ventas en el mercado de [VLA]". Así pues, el razonamiento del Grupo Especial de que, *de no haber existido las ofertas de VLA de Airbus, los clientes habrían recurrido a otros productos LCA de Boeing -por ejemplo, las versiones más grandes del 777- nos parece razonable*. En consecuencia, no vemos ninguna razón para alterar la constatación del Grupo Especial de que este factor de no atribución no podría diluir la relación auténtica y sustancial de causa a efecto entre las subvenciones de AEP/FEM y el supuesto fenómeno de mercado.⁶¹⁹

6.429. Por consiguiente, observamos que el Órgano de Apelación afirmó el razonamiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento que comprendía expresamente una suposición sobre la "[inexistencia de] las ofertas de VLA de Airbus". Una afirmación tal habría sido incongruente si esa parte del razonamiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento fuera falsa. De hecho, en este pasaje, el Órgano de Apelación afirmó que "los clientes que no podían esperar a que estuviera[] disponible[] ... el 747-8 habrían recurrido ... a ... las otras ... LCA de doble pasillo de Boeing" y, en particular, a la aeronave 777-300ER.⁶²⁰ Sin embargo, no se explicó por qué, si la aeronave A380 hubiera estado en el mercado en la situación hipotética, de modo que hubiera pugnado por los pedidos que dieron lugar a las entregas de obstaculización del A380, y si los clientes hubieran optado por no encargar el 747-8I, que es una VLA, debido a los retrasos en la producción, los clientes habrían optado por una LCA de doble pasillo que no es una VLA (a saber, el modelo 777-300ER) y no habrían adquirido simplemente una VLA de Airbus (a saber, el modelo A380) en su lugar.⁶²¹ Basándonos en la totalidad del informe del Órgano de Apelación, consideramos que la explicación más razonable es que se supuso que la aeronave A380 no estaba disponible, lo que, en esencia, obligó a los clientes a aceptar una LCA que solo "en ocasiones" pugnaba por ventas con las VLA, a saber, la aeronave de doble pasillo 777-300ER.

6.430. Por último, destacamos que, en su análisis de la obstaculización de las VLA, el Órgano de Apelación afirmó las constataciones de obstaculización de las VLA formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, que se basaron en la ausencia en el mercado de la aeronave A380, y no proporcionó ningún razonamiento alternativo de cómo la AEP/FEM para el A380 causó la obstaculización de las VLA en el período de referencia 2011-2013.⁶²²

⁶¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.735. (no se reproducen las notas de pie de página; sin cursivas en el original)

⁶²⁰ Consideramos que la expresión "versiones más grandes de[la aeronave] 777", que figura en la nota de pie de página 3326 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento citada *supra*, se refería fundamentalmente al modelo 777-300ER, dado que el 777-300ER era el modelo más grande del 777 en el mercado de productos de doble pasillo en el procedimiento sobre el cumplimiento, y habida cuenta de la nota de pie de página 2415 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, según la cual, "[e]n la declaración de Mourey se afirma que el 747-8, en algunas ocasiones, puede enfrentarse a la competencia del modelo 777-300ER, más pequeño, pero más 'eficiente', así como del A350XWB-1000". (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, nota 2415).

⁶²¹ Reconocemos, a título de ejemplo, que si los clientes únicamente hubieran tenido conocimiento de los retrasos en el programa 747-8I tras haber pedido las aeronaves, probablemente habrían considerado más beneficioso sustituir esos pedidos por otro modelo de Boeing, por ejemplo, el modelo 777-300ER, antes que cancelar los pedidos y adquirir VLA de Airbus en su lugar. Sin embargo, ese razonamiento no figura en las constataciones de causalidad formuladas con respecto a las aeronaves A380 en el procedimiento sobre el cumplimiento y, por tanto, no podemos concluir que ese razonamiento tuviera influencia alguna sobre tales constataciones.

⁶²² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.41 y 6.42.

6.431. Estos aspectos del análisis de la obstaculización de las VLA que el Órgano de Apelación realizó en el procedimiento sobre el cumplimiento respaldan, a nuestro juicio, la conclusión de que Airbus no habría podido entregar las aeronaves A380 al final del período de referencia 2011-2013, y que, por tanto, Airbus no habría podido hacer ninguna de las entregas de obstaculización del A380 durante el período de referencia 2011-2013 con entregas de aeronaves A380.

6.432. En este momento, recordamos el argumento de la Unión Europea de que podría interpretarse que el informe del Órgano de Apelación implica que las aeronaves A380 habrían estado disponibles para ser objeto de oferta y entregas en el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética, pero, aun así, perdieron los pedidos de Transaero y Emirates y no consiguieron ni tan siquiera algunas de las entregas de obstaculización del A380 por otras razones, a saber, las desventajas relativas a los calendarios de entrega o la posición en el mercado o la madurez menos consolidadas. Habida cuenta de los exámenes precedentes, debemos rechazar estos argumentos. Como se ha explicado *supra*, las constataciones del Órgano de Apelación nos dan a entender con suficiente claridad que Airbus no habría podido ofrecer o entregar las aeronaves A380 durante el período de referencia 2011-2013.⁶²³

Efectos de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB en la aeronave A350XWB

6.433. A continuación, examinamos el análisis del Órgano de Apelación sobre los efectos de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB en el programa A350XWB y la cuestión de si esos efectos causaron una pérdida de ventas en el mercado de productos de doble pasillo en el período de referencia 2011-2013. Las constataciones de obstaculización en cuestión se refieren a las entregas de aeronaves A380, y no de aeronaves A350XWB. Sin embargo, los análisis del Órgano de Apelación sobre las aeronaves A350XWB pueden ser pertinentes para nuestros fines en este caso. A este respecto recordamos que: a) el lanzamiento de la aeronave A350XWB tuvo lugar en 2006, mientras que el lanzamiento de la aeronave A380 tuvo lugar en 2000⁶²⁴, y b) la aeronave A350XWB incorporó una significativa gama de tecnologías desarrolladas, entre otros contextos, en el marco de la experiencia de Airbus con la aeronave A380.⁶²⁵ Habida cuenta de lo anterior, consideramos razonable suponer que, en la situación hipotética, si Airbus hubiera lanzado e introducido en el mercado la aeronave A350XWB, es probable que Airbus lo hubiera hecho *después de* haber efectuado el lanzamiento y, como mínimo, haber comenzado el desarrollo posterior al lanzamiento de la aeronave A380.⁶²⁶ Por tanto, en la medida en que el Órgano de Apelación constató que, en la situación hipotética, la aeronave A350XWB se habría lanzado y habría estado disponible para ser objeto de pedidos⁶²⁷ para el final del período de referencia 2011-2013, tal constatación podría respaldar indirectamente la inferencia de que la aeronave A380 también habría estado disponible

⁶²³ La Unión Europea también afirma que en el procedimiento sobre el cumplimiento se constató que determinados pedidos y entregas del A380 en el período de referencia 2011-2013 no constituyeron una pérdida de ventas o una obstaculización. (Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 57, párrafo 104 y nota 158, y 113, párrafo 256, del Árbitro). La Unión Europea parece aducir, por tanto, que ello significa que el Órgano de Apelación constató que, en la situación hipotética, las aeronaves A380 estaban en el mercado en el período de referencia 2011-2013. (Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 127, párrafo 290, y 257, párrafo 257, del Árbitro). Discrepamos. Observamos que, en la medida en que hubo pedidos y entregas adicionales del A380 durante el período de referencia 2011-2013 que no fueron objeto de constataciones de efectos desfavorables en el procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos no impugnaron tales pedidos y entregas. Así pues, estos no son objeto de ninguna constatación. Por consiguiente, en tanto en cuanto esos pedidos y/o entregas adicionales existen, no son importantes para establecer la presencia en el mercado de las aeronaves A380 en la situación hipotética.

⁶²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), nota 1715.

⁶²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.637. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1747 (donde se indica que "el programa A350XWB se benefició significativamente de los efectos de aprendizaje derivados de programas anteriores de LCA de Airbus subvencionados, en especial (aunque no solo), el programa A380").

⁶²⁶ Los argumentos de la Unión Europea son compatibles con esta suposición básica. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Árbitro, párrafos 96-97 (donde se aduce que tanto el modelo A380 como el modelo A350XWB se habrían lanzado en la situación hipotética poco después de sus respectivas fechas de lanzamiento reales)).

⁶²⁷ La primera aeronave A350XWB no se entregó hasta 2014. (Base de datos de Ascend actualizada (Prueba documental EU-79)). En consecuencia, en la situación hipotética nos centramos en la cuestión de si la aeronave A350XWB habría estado disponible para ser objeto de pedidos, y no de entregas, en el período de referencia 2011-2013.

para ser objeto de pedidos y/o entregas en el período de referencia 2011-2013, ya que es probable que su desarrollo estuviera más avanzado que el desarrollo de la aeronave A350XWB en ese momento. De esta forma, el examen de los efectos de la AEP/FEM en la aeronave A350XWB en la situación hipotética podría informar de manera indirecta nuestro entendimiento de los efectos de la AEP/FEM en la aeronave A380.⁶²⁸

6.434. En el procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial constató que, de no ser por el "efecto producto" de *toda la AEP/FEM* (derivado de los efectos "indirectos" de la AEP/FEM anterior al A350XWB y los efectos "directos" de la AEP/FEM para el A350XWB), la aeronave A350XWB no habría existido antes del período de referencia 2011-2013 o durante dicho período.⁶²⁹ Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que únicamente los efectos de *la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB* se podían considerar con respecto al programa A350XWB en la situación hipotética, y que, por tanto, debía efectuar un nuevo análisis destinado a "comprobar si el análisis del Grupo Especial relativo a los 'efectos producto' de [únicamente la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB] respalda una constatación de una relación causal auténtica y sustancial entre esas subvenciones ... y el fenómeno de mercado identificado en el período posterior a la aplicación" en el mercado de productos de doble pasillo.⁶³⁰

6.435. El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que: a) la AEP/FEM para el A350XWB tuvo "efectos directos" en el programa A350XWB y, en particular, que "*sin la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que realmente existía [en el período 2006-2010] solo podría haber continuado el programa por un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave*"⁶³¹, y b) la AEP/FEM para el A380 tuvo "efectos indirectos" en el programa A350XWB y, en particular, el "A350XWB se había beneficiado significativamente de los 'efectos de aprendizaje' del A380", y que "la AEP/FEM para el A380 tuvo 'efectos financieros' en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo".⁶³² El Órgano de Apelación concluyó que, "sin los 'efectos producto' combinados de las subvenciones de AEP/FEM existentes para los programas A380 y A350XWB, Airbus no habría podido lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo".⁶³³ En otras palabras, la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB "permiti[ó] a Airbus proceder al oportuno lanzamiento y desarrollo de[la aeronave] A350XWB", un hecho que fue "fundamental[] para renovar y mantener la competitividad de Airbus en el período posterior a la aplicación".⁶³⁴

6.436. El Órgano de Apelación en ningún momento indicó cuándo se habría lanzado e introducido en el mercado la aeronave A350XWB en la situación hipotética. Algunas de las caracterizaciones que el Órgano de Apelación hizo de los "efectos producto" de la AEP/FEM parecen dejar abierta la posibilidad de que la aeronave A350XWB se pudiera haber lanzado e introducido en el mercado para el período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, recordamos que, si bien el

⁶²⁸ Por consiguiente, observamos que en ese contexto analizamos las constataciones del Órgano de Apelación sobre los efectos de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB por sí mismas, y no a la luz de las constataciones del Órgano de Apelación en relación con: a) los efectos de la AEP/FEM para el A380 en el programa A380, b) la relación causal de la pérdida de ventas de VLA, o c) la relación causal de la obstaculización de VLA.

⁶²⁹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 7.1 d) xiii).

⁶³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.599.

⁶³¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.632 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1717). (las cursivas figuran en el original)

⁶³² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafos 5.637-5.638.

⁶³³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.639. Estos efectos "combinados" comprendían los efectos "directos" de la AEP/FEM para el A350XWB y los efectos "indirectos" de la AEP/FEM para el A380. El Órgano de Apelación también señaló en otra parte de su informe que, sin la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, Airbus "no habría podido lanzar el A350XWB o una aeronave de ese tipo para finales de 2006". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.714).

⁶³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.647.

programa A350XWB se puso en marcha en 2006, la primera entrega aún no había tenido lugar al final del año 2013. Así pues, aunque en la situación hipotética Airbus no tuviera la capacidad para proceder "al oportuno lanzamiento y desarrollo de[la aeronave] A350XWB", esto no significa que Airbus no pudiera haber tenido la capacidad hipotética para hacerlo en un momento posterior, de modo que los pedidos de aeronaves A350XWB aún podrían haber tenido lugar en el período de referencia 2011-2013. En consecuencia, consideramos que las constataciones del Órgano de Apelación relativas a los efectos de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB en el programa A350XWB no establecen si la aeronave A350XWB se habría lanzado para el período de referencia 2011-2013 y habría estado disponible para ser objeto de pedidos en ese período.

Relación causal de la pérdida de ventas de aeronaves de doble pasillo

6.437. Pasamos ahora a examinar el análisis que hizo el Órgano de Apelación de la cuestión de si los "efectos producto" de la AEP/FEM causaron una pérdida de ventas, obtenidas por la aeronave A350XWB, en el mercado de productos de doble pasillo durante el período de referencia 2011-2013.⁶³⁵ Consideramos que este análisis informará nuestro entendimiento de la cuestión de si la aeronave A350XWB habría estado presente en el mercado y habría estado disponible para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013.⁶³⁶ Señalamos en particular cuatro aspectos de este análisis. En primer lugar, el Órgano de Apelación no indicó que la aeronave A350XWB se habría lanzado o habría estado disponible para ser objeto de pedidos en ningún momento concreto. En relación con lo anterior, el Órgano de Apelación nunca explicó cómo la AEP/FEM podría haber sido una causa "auténtica y sustancial" de pérdida de ventas en el mercado de doble pasillo en el período de referencia 2011-2013 en caso de que la aeronave A350XWB se hubiera podido ofrecer en el período de referencia 2011-2013 de no haber existido la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB.⁶³⁷

6.438. En segundo lugar, el Órgano de Apelación indicó que "sin las subvenciones de AEP/FEM [para el A380 y el A350XWB] ... Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que el A350XWB incluía. En otras palabras, sin estas subvenciones, Airbus no habría podido estar 'presente en las [tres] campañas de ventas pertinentes como exactamente el mismo competidor, vendiendo aeronaves idénticas' en el período posterior a la aplicación".⁶³⁸ Consideramos que estas indicaciones son afirmaciones expresas de que Airbus no podría haber ofrecido la aeronave A350XWB en el período de referencia 2011-2013.

6.439. En tercer lugar, observamos la manera en que el Órgano de Apelación rechazó el argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento había desestimado indebidamente algunos de los supuestos factores de no atribución de la Unión Europea. El Órgano de Apelación señaló que "compartimos la opinión del Grupo Especial de que la mayoría de los supuestos factores de no atribución relativos a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo ... incluidas las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing no son factores que 'no est[é]n relacionados' con las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación"⁶³⁹,

⁶³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, sección 5.6.4.6.3.1. Las pérdidas de ventas en el mercado de productos de doble pasillo fueron el pedido de 10 aeronaves A350XWB-1000 realizado por Cathay Pacific Airways en 2012 y los pedidos de 30 aeronaves A350XWB-900 y 10 aeronaves A350XWB-1000 realizados, respectivamente, por Singapore Airways y United Airlines en 2013.

⁶³⁶ Véase el párrafo 6.433. *supra*.

⁶³⁷ Observamos, no obstante, que algunas de las afirmaciones del Órgano de Apelación dan a entender que el Órgano de Apelación consideró que el oportuno lanzamiento de la aeronave A350XWB, y no la presencia en el mercado de la aeronave A350XWB en el período de referencia 2011-2013, fue en cierta medida responsable de la competitividad del A350XWB en el período de referencia 2011-2013. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 5.631 (donde se señala que "el Grupo Especial consideró que una aeronave alternativa con menos características y/u ofrecida en un momento posterior no habría sido tan competitiva como un A350XWB lanzado en el momento oportuno") y 5.632 (donde se indica que "estamos de acuerdo con que el Grupo Especial consideró que las características y el calendario del A350XWB fueron fundamentales para su competitividad y éxito comercial")). (sin cursivas en el original)

⁶³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.709. (sin cursivas en el original)

⁶³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.714. (sin cursivas en el original) Observamos que el Órgano de Apelación no especificó qué supuestos factores de no atribución examinados por el Grupo Especial

y que "estamos de acuerdo con la evaluación que el Grupo Especial hizo del factor de no atribución relativo a la voluntad de Singapore Airlines de dividir los pedidos entre Boeing y Airbus. En efecto, *el hecho de que Airbus pudiera ofrecer el A350XWB oportunamente se debió, de por sí, en gran medida a las subvenciones de AEP/FEM y su efecto en el ritmo del programa y las características del A350XWB*".⁶⁴⁰

6.440. Por último, destacamos que, en su análisis de la pérdida de ventas de aeronaves de doble pasillo, el Órgano de Apelación reafirmó las constataciones de pérdida de ventas de aeronaves de doble pasillo formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, que se basaron en la ausencia en el mercado de la aeronave A350XWB, y no proporcionó ningún razonamiento alternativo de cómo la AEP/FEM causó la pérdida de ventas de aeronaves de doble pasillo en el período de referencia 2011-2013.⁶⁴¹

6.441. Las constataciones del Órgano de Apelación relativas a los efectos de la AEP/FEM en el programa A350XWB y a la cuestión de si esos efectos causaron una pérdida de ventas en el mercado de doble pasillo en el período de referencia 2011-2013 no indican que la aeronave A350XWB se habría lanzado o habría estado disponible para ser objeto de pedidos para el final del período de referencia 2011-2013. De hecho, el Órgano de Apelación nunca señaló cuándo se habría lanzado la aeronave A350XWB en la situación hipotética, y nunca aclaró cómo la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB podría haber causado la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo en caso de que la aeronave A350XWB hubiera estado disponible para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013. Además, otras afirmaciones del Órgano de Apelación establecen a nuestro juicio que la aeronave A350XWB no habría estado presente en el mercado en el período de referencia 2011-2013. En particular, observamos que el Órgano de Apelación: a) señaló que, en la situación hipotética, Airbus no podría haber sido capaz de ofrecer una aeronave "idéntica" a la aeronave A350XWB en las campañas de ventas que resultaron en la pérdida de ventas en el mercado de doble pasillo durante el período de referencia 2011-2013, b) constató que el Grupo Especial sobre el cumplimiento rechazó adecuadamente la consideración de las supuestas "ventajas relacionadas con el producto" como factores de no atribución porque eran, de hecho, atribuibles a las subvenciones de AEP/FEM, c) dio a entender directamente que una de las razones por las que Airbus pudo obtener el pedido dividido realizado por Singapore Airlines en 2013 fue el hecho de que las subvenciones de AEP/FEM hicieron que "Airbus pudiera ofrecer el A350XWB oportunamente", y d) señaló que "el hecho de que Airbus pudiera ofrecer el A350XWB oportunamente se debió, de por sí, en gran medida a las subvenciones de AEP/FEM y su efecto en el ritmo del programa y las características del A350XWB".⁶⁴² Consideramos que estas afirmaciones serían incongruentes si la aeronave A350XWB hubiera estado disponible para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética.

6.442. Por consiguiente, los análisis del Órgano de Apelación que tratan la aeronave A350XWB examinados *supra* no nos dan a entender que la aeronave A380 habría podido ser objeto de pedidos o entregas en el período de referencia 2011-2013.

Conclusión

6.443. Habida cuenta de lo anterior, consideramos que los análisis del Órgano de Apelación relativos a los efectos de la AEP/FEM en los programas A380 y A350XWB, así como a la cuestión de si esos efectos causaron efectos desfavorables pertinentes en el período de referencia 2011-2013, establecen que Airbus no habría podido ofrecer o entregar aeronaves A380 durante el período de referencia 2011-2013. Si no fuera así, múltiples aspectos del razonamiento del Órgano de Apelación se volverían, a nuestro juicio, incongruentes.

sobre el cumplimiento no estaban relacionados, según el Órgano de Apelación, con la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB. Sin embargo, como se ha expuesto *supra*, otros aspectos del análisis del Órgano de Apelación parecen aclarar que la aeronave A350XWB, en la forma en que existía, no habría estado disponible para ser objeto de pedidos en el período de referencia 2011-2013.

⁶⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.714. (sin cursivas en el original)

⁶⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.31.

⁶⁴² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.714.

Competencia de las LCA de doble pasillo, las empresas de arrendamiento y el mercado de segunda mano

6.444. La Unión Europea aduce que, en la situación hipotética, los clientes de LCA que recibieron las entregas de obstaculización del A380 podrían no haber realizado pedidos de LCA de Boeing, de modo que Boeing no habría hecho todas las entregas de obstaculización del A380 con entregas de nuevas LCA de Boeing. En lugar de ello, la Unión Europea aduce que, en la situación hipotética, esos clientes tenían diversas opciones, entre otras: a) adquirir nuevas LCA de doble pasillo de Airbus o de Boeing, b) arrendar LCA a empresas de arrendamiento, y/o c) comprar LCA en el mercado de segunda mano.⁶⁴³

6.445. Los Estados Unidos afirman en general que los argumentos de la Unión Europea están en contradicción con las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento, en particular con respecto a las constataciones sobre la ausencia en el mercado de la aeronave A380 en el período de referencia 2011-2013 y la sustituibilidad entre las aeronaves A380 y 747-8I, que eran las dos únicas LCA que estaban disponibles para ser objeto de entregas en el mercado de productos de VLA en el período de referencia 2011-2013. Los Estados Unidos afirman asimismo que, aunque en la situación hipotética los clientes de VLA que recibieron las entregas de obstaculización del A380 hubieran optado por LCA de doble pasillo, estos habrían elegido las LCA de doble pasillo de Boeing, no de Airbus.⁶⁴⁴

6.446. El Árbitro observa que los clientes de LCA que recibieron las entregas de obstaculización del A380 adquirieron VLA nuevas y tecnológicamente avanzadas, a saber, aeronaves A380. A falta de pruebas convincentes en contrario, consideramos que es razonable suponer que, en la situación hipotética, los mismos clientes se habrían interesado en *adquirir* (más que arrendar) VLA (más que LCA de doble pasillo) *nuevas* (más que de segunda mano)⁶⁴⁵ y tecnológicamente avanzadas.⁶⁴⁶ La otra VLA de esas características que estaba disponible para ser objeto de entregas en el período de referencia 2011-2013 era la aeronave 747-8I. No discernimos nada en las constataciones adoptadas en la presente diferencia o en los argumentos de las partes en este procedimiento que indique que los clientes que recibieron las entregas de obstaculización del A380 habrían optado por entregas que no fueran del 747-8I durante el período de referencia 2011-2013. De hecho, toda conclusión contraria parecería estar en contradicción con las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento en el sentido de que las aeronaves 747-8I y A380 eran las dos únicas LCA en el mercado de productos de VLA en el período de referencia 2011-2013.⁶⁴⁷

⁶⁴³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 200; respuestas de la Unión Europea a las preguntas 3, párrafos 87-88, 4, 5, párrafos 126, 132 y 134, 7, párrafos 156 y 158, 10, párrafos 204-205, 46, párrafos 475-476, 64, párrafos 211-212, 84, párrafo 302, 112, párrafo 249, 113, párrafo 261, y 151, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 114, párrafo 185, y 127, párrafo 291, del Árbitro.

⁶⁴⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, sección V.A.2; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 151 del Árbitro, párrafo 268.

⁶⁴⁵ Observamos que la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial inicial que, "en un número significativo de campañas de ventas, la competencia se da entre una posible compra de LCA usadas o un arrendamiento, y no con el otro fabricante. [Por tanto], en la medida en que Boeing no participa en esas ventas, una 'ganancia' de Airbus no se puede considerar una 'pérdida' de Boeing". (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1723). El Grupo Especial inicial rechazó este argumento y, en su lugar, constató que "[a]unque bien podría ser que no hubiera competencia directa por todas las ventas de LCA, nos parece claro que, al haber sólo dos fabricantes en el mercado, hay competencia general entre Boeing y Airbus por todas las ventas de LCA". (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1724. Véase también el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1722 (donde se explica la competencia dominante entre Airbus y Boeing por las ventas de LCA)).

⁶⁴⁶ Recordamos que las LCA de doble pasillo y las VLA integran distintos mercados de productos. Recordamos además que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, "la Unión Europea no adujo ... que el 747-8I y el 777-300ER y el A350XWB-1000 deberían haber sido situados en el mismo mercado de productos". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 5.544).

⁶⁴⁷ El Órgano de Apelación explicó que "si bien los tres mercados de productos en los que los Estados Unidos habían optado por basarse [(es decir, pasillo único, doble pasillo y VLA)] para plantear su reclamación 'no refleja[ba]n exhaustivamente el modo en que la competencia se desarrolla[ba] entre las aeronaves del sector de LCA en todo momento', [el Grupo Especial sobre el cumplimiento] estaba convencido de que 'representa[ba]n los tres segmentos en los que normalmente tendr[ía] lugar la mayoría de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes'". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y*

6.447. La Unión Europea presenta un artículo que, a su juicio, respalda la posición de que, sin la aeronave A380, Airbus habría hecho algunas de las entregas de obstaculización del A380 con LCA de doble pasillo como la aeronave A330. Observamos que la parte pertinente de esta Prueba documental pretende demostrar la repercusión que la introducción de la aeronave A380 tendría en la demanda de otros tipos de LCA utilizando datos correspondientes al período 1969-1998.⁶⁴⁸ La aeronave 747-8I no estaba disponible para ser objeto de pedidos o entregas durante el período 1969-1998, y en la Prueba documental no se considera la repercusión que la presencia en el mercado de la aeronave 747-8I habría tenido en el análisis que figura en esa Prueba documental. Por tanto, las condiciones de competencia en las que se basa el análisis de la Prueba documental difieren significativamente de las condiciones existentes en los años previos al período de referencia 2011-2013 y durante los años del período en la situación hipotética. En consecuencia, consideramos que este artículo no puede utilizarse adecuadamente para determinar el grado en que los clientes habrían solicitado entregas de aeronaves A330, en lugar de aeronaves 747-8I, en el período de referencia 2011-2013 en caso de que la aeronave A380 hubiera estado ausente del mercado antes del período y en el transcurso de este.⁶⁴⁹

Presentación de ofertas agresivas por parte de Airbus en determinadas campañas de ventas

6.448. La Unión Europea aduce que, en la situación hipotética, Airbus aún podría haber hecho algunas de las entregas de obstaculización del A380 presentando ofertas más agresivas en determinadas campañas de ventas clave. Dicho de otro modo, "[p]ara incentivar a los posibles clientes y evitar ser sustituida por Boeing, Airbus podría haber estado tentada a ofrecer descuentos más sustanciosos en esa situación hipotética"⁶⁵⁰ y, con esa estrategia de Airbus, "en un mundo en que se retrasaban las entregas del A380, es muy posible que las aerolíneas hubieran contemplado la adquisición de dos A330 y la utilización de estos con frecuencias más elevadas para sustituir a un solo A380".⁶⁵¹

6.449. Los Estados Unidos responden en general que este argumento de la Unión Europea se incluye entre otros que, esencialmente, tratan de "contradecir parcial o totalmente" las constataciones sobre la obstaculización formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento.⁶⁵²

6.450. El Árbitro observa que el expediente pone de manifiesto que, por lo general, Boeing y Airbus compiten intensamente en el mercado mundial de LCA. Sin embargo, no discernimos que existan pruebas o constataciones que aporten una base sobre la que suponer que Airbus habría hecho alguna de las entregas de obstaculización del A380 mediante la presentación de ofertas agresivas respecto de LCA en la situación hipotética. Recordamos que las aeronaves A380 y 747-8I eran las únicas LCA que estaban disponibles para ser objeto de pedidos o entregas en el mercado de productos de VLA en el período de referencia 2011-2013, y que hemos concluido que, en la situación hipotética, la aeronave A380 no habría estado disponible para ser objeto de pedidos o entregas en el período de referencia 2011-2013. Además, si fuera razonable suponer que Airbus habría presentado ofertas más agresivas en determinadas campañas de ventas pertinentes, parecería igualmente razonable suponer que, análogamente, Boeing habría presentado (debido presentar) ofertas más agresivas en

determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 5.544; (donde se cita el informe del Grupo Especial, CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1416)). (las cursivas son del Órgano de Apelación) Asimismo, recordamos nuestra conclusión supra de que la aeronave A350XWB no habría estado disponible para ser objeto de pedidos o entregas en el período de referencia 2011-2013. Además, no discernimos nada en las constataciones adoptadas en la presente diferencia o en los argumentos de las partes en este procedimiento que indique sustancialmente que habría existido cualquier otro modelo de VLA en el período de referencia 2011-2013 en la situación hipotética.

⁶⁴⁸ Irwin, Douglas A., Pavcnik, Nina, 2004. "Airbus versus Boeing revisited: international competition in the aircraft market", Journal of International Economics, Elsevier, vol. 64(2): 223-245 (Prueba documental EU-138), página 224.

⁶⁴⁹ Recordamos asimismo que, en el procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación confirmó que las aeronaves A380 y 747-8I son "suficientemente sustituibles". En el expediente no obra ninguna constatación tal sobre el grado de sustituibilidad entre las aeronaves A330 y 747-8I.

⁶⁵⁰ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 84 del Árbitro, párrafo 307.

⁶⁵¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 84 del Árbitro, párrafo 305. Véanse también la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 200; las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 6, párrafo 148, 84, párrafo 307, y 88, párrafo 326, del Árbitro; y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 130 del Árbitro, párrafo 308.

⁶⁵² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 178.

las mismas campañas de ventas y, por tanto, aún podría haber obtenido las ventas. Con respecto a la afirmación de la Unión Europea de que las aerolíneas podrían haber adquirido aeronaves A330 en lugar de aeronaves A380, nos remitimos a las consideraciones que hemos formulado en la sección inmediatamente anterior. Por todas estas razones, rechazamos la posición de la Unión Europea porque es especulativa y no está respaldada por pruebas de peso.

Costos, precios y entregas de Airbus y de Boeing

6.451. La Unión Europea aduce que, a fin de determinar el grado de obstaculización en el período de referencia 2011-2013, el Árbitro debería examinar los mecanismos económicos mediante los cuales las subvenciones de AEP/FEM en litigio afectaron a los costos de producción, precios y calendarios de entrega de VLA de Airbus (y de Boeing), y cómo habrían resultado afectados esos mismos parámetros en una situación hipotética que entrañase el retiro de tales subvenciones. Según la Unión Europea, por ejemplo, de no haber existido la AEP/FEM para el A380, si Boeing hubiera hecho ventas y entregas adicionales de aeronaves 747-8I en la situación hipotética, esta habría bajado los precios a consecuencia de la acumulación de "efectos de curva de aprendizaje" adicionales, es decir, Boeing se habría vuelto más eficiente y habría compartido (o se le habría obligado a compartir) su ahorro de costos, al menos parcialmente, con clientes exigentes mediante unos precios más bajos. Además, la Unión Europea aduce que, si en la situación hipotética Boeing hubiera tenido una situación monopolística en el mercado de productos de VLA, esta habría tenido incentivos para aumentar los precios y/o restringir la oferta de aeronaves 747-8I para maximizar los beneficios.⁶⁵³

6.452. Los Estados Unidos responden que el argumento de la Unión Europea con respecto a la hipotética fijación de precios monopolística por Boeing es una afirmación vaga y generalizada que no está respaldada por pruebas y no refleja las condiciones de competencia que prevalecerían en el mercado de productos de VLA de no existir los efectos de las subvenciones de AEP/FEM. A juicio de los Estados Unidos, las pruebas obrantes en el expediente muestran que, en la situación hipotética, Boeing no habría tenido incentivos para reducir la producción de aeronaves 747-8I o aumentar los precios de tal manera que los clientes habrían optado por no adquirir esa aeronave. Además, los Estados Unidos afirman que las tasas de producción y los precios históricos de la aeronave 747-400 muestran que, cuando la familia de aeronaves 747 no tuvo la competencia de la aeronave A380, Boeing "produjo el 747 y fijó su precio para satisfacer la demanda de los clientes [y] no asfixió la demanda para tratar de obtener beneficios inusualmente elevados con un número más reducido de ventas".⁶⁵⁴ Los Estados Unidos afirman además que las constataciones adoptadas en la presente diferencia en ningún momento dan a entender que las subvenciones de AEP/FEM afectaron a los precios de Boeing. Por último, los Estados Unidos aducen que, incluso suponiendo que Boeing habría subido los precios como consecuencia de su situación monopolística en el mercado de productos de VLA en la situación hipotética, la Unión Europea aún tendría que demostrar que la pérdida de ingresos vinculada a la reducción de las ventas superó los ingresos obtenidos por el incremento de los precios, y la Unión Europea no lo ha hecho.⁶⁵⁵

6.453. El Árbitro no discierne la existencia de pruebas cuantitativas o cualitativas de peso obrantes en el expediente que puedan utilizarse para prever razonablemente cómo cualquier cambio en los costos o los precios de Airbus y/o de Boeing habría afectado en último término a las entregas de LCA de Boeing o de Airbus en la situación hipotética. De hecho, recordamos que el mercado de LCA se caracteriza por dinámicas de oferta y demanda complejas. Además, como ha señalado la

⁶⁵³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 200 y 241-242; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 65, párrafos 219-223, y 113, párrafos 262-263, del Árbitro. La Unión Europea también aduce que el Árbitro debería considerar las "actuaciones de Airbus en el mercado de VLA sin las subvenciones de FEM en litigio". (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 200). La Unión Europea no especifica en qué habrían consistido esas actuaciones, más allá de las que se han analizado en la presente sección. Por consiguiente, no examinaremos este argumento con más detalle.

⁶⁵⁴ Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 113 (Prueba documental USA-63 (ICC)).

⁶⁵⁵ Véanse la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 113 del Árbitro, párrafo 45; las observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 113, párrafos 214-215, 151, párrafo 272, nota 373 (donde se indica que en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación iniciales se constató afirmativamente que no podía concluirse que los Estados Unidos hubieran demostrado que las subvenciones impugnadas causaron la contención significativa de la subida de los precios y la reducción significativa de los precios de las LCA de los Estados Unidos (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1996)) y nota 374.

Unión Europea, Boeing no solo habría tenido incentivos para aumentar los precios de las aeronaves 747-8I en la situación hipotética (debido al teórico comportamiento monopolístico), sino que también hay razones para considerar que, en el mismo momento en la situación hipotética, Boeing habría afrontado presiones para aumentar la producción a fin de satisfacer la demanda más elevada, lo que probablemente habría reducido los costos y posiblemente los precios de las aeronaves 747-8I (debido a las presiones para compartir el ahorro de costos con clientes exigentes que habrían tenido conocimiento de ese ahorro de costos de Boeing). Observamos que es probable que ese ahorro de costos se hubiese conseguido porque, como describió la Unión Europea, "cuantas más unidades [de LCA] son producidas [por Boeing], más bajos son los costos unitarios recurrentes".⁶⁵⁶ Aunque se suponga que ambos planteamientos son válidos, no discernimos nada en el expediente que indique cómo se habrían materializado esas presiones competitivas. Por consiguiente, consideramos que toda conclusión sobre el efecto neto resultante de los incentivos y presiones identificados por la Unión Europea sería especulativa.

Pérdida de las "eficiencias resultantes del aprendizaje práctico"

6.454. Observamos la afirmación de la Unión Europea de que cualquier análisis de la obstaculización tendría que "tener en cuenta las "actuaciones de Airbus en el mercado de VLA sin las subvenciones de FEM en litigio, incluida la pérdida de las eficiencias resultantes del aprendizaje práctico".⁶⁵⁷ Dado que este argumento se plantea respecto de las "actuaciones de Airbus", interpretamos que la expresión "pérdida de las eficiencias resultantes del aprendizaje práctico" significa que Airbus habría vendido menos LCA en la situación hipotética (puesto que Boeing habría obtenido las ventas perdidas y no habría sufrido una obstaculización), con la consecuencia de que Airbus no habría percibido los efectos de "aprendizaje" asociados con producir tantas LCA como produjo en la realidad.⁶⁵⁸ La Unión Europea no ha explicado cómo estas dinámicas habrían dado lugar a que Boeing realizara menos entregas en los seis mercados geográficos en la situación hipotética. No vemos claramente por qué esto podría haber sido así. Por consiguiente, rechazamos el argumento de la Unión Europea por considerar que no está fundamentado con argumentos o pruebas.

Aplazamiento de compras de LCA por parte de clientes

6.455. Observamos el argumento de la Unión Europea de que, de no haber aeronaves A380, los posibles clientes de VLA "simplemente habrían esperado el lanzamiento del A380", o, dicho de otro modo, "habrían aplazado sus compras", en lugar de comprar LCA de Boeing.⁶⁵⁹ Recordamos nuestra constatación anterior de que la aeronave A380 no se habría lanzado ni se habría podido ofrecer antes del final del período de referencia 2011-2013. Recordamos además que cualquier entrega hipotética adicional efectuada por Boeing en los seis mercados geográficos en la situación hipotética habría sido el resultado de pedidos anteriores. No vemos ninguna base para suponer que los clientes de LCA habrían tenido alguna expectativa de que el A380 se lanzara en algún momento antes del período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, no vemos ninguna base para concluir que los clientes que estaban en el mercado en busca de VLA antes del 1º de diciembre de 2011, y que demostraron un deseo de que se les efectuaran entregas de VLA tecnológicamente avanzadas durante el período de referencia 2011-2013, en la situación hipotética "simplemente ... esperarían" o aplazarían las compras de VLA hasta el lanzamiento del A380. Esto es especialmente cierto porque otra VLA, a saber, la aeronave 747-8I, estaba disponible para ser objeto de pedidos antes del período de referencia 2011-2013 y, en consecuencia, habría estado disponible para ser objeto de entregas en el período de referencia 2011-2013. Por consiguiente, rechazamos el argumento de la Unión Europea por considerar que es especulativo y no está respaldado por pruebas suficientes.

⁶⁵⁶ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 241 (donde se invoca el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1936 y nota 5643 (en que se analiza, entre otras cosas, cómo la producción de un mayor número de LCA da lugar a "economías de gama y escala")).

⁶⁵⁷ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 200.

⁶⁵⁸ En la medida en que la Unión Europea utiliza esta expresión en relación con el hecho de que los cambios en los "efectos de aprendizaje" en la situación hipotética podrían haber afectado los precios de Boeing, este argumento se aborda en el párrafo 6.453. y la nota 656 *supra*.

⁶⁵⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 200; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 64 del Árbitro, párrafo 212.

Diferentes preferencias de los consumidores

6.456. La Unión Europea afirma en general que las preferencias de los clientes respecto de las LCA habrían sido distintas en la situación hipotética de modo tal que no es razonable presuponer que Boeing habría cubierto todas las entregas de obstaculización del A380 con entregas del 747-8I.⁶⁶⁰

6.457. El Árbitro observa que el expediente pone de manifiesto que la demanda de los clientes por una LCA determinada en un momento dado es muy compleja y depende de consideraciones subjetivas, idiosincrásicas y que entrañan juicios incuantificables.⁶⁶¹ Por consiguiente, no descartamos la posibilidad de que las preferencias en la demanda de los clientes habrían sido de algún modo distintas en la situación hipotética. No obstante, no se han formulado constataciones, ni hay pruebas en el expediente, que proporcionen un fundamento sobre el cual suponer razonablemente que alguno de los clientes que recibieron las entregas de obstaculización del A380 habría tenido preferencias distintas en la situación hipotética, de manera tal que no habría comprado VLA⁶⁶² y estas no se le habrían entregado durante el período de referencia 2011-2013.⁶⁶³ Por consiguiente, rechazamos la posición de la Unión Europea por considerar que es especulativa y no está respaldada por pruebas suficientes.

6.3.4.4.2.3 Conclusión

6.458. A la luz de lo que antecede, consideramos que la presunción de los Estados Unidos de que Boeing habría sustituido todas las entregas de obstaculización del A380 por un número igual de entregas de aeronaves 747-8I durante el período de referencia 2011-2013 es razonable a la luz de las constataciones adoptadas en la presente diferencia y las pruebas y argumentos presentados por las partes. En particular, señalamos que esta conclusión toma en cuenta el hecho de que a) los clientes pertinentes deseaban un número confirmado de aeronaves A380 durante este período (como demuestran las entregas de obstaculización del A380), b) en la situación hipotética Boeing habría tenido los medios para sustituir todas estas entregas por entregas de aeronaves 747-8I, y c) las aeronaves 747-8I y A380 eran las únicas dos VLA disponibles para ser objeto de entregas en el período de referencia 2011-2013. Como se ha examinado *supra*, los factores que determinan la oferta y la demanda de LCA son complejos, y a menudo entrañan factores incuantificables. Sin embargo, no vemos ninguna base razonable sobre la cual presuponer que el número y los plazos generales hipotéticos de las entregas hipotéticas del 747-8I pertinentes habrían sido distintas del número y los plazos generales de las entregas de obstaculización del A380. De hecho, la Unión Europea no presenta ningún número alternativo de las LCA de Boeing que se habrían entregado hipotéticamente a los seis mercados geográficos en cuestión durante el período de referencia 2011-2013.

6.459. En este momento, volvemos a ocuparnos del argumento de la Unión Europea de que debemos utilizar un modelo económico para determinar cuán más elevadas habrían sido las entregas de LCA de Boeing en la situación hipotética.

6.460. Consideramos que, a la luz del examen exhaustivo que figura *supra*, en que se examinan varios factores relacionados con la oferta y la demanda, podemos concluir que la presunción de los Estados Unidos en este contexto es razonable. Esta conclusión se basa en las exhaustivas constataciones adoptadas con respecto a las condiciones de competencia en la rama de producción de LCA y los efectos de la AEP/FEM, y una cantidad significativa de pruebas tanto cualitativas como cuantitativas. También recordamos que un aspecto importante de esas constataciones fue que la aeronave A380 no habría estado disponible para ser objeto de pedidos o entregas en los años precedentes al período de referencia 2011-2013, por lo que la aeronave 747-8I habría sido la única VLA disponible para ser objeto de entregas durante ese período. A nuestro juicio, cualquier

⁶⁶⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 200; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 3, párrafo 89, y 5 del Árbitro.

⁶⁶¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 6.1185-6.1189 y 6.1216-6.1223.

⁶⁶² Recordamos que hemos constatado *supra* que la aeronave A380 no habría estado disponible para ser objeto de entregas en el período de referencia 2011-2013.

⁶⁶³ De hecho, si fuese razonable presuponer que las preferencias de los clientes habrían sido distintas, parecería ser igual de razonable suponer que las distintas preferencias de los clientes los habrían llevado a comprar *más* VLA de Boeing de las que habrían comprado en la situación hipotética.

otro número particular de entregas hipotéticas de Boeing en el período de referencia 2011-2013 no encuentra fundamento suficiente en el expediente.⁶⁶⁴

6.461. Además, la Unión Europea, como la proponente de la utilización de un modelo económico en el presente procedimiento, podría haber propuesto un modelo específico y haber presentado pruebas justificativas suficientes (incluido con respecto a los supuestos y parámetros que se deberían haber utilizado), así como datos con los cuales realizar simulaciones, pero no lo hizo. La Unión Europea optó por no hacerlo, por lo que la información obrante en el expediente es con la que contamos para basar nuestra decisión en este contexto.

6.462. Además, en esta misma diferencia, las conclusiones sobre cuestiones económicas complejas relativas a las condiciones de competencia en el mercado de LCA y los efectos económicos de las subvenciones impugnadas sobre los fabricantes de LCA se han alcanzado sin la utilización de un modelo económico. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento pudieron formular varias determinaciones clave sin la ayuda de ningún modelo económico: a) el número exacto de pedidos, que representaban las pérdidas de ventas que sufrió la rama de producción de los Estados Unidos en la situación hipotética⁶⁶⁵, b) el hecho de que las entregas de la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habrían sido más elevadas en cada uno de los seis mercados geográficos pertinentes de no haber existido las subvenciones, y c) los mercados de productos pertinentes, aunque las dinámicas de competencia entre los distintos modelos de LCA son muy complejas.

6.463. En relación con este último punto, ponemos especialmente de relieve que el Grupo Especial sobre el cumplimiento rechazó un argumento similar de la Unión Europea, a saber, que los Estados Unidos tenían que establecer la existencia de mercados de productos utilizando pruebas económicas *cuantitativas*. A juicio del Grupo Especial sobre el cumplimiento, aunque hubiese contado con un volumen significativo de datos históricos sobre los precios en los que basarse (que no fue el caso):

[L]a tarea de realizar un análisis econométrico fiable de la demanda de productos LCA entrañaría varias dificultades significativas en relación con el método y los datos. Entre ellas se incluyen decidir cómo modelizar apropiadamente la demanda de productos LCA, que en sí misma es sumamente compleja y está afectada por una multiplicidad de factores que en ocasiones son subjetivos e "incuantificables". Cuando esas y otras características concretas de la demanda de LCA se consideran a la luz de las dificultades reconocidas que comporta la identificación de los mercados de productos pertinentes cuando están constituidos por productos diferenciados, es evidente que producir pruebas cuantitativas exactas y fiables del grado de sustitución entre diferentes productos LCA desde el punto de vista de la demanda sería una tarea formidable.⁶⁶⁶

6.464. Señalamos que, según el Grupo Especial, al igual que en este caso, "[l]a Unión Europea no [] formul[ó] ninguna propuesta en relación con las características que podría tener un modelo de esa naturaleza. No obstante, un economista que se ha[bía] esforzado por llevar a cabo ese análisis ha reconocido que 'la demanda de aeronaves es muy compleja, y la estimación de la demanda de aeronaves constituye, por sí sola, un imponente programa de investigación'.⁶⁶⁷ Consideramos que la envergadura del desafío que se plantea en nuestro procedimiento no es menor, a saber, elaborar un modelo basado en consideraciones relacionadas *tanto* con la oferta *como* con la demanda para

⁶⁶⁴ Señalamos que, de hecho, una relación de sustitución uno por uno entre el A380 y el 747-8I puede ser conservadora. El motivo es que la aeronave 747-8I en realidad tienen una cantidad considerablemente menor de asientos que la aeronave A380 en promedio. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), cuadro 18 (donde se indica que el número de asientos "habitual" de la aeronave A380-800 está muy por encima de los 500 asientos mientras que el de la aeronave 747-8I está muy por debajo de los 500 asientos)). Por consiguiente, no parece irrazonable que se podría haber necesitado un mayor número de aeronaves 747-8I para satisfacer las mismas necesidades de clientes satisfechas con un número menor de aeronaves A380. (Véanse las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 113 del Árbitro, párrafo 219 (donde se plantea esta cuestión)).

⁶⁶⁵ Véase el párrafo 6.221. *supra*.

⁶⁶⁶ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1205.

⁶⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 6.1186.

determinar el número exacto de entregas de VLA en determinados mercados de productos geográficos en un período determinado y en una situación hipotética.

6.465. Por último, observamos que los modelos económicos no han sido considerados una condición *sine qua non* de los arbitrajes de este tipo. Por lo que sabemos, ningún árbitro ha sugerido que deba utilizarse necesariamente un modelo económico. Por el contrario, tal como entendemos los enfoques adoptados por árbitros anteriores, estos se han basado en los hechos y circunstancias particulares que obran en un expediente dado, incluidas las constataciones adoptadas por el OSD y las metodologías y argumentos que las partes han presentado en el procedimiento de arbitraje.

6.3.4.4.3 Precios de entrega

6.466. En el contexto de la obstaculización, los Estados Unidos definen el valor de cada entrega hipotética adicional de LCA de Boeing en un año civil determinado del período de referencia 2011-2013 como el precio de entrega neto medio de todas las aeronaves 747-8I que realmente se entregaron en ese año civil, expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega. Como se muestra en la ecuación (9), según los Estados Unidos, el precio de entrega medio global (mundial) por aeronave en un año determinado se calcula dividiendo la suma de todos los precios netos de las aeronaves 747-8I entregadas en ese año civil entre el número de aeronaves 747-8I entregadas en ese año.

$$\text{Precio neto medio de Boeing}_{\text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s} = \sum_j \frac{\text{Precio neto de Boeing}_{\text{Aerolínea } j, \text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s}}{\text{Número de aeronaves}_{\text{año de entrega } s}} \quad (9)$$

donde $\text{Precio neto medio de Boeing}_{\text{año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s}$: precio de entrega neto del modelo Boeing 747-8I entregado a la aerolínea j en el mes/año s y expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega s

$\text{Número de aeronaves}_{\text{año de entrega } s}$: número de aeronaves Boeing 747-8I entregadas en el año s .

6.467. Recordamos nuestra constatación de que ninguna de las entregas hipotéticas adicionales pertinentes de Boeing de la aeronave 747-8I podría haber tenido lugar en diciembre de 2011 y, por tanto, solo las entregas hipotéticas de Boeing en los años 2012 y 2013 son pertinentes para nuestra valoración en este caso.⁶⁶⁸

6.468. Con respecto a 2012 y 2013, los Estados Unidos computan el correspondiente precio de entrega medio global por aeronave de la aeronave Boeing 747-8I sobre la base de $[[***]]$ de todas las aeronaves 747-8I realmente entregadas en 2012 y en 2013, respectivamente⁶⁶⁹; esos precios de entrega netos medios globales por aeronave en 2012 y en 2013 se expresan por construcción en dólares de los Estados Unidos de 2012 y de 2013, respectivamente.⁶⁷⁰ Los Estados Unidos explican que, tanto en 2012 como en 2013, Boeing solo hizo entregas de aeronaves 747-8I a Lufthansa conforme a un pedido de 20 aeronaves 747-8I realizado en 2006, lo que significa que esos precios de entrega netos medios globales por aeronave en 2012 y 2013 representan realmente los precios de entrega netos medios por aeronave para Lufthansa de la aeronave 747-8I correspondientes a esos dos años.⁶⁷¹

⁶⁶⁸ En ese contexto, observamos que las partes no están de acuerdo en cuanto al método para calcular el precio de entrega medio en 2011. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 83 del Árbitro, párrafo 295; observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 139, párrafos 424-432, 140, párrafo 433, 142, párrafo 435, y 143, párrafo 436, del Árbitro; y comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 252). Sin embargo, puesto que hemos constatado que ninguna de las entregas hipotéticas adicionales de Boeing habría tenido lugar en 2011, esos desacuerdos son superfluos.

⁶⁶⁹ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafos 86-87.

⁶⁷⁰ Segunda revisión de los precios de entrega globales del 747-8I correspondientes a 2012 y 2013 (revisión de la Prueba documental USA-26 (ICSS)) (Prueba documental USA-103 (ICSS)).

⁶⁷¹ La Unión Europea adujo inicialmente que los Estados Unidos habían exagerado significativamente los precios de entrega netos medios globales por aeronave en 2012 de la aeronave 747-8I al incluir los precios de las ventas de la aeronave $[[***]]$. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 322-328). Los Estados Unidos, a fin de reducir al mínimo las discrepancias entre las partes en la medida de lo posible, respondieron al argumento de la Unión Europea excluyendo las entregas de modelos $[[***]]$ de su cálculo del precio de

6.469. La Unión Europea adujo inicialmente que los Estados Unidos deberían haber basado sus cálculos de la obstaculización en la información sobre los precios de clientes y campañas específicos, de manera similar al enfoque propuesto por los Estados Unidos para valorar la pérdida de ventas.⁶⁷² Sin embargo, la Unión Europea coincidió posteriormente con los Estados Unidos en que el pedido de 20 aeronaves Boeing 747-8I realizado por Lufthansa en 2006 constituye una base representativa, fiable y robusta sobre la que obtener los precios de entrega hipotéticos del 747-8I en 2012 y 2013.⁶⁷³ La Unión Europea observa además que no es necesario que el Árbitro siga un enfoque alternativo.

6.470. El Árbitro señala que ambas partes coinciden en que el Árbitro debe basar su valoración de la obstaculización en los precios de entrega medios globales calculados sobre la base de los precios de entrega del pedido de 20 aeronaves 747-8I realizado por Lufthansa en 2006. Esos precios se podrían utilizar posteriormente para derivar los precios de entrega hipotéticos del 747-8I en 2012 y 2013. Recordamos asimismo que la razón por la que la Unión Europea no estuvo de acuerdo inicialmente con el enfoque basado en los precios de entrega medios fue que, con arreglo a la información disponible en ese momento, la Unión Europea consideraba que este exageraba artificialmente los precios de entrega hipotéticos de Boeing. Sin embargo, tras acceder a más información en el contexto de este procedimiento y a raíz de que los Estados Unidos aceptasen excluir los precios de entrega [[***]] del precio de entrega medio en 2012, la Unión Europea revisó su opinión sobre esta cuestión específica.

6.471. Aunque se puede argumentar la utilización del mismo enfoque (basado en los pedidos de comparación) para valorar tanto la pérdida de ventas como la obstaculización, consideramos que hay razones sólidas para adoptar un enfoque diferente, basado en los precios medios globales, en el contexto de la obstaculización. Después de haber examinado detenidamente los distintos pedidos de comparación propuestos por las partes en el contexto de la obstaculización, consideramos que la aplicación de un enfoque basado en clientes y campañas específicos para valorar la obstaculización no habría dado lugar a una estimación más precisa de la obstaculización. Recordamos a este respecto que la identidad del cliente (la aerolínea en cuestión) es nuestro criterio principal para elegir los pedidos de comparación pertinentes. Con todo, son relativamente pocos los clientes a quienes se efectuaron las entregas de obstaculización del A380 que también pidieron la aeronave 747-8I y, por tanto, hay muy pocos pedidos de comparación realizados por la misma aerolínea entre los que poder elegir. En estas circunstancias, la utilización de los precios medios globales correspondientes a las entregas reales del 747-8I en 2012 y 2013 nos parece un método alternativo razonable para estimar los precios de entrega hipotéticos de las entregas adicionales del 747-8I en esos años.

6.472. Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, convenimos en seguir el enfoque respaldado por ambas partes y, en consecuencia, valoramos la obstaculización utilizando los precios de entrega medios globales respecto de las entregas hipotéticas adicionales de la aeronave 747-8I a los seis mercados geográficos pertinentes en 2012 y 2013.

entrega neto medio global en 2012 de la aeronave 747-8I. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 247-248).

⁶⁷² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 312. En respuesta a la sugerencia inicial de la Unión Europea de utilizar la información sobre los precios de clientes y campañas específicos para valorar la obstaculización, los Estados Unidos identificaron los pedidos de comparación, con inclusión de [[***]], y proporcionaron los correspondientes cálculos del valor de la obstaculización, si bien adujeron que ese enfoque no sería necesario. (Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 153, párrafos 4-9, y 154, párrafos 10-23, del Árbitro; observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 158 del Árbitro, párrafos 11-12; Cálculo de los precios de entrega correspondientes a los pedidos de comparación (Prueba documental USA-61 (ICSS)); y Cálculos del precio neto para las preguntas 153 y 154 d) con respecto a las valoraciones alternativas sobre la obstaculización (Prueba documental USA-106 (ICSS))).

La Unión Europea rechazó la elección de algunos de los pedidos de comparación expuestos por los Estados Unidos y propuso pedidos de comparación alternativos. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 243-246 y 318-320; y respuestas de la Unión Europea a las preguntas 83, párrafos 297-299, y 158, párrafos 5-10, del Árbitro.)

La Unión Europea también rechazó el enfoque adoptado por los Estados Unidos para calcular los precios de entrega pertinentes para la obstaculización. (Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 83, párrafos 297-299, y 158, párrafo 9, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 153 del Árbitro, párrafo 9).

⁶⁷³ Respuestas de la Unión Europea a las preguntas 83, párrafo 295, y 158, párrafo 4, del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 153 del Árbitro, párrafo 5.

6.3.4.4.4 Conclusión

6.473. Con esto concluye nuestra evaluación de los aspectos técnicos de la metodología de los Estados Unidos para valorar la obstaculización. Como se ha indicado en la sección 6.1 *supra*, aplicaremos estas constataciones más adelante en la sección 6.4.3 cuando calculemos el valor real de la obstaculización.

6.4 Cálculo de contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado

6.474. En las secciones anteriores hemos aceptado determinados aspectos de la metodología propuesta por los Estados Unidos, pero hemos constatado deficiencias en cuanto a otros aspectos que requieren ajustes. En la sección 6.4 aplicamos esas conclusiones para calcular el nivel máximo de la suspensión anual que sea "proporcionad[o] al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".⁶⁷⁴ En consonancia con el contenido de las secciones anteriores y nuestro mandato, la presente sección consta de cinco partes. En primer lugar, explicamos nuestra metodología general. En segundo lugar, determinamos los valores correspondientes a la pérdida de ventas en dólares de los Estados Unidos de 2012 y 2013. En tercer lugar, determinamos los valores correspondientes a la obstaculización en dólares de los Estados Unidos de 2012 y 2013. En cuarto lugar, determinamos el valor total anualizado de la pérdida de ventas y la obstaculización expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013 a fin de establecer el nivel máximo de la suspensión anual. Por último, determinamos un nivel de las contramedidas proporcionado al valor anualizado previamente establecido de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.

6.4.1 Enfoque general

6.475. En la sección 6.4.1 describimos el enfoque que consideramos más adecuado para establecer el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. De conformidad con las constataciones que hemos formulado hasta la fecha, calculamos el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado como la suma del valor de la pérdida de ventas y el valor de la obstaculización. Para valorar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado seguimos un enfoque de tres etapas conforme al que calculamos: a) la pérdida de ventas y b) la obstaculización por separado, y c) anualizamos la suma de estos a lo largo del período de referencia para obtener el valor anual medio de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en dólares de los Estados Unidos de 2013. A fin de aplicar este enfoque, en ciertos casos modificamos la metodología propuesta por los Estados Unidos para tener en cuenta algunos de los argumentos que presentó la Unión Europea y nuestras propias preocupaciones sobre la metodología de los Estados Unidos.

6.476. Una desviación importante respecto del enfoque propuesto por los Estados Unidos es que utilizamos toda la información pertinente que las partes han presentado a junio de 2019 para valorar la pérdida de ventas y la obstaculización, siempre que la información esté relacionada con el valor de los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia se ha determinado y arroje luz al respecto.

6.4.2 Valoración de las pérdidas de ventas

6.477. Como se ha explicado en la sección 6.3.4.3.4, el Árbitro supone que, sin las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, y con respecto a cada una de las cinco pérdidas de ventas en litigio, en la situación hipotética Boeing habría vendido inicialmente el mismo número de aeronaves que Airbus durante el mismo año del período de referencia, y que Boeing habría vendido el modelo de Boeing competidor más próximo con respecto al modelo de LCA de Airbus que se

⁶⁷⁴ Como se ha indicado *supra* en la sección 3, si determinamos que la metodología propuesta por los Estados Unidos para calcular el nivel de las contramedidas, o cualquier metodología subsidiaria propuesta por la Unión Europea, presenta deficiencias y no es adecuada, podríamos realizar los ajustes correspondientes o bien elaborar otra metodología adecuada nosotros mismos. Como ha explicado un Árbitro anterior, "Árbitros anteriores han elaborado sus propias metodologías adecuadas, que se basaron en elementos de las metodologías propuestas por las partes, o en un enfoque completamente diferente". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 116). (no se reproducen las notas de pie de página)

vendió realmente. No obstante, reajustamos los números de entregas hipotéticas de esas aeronaves de Boeing pedidas para tener en cuenta las cancelaciones reales (a junio de 2019) de algunas de las aeronaves pedidas a Airbus que también habrían tenido lugar en la situación hipotética. Concretamente, realizamos tales reajustes en los casos en que estas cancelaciones de pedidos fueron el resultado de la decisión de la aerolínea cliente, fueron ajenas a la voluntad de Airbus y se produjeron por razones que no son específicas para la empresa Airbus o las aeronaves de Airbus.

6.478. Habida cuenta de estas consideraciones, en el cuadro 16 *infra* se resumen los pedidos y entregas hipotéticos de Boeing que se habrían realizado si Boeing hubiera obtenido las cinco ventas perdidas. Con respecto a la pérdida de ventas en relación con Transaero, como se ha expuesto en la sección 6.3.4.3.4.1, suponemos que, aunque Boeing hubiera obtenido el pedido de cuatro aeronaves 747-8I, la totalidad del pedido se habría cancelado y, por tanto, no se habrían hecho entregas. Análogamente, como se ha indicado en la sección 6.3.4.3.4.1, hemos eliminado las entregas hipotéticas de [[***]] aeronaves 747-8I a Emirates porque esas entregas también se habrían cancelado en la situación hipotética.

Cuadro 16: Pedidos y entregas hipotéticos de aeronaves de doble pasillo y de VLA de Boeing

Campaña en que hubo pérdida de ventas	Modelo de Airbus	Modelo más próximo de Boeing	Año del pedido	Número de aeronaves pedidas en la situación hipotética	Número de aeronaves entregadas en la situación hipotética
Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	777-300ER	2012	10	10
Transaero Airlines	A380	747-8I	2012	4	0
Singapore Airways	A350XWB-900	787-10	2013	30	30
United Airlines	A350XWB-1000	777-300ER	2013	10	10
Emirates	A380	747-8I	2013	50	[[***]]
Total				104	[[***]]

6.479. Seguimos un enfoque centrado en los pedidos y valoramos cada pérdida de ventas en el año en que se perdió el pedido correspondiente. Además, como se ha explicado en la sección 6.3.4.3.6.3, obtenemos ese valor calculando el valor actualizado, en el momento en que se perdió el pedido, del precio de entrega neto de cada aeronave de Boeing entregada en la situación hipotética en una fecha prevista posterior al pedido, y reajustándolo, según proceda, conforme al respectivo riesgo de cancelación futura de la entrega hipotética (a 2019)⁶⁷⁵:

$$\begin{aligned}
 \text{Pérdida de venta reajustada}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año del pedido } t}^{\text{en USD del año del pedido } t} = & \sum_{\text{Año de entrega } s} \frac{\text{Precio neto de Boeing}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año de entrega } s}^{\text{en USD del año de entrega } s}}{(1 + \text{Tasa de actualización}_{\text{año del pedido } t})^{\text{año de entrega } s - \text{año del pedido } t}} \\
 & \times \text{Aeronaves entregadas}_{\text{Aerolínea } i, \text{ año de entrega } s} \\
 & \times \text{Tasa de supervivencia}_{\text{año del pedido } t, \text{ año de entrega } s}
 \end{aligned} \quad (10)$$

6.480. Con respecto a cada campaña en que hubo pérdida de ventas en litigio, hemos seleccionado un pedido en firme de comparación del modelo de Boeing competidor más próximo que haya sido realizado por la misma aerolínea o una aerolínea similar, con miras a basarnos en la información contractual pertinente sobre la fijación de precios para estimar el precio de entrega neto de cada aeronave de Boeing entregada en la situación hipotética. En el cuadro 17 se resumen los pedidos de comparación de Boeing que hemos seleccionado a fin de valorar las pérdidas de ventas. A excepción de la pérdida de ventas en relación con Emirates en 2013, cada pedido de comparación seleccionado se trata de un pedido de Boeing realizado por la misma aerolínea. Como se ha explicado en la sección 6.3.4.3.6.1, consideramos que el pedido de aeronaves 747-8I realizado por Lufthansa en 2006 es el mejor pedido de comparación disponible respecto de la pérdida de ventas en relación

⁶⁷⁵ En aras de una mayor simplicidad, suponemos que todo pedido hipotético tendría lugar en julio en un año determinado del período de referencia (es decir, 2012 o 2013) y toda entrega hipotética se realizaría en julio en los años de entrega previstos (por ejemplo, julio de 2020).

con Emirates, habida cuenta de la gran magnitud de su pedido y las similitudes entre las dos aerolíneas.⁶⁷⁶

6.481. En cuanto a los calendarios de entregas hipotéticas de Boeing pertinentes, utilizamos los calendarios de entregas acordados contractualmente que figuran en los respectivos contratos de Airbus correspondientes a las pérdidas de ventas en litigio.

Cuadro 17: Pedidos de comparación seleccionados

Pérdida de ventas en el período de referencia				Pedido de comparación			
Año	Aerolínea	Modelo	Magnitud del pedido	Año	Aerolínea	Modelo	Magnitud del pedido
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	2011	Pedido de Cathay Pacific Airways	777-300ER	10
2012	Transaero Airlines	A380	4*	2012	-	-	-
2013	Singapore Airlines	A350XWB-900	30	2013	Pedido de Singapore Airlines	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB-1000	10	2015	Pedido de United Airlines	777-300ER	30
2013	Emirates	A380	50 ⁺	2006	Pedido de Lufthansa	747-8I	20

Nota: * 4 cancelaciones posteriores al pedido.
⁺ [[***]] cancelaciones posteriores al pedido.

6.482. Respecto de cada pérdida de ventas, utilizamos las condiciones de fijación de precios contenidas en el pedido de comparación, [[***]] para calcular el precio de entrega neto de la correspondiente entrega de aeronaves hipotética, expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega.⁶⁷⁷ El precio de entrega neto (expresado en dólares de los Estados Unidos del año de entrega) es la diferencia entre el precio de entrega bruto y las concesiones en materia de precios (expresados en dólares de los Estados Unidos del año de base), multiplicada por el factor de aumento correspondiente a la fecha de entrega menos las concesiones en materia de precios adicionales [[***]].⁶⁷⁸

6.483. A fin de reducir al mínimo [[***]], y a la luz de nuestra decisión de considerar la información actualizada a junio de 2019, aplicamos las [[***]] tasas de aumento respecto de las entregas hipotéticas previstas antes de [[***]] y [[***]] tasas de aumento [[***]] respecto de las entregas hipotéticas previstas después [[***]].⁶⁷⁹

6.484. Salvo que hayamos determinado que un pedido hipotético específico de Boeing se habría cancelado en la situación hipotética⁶⁸⁰, suponemos que todas las demás entregas hipotéticas de Boeing previstas para 2018 o antes se habrían realizado. Respecto de las entregas hipotéticas de Boeing previstas después de 2018, tenemos en cuenta la probabilidad de que esos pedidos se puedan cancelar antes de que tengan lugar las entregas. Lo hacemos tomando esos precios de entrega netos hipotéticos de Boeing ya calculados y reajustándolos conforme a la tasa de supervivencia de Boeing correspondiente al año del pedido y el año de entrega específicos. Como se

⁶⁷⁶ Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific de marzo de 2011 (Prueba documental USA-69 (ICSS)); Documentación de pedido del 787-10 por Singapore Airlines de 2013 (Prueba documental USA-73 (ICSS)); Documentación de pedido del 777-300ER por United de 2015 (Prueba documental USA-74 (ICSS)); Documentación de pedido del 747-8I por Lufthansa de 2006 (Prueba documental USA-79 (ICSS)); y Documentación sobre los aumentos relativa a Lufthansa (Prueba documental USA-87 (ICSS)).

⁶⁷⁷ Las condiciones de fijación de precios incluyen el precio bruto y las concesiones en materia de precios de la aeronave (expresados en dólares de los Estados Unidos del año de base), así como la fórmula de aumento. En [[***]] también figuran [[***]] pertinentes.

⁶⁷⁸ Respecto de determinados pedidos de comparación, [[***]].

⁶⁷⁹ Véanse [[***]] (Prueba documental USA-38 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-39 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-40 (ICC)); [[***]] (Prueba documental USA-41 (ICC)); Documentación de pedido del 777-300ER por Cathay Pacific de marzo de 2011 (Prueba documental USA-69 (ICSS)); Documentación de pedido del 787-10 por Singapore Airlines de 2013 (Prueba documental USA-73 (ICSS)); Documentación de pedido del 777-300ER por United de 2015 (Prueba documental USA-74 (ICSS)); Documentación de pedido del 747-8I por Lufthansa de 2006 (Prueba documental USA-79 (ICSS)); y Documentación sobre los aumentos relativa a Lufthansa (Prueba documental USA-87 (ICSS)).

⁶⁸⁰ Como se ha indicado *supra*, este sería el caso de la pérdida de ventas en relación con Transaero y de una parte de la pérdida de ventas en relación con Emirates.

ha expuesto en la sección 6.3.4.3.4.2, las tasas de supervivencia de Boeing correspondientes a años de pedidos y años de entregas específicos se basan en la tasa media histórica de cancelación de Boeing correspondiente a todas sus ventas de LCA entre 2008 y 2011⁶⁸¹, según se muestra a continuación:

$$Tasa\ de\ supervivencia_{año\ del\ pedido\ t, año\ de\ entrega\ s} = \begin{cases} 100\% & \text{si } año\ de\ entrega\ s \leq 2018 \\ (1 - Tasa\ media\ de\ cancelación_{2008-2011})^{s-t} & \text{si } año\ de\ entrega\ s > 2018 \end{cases} \quad (11)$$

6.485. Por último, actualizamos cada precio de entrega neto hipotético de Boeing reajustado para obtener el valor actual en el momento de la pérdida de ventas en dólares de los Estados Unidos del año del pedido. Como se ha expuesto en la sección 6.3.4.3.6.4, a la luz de nuestra decisión de realizar este ejercicio de actualización desde la perspectiva de Boeing, elegimos el costo de la deuda de Boeing como la tasa de actualización más adecuada disponible en el expediente.⁶⁸²

6.486. Respecto de cada campaña en que hubo pérdida de ventas en litigio, se suman los valores actuales de los precios de entrega netos de todas las aeronaves de Boeing pedidas en la situación hipotética, reajustados, según proceda, conforme al riesgo de cancelación futura, a fin de obtener el valor estimado de la pérdida de ventas para Boeing, expresado en dólares de los Estados Unidos del año del pedido. En el cuadro 18 se indican los resultados de nuestra valoración de las pérdidas de ventas en litigio.⁶⁸³

Cuadro 18: Valor de las pérdidas de ventas en el período de referencia

Pérdida de ventas	Año del pedido	Modelo de Boeing competidor más próximo	Número de aeronaves pedidas en la situación hipotética	Número de aeronaves entregadas en la situación hipotética	Valor de la pérdida de ventas (en USD del año del pedido)
Cathay Pacific Airways	2012	777-300ER	10	10	[[ICSS]]
Transaero Airlines	2012	747-8I	4	0	0
Singapore Airways	2013	787-10	30	30	[[ICSS]]
United Airlines	2013	777-300ER	10	10	[[ICSS]]
Emirates	2013	747-8I	50	[[***]]	[[ICSS]]

6.4.3 Valoración de la obstaculización

6.487. En cuanto a la valoración de los casos de obstaculización pertinentes en los seis mercados geográficos, como se ha explicado en la sección 6.3.4.4.2, el Árbitro supone que, sin las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, Boeing habría sustituido las entregas de obstaculización del A380 por el mismo número de aeronaves Boeing 747-8I en el período de referencia 2011-2013, si bien las fechas de las entregas hipotéticas de aeronaves 747-8I de Boeing habrían diferido en cierta medida de las fechas de las entregas de obstaculización del A380. Como se explica con más detalle en los párrafos 6.409. y 6.411., Boeing habría entregado

⁶⁸¹ Cálculo de la tasa de supervivencia (Prueba documental USA-65 (ICSS)).

⁶⁸² Datos del CMPC de Boeing correspondientes a 2012, 2013 (Prueba documental USA-120 (ICC)).

⁶⁸³ En cuanto a la pérdida de ventas en relación con Transaero Airlines, observamos que nuestra tarea se rige por las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2018, en las que se incluye una constatación de la existencia de efectos desfavorables respecto de la pérdida de ventas en relación con Transaero Airlines. Por consiguiente, debemos valorar esa pérdida de ventas. El valor de la pérdida de ventas en relación con Transaero Airlines es cero si se evalúa correctamente, teniendo en cuenta la cancelación posterior al pedido de la totalidad del pedido de Transaero Airlines. Observamos en este contexto que, con arreglo al párrafo 8 del artículo 3 del ESD, "normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros". Sin embargo, estamos de acuerdo con la afirmación de otro Árbitro en el sentido de que "[n]o cabe considerar que la *presunción* de anulación o menoscabo ... que establece el párrafo 8 del artículo 3 ... constituya en sí misma también una *prueba* de un determinado nivel de la anulación o menoscabo supuestamente sufridos por un Miembro que pida autorización para suspender concesiones ... en una etapa muy posterior del sistema de solución de diferencias de la OMC". Asimismo, estamos de acuerdo con la observación posterior del mismo Árbitro de que "[e]l examen ... del nivel de anulación o menoscabo, sobre la base objetiva prevista en el artículo 22 del ESD, es ... independiente de la constatación de la existencia de una infracción de las normas de la OMC formulada por un grupo especial o por el Órgano de Apelación". (Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.10 (las cursivas figuran en el original)).

18 aeronaves 747-8I adicionales en 2012 y 29 aeronaves 747-8I adicionales en 2013 en los seis mercados geográficos en cuestión considerados en conjunto.⁶⁸⁴

6.488. En el cuadro 19 se reproducen las entregas de obstaculización del A380 y las entregas hipotéticas de aeronaves 747-8I de Boeing que tenemos en cuenta en nuestra valoración de la obstaculización.

Cuadro 19: Entregas de obstaculización del A380 y entregas hipotéticas del 747-8I de Boeing

Fecha de entrega	Número de entregas del Airbus A380 en los seis mercados geográficos pertinentes	Número de entregas hipotéticas del Boeing 747-8I en los seis mercados geográficos pertinentes
Diciembre de 2011	4	0
2012	23	18
2013	20	29
Total	47	47

6.489. En el contexto de nuestra valoración de la obstaculización seguimos un enfoque centrado en las entregas y, en consecuencia, valoramos la obstaculización en el año en que se habrían hecho las entregas hipotéticas. Obtenemos este valor multiplicando el precio de entrega neto medio global (es decir, mundial) por aeronave del 747-8I correspondiente al año pertinente del período de referencia por el número de entregas hipotéticas de aeronaves 747-8I en el año respectivo.

6.490. Los precios de entrega netos medios globales por aeronave del 747-8I correspondientes a 2012 y 2013 se computan dividiendo la suma de todos los precios de entrega netos de las aeronaves 747-8I entregadas en 2012 o 2013 entre el número de aeronaves 747-8I entregadas en 2012 o 2013.⁶⁸⁵

6.491. En el cuadro 20 se indican los resultados de nuestra valoración de los casos de obstaculización en litigio, expresados en dólares de los Estados Unidos del año de entrega.

Cuadro 20: Valor de la obstaculización en el período de referencia

Fecha de entrega	Número de entregas hipotéticas del Boeing 747-8I en los seis mercados geográficos pertinentes	Precio de entrega neto medio global por aeronave del 747-8I	Valor de la obstaculización en USD del año de entrega
Diciembre de 2011	0	-	0
2012	18	[[ICSS]]	[[ICSS]]
2013	29	[[ICSS]]	[[ICSS]]
Total	47		

6.4.4 Valor anualizado agregado de la pérdida de ventas y la obstaculización

6.492. En las secciones 6.4.2 y 6.4.3 *supra*, el Árbitro ha determinado los valores monetarios de la obstaculización y la pérdida de ventas durante el período de referencia diciembre de 2011-2013, de 25 meses. No hubo pérdidas de ventas en diciembre de 2011 y, en el contexto de la obstaculización, hemos constatado que ninguna de las entregas hipotéticas pertinentes del Boeing 747-8I habría tenido lugar en diciembre de 2011. En consecuencia, en este punto de nuestro análisis, los valores monetarios relativos a la pérdida de ventas y a la obstaculización se han expresado en dólares de los Estados Unidos de 2012 y en dólares de los Estados Unidos de 2013, según proceda. Esto es compatible con la metodología de los Estados Unidos. En la metodología de los Estados Unidos se propone anualizar estos valores en dólares de los Estados Unidos de 2013 a fin de determinar un valor anualizado de los efectos desfavorables como etapa preliminar para establecer el nivel máximo de la suspensión anual.

⁶⁸⁴ Véanse los párrafos 6.408. -6.411. *supra*.

⁶⁸⁵ Declaración de Boeing (Prueba documental USA-5 (ICC)); y Segunda revisión de los precios de entrega globales del 747-8I correspondientes a 2012 y 2013 (revisión de la Prueba documental USA-26 (ICSS)) (Prueba documental USA-103 (ICSS)).

6.493. Los Estados Unidos obtienen el valor anualizado en dólares de los Estados Unidos de 2013 convirtiendo a dólares de los Estados Unidos de 2013 los valores expresados en dólares de los Estados Unidos de 2012, reajustándolos conforme a la inflación mediante el IPP de fabricación de CA y sumando esa cuantía a los valores en dólares de los Estados Unidos de 2013 preexistentes, a fin de conseguir un valor agregado total de la pérdida de ventas y la obstaculización, expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013. Posteriormente, los Estados Unidos dividen esa cuantía agregada entre 25 (a saber, el período de referencia de 25 meses) y la multiplican por 12 (a saber, los 12 meses del año). Como resultado se obtiene un valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013. Para facilitar la referencia, nos referiremos a esta cuantía como el "valor anualizado de 2013".

6.494. Según los Estados Unidos, es necesario anualizar el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado porque los Estados Unidos tratan de aplicar contramedidas hasta el nivel máximo autorizado sobre una base anual (es decir, un período de 12 meses), en lugar de, por ejemplo, sobre un período de 25 meses (es decir, la duración del período de referencia 2011-2013). Dicho de otro modo, los Estados Unidos solicitan que el Árbitro determine la cuantía máxima de las contramedidas que pueden adoptar por año civil, a fin de que los Estados Unidos puedan aplicar sus contramedidas en consecuencia. Los Estados Unidos mencionan la viabilidad administrativa y la práctica común de las partes reclamantes al amparo del artículo 22 del ESD como razones para proponer la adopción de contramedidas sobre una base anual.⁶⁸⁶

6.495. En la sección 6.3.1 *supra* hemos determinado que es jurídicamente adecuado autorizar contramedidas en forma de suspensión anual, como proponen los Estados Unidos en su metodología.⁶⁸⁷ Dado que los Estados Unidos pretenden que se les autorice un nivel máximo que puedan imponer anualmente, consideramos que es apropiado anualizar el valor de los efectos desfavorables cuya existencia a lo largo del período de referencia de 25 meses se ha determinado. Observamos que otros Árbitros han establecido análogamente niveles máximos de suspensión sobre la base de los efectos pertinentes de las medidas en cuestión a lo largo de un año.⁶⁸⁸ En consecuencia, al igual que los Estados Unidos, calculamos un valor anualizado agregado de los efectos desfavorables correspondiente a 2013 (el valor anualizado de 2013), ya que 2013 es el año más reciente del período de referencia 2011-2013.

6.496. Tras haber decidido que es apropiado determinar el valor anualizado de 2013, se nos plantea la cuestión de cuál es la tasa de inflación adecuada que debemos utilizar para reajustar el valor de la pérdida de ventas y la obstaculización correspondiente a 2012 con miras a expresarlo en dólares de los Estados Unidos de 2013. Como se ha explicado *supra*, los Estados Unidos proponen la utilización del IPP de fabricación de CA.⁶⁸⁹ Los Estados Unidos presentan principalmente justificaciones prácticas para utilizar el IPP de fabricación de CA. Los Estados Unidos indican que tiene la ventaja de que es un indicador razonable del aumento del valor en dólares de las LCA con el paso del tiempo; se trata de un índice a disposición del público, que se actualiza regularmente y es publicado por una institución gubernamental; y es improbable que sea objeto de manipulación por los participantes de la rama de producción. Según los Estados Unidos, el IPP de fabricación de CA tampoco es específico para las aerolíneas, a diferencia de [[***]]. A juicio de los Estados Unidos,

⁶⁸⁶ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 90.

⁶⁸⁷ Véase el párrafo 6.76. *supra*.

⁶⁸⁸ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*); *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*); *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); y *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*). Observamos en particular enfoque del Árbitro en *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*). En ese procedimiento, tras determinar el valor actual de la subvención prohibida concedida a lo largo de un período de seis años (2000-2005), el Árbitro dividió esa cuantía agregada entre seis (por el período de seis años) a fin de determinar el valor actual anualizado medio de la subvención. (Decisión del Árbitro, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 3.93. Véase también el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (artículo 25), nota 78 (donde se explica que "las compensaciones o la suspensión de concesiones u otras obligaciones se han calculado hasta ahora tomando como base un período de 12 meses")).

⁶⁸⁹ Índices de Precios al Productor - Panorama general del programa, Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales (Prueba documental USA-20).

utilizar [[***]] al calcular las contramedidas anuales haría que ese cálculo fuera excesiva e innecesariamente complejo.⁶⁹⁰

6.497. El Árbitro considera que no hay ninguna razón válida para usar el IPP de fabricación de CA, más allá de la ventaja práctica de utilizar una única ratio de un índice que no es ICSS. A este respecto, señalamos que los valores de la pérdida de ventas y la obstaculización correspondientes a 2012 que deben reajustarse conforme a la inflación son valores relativos a las aeronaves de Boeing. A nuestro juicio, la mejor forma de reflejar la evolución de sus precios es la [[***]] fórmula de aumento. Sobre la base de [[***]], la fórmula de aumento determina un factor de aumento respecto de cada mes de cada año comprendido entre el año de base y el año de entrega. Este factor de aumento refleja [[***]] cambios en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas. En consecuencia, respecto de cada pérdida de ventas en 2012 en litigio y el valor de la obstaculización en 2012, utilizamos la correspondiente ratio entre los [[***]] factores de aumento de 2013 y de 2012 para reformular los valores de la pérdida de ventas y la obstaculización correspondientes a 2012 en dólares de los Estados Unidos de 2013.

6.498. Sobre esta base procedemos a determinar el valor anualizado agregado de los efectos desfavorables en dólares de los Estados Unidos de 2013.

6.499. En primer lugar, respecto de las pérdidas de ventas, multiplicamos el único valor restante de las pérdidas de ventas en 2012, el valor de la pérdida de ventas en relación con Cathay Pacific (expresado en dólares de los Estados Unidos de 2012), por la [[***]] ratio entre los factores de aumento de 2013 y de 2012 correspondiente a su pedido de comparación. En segundo lugar, respecto de la obstaculización, aplicamos la [[***]] ratio entre los factores de aumento de 2013 y de 2012 basada en la fórmula de aumento que figura en el contrato de Lufthansa de 2006 al valor de la obstaculización en 2012. Una vez que hayamos expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013 todos los valores de la pérdida de ventas y la obstaculización correspondientes a 2012, los sumamos a los valores de la pérdida de ventas y la obstaculización correspondientes a 2013. Esta suma se anualiza posteriormente dividiéndola entre 25 (el número de meses del período de referencia) y multiplicándola por 12 (meses).

$$\begin{aligned}
 AEDTE_{Dic.2011-Dic.2013}^{en\ USD\ de\ 2013} = & \left(Pérdida\ de\ venta\ reajustada_{CathayPacific,2012}^{en\ USD\ de\ 2012} \times \frac{Factor\ de\ aumento_{CathayPacific}^{2013}}{Factor\ de\ aumento_{CathayPacific}^{2012}} \right. \\
 & + Pérdida\ de\ venta\ reajustada_{SingaporeAirways,2013}^{en\ USD\ de\ 2013} \\
 & + Pérdida\ de\ venta\ reajustada_{UnitedAirlines,2013}^{en\ USD\ de\ 2013} \\
 & + Pérdida\ de\ venta\ reajustada_{Emirates,2013}^{en\ USD\ de\ 2013} \\
 & + Obstaculización_{2012}^{en\ USD\ de\ 2012} \times \frac{Factor\ de\ aumento_{Lufthansa}^{2013}}{Factor\ de\ aumento_{Lufthansa}^{2012}} \\
 & \left. + Obstaculización_{2013}^{en\ USD\ de\ 2013} \right) \times \frac{12}{25}
 \end{aligned} \tag{12}$$

6.500. Como se resume en el cuadro 21 *infra*, el valor total anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013, asciende a USD 7.496,623 millones.

⁶⁹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 38 del Árbitro, párrafos 77-79.

Cuadro 21: Valor total anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado

Año del período de referencia	Valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en USD del año de pedido/entrega	Valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en USD de 2013	Valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia se ha determinado en USD de 2013
Diciembre de 2011	0	0	
2012	[[ICSS]]	[[ICSS]]	
2013	[[ICSS]]	[[ICSS]]	
Total:		[[ICSS]]	7.496,623 millones

6.4.5 Contramedidas proporcionadas al valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado

6.501. En consonancia con el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el nivel máximo de las contramedidas que los Estados Unidos pueden estar autorizados a imponer anualmente (es decir, el nivel máximo de suspensión anual) debe ser "proporcionad[o]" al valor anualizado de los efectos desfavorables. Por consiguiente, debemos examinar si el nivel de las contramedidas propuesto por los Estados Unidos es "proporcionad[o]" al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2013 que hemos determinado *supra*. Si no lo es, tenemos que determinar cuál sería el nivel proporcionado de suspensión anual expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013 (al que, para facilitar su identificación, nos referiremos como el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013).

6.502. Sin embargo, los Estados Unidos solicitan que no nos detengamos ahí y que reajustemos el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013. Específicamente, solicitan que realicemos un reajuste en función de la inflación registrada desde 2013 hasta la actualidad y, por lo tanto, que expresemos el nivel de la suspensión anual en dólares de los Estados Unidos de 2019 (al que, para facilitar su identificación, nos referiremos como el valor de la suspensión anual correspondiente a 2019).

6.503. Además, los Estados Unidos solicitan que se les autorice a reajustar el valor de la suspensión anual correspondiente a 2019 en función de la inflación que se registre en los años futuros, posteriores a 2019, en los que los Estados Unidos aplicarían las contramedidas.

6.504. El Árbitro aborda estas tres cuestiones -el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[o]" y el reajuste en función de la inflación registrada hasta 2019 y más allá- en secciones separadas *infra*.

6.4.5.1 El valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[o]"

6.505. En este punto, recordamos que los Estados Unidos solicitan que las contramedidas para cuya imposición solicitarán autorización se basen en el valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2013. Los Estados Unidos calculan que el valor anualizado correspondiente a 2013 es de USD 10.560 millones. Nosotros hemos calculado que es de USD 7.496,623 millones. Estas dos cifras son sustancialmente diferentes.

6.506. Señalamos que los Estados Unidos no proponen específicamente el valor de USD 10.560 millones como el nivel de las contramedidas para cuya imposición solicitan autorización. Solo después de reajustar este valor anualizado correspondiente a 2013 en función de la inflación y de expresarlo en el valor de 2019, 2020, etc., los Estados Unidos llegan a su nivel de contramedidas propuesto para el año pertinente (es decir, el valor de la suspensión anual para el año pertinente). No obstante, a los efectos de determinar el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[o]", comparamos el valor de USD 10.560 millones -siendo este el valor de la suspensión anual que los Estados Unidos habrían propuesto para 2013- con el valor anualizado correspondiente a 2013 calculado por nosotros.

6.507. Por lo tanto, la cuestión que examinamos ahora es si el valor de USD 10.560 millones que han calculado los Estados Unidos puede considerarse "proporcionad[o]" al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2013 que nosotros hemos calculado.

6.508. Como hemos explicado *supra*⁶⁹¹, la expresión "proporcionadas al" que figura en el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC connota una correspondencia de "un grado de equivalencia menos preciso que la correspondencia numérica exacta" entre los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" y las "contramedidas" propuestas.⁶⁹² Por lo tanto, el criterio de "proporcionalidad" puede que no exija una equivalencia exacta entre el nivel de las contramedidas que los Estados Unidos podrían estar autorizados a adoptar, por una parte, y el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, por otra parte. No obstante, los Estados Unidos no solicitan que se les permita adoptar contramedidas en la forma de un nivel máximo de suspensión anual que exceda del valor anualizado de los efectos desfavorables determinado por nosotros (salvo por los reajustes en función de la inflación, que abordamos más detalladamente en las secciones siguientes). La Unión Europea tampoco aduce que debamos establecer un valor de suspensión anual que sea superior al valor anualizado de los efectos desfavorables. Además, señalamos que el valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2013 calculado por nosotros (es decir, USD 7.496,623 millones) es significativamente inferior al valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 propuesto por los Estados Unidos (es decir, USD 10.560 millones). Aun suponiendo, como cuestión general, que el criterio de proporcionalidad pudiera permitir algún grado limitado de discrepancia entre el nivel de las contramedidas propuesto y el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, un reajuste de USD 7.496,623 millones a USD 10.560 millones, en nuestra opinión, excedería en mucho cualquier grado de discrepancia admisible. En consecuencia, no podemos aceptar la cifra de USD 10.560 millones como el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[o]".

6.509. Por las razones indicadas, por lo tanto, no consideramos necesario ni justificado, en las circunstancias específicas del presente procedimiento, establecer un valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 a un nivel que sea superior al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2013 que hemos establecido. En consecuencia, determinamos que el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[o]" es de USD 7.496,623 millones.

6.4.5.2 Reajuste del valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en función de la inflación registrada hasta la actualidad

6.510. En apoyo de su solicitud de que el Árbitro reajuste el valor anualizado correspondiente a 2013 en función de la inflación a fin de determinar un nivel inicial de suspensión anual en dólares de los Estados Unidos de 2019, los Estados Unidos señalan que estarán autorizados a empezar a adoptar contramedidas únicamente varios años después del período durante el cual se determinó la existencia de efectos desfavorables (es decir, el período de referencia 2011-2013). Por consiguiente, para impedir que la inflación intermedia disminuya el valor real de la suspensión anual que se vaya a autorizar y asegurar que el nivel de las contramedidas que se aplicará de manera prospectiva desde 2019 en adelante sea proporcionado al valor de los efectos desfavorables, los Estados Unidos proponen que el Árbitro reajuste el valor de las contramedidas en función de la inflación registrada, al menos inicialmente, entre el período de referencia 2011-2013 y la actualidad. Como se ha señalado *supra*, los Estados Unidos proponen que este reajuste en función de la inflación se realice utilizando el IPP de fabricación de CA del año anterior al año en que se aplicarán las contramedidas. Esto significa que, por ejemplo, para determinar el nivel máximo de suspensión anual correspondiente a 2019, se reajustaría el valor anualizado correspondiente a 2013 en función de la inflación utilizando la proporción entre la cifra del IPP de 2018 y la cifra del IPP de 2013.⁶⁹³

6.511. La Unión Europea no impugna específicamente la solicitud de reajuste en función de la inflación presentada por los Estados Unidos.⁶⁹⁴

⁶⁹¹ Véase la sección 5 *supra*.

⁶⁹² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos II)*, párrafos 4.35-4.39. (no se reproducen las cursivas)

⁶⁹³ Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 100.

⁶⁹⁴ Sin embargo, la Unión Europea cuestiona la metodología general que proponen los Estados Unidos para calcular el valor anualizado correspondiente a 2019 (es decir, aumentar los precios de base al nivel de los precios del año de entrega, actualizar los precios del año de entrega retrotrayéndolos a los valores en dólares

6.512. El Árbitro señala que, en prácticamente todos los procedimientos de arbitraje en los que se determinó el nivel máximo de suspensión anual sobre la base del nivel de la anulación o menoscabo o el valor de los efectos desfavorables experimentados durante un período de referencia pasado -enfoque que también seguimos en el presente procedimiento-, el nivel máximo de suspensión anual consistió en el valor de la anulación o menoscabo o de los efectos desfavorables cuya existencia se constató durante el período de referencia pasado, sin reajustes en función de la inflación registrada hasta el año en que las contramedidas o la suspensión podrían estar autorizadas.⁶⁹⁵ Esto ha sido así también en procedimientos de arbitraje en los que el lapso de tiempo transcurrido entre el período de referencia y el año en que la suspensión anual podría estar autorizada era significativo.⁶⁹⁶

6.513. En la presente diferencia, ha transcurrido un tiempo considerable desde el período respecto del cual se determinó la existencia de efectos desfavorables (es decir, el período de referencia 2011-2013). Sin embargo, no estamos convencidos de que en las circunstancias del presente procedimiento sea necesario realizar un reajuste en función de la inflación para preservar la eficacia de las contramedidas para cuya imposición puedan solicitar autorización los Estados Unidos.⁶⁹⁷

6.514. Sobre la base de las consideraciones anteriores, rechazamos la solicitud de los Estados Unidos de que reajustemos el valor de la suspensión anual expresado en dólares de los Estados Unidos de 2013 (es decir, USD 7.496,623 millones) en función de la inflación registrada hasta la actualidad (2019).

6.4.5.3 Reajuste del valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en función de la inflación de los años futuros en que se apliquen las contramedidas

6.515. Como hemos señalado *supra*, los Estados Unidos también solicitan que se les autorice realizar otro reajuste en función de la inflación al nivel máximo de suspensión anual correspondiente a cada año subsiguiente en que los Estados Unidos aplicarían las contramedidas. Por lo tanto, los Estados Unidos piden al Árbitro que adopte una fórmula que permita que el nivel máximo de

de los Estados Unidos de 2012 o 2013 y, después, reajustar esos valores en función de la inflación hasta 2019). En su comunicación escrita, la Unión Europea propone un enfoque diferente para alcanzar los valores de 2019. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 336-344). Ya hemos analizado por qué, en nuestra opinión, es adecuado realizar ejercicios de aumento y de actualización en el contexto de la pérdida de ventas para determinar el valor de la pérdida de ventas. (Véanse las secciones 6.3.4.3.6.2 y 6.3.4.3.6.4 *supra*). Por consiguiente, no abordamos estos argumentos de nuevo aquí.

⁶⁹⁵ Véanse las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Estados Unidos - EPO* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*); *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*); *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); y *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*). Señalamos que, en el asunto *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), el Árbitro ajustó el nivel de suspensión anual en función de la inflación para proteger el valor real de ese nivel. (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.133). Habida cuenta de que el enfoque adoptado por ese Árbitro es pertinente tanto para el asunto analizado en la presente sección (reajuste en función de la inflación registrada hasta la actualidad) como para el asunto analizado en la siguiente sección (sección 6.4.5.3) (reajuste en función de la inflación subsiguiente), nos ocupamos del enfoque de este Árbitro más detalladamente en la sección siguiente.

⁶⁹⁶ Véanse las decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*); y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*). En estos dos procedimientos, el período transcurrido entre la fecha en que la parte demandada debía haber cumplido sus obligaciones y la fecha de distribución de la decisión del Árbitro fue de cuatro años. Estos Árbitros determinaron los niveles de suspensión anual con referencia al período de corta duración inmediatamente posterior a la fecha en que la parte demandada debía haber cumplido las obligaciones que le correspondían.

⁶⁹⁷ Por otra parte, nos resulta difícil aceptar el argumento de los Estados Unidos de que el IPP de fabricación de CA sea el índice de inflación que sería adecuado utilizar. El IPP de fabricación de CA, como explican los Estados Unidos, es una medida del "cambio en los precios desde la perspectiva del vendedor" y es específico de una rama de producción: la fabricación de CA. (Documento sobre la metodología de los Estados Unidos, párrafo 94). No obstante, el valor que, según los Estados Unidos, debe protegerse de la erosión por la inflación es el valor de las contramedidas que puede imponer el Gobierno de los Estados Unidos sobre una gama posiblemente amplia de bienes y/o servicios importados de la Unión Europea.

suspensión anual que se vaya a aplicar en un determinado año cambie por referencia a los datos sobre la inflación del año anterior (por ejemplo, el nivel de suspensión correspondiente a 2020 se basaría en los datos sobre la inflación registrada en 2019).

6.516. La Unión Europea no ha impugnado específicamente la solicitud de los Estados Unidos de reajustar en función de la inflación el nivel máximo de suspensión anual correspondiente a cada año subsiguiente.

6.517. El Árbitro señala que la solicitud de los Estados Unidos de establecer un nivel inicial de suspensión anual en dólares *actuales* (es decir, el valor anualizado correspondiente a 2019), y no en dólares de los Estados Unidos de 2013 (véase la sección 6.3.4.1.3 *supra*), y de reajustar los niveles *futuros* (es decir, 2020, 2021, etc.) de suspensión anual, trata de proteger el valor real de las contramedidas frente a una erosión debida a la inflación.⁶⁹⁸ Asimismo, recordamos que, en la sección anterior, hemos rehusado reajustar el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 en función de la inflación registrada hasta la actualidad (2019). En nuestra opinión, las mismas consideraciones para no realizar este reajuste inicial en función de la inflación son aplicables al reajuste que se solicita de los niveles futuros de suspensión anual en función de la inflación.

6.518. Como hemos señalado *supra*, salvo en el asunto *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, en ninguna decisión arbitral anterior en la que se determinó un nivel máximo de suspensión anual, el Árbitro consideró adecuado reajustar el nivel de suspensión anual correspondiente a los años futuros sobre la base de la inflación. Más bien, una vez determinado, el nivel máximo de suspensión anual se estableció en un nivel monetario fijo para el futuro.

6.519. Por lo que se refiere a la reciente decisión arbitral adoptada en el asunto *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, al parecer las partes en dicho procedimiento acordaron que a) la suspensión de concesiones u otras obligaciones podía adoptar la forma de suspensión anual, y b) podría reajustarse el nivel máximo de suspensión anual correspondiente a cada año.⁶⁹⁹ El único desacuerdo que hubo entre las partes en ese contexto se refirió a *cómo* realizar ese reajuste. Corea propuso que los niveles futuros de suspensión debían reajustarse según el crecimiento del mercado de lavadoras estadounidense para tener en cuenta que el nivel de anulación o menoscabo que Corea sufriría en el futuro aumentaría proporcionalmente al crecimiento de dicho mercado de lavadoras. Por otra parte, los Estados Unidos afirmaron que el modelo económico que habían propuesto para calcular el nivel de anulación o menoscabo podía volver a aplicarse cada año con datos actualizados para determinar el nivel de suspensión correspondiente a un año dado. Tras haber considerado que ninguna de las partes había presentado un mecanismo de reajuste aceptable, el Árbitro determinó que el nivel de suspensión podía reajustarse anualmente en función de la inflación.⁷⁰⁰ Al proceder de este modo, el Árbitro señaló que el reajuste en función de la inflación constituye un medio de asegurar que el "valor real del nivel de la suspensión se mantenga a lo largo del tiempo".⁷⁰¹

6.520. Señalamos que, en el asunto *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, el Árbitro no explicó por qué en la diferencia sometida a su consideración estaba justificado un enfoque significativamente diferente del enfoque seguido por todos los árbitros anteriores que habían determinado un nivel máximo de suspensión anual.⁷⁰² Por las razones expuestas *supra* en los párrafos 6.512. -6.513. y teniendo presente el enfoque seguido por todos

⁶⁹⁸ Véanse los párrafos 6.502. y 6.503. *supra*.

⁶⁹⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.123.

⁷⁰⁰ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafos 3.124-3.134.

⁷⁰¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 3.133.

⁷⁰² Asimismo, cabe señalar en este contexto que, en el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, el Árbitro tuvo que calcular solo el nivel de la anulación o menoscabo (es decir, no tuvo que determinar un nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones). Al realizar esta labor, el Árbitro decidió reflejar la evolución del mercado de los Estados Unidos. El Árbitro lo hizo teniendo en cuenta la tasa de crecimiento anual del producto interior bruto (PIB) de los Estados Unidos registrada hasta la fecha en que el asunto se remitió a arbitraje, pero no más allá de esa fecha. (Véase el laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, párrafos 4.23 y 4.72). Esto significa que el Árbitro no previó un reajuste del nivel de la anulación o menoscabo para cada año subsiguiente sobre la base de la tasa de crecimiento anual del PIB de los Estados Unidos.

los demás árbitros respecto de la inflación futura, no consideramos adecuado, en las circunstancias del presente procedimiento, reajustar el nivel máximo de suspensión anual correspondiente a cada año subsiguiente a fin de proteger el valor real de la suspensión anual frente a la erosión debida a la inflación futura.

6.521. Los Estados Unidos no han presentado ninguna justificación adicional (aparte de la que ofrecieron en relación con el reajuste del valor de 2013 en función de la inflación registrada hasta la actualidad) de por qué en el contexto del presente procedimiento debemos prever un reajuste de los niveles futuros de suspensión anual. Cabe destacar que no hay pruebas en el expediente que indiquen un aumento sustancial a corto plazo en los precios de las importaciones de bienes y servicios procedentes de la Unión Europea. Asimismo, señalamos en este contexto que, como se ha indicado *supra*⁷⁰³, las contramedidas están previstas como medidas temporales. Por consiguiente, no debemos suponer simplemente que las contramedidas de los Estados Unidos en la presente diferencia permanecerán (forzosamente) vigentes durante un período de varios años.⁷⁰⁴

6.522. Por lo tanto, sobre la base de las consideraciones anteriores, rechazamos también la solicitud adicional de los Estados Unidos de que reajustemos en función de la inflación el nivel máximo de suspensión anual correspondiente a cada año subsiguiente.

6.5 El argumento de la Unión Europea sobre el nivel de las contramedidas que la determinación del Árbitro no puede superar en el presente procedimiento

6.523. La Unión Europea aduce que el nivel máximo de contramedidas que el OSD puede autorizar a los Estados Unidos a adoptar anualmente no puede exceder del nivel máximo que figura en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos. Según la Unión Europea, en el asunto *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, el Árbitro confirmó que una solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 debe establecer un nivel específico de suspensión que constituya el nivel máximo de suspensión que el árbitro puede determinar. La Unión Europea señala que el nivel máximo específico de contramedidas que figura en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos es de USD 10.000 millones anuales. Como consecuencia, la Unión Europea afirma que el nivel máximo de contramedidas que el OSD podría autorizar a los Estados Unidos a imponer es de USD 10.000 millones anuales.⁷⁰⁵

6.524. La Unión Europea señala también que los Estados Unidos presentaron su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 después del procedimiento inicial en el que se determinó la existencia de efectos desfavorables en relación con las familias de aeronaves A320, A330 y A340 y las aeronaves A380, mientras que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento excluían los efectos desfavorables relativos a las familias de LCA A320, A330 y A340. Por consiguiente, según la Unión Europea, de ello se desprende que el nivel de las contramedidas proporcionado a los efectos desfavorables cuya existencia determinaron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento debe ser sustancialmente inferior a la cuantía identificada en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22.⁷⁰⁶

6.525. Los Estados Unidos responden que el nivel de las contramedidas que ha de determinar el Árbitro puede exceder de los USD 10.000 millones anuales. Los Estados Unidos aducen que al convenir en su acuerdo bilateral sobre la secuencia suspender el procedimiento de arbitraje hasta que el OSD adoptase una constatación de que la Unión Europea incumplió las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial, las partes expresaron la clara intención de que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento informarían la labor del Árbitro. Según los Estados Unidos, este acuerdo lleva implícito el entendimiento de que los Estados Unidos actualizarán el nivel de las contramedidas después del procedimiento sobre el cumplimiento. Los Estados Unidos también afirman que el presente procedimiento de arbitraje es distinto del que se llevó a cabo en el asunto *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, en el que el Ecuador proponía ir

⁷⁰³ Véase el párrafo 6.56. *supra*.

⁷⁰⁴ Recordamos a este respecto la afirmación de la Unión Europea de que ya ha adoptado las medidas adecuadas para poner sus medidas plenamente en conformidad con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC. (Comunicación presentada por la Unión Europea, WT/DS316/34 (segunda comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 1). Asimismo, recordamos que esta cuestión está siendo examinada por el segundo Grupo Especial sobre el cumplimiento.

⁷⁰⁵ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 83-87.

⁷⁰⁶ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 88.

más allá del nivel de suspensión especificado en su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 sobre la base de constataciones e información que ya existía en el momento en que el Ecuador presentó dicha solicitud. Los Estados Unidos señalan que, en cambio, su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 fue seguida de un procedimiento sobre el cumplimiento en el que se constató que la Unión Europea, además de mantener medidas incompatibles con las normas de la OMC, había adoptado nuevas medidas incompatibles con dichas normas.⁷⁰⁷

6.526. Además, los Estados Unidos señalan que en su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 no se identifican USD 10.000 millones como el nivel máximo de las contramedidas. Más bien, se define el nivel de las contramedidas en "términos funcionales", como el nivel anual de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, causados a los intereses de los Estados Unidos por el incumplimiento por la Unión Europea de las recomendaciones y resoluciones del OSD. La cuantía de USD 10.000 millones se presenta explícitamente como una "estimación" de esta descripción funcional que está basada en "datos actualmente disponibles correspondientes a un período reciente".⁷⁰⁸

6.527. La Unión Europea responde que el argumento de los Estados Unidos, a saber, que su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 identifica el nivel de las contramedidas en términos funcionales como el "nivel anual de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", conllevaría que la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 no establece un nivel específico de suspensión y, por lo tanto, no respaldaría la autorización de contramedidas de ningún tipo. No obstante, en opinión de la Unión Europea, esta lectura de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos es "errónea".⁷⁰⁹

6.528. El Árbitro señala que el argumento de la Unión Europea consiste en que el OSD no puede autorizar a los Estados Unidos a que adopten contramedidas a un nivel que exceda del nivel máximo de contramedidas especificado en términos numéricos en su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22. Según la Unión Europea, el nivel máximo de contramedidas que se especifica en la solicitud es de USD 10.000 millones anuales.

6.529. Señalamos que el texto de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos caracteriza el nivel de USD 10.000 millones anuales como una "estimación" del nivel de las contramedidas sobre la base de datos que estaban disponibles cuando se realizó la solicitud (es decir, diciembre de 2011).⁷¹⁰ Asimismo, señalamos que USD 10.000 millones anuales en dólares de los Estados Unidos de 2011 equivalen a USD 10.830 millones en dólares de los Estados Unidos de 2013.

6.530. En la sección 6.4.4 *supra* hemos determinado que el nivel máximo de suspensión anual que los Estados Unidos pueden aplicar anualmente, a saber, el valor de la suspensión anual correspondiente a 2013 "proporcionad[os]", es de USD 7.496,623 millones. Este nivel es inferior a USD 10.000 millones anuales (en dólares de los Estados Unidos de 2011) y a USD 10.830 millones anuales, que es el equivalente en dólares de los Estados Unidos de 2013 a USD 10.000 millones en dólares de los Estados Unidos de 2011. Por consiguiente, con independencia de si se considera que la cifra de USD 10.000 millones que figura en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 de los Estados Unidos constituye una "estimación" de una descripción funcional del nivel de contramedidas (y, por lo tanto, podría en principio superarse) o el nivel máximo admisible de contramedidas especificado en la solicitud en términos numéricos, el nivel de suspensión anual que hemos determinado que es proporcionado al grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado no excede de USD 10.000 millones anuales (en dólares de los Estados Unidos de 2011). Habida cuenta de que el argumento de la Unión Europea es que no se debe permitir que los Estados Unidos soliciten autorización para un nivel de contramedidas que exceda de USD 10.000 millones anuales en dólares de los Estados Unidos de 2011, este argumento es

⁷⁰⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 75.

⁷⁰⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 74.

⁷⁰⁹ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 133 del Árbitro.

⁷¹⁰ Se puede consultar la parte pertinente del texto de la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 en el párrafo 6.13. *supra*. En la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22, se establece además que "es impracticable e ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones con respecto a las importaciones de bienes de la UE por un valor de hasta aproximadamente 10.000 millones de dólares EE.UU.". (Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18, cuarto párrafo).

superfluo con miras a nuestra determinación del nivel de suspensión anual. Por consiguiente, no examinamos este argumento con más detalle.

6.531. La Unión Europea plantea otro argumento, a saber, que el nivel de las contramedidas proporcionado a los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado debe ser sustancialmente inferior a los USD 10.000 millones identificados en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 en vista del distinto alcance de las constataciones formuladas en el procedimiento inicial y el procedimiento sobre el cumplimiento. Este argumento aborda la cuestión de la correcta determinación del nivel de suspensión anual y no la cuestión del nivel máximo de contramedidas especificado en la solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22. Hemos adoptado nuestra determinación del nivel de suspensión anual *supra* en las secciones 6.3 y 6.4 y, al cuantificar los efectos desfavorables cuya existencia se determinó, hemos tenido en cuenta el alcance de las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento. Por consiguiente, no es necesario insistir más en este argumento.

7 LA ALEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD (RETORSIÓN CRUZADA)

7.1. Como se ha indicado en la sección 1.2, los Estados Unidos solicitaron autorización para adoptar contramedidas en el marco del GATT de 1994, así como del AGCS. En su solicitud, los Estados Unidos señalaron que es impracticable e ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones solo con respecto a las importaciones de bienes de la Unión Europea por un valor de hasta aproximadamente USD 10.000 millones. En la solicitud de los Estados Unidos también se afirma que, habida cuenta del grado y naturaleza de los efectos desfavorables, las circunstancias son "suficientemente graves" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD.⁷¹¹ Por consiguiente, los Estados Unidos solicitaron autorización para imponer contramedidas consistentes en una o más de las siguientes alternativas:

- a. suspensión de concesiones arancelarias y obligaciones conexas (incluidas las obligaciones relativas al trato de la nación más favorecida) en el marco del GATT de 1994 respecto de una lista de productos de la Unión Europea y determinados Estados miembros que se extraerá del Arancel de Aduanas Armonizado de los Estados Unidos; y
- b. suspensión de compromisos y obligaciones horizontales o sectoriales contenidos en la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos con respecto a todos los servicios definidos en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, con la excepción de los servicios financieros (sector 7).⁷¹²

7.2. Como también se ha señalado, al recurrir a un arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22, la Unión Europea alegó que los Estados Unidos no siguieron los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 al considerar qué contramedidas adoptar.⁷¹³

7.3. Por consiguiente, la Unión Europea se reservó el derecho de presentar una alegación ante el Árbitro en el sentido de que los Estados Unidos no habían seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22. Como se ha explicado, corresponde a la Unión Europea establecer una presunción de que los Estados Unidos no siguieron los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22.⁷¹⁴

⁷¹¹ El párrafo 3 c) del artículo 22 dispone lo siguiente:

Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos:

...
c) si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado[.]

⁷¹² Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18.

⁷¹³ OSD, acta de la reunión celebrada el 22 de diciembre de 2011, WT/DSB/M/309, párrafo 4.

⁷¹⁴ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos II*), párrafo 5.55; *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 2.27; y *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 59.

7.4. Sin embargo, la Unión Europea no planteó ninguna alegación al amparo del párrafo 3 del artículo 22 en su comunicación escrita o su declaración oral. La única referencia de la Unión Europea al párrafo 3 del artículo 22 figura en la sección relativa a los "antecedentes de procedimiento" de su comunicación escrita, en la que recuerda que "alegó que los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD no se habían seguido" cuando recurrió al párrafo 6 del artículo 22 en la reunión del OSD celebrada el 22 de diciembre de 2011.⁷¹⁵

7.5. Dado que la Unión Europea no presentó su alegación ante el Árbitro, no podemos seguir examinando esta cuestión en la presente decisión. Observamos que, en la práctica de solución de diferencias de la OMC, la medida de un Miembro se considera compatible con las normas de la OMC mientras no se haya probado lo contrario.⁷¹⁶ A nuestro parecer, de manera análoga, la solicitud de una parte reclamante al amparo del párrafo 3 c) del artículo 22 se debe considerar compatible con el ESD mientras no se pruebe lo contrario. En consecuencia, en las circunstancias del presente arbitraje debe presumirse que la solicitud de retorsión cruzada formulada por los Estados Unidos no es incompatible con el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD.

8 LA ALEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA DE QUE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS NO ESTÁN PERMITIDAS EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS ABARCADOS

8.1. Como se ha indicado en la sección 1.2, al recurrir a un arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, la Unión Europea también alegó que la propuesta de los Estados Unidos no está permitida en el marco de los acuerdos abarcados.⁷¹⁷ A este respecto, observamos que el párrafo 5 del artículo 22 del ESD dispone que "[e]l OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión", y recordamos que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, "[e]l árbitro podrá ... determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado".

8.2. Por consiguiente, la Unión Europea se reservó el derecho de presentar una alegación ante el Árbitro en el sentido de que la propuesta de los Estados Unidos no está permitida en el marco de los acuerdos abarcados. Corresponde a la Unión Europea la carga de establecer una presunción a este respecto.

8.3. Sin embargo, la Unión Europea no planteó ninguna alegación en ese sentido en su comunicación escrita o su declaración oral. Dado que la Unión Europea no presentó su alegación ante el Árbitro, no seguimos examinando esta cuestión en la presente decisión. Puesto que no se ha probado ninguna incompatibilidad, a los efectos del presente procedimiento debe presumirse que los acuerdos abarcados en cuestión, a saber, el GATT de 1994 y el AGCS, no prohíben la suspensión prevista en la solicitud de autorización de imposición de contramedidas presentada por los Estados Unidos (es decir, la suspensión de concesiones arancelarias y obligaciones conexas de los Estados Unidos en el marco del GATT de 1994 respecto de una lista de productos de la Unión Europea y determinados Estados miembros, o la suspensión de compromisos y obligaciones horizontales o sectoriales contenidas en la lista de los Estados Unidos anexa al AGCS con respecto a todos los servicios definidos en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, con la excepción de los servicios financieros).⁷¹⁸

9 CONCLUSIONES

9.1. Por las razones expuestas *supra*, el Árbitro concluye lo siguiente:

- a. en relación con el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el nivel de las contramedidas "proporcionad[o] al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia [durante el período de referencia 2011-2013] se ha[] determinado" asciende a USD 7.496,623 millones al año;
- b. en relación con el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, la Unión Europea no ha demostrado que los Estados Unidos no siguieran los principios y procedimientos establecidos en el

⁷¹⁵ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 17.

⁷¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157.

⁷¹⁷ OSD, acta de la reunión celebrada el 22 de diciembre de 2011, WT/DSB/M/309, párrafo 4.

⁷¹⁸ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS316/18.

párrafo 3 del artículo 22 del ESD al determinar que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del comercio de bienes y que las circunstancias son suficientemente graves; y

- c. en relación con el párrafo 5 del artículo 22 del ESD, la Unión Europea no ha demostrado que las contramedidas propuestas por los Estados Unidos no estén permitidas en el marco de los acuerdos abarcados en cuestión, a saber, el GATT de 1994 y el AGCS.

9.2. Por lo tanto, los Estados Unidos pueden solicitar la autorización del OSD para adoptar contramedidas con respecto a la Unión Europea y determinados Estados miembros, como se indica en el documento WT/DS316/18, a un nivel que no exceda, en total, de USD 7.496,623 millones anuales. Estas contramedidas pueden adoptar la forma de: a) suspensión de concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994, y/o b) suspensión de compromisos y obligaciones horizontales o sectoriales contenidos en la lista de servicios de los Estados Unidos con respecto a todos los servicios definidos en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, con excepción de los servicios financieros.
