



**ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE AFECTAN AL COMERCIO
DE GRANDES AERONAVES CIVILES
(SEGUNDA RECLAMACIÓN)**

RECURSO DE LOS ESTADOS UNIDOS AL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

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

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN	11
1.1 Procedimiento inicial y procedimiento sobre el cumplimiento	11
1.2 Remisión a arbitraje y procedimiento de arbitraje	17
2 CUESTIONES PROCEDIMENTALES.....	20
2.1 Trato de la ICC y la ICSS	20
2.2 Presentación pública de las declaraciones iniciales de las partes	21
2.3 Las alegaciones de los Estados Unidos relativas a la utilización por la Unión Europea de determinada ICSS de los Estados Unidos presentada en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316	21
2.4 Repercusión de la pandemia de COVID-19 en la labor del Árbitro	23
2.5 La solicitud de los Estados Unidos de autorización para presentar una nueva comunicación relativa a la supuesta supresión de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington a partir del 1 de abril de 2020	24
3 MANDATO DEL ÁRBITRO	24
4 CARGA DE LA PRUEBA	26
5 EL PROCEDIMIENTO DE LA DIFERENCIA DS316 Y LA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DESFAVORABLES REALIZADA POR EL ÁRBITRO DE LA DIFERENCIA DS316.....	27
5.1 El procedimiento inicial de la diferencia DS316.....	28
5.2 El procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316.....	29
5.3 El procedimiento de arbitraje en la diferencia DS316.....	34
6 LAS OBJECIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS AL NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS	35
6.1 Panorama general de la metodología de la Unión Europea	36
6.2 Respuesta de los Estados Unidos	39
6.3 Orden del análisis	40
6.4 Evaluación de la metodología de la Unión Europea	41
6.4.1 Valoración de los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 como parte de los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el ámbito del presente procedimiento	41
6.4.1.1 La cuestión de si "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" deben ser los causados <i>en el período posterior a la aplicación</i> por una subvención respecto de la cual un demandado inicial no ha cumplido recomendaciones y resoluciones emitidas previamente por el OSD.....	46
6.4.1.2 La cuestión de si los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 están comprendidos en el alcance de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el sentido del artículo 7.10	50
6.4.1.3 Conclusión	54
6.4.2 Estructura de las contramedidas en relación con los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación.....	54
6.4.3 El período de referencia para los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación.....	55
6.4.4 Toma en consideración de acontecimientos que tuvieron lugar después del período de referencia	58
6.4.5 Cuestiones conceptuales relativas a las valoraciones de la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización	59

6.4.5.1	Anualización	59
6.4.5.2	Pérdida de ventas	60
6.4.5.3	Amenaza de obstaculización	61
6.4.5.3.1	Metodología principal de la Unión Europea basada en el valor de la pérdida de ventas subyacente	61
6.4.5.3.2	Metodologías alternativas de la UE basadas en el valor de las entregas	65
6.4.5.3.3	Enfoque "centrado en las entregas" propuesto por el Árbitro.....	67
6.4.5.3.3.1	Naturaleza de la "amenaza"	72
6.4.5.3.3.2	Constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento	76
6.4.5.3.4	Conclusiones	84
6.4.6	Cuestiones técnicas que tienen en común las valoraciones de ambas formas de efectos desfavorables	85
6.4.6.1	La probabilidad de que Airbus hubiese obtenido cada una de las cinco campañas de ventas en la situación hipotética	86
6.4.6.2	Valoración de las opciones	91
6.4.6.3	El número de pedidos en firme en la situación hipotética y las fechas de las entregas....	97
6.4.6.4	Reajustes por cancelaciones reales y posibles cancelaciones futuras.....	105
6.4.6.5	Exclusión del [[***]] de los precios de entrega hipotéticos	110
6.4.6.6	Cuestiones restantes relativas a los precios de entrega hipotéticos.....	114
6.4.6.7	Resumen de las conclusiones sobre las cuestiones técnicas que tienen en común las valoraciones de ambas formas de efectos desfavorables	116
6.4.7	Cuestiones técnicas relativas a la valoración de las pérdidas significativas de ventas.....	117
6.4.7.1	Ajuste temporal de los precios de entrega al momento de las pérdidas de ventas	117
6.4.7.2	Expresión de los valores de las pérdidas de ventas sobre una base monetaria común ..	121
6.4.7.3	Período de anualización	123
6.4.8	Cuestiones técnicas relativas a la valoración de la amenaza de obstaculización.....	124
6.4.8.1	Ajuste temporal de los valores en la fecha de entrega	124
6.4.8.2	Período(s) de anualización	126
6.4.9	Resumen de las valoraciones técnicas de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado	131
6.4.9.1	Valoración de la pérdida significativa de ventas	131
6.4.9.2	Valoración de la amenaza de obstaculización	133
6.4.9.3	Valor anualizado agregado de la pérdida significativa de ventas y de la amenaza de obstaculización en los dos mercados geográficos	134
6.5	Contramedidas proporcionadas al valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado	135
6.5.1	Ajuste del valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en función de la inflación registrada en dólares de abril de 2020 y de los años futuros en que se apliquen las contramedidas	135
6.5.2	El valor anualizado correspondiente a 2015 "proporcionad{o}"	137
7	LA ALEGACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 22.3 DEL ESD (RETORSIÓN CRUZADA).....	138
8	CONCLUSIÓN.....	139

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 la información confidencial sumamente sensible ("Procedimiento relativo a la ICC/ICSS")	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 la Unión Europea	24
Anexo B-2	Resumen integrado de los argumentos de los Estados Unidos	46

ANEXO C**DECISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DEL ÁRBITRO**

	Índice	Página
Anexo C-1	Comunicación del Árbitro a las partes relativa al calendario y el procedimiento de trabajo, de fecha 8 de julio de 2019	57
Anexo C-2	Comunicación del Árbitro a las partes relativa a determinada información comercial sumamente sensible, de fecha 6 de febrero de 2020	58
Anexo C-3	Comunicación del Árbitro relativa a la solicitud de los Estados Unidos de que se prorrogue el plazo de presentación de respuestas a las preguntas, de fecha 14 de febrero de 2020	59
Anexo C-4	Comunicación del Árbitro a las partes relativa a las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC y a la información comercial sumamente sensible debido a la COVID-19, de fecha 1 de abril de 2020	60
Anexo C-5	Comunicación del Árbitro a las partes relativa al acceso a determinada información comercial sumamente sensible en el contexto de la COVID-19, de fecha 23 de abril de 2020	62
Anexo C-6	Comunicación del Árbitro a las partes relativa a la atenuación gradual de las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC debido a la COVID-19, de fecha 4 de mayo de 2020	63
Anexo C-7	Decisión del Árbitro sobre la solicitud de autorización formulada por los Estados Unidos para presentar una comunicación adicional relativa a las repercusiones de la supuesta eliminación de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el nivel autorizado de contramedidas, de fecha 17 de junio de 2020	64
Anexo C-8	Comunicación del Árbitro a las partes, de fecha 26 de junio de 2020	70
Anexo C-9	Comunicación del Árbitro a las partes en la que se solicita autorización para examinar determinada ICSS de la UE, de fecha 5 de agosto de 2020	71
Anexo C-10	Comunicación del Árbitro a las partes en la que se solicita autorización para examinar determinada ICSS adicional de la UE, de fecha 19 de agosto de 2020	72
Anexo C-11	Comunicación del Árbitro a las partes relativa a las noticias de prensa en que consta el nivel de las contramedidas calculado por el Árbitro, de fecha 9 de octubre de 2020	73

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Brasil - Aeronaves (artículo 22.6 - 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 (artículo 22.6 - 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 (Ecuador) (artículo 22.6 - 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 - Banano III (Estados Unidos) (artículo 22.6 - 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 - 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) (artículo 22.6 - 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 1 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 1 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 (artículo 21.5- 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 (artículo 21.5 - 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>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)</i>	Decisión del Árbitro, <i>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</i> , WT/DS316/ARB y Add.1, 2 de octubre de 2019
<i>Estados Unidos - Acero al carbono (India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India</i> , WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/R y Add.1 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) (artículo 21.5 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 21.5 - 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) (artículo 22.6 - 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

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - 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 - 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) (artículo 21.5 - 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) (artículo 22.6 - 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 - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Cordero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001
<i>Estados Unidos - EPO (artículo 22.6 - 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 (artículo 21.5 - CE II)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/AB/RW2, adoptado el 14 de marzo de 2006
<i>Estados Unidos - EVE (artículo 22.6 - 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 - 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) (artículo 21.5 - 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) (artículo 21.5 - 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 - Incentivos fiscales</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS487/AB/R y Add.1, adoptado el 22 de septiembre de 2017
<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 (artículo 22.6 - 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 - Lavadoras (artículo 22.6 - 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 - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (CE) (artículo 22.6 - 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

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Chile) (artículo 22.6 - 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 - Ley de 1916 (CE) (artículo 22.6 - 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 - 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 - Métodos antidumping (China) (artículo 22.6 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Determinados métodos y su aplicación a procedimientos antidumping que atañen a China - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS471/ARB y Add.1, 1 de noviembre de 2019
<i>Estados Unidos - Papel estucado o cuché (Indonesia)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre determinado papel estucado o cuché procedente de Indonesia</i> , WT/DS491/R y Add.1, adoptado el 22 de enero de 2018
<i>Estados Unidos - Tubos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea</i> , WT/DS202/AB/R, adoptado el 8 de marzo de 2002
<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>Rusia - Porcinos (UE)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Federación de Rusia - Medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea</i> , WT/DS475/R y Add.1, adoptado el 21 de marzo de 2017, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS475/AB/R
<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>UE - Paquete energético</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Unión Europea y sus Estados miembros - Determinadas medidas relativas al sector de la energía</i> , WT/DS476/R, Add.1 y Corr.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 10 de agosto de 2018

PRUEBAS DOCUMENTALES MENCIONADAS EN LA PRESENTE DECISIÓN

Prueba documental	Título
EU-1	Base de datos de Ascend
EU-2 (ICC)	Tasas de incremento históricas y tasas de incremento previstas
EU-3 (ICSS)	Oferta definitiva a Air Canada, [[ICSS]]
EU-4 (ICSS)	Oferta definitiva a Delta Airlines, [[ICSS]]
EU-5 (ICSS)	Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2008, [[ICSS]]
EU-6 (ICSS)	Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2014, [[ICSS]]
EU-8	Oferta definitiva a Icelandair, [[ICSS]]
EU-12 (ICSS)	Índice de inflación de las LCA de Airbus
EU-13	Comunicado de prensa de Air Canada, "Air Canada Selects Boeing 737 MAX to Renew Mainline Narrowbody Fleet", 11 de diciembre de 2013 (Prueba documental EU-1571 CP)
EU-16	Comunicado de prensa de Icelandair, "Icelandair Group and Boeing Finalize Orders for 737 MAX", 13 de febrero de 2013
EU-19	Comunicado de prensa de Fly Dubai, "flydubai commits to USD 11.4 Billion 737 aircraft order", 17 de noviembre de 2013 (Prueba documental EU-1597 CP)
EU-20	Comunicado de prensa de Delta, "Delta Announces Order for 100 Boeing 737-900ER Aircraft", 25 de agosto 2011 (Prueba documental EU-1001 CP)
EU-21	Acuerdo complementario de Delta Airlines, 25 de agosto de 2011
EU-22 (ICSS)	Oferta previa a Delta Airlines [[ICSS]]
EU-25 (ICSS)	Valoración de las pérdidas de ventas de LCA de doble pasillo
EU-44 (ICC)	Tasas de rendimiento a 10 años de Airbus; varios años
EU-45 (ICC)	Tasas de supervivencia previstas para las LCA de Airbus
EU-46 (ICC)	Historial de cancelaciones de pedidos en las campañas de ventas de LCA de pasillo único y de doble pasillo en cuestión
EU-46a	FlightGlobal, "Analysis: No crisis for 787 despite big Qantas cancellation", 23 de agosto de 2012
EU-51 (ICSS)	Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE), primera comunicación escrita de la Unión Europea, 28 de marzo de 2013
EU-54 (ICSS)	Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE), respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, 8 de octubre de 2015
EU-58 (ICSS)	Valoración actualizada de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único
EU-59	Actualización de la base de datos de Ascend
EU-60 (ICSS)	Valoración actualizada de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único
EU-62 (ICSS)	Valoración de las pérdidas de ventas en el mercado de pasillo único basada en los números de entregas que figuran en las ofertas definitivas de Airbus
EU-63 (ICSS)	Valoración de las pérdidas de ventas en el mercado de doble pasillo basada en los números de entregas que figuran en las ofertas definitivas de Airbus
EU-64 (ICC)	Tasas de rendimiento a 10 años y CMPC de Airbus (2005-2018)
EU-65 (ICC)	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, informe del Grupo Especial, apéndice 2
EU-66 (ICC)	Declaración de [[***]], 21 de febrero de 2020 ("Airbus production capacity")
EU-67 (ICSS)	IndiGo, [[ICSS]]
EU-68 (ICSS)	IndiGo, [[ICSS]]
EU-69 (ICSS)	[[ICSS]]
EU-70 (ICSS)	[[ICSS]]
EU-71 (ICSS)	[[ICSS]]
EU-72 (ICSS)	Avianca [[ICSS]]
EU-73 (ICSS)	Avianca [[ICSS]]
EU-74 (ICC)	Actualización del historial de cancelaciones de pedidos en los mercados de LCA de pasillo único y de doble pasillo
EU-75	2RPQ - Actualización de la base de datos de Ascend
EU-76 (ICSS)	2RPQ - Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Boeing
EU-77 (ICSS)	2RPQ - Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus
EU-79	Daves, Philip R., Michael C. Ehrhardt y Robert A. Kunkel, 2002, "Estimating systematic risk: the choice of return interval and estimation period", Journal of Financial and Strategic Decision, volumen 13, número 1
EU-83 (ICSS)	Actualización de los índices de LCA, las tasas de incremento y el índice de inflación de las LCA de Airbus
EU-84 (ICSS)	2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Boeing

Prueba documental	Título
EU-85 (ICSS)	2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus
EU-87 (ICSS)	2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de doble pasillo - Calendarios de entregas de Airbus
USA-10	CMPC y factores de actualización de Airbus
USA-11	Índices de Precios al Productor - Panorama general del programa, Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales
USA-12	Datos relativos al IPP por rama de producción correspondientes a la fabricación de aeronaves - Aeronaves civiles, Sin ajustes estacionales (enero de 1986-marzo de 2019), Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales
USA-13	Cálculo de la tasa de supervivencia
USA-15	Shannon Ackert, <i>Commercial Aspects of Aircraft Customization</i> , Aircraft Monitor (2013)
USA-25 (ICSS)	Valor anualizado corregido de los efectos desfavorables, en dólares de 2104 y marzo de 2019
USA-32 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 10
USA-33 (ICC)	Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 32
USA-36	Revisión del cálculo de la tasa de supervivencia
USA-37	Actualización del CMPC y de los factores de actualización de Airbus
USA-44 (ICSS)	Valor anualizado corregido de los efectos desfavorables, en dólares de julio de 2015
USA-45	Estados financieros de 2018 de Airbus
USA-51 (ICC)	Declaración de [[***]] (28 de febrero de 2020) ("Declaración de Boeing")
USA-52	Comunicado de prensa de Icelandair, <i>Icelandair Group and Boeing Finalizes Order for 737 MAX</i> (13 de febrero de 2013)
USA-59 (ICSS)	Valor previsto de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 en dólares del año del pedido (Revisión)
USA-60 (ICSS)	Valor anualizado de los efectos desfavorables en dólares de 2015 (Revisión)
USA-77 (ICSS)	Acuerdo de compra de Fly Dubai 2008
USA-79 (ICSS)	Acuerdo de compra de Delta Airlines 2011
USA-81 (ICSS)	Acuerdo de compra de Air Canada 2013
USA-82 (ICSS)	Oferta definitiva en relación con Icelandair 2013
USA-83 (ICSS)	Acuerdo de compra de Icelandair 2013
USA-85 (ICSS)	Acuerdo de compra de Fly Dubai 2014
USA-87 (ICSS)	[[***]] de Boeing correspondientes a las campañas de ventas de Fly Dubai 2008 y Delta 2011
USA-99	Brealey, Myers y Allen, <i>Principles of Corporate Finance</i> , 9ª edición
USA-104 (ICSS)	Valor previsto de la pérdida de ventas en relación con [[***]] en dólares del año del pedido (Revisión)
USA-105 (ICSS)	Valor anualizado de los efectos desfavorables en dólares de 2015 (Revisión)

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LA PRESENTE DECISIÓN

Abreviatura	Descripción
737MAX	Boeing 737MAX
737NG	Boeing 737 de nueva generación
747-8I	Boeing 747-8 International
A320ceo	Airbus A320 - opción motor actual
A320neo	Airbus A320 - opción motor nuevo
A350XWB	Airbus A350 "eXtra widebody"
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
[[**]]	[[**]]
B&O	negocios y actividades
CA	aeronave civil
CE	Comunidades Europeas
CMPC	costo medio ponderado del capital
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas, A/Conf. 39/27
DOD	Departamento de Defensa de los Estados Unidos
EAU	Emiratos Árabes Unidos
EE.UU.	Estados Unidos de América
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
EVE	empresa de ventas en el extranjero
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ICC	información comercial confidencial
ICSS	información comercial sumamente sensible
IPC	índice de precios al consumo
IPP de fabricación de CA	índice de precios al productor de fabricación de aeronaves civiles de los Estados Unidos
IRB	bonos industriales
JAL	Japan Airlines
LCA	grandes aeronaves civiles
Ley IET	Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales, de 2000
NASA	Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio de los Estados Unidos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
UE	Unión Europea
USD	dólares EE.UU.
USDOD	Departamento de Defensa de los Estados Unidos
VAN	valor actual neto
VLA	aeronaves de muy gran tamaño

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Procedimiento inicial y procedimiento sobre el cumplimiento

1.1. El presente procedimiento de arbitraje se enmarca en la diferencia iniciada por la Unión Europea¹ en relación con determinadas medidas de los Estados Unidos que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (LCA).²

1.2. El procedimiento inicial en la presente diferencia comenzó el 27 de junio de 2005, cuando la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4.1, el artículo 7.1 y el artículo 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), el artículo XXIII:1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 y el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) en relación con medidas que afectan al comercio de LCA.³ El 20 de enero de 2006 la Unión Europea solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del ESD, el artículo XXIII:2 del GATT de 1994, y los artículos 4, 7 y 30 del Acuerdo SMC (en la medida en que el artículo 30 incorpora por referencia el artículo XXIII del GATT de 1994).⁴

1.3. El informe del Grupo Especial y el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial se distribuyeron a los Miembros el 31 de marzo de 2011 y el 12 de marzo de 2012, respectivamente. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación, el 23 de marzo de 2012.⁵ En el informe del Grupo Especial y el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial se constató que determinadas medidas de los Estados Unidos, incluidas las medidas adoptadas a nivel

¹ En el procedimiento del Grupo Especial inicial, la parte reclamante eran las Comunidades Europeas. La Unión Europea sustituyó y sucedió a las Comunidades Europeas a partir del 1 de diciembre de 2009, tras entrar en vigor el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el 1 de diciembre de 2009. Para facilitar la lectura, nos referimos a la "Unión Europea" al abordar sucesos que ocurrieron tanto antes como después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

² En el procedimiento inicial, el Grupo Especial hizo referencia a una nota de pie de página de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea en la que se indicaba que, de conformidad con el *Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación del Acuerdo GATT sobre el comercio de aeronaves civiles al comercio de grandes aeronaves civiles de 1992*, las "LCA" incluyen todas las aeronaves, tal como se definen en el artículo 1 del GATT sobre el comercio de aeronaves civiles, excepto los motores tal como se definen en el artículo 1.1 b), que estén destinadas al transporte de pasajeros y de carga, y tengan 100 o más plazas para pasajeros o su equivalencia en configuración para carga. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 2.1 y 7.1. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1.)

³ Documento WT/DS353/1 (distribuido inicialmente con la signatura WT/DS317/1/Add.1, corregido por el documento WT/DS353/1). El procedimiento inicial debe examinarse en el contexto de un procedimiento anterior que se inició en octubre de 2004 cuando la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos respecto a las supuestas subvenciones prohibidas y recurribles otorgadas a productores estadounidenses de LCA. El 20 de julio de 2005, el OSD estableció un grupo especial en ese procedimiento (*Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (DS317)*) cuya composición quedó establecida el 17 de octubre de 2005. En septiembre de 2005, el OSD inició un procedimiento del anexo V con respecto al asunto DS317 y designó al Sr. Mateo Diego-Fernández como representante del OSD para ese procedimiento. (OSD, Acta de la reunión celebrada el 23 de septiembre de 2005, WT/DSB/M/197, párrafos 6-10) En su solicitud de celebración de consultas de junio de 2005 en la diferencia DS353, la Unión Europea se remitió a la declaración formulada por los Estados Unidos en la reunión del OSD celebrada el 13 de junio de 2005, según la cual 13 de los 28 programas de subvenciones enumerados por la Unión Europea en su solicitud de establecimiento de un grupo especial relativa al asunto DS317 no se habían enumerado en la solicitud de celebración de consultas relativa al asunto DS317 de 6 de octubre de 2004. La Unión Europea señaló que no podía estar de acuerdo con la aseveración de los Estados Unidos pero que estaba dispuesta a celebrar consultas sobre las cuestiones planteadas en este procedimiento ulterior con el fin de aclararlas y, de ser posible, resolverlas.

⁴ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea, WT/DS353/2 (distribuida inicialmente como documento WT/DS317/5, corregido por el documento WT/DS353/2 y por el documento WT/DS353/2/Corr.1).

⁵ OSD, Acta de la reunión celebrada el 23 de marzo de 2012, WT/DSB/M/313 (distribuida el 29 de marzo de 2012), párrafo 79.

subfederal, constituían subvenciones específicas a la rama de producción de LCA de los Estados Unidos⁶ y eran incompatibles con el Acuerdo SMC.

1.4. En primer lugar, el Grupo Especial constató que determinadas exenciones y exclusiones fiscales concedidas a Boeing en virtud de la legislación relativa a las empresas de ventas en el extranjero (EVE) y la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales de 2000 (Ley IET), incluidas las disposiciones transitorias y de anterioridad de la Ley IET y la Ley de Creación de Empleo en los Estados Unidos de 2004, eran subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido de los artículos 3.1 a) y 3.2 del Acuerdo SMC.⁷ Esta constatación no fue objeto de apelación.

1.5. En segundo lugar, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que las siguientes medidas eran incompatibles con el artículo 5 c) y el artículo 6 del Acuerdo SMC:

- a. los pagos realizados a Boeing por la Administración Nacional de Aeronáutica Espacial (NASA) en virtud de contratos de compra suscritos en el marco de ocho programas de investigación y desarrollo aeronáuticos, y el acceso a instalaciones, equipos y empleados facilitado a Boeing en virtud de contratos de compra y acuerdos en el marco de la Ley del Espacio suscritos en el marco de esos programas;
- b. los pagos y el acceso a las instalaciones otorgados a Boeing por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos (DOD) en virtud de instrumentos de asistencia suscritos en el marco de 23 programas de investigación, desarrollo, prueba y evaluación (programas RDT&E);
- c. las exenciones y exclusiones fiscales concedidas a Boeing en virtud de las medidas EVE/IET;
- d. la reducción del tipo del impuesto sobre negocios y actividades (B&O) del estado de Washington concedida a los fabricantes de aeronaves comerciales y sus componentes; y
- e. las reducciones de impuestos sobre la propiedad y las ventas relacionadas con los bonos industriales (IRB) emitidos por la ciudad de Wichita (Kansas).

1.6. Se constató que estos cinco grupos de medidas comportaban subvenciones específicas, en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC, y causaban un perjuicio grave a los intereses de la Unión Europea, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 del Acuerdo SMC, del modo siguiente:

- a. las medidas de la NASA y el DOD en materia de investigación y desarrollo aeronáuticos causaron un perjuicio grave, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 b) y c), respecto del mercado de productos LCA de 200-300 asientos en forma de amenaza de desplazamiento y obstaculización de las exportaciones de la Unión Europea a determinados mercados de terceros países y una pérdida significativa de ventas;
- b. las exenciones y exclusiones fiscales concedidas a Boeing de conformidad con las medidas EVE/IET, junto con la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, causaron un perjuicio grave, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 c), respecto del mercado de productos LCA de 100-200 asientos en forma de una pérdida significativa de ventas; y
- c. las reducciones de impuestos sobre la propiedad y las ventas relacionadas con los IRB emitidos por la ciudad de Wichita (Kansas) complementaron y suplementaron los efectos en los precios de las subvenciones EVE/IET y las reducciones del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, lo que causó un perjuicio grave a los intereses de la Unión

⁶ En el procedimiento inicial, la Unión Europea utilizó el término "rama de producción de grandes aeronaves civiles de los Estados Unidos" para referirse a The Boeing Company y McDonnell Douglas Corporation antes de su fusión con Boeing en 1997. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafos 2.1 y 7.1 y nota 1042)

⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafos 7.1434-7.1464 y 8.2.

Europea, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 c), en el mercado de productos LCA de 100-200 asientos en forma de una pérdida significativa de ventas.

1.7. En relación con la constatación de que las medidas EVE/IET eran subvenciones prohibidas, en el sentido de los artículos 3.1 a) y 3.2 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial inicial se abstuvo de formular una nueva recomendación con arreglo al artículo 4.7. El Grupo Especial tomó nota de "la conclusión del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - EVE (artículo 21.5 - CE II)*, confirmada por el Órgano de Apelación, de que la recomendación formulada por el Grupo Especial en la diferencia *Estados Unidos - EVE* seguía siendo 'operativa'".⁸

1.8. Respecto de las constataciones de perjuicio grave causado por determinadas subvenciones, el Órgano de Apelación recomendó lo siguiente:

{Q}ue el OSD pida a los Estados Unidos que pongan las medidas que, según se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, son incompatibles con el *Acuerdo SMC* en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de ese Acuerdo. Más concretamente, habida cuenta de las recomendaciones formuladas por el Grupo Especial en el párrafo 8.9 de su informe y las disposiciones del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación recomienda que los Estados Unidos adopten las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables que, según se ha constatado, han sido causados por su utilización de subvenciones, o para retirar dichas subvenciones.⁹

1.9. De conformidad con los artículos 7.8 y 7.9 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos tenían seis meses a partir de la fecha de 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 o retirar las subvenciones (el plazo para la aplicación). El plazo para la aplicación expiró el 23 de septiembre de 2012. El 23 de septiembre de 2012, los Estados Unidos presentaron una notificación al OSD en la que identificaban "varias medidas para retirar las subvenciones que, según se constató, ha{bía}n causado efectos desfavorables o eliminar sus efectos desfavorables", habida cuenta de lo cual los Estados Unidos consideraban que "ha{bía}n cumplido plenamente las recomendaciones y resoluciones del {OSD} en esta diferencia".¹⁰

1.10. El 24 de abril de 2012, las partes informaron al OSD del Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD y el artículo 7 del Acuerdo SMC entre la Unión Europea y los Estados Unidos (el acuerdo sobre la secuencia).¹¹ El 25 de septiembre de 2012, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos porque, en su opinión, "{l}as medidas y los hechos enumerados por los Estados Unidos en su notificación de 23 de septiembre de 2012 no retiran las subvenciones ni eliminan sus efectos desfavorables, como exigen el artículo 4.7 y el artículo 7.8 del Acuerdo SMC" y porque "los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD".¹² La Unión Europea y los Estados Unidos celebraron consultas el 10 de octubre de 2012, pero las consultas no permitieron resolver la diferencia. El 11 de octubre de 2012, la Unión Europea solicitó el establecimiento de un grupo especial "de conformidad con el artículo 4.4 y el artículo 7.4 del Acuerdo SMC y el artículo 21.5 del ESD", con el mandato uniforme.¹³ En su reunión de 23 de octubre de 2012, el OSD acordó remitir esta diferencia al Grupo Especial inicial, de ser posible, de

⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 8.7.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1352. (con resalte en el original)

¹⁰ Comunicación de los Estados Unidos, WT/DS353/15 (comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 2.

¹¹ Comunicación de las partes, WT/DS353/14 (Entendimiento entre la Unión Europea y los Estados Unidos con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD). De conformidad con el acuerdo sobre la secuencia, las partes convinieron, entre otras cosas, que si la cuestión se sometía a arbitraje antes de que el OSD hubiera adoptado sus resoluciones tras un procedimiento del artículo 21.5, las partes solicitarían lo antes posible al árbitro previsto en el artículo 22.6 que suspendiera sus trabajos.

¹² Solicitud de celebración de consultas presentada por la Unión Europea, recurso al artículo 21.5 del ESD, WT/DS353/16 (solicitud de celebración de consultas de la Unión Europea), página 2.

¹³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea, recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS353/18 (solicitud de establecimiento de un grupo especial de la Unión Europea), párrafo 34.

conformidad con el artículo 21.5 del ESD.¹⁴ De conformidad con el artículo 21.5 del ESD, el 30 de octubre de 2012 se estableció la composición del Grupo Especial.¹⁵

1.11. El Grupo Especial sobre el cumplimiento publicó su informe provisional a las partes el 16 de septiembre de 2016.¹⁶ El 5 de diciembre de 2016, el Órgano de Apelación recibió una carta de la Unión Europea en la que se hacía referencia a una apelación prevista en esta diferencia, a la apelación en curso en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)* (el procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316) y a una apelación inminente en *Estados Unidos - Incentivos fiscales* (DS487). En su carta, a la Unión Europea solicitaba que las fechas de las audiencias en las tres apelaciones fueran lo suficientemente próximas, de manera que no se resolviera efectivamente en una apelación una cuestión específica antes de que fuera abordada la cuestión conexa en las otras apelaciones.¹⁷ Tras recibir las observaciones de los Estados Unidos y los terceros participantes a la solicitud de la Unión Europea, el Órgano de Apelación indicó mediante carta de fecha 22 de diciembre de 2016 que tendría en cuenta la solicitud de la Unión Europea, así como las observaciones recibidas, durante los procedimientos de apelación en las tres diferencias.¹⁸

1.12. El 9 de junio de 2017, el Grupo Especial sobre el cumplimiento publicó su informe, en el que constataba, entre otras cosas, lo siguiente:

- a. los Estados Unidos no habían retirado la subvención en el sentido del artículo 7.8 del Acuerdo SMC en relación con las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos de la NASA y el DOD anteriores a 2007 que fueron objeto de las recomendaciones y resoluciones del OSD, y en relación con determinadas medidas de los Estados Unidos posteriores a 2006 que habían sido impugnadas en el procedimiento sobre el cumplimiento y que el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que comportaban subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC¹⁹; y
- b. los Estados Unidos no habían adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables en el sentido del artículo 7.8 del Acuerdo SMC en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, cuyos efectos la Unión Europea demostró que eran: i) una causa auténtica y sustancial de pérdida significativa de ventas, en el sentido del artículo 5 c) y el artículo 6.3 del Acuerdo SMC, de las familias de LCA A320neo y A320ceo en el mercado de LCA de pasillo único, en relación con las

¹⁴ OSD, Acta de la reunión celebrada el 23 de octubre de 2012, WT/DSB/M/323, párrafo 81. En esa reunión, los Estados Unidos expusieron su opinión de que el Grupo Especial se establecía solo de conformidad con el artículo 21.5 del ESD (WT/DSB/M/323, párrafos 78 y 79).

¹⁵ *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, Constitución del Grupo Especial, Nota de la Secretaría, WT/DS353/21 (distribuido el 5 de noviembre de 2012), párrafo 3.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.1.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 1.21. El Grupo Especial sobre el cumplimiento de la diferencia DS316 había distribuido su informe el 22 de septiembre de 2016, y la Unión Europea había presentado un anuncio de apelación en esa diferencia el 13 de octubre de 2016. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafos 1.11 y 1.14) El informe del Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316 se distribuyó el 15 de mayo de 2018. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE)). El procedimiento de la diferencia DS316 se analiza en mayor detalle en la sección 5 *infra*.

¹⁸ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 1.21; *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 1.5; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 1.23.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 11.7. Las medidas posteriores a 2006 que se constató que constituían subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC figuran en el párrafo 11.7 b) del informe del Grupo Especial. En lo que respecta a las exenciones y exclusiones fiscales en virtud de la legislación EVE/IET y la legislación que la sucedió, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la Unión Europea no había establecido que Boeing recibiera realmente beneficios fiscales EVE/IET después de 2006, y que en consecuencia la medida entrañase una contribución financiera en el sentido del artículo 1.1 a) 1) ii) del Acuerdo SMC. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 11.7 c) ii)).

campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Air Canada 2013 e Icelandair 2013, en el período posterior a la aplicación; y ii) una causa auténtica y sustancial de amenaza de obstaculización de las importaciones del A320ceo en el mercado estadounidense de aeronaves de pasillo único, y de amenaza de obstaculización de las exportaciones de LCA de pasillo único de Airbus al mercado de tercer país de los Emiratos Árabes Unidos (EAU), en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 a) y b) del Acuerdo SMC en el período posterior a la aplicación.²⁰

1.13. El Grupo Especial sobre el cumplimiento formuló además otras constataciones, entre ellas, las siguientes:

- a. con respecto a la alegación de la Unión Europea de que los Estados Unidos no habían cumplido la obligación que les correspondía de adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables en el sentido del artículo 7.8 del Acuerdo SMC, la Unión Europea no había establecido: i) que los efectos de determinadas subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos y otras subvenciones fueran una causa auténtica y sustancial de pérdida significativa de ventas, contención significativa de la subida de los precios, obstaculización de las importaciones en el mercado de los Estados Unidos u obstaculización de las exportaciones a diversos mercados de terceros países, ni de amenazas de ninguna de las circunstancias anteriores, en el sentido del artículo 5 c) y el artículo 6.3 a), b) y c) del Acuerdo SMC en lo que respecta al A350XWB en el período posterior a la aplicación; o ii) que los efectos desfavorables iniciales de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en lo que respecta al A330 y el A350 original persistan en el período posterior a la aplicación como una contención significativa de la subida de los precios del A330 y el A350XWB, una pérdida significativa de ventas del A350XWB, o una amenaza de obstaculización de las exportaciones del A350XWB en el mercado de LCA de doble pasillo, en el sentido del artículo 5 c) y el artículo 6.3 a), b) y c) del Acuerdo SMC en el período posterior a la aplicación; y iii) que los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 y las subvenciones posteriores a 2006 sean una causa auténtica y sustancial de contención significativa de la subida de los precios del A320neo o el A320ceo, obstaculización de las importaciones del A320neo o el A320ceo en el mercado de los Estados Unidos, o desplazamiento y obstaculización de las exportaciones del A320neo o el A320ceo a los mercados de tercer país de Australia, el Brasil, el Canadá, Islandia, Indonesia, Malasia, México, Noruega, Rusia y Singapur, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 a), b) y c) del Acuerdo SMC, ni de amenazas de ninguna de las circunstancias anteriores, en el período posterior a la aplicación²¹; y
- b. con respecto a las alegaciones formuladas por la Unión Europea al amparo de los artículos 3.1 y 3.2 del Acuerdo SMC y el artículo III.4 del GATT de 1994, que, en la medida en que el Grupo Especial sobre el cumplimiento había constatado que las alegaciones estaban comprendidas en el ámbito del procedimiento sobre el cumplimiento, y que las medidas en litigio eran subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, la Unión Europea no había establecido que las subvenciones fueran incompatibles con los artículos 3.1 a) y 3.2 o los artículos 3.1 b) y 3.2 del Acuerdo SMC, o con el artículo III.4 del GATT de 1994.²²

1.14. A la luz de lo expuesto *supra*, el Grupo Especial sobre el cumplimiento concluyó que, al seguir infringiendo el artículo 5 c) y el artículo 6.3 a), b) y c) del Acuerdo SMC, los Estados Unidos no habían "cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de 'adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{} la subvención'".²³

²⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 11.8.

²¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.177, 9.186, 9.197, 9.216-9.217, 9.218-9.220, 9.355, 9.372-9.373 y 11.8 a), b) y e).

²² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 11.9.

²³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 11.10.

1.15. El 27 de junio de 2017, la Unión Europea notificó al OSD su intención de apelar el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento y presentó un anuncio de apelación.²⁴

1.16. El 28 de marzo de 2019, el Órgano de Apelación emitió su informe relativo al procedimiento sobre el cumplimiento de la presente diferencia. El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial relativas a la existencia de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, a saber, que la Unión Europea había establecido que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington causaba una pérdida significativa de ventas, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC, en el mercado de LCA de pasillo único, con respecto a las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Icelandair 2013 y Air Canada 2013, así como una amenaza de obstaculización de las importaciones de LCA de pasillo único de Airbus en los Estados Unidos y de las exportaciones de LCA de pasillo único de Airbus a los EAU, en el sentido del artículo 5 c) y del artículo 6.3 a) y b) del Acuerdo SMC, en el período posterior a la aplicación.²⁵

1.17. El Órgano de Apelación también revocó diversas constataciones más del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Entre las revocadas figuraban las constataciones de que la Unión Europea no había demostrado que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 seguían causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación y que los Estados Unidos seguían otorgando o manteniendo las subvenciones EVE/IET en el período posterior a la aplicación. Más concretamente, el Órgano de Apelación:

- a. revocó la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que la Unión Europea no había demostrado: i) que los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en relación con el desarrollo de tecnología por Boeing para el 787²⁶ hayan continuado en el período posterior a la aplicación; ii) la existencia de efectos tecnológicos de las subvenciones iniciales causados por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en relación con el desarrollo de tecnología por Boeing para el 787 en el período posterior a la aplicación; y iii) la existencia de efectos tecnológicos indirectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 con respecto a las aeronaves 787-9/10, 777X y 737MAX en el período posterior a la aplicación, como consecuencia de lo cual (y en esa medida), el Órgano de Apelación revocó asimismo las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que la Unión Europea no había establecido que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 sean una causa auténtica y sustancial de ninguna de las formas de perjuicio grave alegadas con respecto a las aeronaves A350XWB y A320neo en el período posterior a la aplicación, a través de un mecanismo causal basado en la tecnología. El Órgano de Apelación constató además que no podía completar el análisis en relación con la cuestión de si seguía habiendo efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación²⁷; y

²⁴ WT/DS353/27; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 1.22.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.569 y 6.13 b). El informe del Órgano de Apelación presenta las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento como constataciones relacionadas con las "subvenciones fiscales vinculadas". Sin embargo, las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en los párrafos 9.407, 9.444 y 11.8.c-d de su informe se refieren específicamente a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington. En su informe, el Grupo Especial sobre el cumplimiento identifica las medidas incluidas en la categoría "subvenciones fiscales vinculadas" en el mercado de aeronaves de doble pasillo en el párrafo 9.234 ("[l]as subvenciones fiscales vinculadas ... son las reducciones del tipo del impuesto B&O del estado de Washington y la ciudad de Everett") y en el mercado de aeronaves de pasillo único en el párrafo 9.378 ("[l]a subvención comprendida en la categoría combinada de subvenciones fiscales vinculadas ... es la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington").

²⁶ Esos efectos de aceleración se describen en el párrafo 5.373 del informe del Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.416, 5.420-5.421, 5.443 y 6.11. El Órgano de Apelación confirmó expresamente la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento (que figura en los párrafos 9.332 y 11.8 b) de su informe) de que la Unión Europea no había establecido que los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 continuaran en el período posterior a la aplicación como perjuicio grave actual en relación con las aeronaves A330 y A350XWB, en el sentido del

- b. revocó la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que la Unión Europea no había establecido que, después de expirado el plazo para la aplicación, los Estados Unidos concedan o mantengan subvenciones a Boeing en forma de concesiones fiscales para EVE/IET. El Órgano de Apelación completó el análisis y constató que, en la medida en que Boeing seguía teniendo derecho a las concesiones fiscales para EVE/IET en el período posterior a la aplicación, los Estados Unidos no habían dejado de proporcionar una contribución financiera y, por lo tanto, no habían retirado las subvenciones EVE/IET con respecto a Boeing en el sentido del artículo 7.8 del Acuerdo SMC.²⁸

1.18. El informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, modificado por el informe del Órgano de Apelación, fueron adoptados por el OSD el 11 de abril de 2019.²⁹

1.2 Remisión a arbitraje y procedimiento de arbitraje

1.19. El 27 de septiembre de 2012, la Unión Europea solicitó autorización al OSD para "adoptar contramedidas que sean apropiadas {en el sentido del artículo 4.10 del Acuerdo SMC}, y proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado {en el sentido del artículo 7.9 del Acuerdo SMC}". En su solicitud, la Unión Europea consideró que "las contramedidas que son conformes con dichos criterios asc{endían} en total a 12.000 millones de dólares EE.UU. {USD} anuales aproximadamente".³⁰

1.20. En la solicitud de la Unión Europea se declara que la Unión Europea tiene intención, en primer lugar, de adoptar contramedidas en el sector de las mercancías, pero que, en conformidad con el artículo 22.3 c) del ESD, la Unión Europea considera que es impracticable o ineficaz adoptar contramedidas en el sector de las mercancías por la cuantía total de USD 12.000 millones, y que las circunstancias son suficientemente graves, habida cuenta, entre otras cosas, del grado y la naturaleza de los efectos desfavorables y el perjuicio grave. En consecuencia, la Unión Europea señaló que sus contramedidas consistirían en una o varias de las siguientes:

- a. suspensión de concesiones arancelarias y otras obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 respecto de una lista de productos estadounidenses que se establecería oportunamente;
- b. suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco del Acuerdo SMC; y,
- c. en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), suspensión de compromisos horizontales o sectoriales incluidos en la Lista refundida de compromisos específicos de la Unión Europea, suplementada para incorporar las Listas individuales de compromisos específicos de sus Estados miembros, con respecto a todos los sectores principales identificados en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios.³¹

1.21. El 22 de octubre de 2012, los Estados Unidos impugnaron el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesto por la Unión Europea y alegaron que la Unión Europea no había seguido los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD. Asimismo, los Estados Unidos declararon que la Unión Europea carecía de fundamento jurídico para solicitar la autorización de contramedidas en virtud del artículo 4.10 del Acuerdo SMC, considerando que no se habían formulado recomendaciones del OSD con arreglo al artículo 4 del Acuerdo SMC.³²

artículo 5 c) y del artículo 6.3 del Acuerdo SMC. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.362-5.363 y 6.10 b)).

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.171-5.172 y 6.4.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial de conformidad con el artículo 21.5 del ESD, *Actuación del Órgano de Solución de Diferencias*, WT/DS353/32.

³⁰ Recurso de la Unión Europea al párrafo 2 del artículo 22 del ESD y al párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, WT/DS353/17. En la solicitud de la Unión Europea se indica que la Unión Europea puede actualizar esa cuantía anualmente utilizando los datos disponibles más recientes.

³¹ Recurso de la Unión Europea al párrafo 2 del artículo 22 del ESD y al párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, WT/DS353/17.

³² Recurso de los Estados Unidos al artículo 22.6 del ESD, WT/DS353/19.

1.22. En su reunión de 23 de octubre de 2012, el OSD acordó que la cuestión planteada por los Estados Unidos en el documento WT/DS353/19 fuese sometida a arbitraje, como exigía el artículo 22.6 del ESD.³³ El Árbitro se constituyó el 5 de noviembre de 2012³⁴ y quedó integrado por los miembros del Grupo Especial inicial:

Presidente: Sr. Crawford Falconer

Miembros: Sr. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Virachai Plasai

1.23. De conformidad con los términos del acuerdo sobre la secuencia suscrito por las partes y en respuesta a una solicitud conjunta de las partes, el Árbitro suspendió el procedimiento de arbitraje desde el 28 de noviembre de 2012 hasta que alguna de las partes solicitara la reanudación de sus trabajos.³⁵

1.24. El 5 de junio de 2019 (55 días después de que el OSD adoptase los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial en el procedimiento sobre el cumplimiento el 11 de abril de 2019), la Unión Europea solicitó que se reanudasen los trabajos del Árbitro. El Árbitro reanudó sus trabajos ese mismo día.³⁶ Al no estar disponibles los miembros iniciales para ejercer como miembros del Árbitro, el Director General designó una nueva Presidenta y nuevos miembros del Árbitro el 3 de junio de 2019, de conformidad con una solicitud de la Unión Europea presentada el 20 de mayo de 2019.³⁷ La nueva composición del Árbitro fue la siguiente:

Presidenta: Sra. Andrea Marie Dawes (de soltera Brown)

Miembros: Sra. Tracey Epps
Sr. Eduardo Muñoz

1.25. El 27 de junio de 2019 se celebró una reunión de organización para tratar aspectos procedimentales del procedimiento de arbitraje. Tanto antes como después de la reunión de organización, en cartas de fecha 25 de junio de 2019 y 1 de julio de 2019, respectivamente, la Unión Europea planteó preocupaciones sobre el proyecto de calendario enviado por el Árbitro a las partes antes de la reunión. La Unión Europea adujo que el calendario propuesto por el Árbitro era inaceptable teniendo en cuenta el calendario adoptado por el Árbitro en el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)* (procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316). La Unión Europea instó al Árbitro, en aras de la "imparcialidad", a que reconsiderase el calendario propuesto y celebrase la reunión sustantiva con las partes en diciembre de 2019, en lugar de los días 11-13 de febrero de 2020, como había propuesto el Árbitro en su proyecto de calendario.³⁸

1.26. Los Estados Unidos respondieron en la reunión de organización y posteriormente por escrito el 1 de julio de 2019 que no tenían objeciones al calendario propuesto por el Árbitro. Adujeron que la propuesta de la Unión Europea de que hubiera una correspondencia estricta entre los calendarios adoptados por el Árbitro y el Árbitro del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 estaba fuera de lugar y plantearía problemas al vincular indebidamente una diferencia con otra, lo cual iría en contra de lo que establece el artículo 3.10 del ESD. Los Estados Unidos adujeron que, en cualquier caso, el proyecto de calendario propuesto por el Árbitro era sustancialmente similar al calendario adoptado en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316. Los Estados Unidos instaron al Árbitro a que basase su calendario en la complejidad sustantiva del asunto, el tiempo que necesitaban las partes para examinar las cuestiones en su totalidad y el tiempo que necesitaba el Árbitro para presentar una decisión que estuviese en consonancia con su mandato.³⁹

³³ OSD, Acta de la reunión celebrada el 23 de octubre de 2012, WT/DSB/M/323, párrafo 74.

³⁴ Constitución del Árbitro, Nota, WT/DS353/20.

³⁵ Comunicación del Árbitro, WT/DS353/22 (Suspensión de los trabajos del Árbitro). Véase la nota 11 *supra*.

³⁶ Comunicación del Árbitro, WT/DS353/33 (Reanudación de los trabajos del Árbitro).

³⁷ Nota de constitución del Árbitro, WT/DS353/3/Add.1.

³⁸ Comunicaciones de la Unión Europea (25 de junio de 2019 y 1 de julio de 2019).

³⁹ Comunicación de los Estados Unidos (1 de julio de 2019).

1.27. El 8 de julio de 2019, el Árbitro envió un proyecto de calendario revisado a las partes junto con una comunicación en la que abordaba las diversas cuestiones planteadas por la Unión Europea en relación con el calendario y en la que señalaba que el Árbitro había decidido que era posible adelantar dos semanas la fecha de la reunión sustantiva sin comprometer indebidamente su capacidad de prepararse adecuadamente para la reunión.⁴⁰ Tras asegurarse de que las partes no tenían problemas que les impidiesen participar en la reunión sustantiva de los días 28-30 de enero de 2020, el Árbitro adoptó su calendario el 9 de julio de 2019.⁴¹

1.28. El 8 de julio de 2019, el Árbitro adoptó su Procedimiento de trabajo y su Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial (ICC) y la información comercial sumamente sensible (ICSS) (Procedimiento relativo a la ICC/ICSS).⁴² El 6 de diciembre de 2019, el Árbitro adoptó un Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro en relación con la grabación y la presentación en diferido al público de las declaraciones orales iniciales de las partes en la reunión sustantiva (véase la sección 2.2 *infra*).⁴³

1.29. De conformidad con el calendario y el Procedimiento de trabajo adoptados por el Árbitro, el 25 de julio de 2019 la Unión Europea presentó una comunicación en la que explicaba su metodología para calcular el nivel de suspensión propuesto, "correspondiente a aproximadamente {USD} 10.020 millones" anuales.⁴⁴ Los Estados Unidos presentaron su comunicación escrita el 12 de septiembre de 2019. La Unión Europea presentó su comunicación escrita el 17 de octubre de 2019. El 7 de noviembre de 2019, el Árbitro envió un primer conjunto de preguntas a las partes para que respondieran por escrito, y las partes respondieron el 21 de noviembre de 2019.

1.30. El Árbitro celebró su reunión sustantiva con las partes los días 28-30 de enero de 2020. El 6 de febrero de 2020, tras la reunión sustantiva con las partes, el Árbitro envió un segundo conjunto de preguntas a las partes para que presentaran las respuestas por escrito el 20 de febrero de 2020 a más tardar y las observaciones, de haberlas, sobre las respuestas de la otra parte el 5 de marzo de 2020 a más tardar.

1.31. En una carta de fecha 10 de febrero de 2020, los Estados Unidos solicitaron al Árbitro que ampliara el plazo de presentación de las respuestas al 2 de marzo de 2020 y el plazo de presentación de las observaciones sobre las respuestas al 16 de marzo de 2020. En apoyo de su solicitud, los Estados Unidos señalaron que necesitarían consultar con Boeing para obtener los documentos y la información solicitada por el Árbitro, e identificaron varias etapas en ese proceso para las que los Estados Unidos y Boeing requerirían tiempo y recursos. Por último, los Estados Unidos señalaron que, en circunstancias similares, el Árbitro del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 había ampliado 10 días el plazo para presentar respuestas a las preguntas que había enviado tras la reunión sustantiva.⁴⁵

1.32. La Unión Europea respondió que el Árbitro debía rechazar la solicitud de los Estados Unidos, alegando que la comparación que hacían los Estados Unidos de las circunstancias del presente caso con las circunstancias en las que el Árbitro del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 había prorrogado el plazo para presentar las respuestas como base para justificar su solicitud era errónea y carecía de validez, ya que el número de preguntas formuladas y de documentos solicitados por ese Árbitro excedía con mucho lo que pedía el Árbitro en el presente procedimiento. Asimismo, señaló que muchas de las cuestiones que formaban parte del segundo conjunto de preguntas escritas

⁴⁰ Comunicación del Árbitro a las partes relativa al calendario y el procedimiento de trabajo (8 de julio de 2019), anexo C-1.

⁴¹ El 10 de septiembre de 2019, la Presidenta del Árbitro recibió una carta del Consejero Delegado de Air Baltic Corporation, dirigida también, entre otros, al Presidente del Árbitro de la diferencia DS316 y el Director General de la OMC, en la que instaba "a la OMC a que aliente y ayude a las partes a tratar de resolver las diferencias coordinando las decisiones de los {árbitros} en ambos procedimientos". El 13 de septiembre de 2019, el Árbitro remitió a las partes la carta de 10 de septiembre de 2019. El 18 de septiembre de 2019, el Árbitro respondió por carta al Consejero Delegado de Air Baltic Corporation, acusando recibo de la carta de 10 de septiembre de 2019 y señalando que el Árbitro había remitido la carta a las partes.

⁴² Véanse el Procedimiento de trabajo del Árbitro, anexo A-1; y el Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial y la información comercial sumamente sensible, anexo A-2.

⁴³ Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro, anexo A-3.

⁴⁴ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 216 (no se reproduce el resalte). Véase sin embargo el párrafo 6.6.c *infra* y las notas 123 y 597 para posteriores revisiones del nivel de suspensión propuesto realizadas por la Unión Europea.

⁴⁵ Comunicación de los Estados Unidos (10 de febrero de 2020).

ya se habían planteado oralmente a las partes en la reunión sustantiva con las partes, lo que reducía aún más el número de preguntas para las que los Estados Unidos tenían que elaborar una respuesta nueva. Por último, la Unión Europea adujo que, como buen litigante, los Estados Unidos habrían consultado los documentos solicitados por el Árbitro al establecer sus posiciones en el presente procedimiento.⁴⁶

1.33. En una comunicación a las partes de fecha 14 de febrero de 2020, el Árbitro indicó que había decidido revisar los plazos de presentación de las respuestas al segundo conjunto de preguntas escritas del Árbitro, que quedó fijado para el 2 de marzo de 2020, y para la presentación de observaciones sobre las respuestas, que quedó fijado para el 16 de marzo de 2020. En su comunicación, el Árbitro dijo que era consciente de las preocupaciones de la Unión Europea y señaló que no esperaba que esa prórroga retrasase de manera considerable el conjunto de su labor.⁴⁷ En consecuencia, el calendario se revisó el 14 de febrero de 2020.

1.34. El 28 de septiembre de 2020, el Árbitro dio traslado a las partes de una versión de su decisión que contenía ICC y una versión expurgada para su distribución pública. En esa misma fecha, el Árbitro facilitó sus cálculos ICSS subyacentes a la cifra que figura en el párrafo 6.311 de la presente decisión. Las partes respondieron con solicitudes para que se modificara la expurgación de la información el 2 de octubre de 2020. En respuestas a noticias que empezaron a aparecer en los medios de comunicación el 30 de septiembre de 2020, en las que se informaba del nivel de contramedidas calculado por el Árbitro, el Árbitro dio traslado de una comunicación a las partes que figura en el anexo C-11. La decisión del Árbitro se distribuyó a los Miembros de la OMC el 13 de octubre de 2020.

2 CUESTIONES PROCEDIMENTALES

2.1. En esta sección, el Árbitro examina cinco cuestiones procedimentales: a) el trato dado a la ICC y la ICSS; b) la decisión de grabar partes de la reunión sustantiva para su posterior presentación al público; c) una objeción planteada por los Estados Unidos en relación con el uso de determinada ICSS por la Unión Europea en sus respuestas a las preguntas del Árbitro a las partes; d) las comunicaciones entre el Árbitro y las partes relativas a los efectos de la pandemia de COVID-19 en la labor del Árbitro; y e) la solicitud de los Estados Unidos de autorización para presentar una nueva comunicación relativa a la supuesta supresión de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington a partir del 1 de abril de 2020.

2.1 Trato de la ICC y la ICSS

2.2. Como se ha señalado anteriormente, el 8 de julio de 2019 el Árbitro adoptó un Procedimiento relativo a la ICC/ICSS.⁴⁸ En el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS, 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 las actuaciones, así como la utilización admisible de esta, a determinadas personas designadas previamente y en determinados lugares seguros designados en su caso, y c) se establece cómo se tratará y gestionará la ICC y la ICSS que figure en las comunicaciones de las partes al Árbitro.⁴⁹

2.3. Además, el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS prevé que el Árbitro no divulgará ICC ni ICSS en su decisión, pero podrá formular declaraciones o inferir conclusiones que estén basadas en datos extraídos de la ICC y la ICSS. El Procedimiento relativo a la ICC/ICSS también prevé que, antes de distribuir la decisión del Árbitro a los Miembros de la OMC, se dará a las partes la oportunidad de cerciorarse de que no contiene ninguna información ICC o ICSS. Los párrafos pertinentes del

⁴⁶ Comunicación de la Unión Europea (12 de febrero de 2020).

⁴⁷ Comunicación del Árbitro relativa a la solicitud de los Estados Unidos de que se amplíe el plazo de presentación de respuestas a las preguntas (14 de febrero de 2020), anexo C-3.

⁴⁸ Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial y la información comercial sumamente sensible, anexo A-2.

⁴⁹ El Procedimiento relativo a la ICC/ICSS adoptado inicialmente establecía además que, en consulta con las partes, el Árbitro establecería en su momento, pero en ningún caso después de la terminación del procedimiento de arbitraje, según se define en el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS, procedimientos apropiados para la devolución y destrucción de la ICC e ICSS presentadas por las partes al Árbitro. Dichos procedimientos se adoptaron el 9 de octubre de 2020.

Procedimiento relativo a la ICC/ICSS constituyen el "fundamento jurídico"⁵⁰ en 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 expurgado a fin de proteger la ICC o la ICSS. Esos pasajes han sido sustituidos por "[***]" y "[ICSS]", respectivamente.

2.4. Al adoptar y aplicar el Procedimiento relativo a la ICC/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".⁵¹ También hemos tratado de esforzarnos para lograr que la versión pública de la decisión distribuida a todos los Miembros de la OMC sea comprensible.⁵² Dicho esto, consideramos importante señalar que una parte sustancial de las pruebas presentadas por las partes en las presentes actuaciones está protegida al amparo del Procedimiento relativo a la ICC/ICSS y que, por lo tanto, el Árbitro ha tenido que hacer referencia a información designada como ICC o ICSS.

2.5. De conformidad con el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS, el 2 de octubre de 2020 las partes presentaron solicitudes específicas en relación con la expurgación de información confidencial de la versión pública de la presente decisión y el 6 de octubre de 2020 presentaron observaciones sobre las solicitudes de la otra parte. En respuesta a esas comunicaciones, hemos introducido cambios apropiados en la versión pública de nuestra decisión.

2.2 Presentación pública de las declaraciones iniciales de las partes

2.6. En la reunión de organización, ambas partes acordaron que la reunión sustantiva del Árbitro con las partes debía ponerse a disposición del público en la medida en que fuera razonable hacerlo. 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 acordaron que debía adoptarse un procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva de las partes con el Árbitro. El 6 de diciembre de 2019, el Árbitro adoptó un Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro (Procedimiento de trabajo adicional).⁵³ El Procedimiento de trabajo adicional aborda cuestiones relativas al trato de la ICC y la ICSS durante la reunión sustantiva, en general, así como cuestiones relativas más específicamente a las partes de la reunión destinadas a ponerse a disposición del público.

2.7. La reunión sustantiva del Árbitro con las partes se celebró los días 28-30 de enero de 2020 y en ella 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 invitó a las partes a un visionado previo de la grabación de vídeo, que tuvo lugar el 10 de febrero de 2020; ambas partes asistieron al visionado e 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 5 de marzo de 2020 en la OMC.

2.3 Las alegaciones de los Estados Unidos relativas a la utilización por la Unión Europea de determinada ICSS de los Estados Unidos presentada en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316

2.8. Poco antes del cierre de las oficinas, el 27 de enero de 2020, víspera de la reunión del Árbitro con las partes, los Estados Unidos enviaron una carta a la Presidenta del Árbitro en la que se objetaba el supuesto uso indebido de ICSS de los Estados Unidos por la Unión Europea en sus respuestas escritas a las preguntas 23 y 26 del Árbitro, presentadas por la Unión Europea el 21 de

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (artículo 21.5 - México), párrafo 5.4.

⁵¹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (artículo 21.5 - 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.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Japón - DRAM (Corea)*, párrafo 279.

⁵³ Véase el Procedimiento de trabajo adicional para la reunión sustantiva con el Árbitro, anexo A-3.

noviembre 2019. En concreto, los Estados Unidos se quejaron de que la Unión Europea había incluido cierta información relativa a la metodología y la terminología conexas empleadas por Boeing para calcular el "precio neto de Boeing" y el "precio bruto de Boeing", que había sido facilitada por Boeing a los Estados Unidos y que estos a su vez habían presentado como ICSS de los Estados Unidos en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316. Los Estados Unidos adujeron que la presentación por la Unión Europea en las presentes actuaciones de información que había sido designada como ICSS de los Estados Unidos en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 era indebida. Los Estados Unidos consideraban además que, con arreglo a lo previsto en el procedimiento relativo a la ICC/ICSS aplicable en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, la Unión Europea debía haber destruido anteriormente toda la ICSS de los Estados Unidos obrante en su poder. Por consiguiente, los Estados Unidos consideraban que esa información ya no obraba válidamente en poder de la Unión Europea y había sido divulgada por esta en las presentes actuaciones infringiendo el procedimiento relativo a la ICC/ICSS del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316. Los Estados Unidos solicitaron al Árbitro que ordenara a la Unión Europea que presentara de nuevo sus respuestas a las preguntas 23 y 26 del Árbitro suprimiendo todas las referencias a la ICSS de los Estados Unidos indebidamente obtenida y que ordenara a la Unión Europea y a las personas autorizadas de la OMC que destruyeran todas las copias de las respuestas de la Unión Europea que contuvieran referencias a ICSS de los Estados Unidos obtenida indebidamente.⁵⁴

2.9. En una carta al Árbitro de fecha 31 de enero de 2020, la Unión Europea se opuso "en los términos más enérgicos" a las alegaciones de los Estados Unidos. La Unión Europea afirmó que no había incluido documentación ICSS de los Estados Unidos procedente del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 en sus respuestas a las preguntas del Árbitro, y que no había transmitido a Airbus ICSS de los Estados Unidos procedente del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316. Antes bien, la Unión Europea había obtenido exclusivamente de Airbus la información sobre los elementos relativos a los precios de Boeing contenida en sus respuestas a las preguntas 23 y 26 del Árbitro. Además, la Unión Europea confirmó que, como prescribía el procedimiento relativo a la ICC/ICSS de aquellas actuaciones, la Unión Europea había destruido toda la documentación ICSS de los Estados Unidos procedente del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 dentro de los plazos establecidos por el Árbitro de dicha diferencia. La Unión Europea solicitó que el Árbitro rechazara las alegaciones de los Estados Unidos por carecer de respaldo y ser infundadas. Además, la Unión Europea lamentó que los Estados Unidos hubieran optado por plantear sus preocupaciones en una carta presentada más de dos meses después de haber recibido las respuestas de la Unión Europea a las preguntas del Árbitro, "y tan solo 15 minutos antes del cierre de las oficinas en la víspera de la audiencia". Por último, la Unión Europea adujo que la actuación de los Estados Unidos había tenido como consecuencia que se privara al Árbitro y a la Unión Europea de la oportunidad de intercambiar en la reunión sustantiva opiniones sobre las cuestiones tratadas en las respuestas de la Unión Europea a las preguntas pertinentes del Árbitro, por lo que se habían comprometido los derechos de debido proceso de la Unión Europea. Por lo tanto, solicitó al Árbitro que emitiera una resolución para que no se permitiera a los Estados Unidos desarrollar ulteriormente sus argumentos y pruebas relativos a estas cuestiones durante el resto del presente procedimiento.⁵⁵

2.10. El 4 de febrero de 2020, los Estados Unidos hicieron referencia a la carta de la Unión Europea de 31 de enero de 2020 y señalaron que no tenían fundamento para cuestionar la veracidad de las afirmaciones de la Unión Europea según las cuales esta había obtenido la información pertinente sobre los precios de Boeing de sus conversaciones con Airbus y que, por consiguiente, retiraban sus objeciones a la utilización de la información contenida en la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 23 y 26 del Árbitro.⁵⁶

2.11. El Árbitro envió una comunicación a las partes el 6 de febrero de 2020, en la que señaló que, al haber retirado los Estados Unidos sus objeciones a la utilización de la información contenida en la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 23 y 26 del Árbitro, quedaban de hecho privadas de efectos prácticos la objeción de los Estados Unidos y sus solicitudes conexas en que se pedía una actuación del Árbitro, incluidas en su carta de 27 de enero de 2020. El Árbitro consideró innecesario, por lo tanto, pronunciarse sobre la objeción de los Estados Unidos y sus solicitudes conexas de actuación del Árbitro y, en consecuencia, se abstuvo de hacerlo. Con respecto a la alegación de la Unión Europea de que los Estados Unidos habían comprometido sus derechos de debido proceso, el

⁵⁴ Comunicación de los Estados Unidos (27 de enero de 2020).

⁵⁵ Comunicación de la Unión Europea (31 de enero de 2020).

⁵⁶ Comunicación de los Estados Unidos (4 de febrero de 2020).

Árbitro declaró que no podía discernir de qué modo se privaba a la Unión Europea de una oportunidad válida para formular ante el Árbitro observaciones sobre cualquier cuestión concreta relacionada con los temas tratados en las preguntas 23 y 26. Señaló además que la Unión Europea había tenido una oportunidad para formular observaciones sobre las cuestiones presentadas por el Árbitro en las preguntas 23 y 26 en sus respuestas a esas preguntas, y que la Unión Europea tendría una oportunidad para continuar exponiendo sus observaciones con respecto a esas cuestiones después del segundo conjunto de preguntas del Árbitro a las partes.⁵⁷

2.4 Repercusión de la pandemia de COVID-19 en la labor del Árbitro

2.12. El Árbitro remitió una serie de comunicaciones a las partes a fin de facilitar la labor del Árbitro habida cuenta de las dificultades derivadas de la pandemia de COVID-19.⁵⁸ En particular, el 1 de abril de 2020, el Árbitro informó a las partes que el Director General de la OMC había ordenado a todos los funcionarios (a excepción de determinado personal "esencial") trabajar desde casa del 16 de marzo de 2020 hasta finales de abril de 2020, ante la preocupación suscitada por la pandemia de COVID-19. El Árbitro indicó que esas restricciones al acceso de la Secretaría a las instalaciones de la OMC afectaban a la capacidad de la Secretaría de trabajar con ICSS, que, de conformidad con el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS, no se podía almacenar fuera de dichas instalaciones ni se podía consultar desde fuera de ellas. Por consiguiente, el Árbitro preguntó a las partes si estaban dispuestas a hacer una excepción a las restricciones pertinentes impuestas por esos procedimientos para permitir que determinados funcionarios de la Secretaría almacenasen en su domicilio ICSS de las partes y trabajasen con ella, y analizasen ICSS por medio de plataformas de comunicación seguras.⁵⁹ El 8 de abril de 2020, las partes respondieron a esa comunicación, pero no se pusieron de acuerdo en lo relativo a si se debían aplicar las disposiciones alternativas propuestas para trabajar con ICSS.

2.13. El 23 de abril de 2020, el Árbitro informó a las partes que, habida cuenta de que no se habían puesto de acuerdo en aplicar las disposiciones alternativas de almacenamiento de la ICSS y acceso a dicha ICSS propuestas en su comunicación de 1 de abril de 2020, el Árbitro no las aplicaría. El Árbitro aseguró a las partes que seguiría avanzando en su trabajo en este procedimiento mientras siguiesen en vigor las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC, y que haría todo lo posible para minimizar los efectos de la pandemia de COVID-19 en la labor del Árbitro.⁶⁰

2.14. El 4 de mayo de 2020, el Árbitro informó a las partes que estaba previsto iniciar una vuelta escalonada del personal de la Secretaría a la sede de la OMC el 11 de mayo de 2020, momento en el que el personal de la Secretaría que asistía al Árbitro podría volver a acceder a la ICSS. Además, el Árbitro informó a las partes que seguía avanzando en su labor en este procedimiento, y que esperaba seguir haciéndolo mientras siguiesen vigentes las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC.⁶¹

2.15. El 17 de junio de 2020, el Árbitro informó a las partes que había analizado detenidamente los ajustes requeridos por la pandemia de COVID-19 y que, teniendo en cuenta esos ajustes, hasta finales de septiembre de 2020 como muy pronto no esperaba presentar a las partes una decisión debidamente expurgada de la ICC y la ICSS.⁶² La Unión Europea envió una comunicación posterior al Árbitro el 22 de junio de 2020 en la que se oponía a la fecha prevista. En respuesta, el 26 de junio

⁵⁷ Comunicación del Árbitro a las partes relativa a determinada información comercial sumamente sensible (6 de febrero de 2020), anexo C-2.

⁵⁸ Véanse la comunicación del Árbitro a las partes relativa a las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC y a la información comercial sumamente sensible debido a la COVID-19 (1 de abril de 2020), anexo C-4; la comunicación del Árbitro a las partes relativa al acceso a la información comercial sumamente sensible en el contexto de la COVID-19 (23 de abril de 2020), anexo C-5; y la comunicación del Árbitro a las partes relativa a la atenuación gradual de las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC debido a la COVID-19 (4 de mayo de 2020), anexo C-6.

⁵⁹ Comunicación del Árbitro a las partes relativa a las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC y a la información comercial sumamente sensible debido a la COVID-19 (1 de abril de 2020), anexo C-4.

⁶⁰ Comunicación del Árbitro a las partes relativa al acceso a la información comercial sumamente sensible en el contexto de la COVID-19 (23 de abril de 2020), anexo C-5.

⁶¹ Comunicación del Árbitro a las partes relativa a la atenuación gradual de las restricciones de acceso a las instalaciones de la OMC debido a la COVID-19 (4 de mayo de 2020), anexo C-6.

⁶² Resolución del Árbitro sobre la solicitud de autorización formulada por los Estados Unidos para presentar una comunicación de los Estados Unidos relativa al retiro de la subvención del tipo del impuesto B&O del estado de Washington (17 de junio de 2020), anexo C-7.

de 2020, el Árbitro aseguró a las partes que, a pesar de las numerosas dificultades ocasionadas por la pandemia de COVID-19 que habían afectado negativamente a las modalidades de trabajo de la Secretaría y del Árbitro y que habían afectado profundamente a su lugar de trabajo y a sus familias, comunidades y países, el Árbitro estaba trabajando diligentemente para cumplir su mandato en el presente procedimiento.⁶³

2.16. Además, los días 5 y 19 de agosto de 2020 (en respuesta a una carta de la Unión Europea de 10 de agosto de 2020), el Árbitro envió comunicaciones a la Unión Europea en las que indicaba que la pandemia de COVID-19 había dificultado mucho los viajes aéreos, por lo que el Árbitro estaba considerando celebrar las últimas reuniones a distancia. En esas comunicaciones, el Árbitro solicitaba en consecuencia a la Unión Europea autorización para que el Árbitro y otras personas autorizadas en el seno de la OMC examinaran por Skype for Business determinada ICSS limitada de la Unión Europea, con el fin de facilitar esas posibles reuniones a distancia del Árbitro.⁶⁴ La Unión Europea accedió a esas peticiones.

2.5 La solicitud de los Estados Unidos de autorización para presentar una nueva comunicación relativa a la supuesta supresión de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington a partir del 1 de abril de 2020

2.17. El 13 de mayo de 2020, el Árbitro recibió una carta de los Estados Unidos en la que se informaba que el estado de Washington había eliminado, con efecto a partir del 1 de abril de 2020, la reducción del tipo del impuesto B&O. En dicha carta, los Estados Unidos solicitaban autorización para presentar una nueva "Comunicación de los Estados Unidos relativa al retiro de la subvención del tipo del impuesto B&O del estado de Washington", adjunta a la carta de 13 de mayo de 2020, cuyo propósito consiste en exponer "las repercusiones de la eliminación de esa medida en el nivel autorizado de contramedidas".⁶⁵ La Unión Europea respondió a la carta de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2020, y adujo que el Árbitro debía rechazar la petición de los Estados Unidos. Los Estados Unidos presentaron una réplica a la respuesta de la Unión Europea el 22 de mayo de 2020. El Árbitro invitó a la Unión Europea a que presentara nuevas observaciones sobre la réplica de los Estados Unidos, pero declinó la invitación.

2.18. El 17 de junio de 2020, el Árbitro emitió una resolución en la que denegaba la autorización por el motivo de que la solicitud de autorización de los Estados Unidos carecía de fundamento sustantivo y era extemporánea y/o superflua, y que, en consecuencia, esa presentación de una nueva comunicación no era necesaria a efectos de réplica, ni se basaba en una justificación suficiente. La resolución del Árbitro relativa a la solicitud de los Estados Unidos se adjunta a la presente decisión como anexo C-7.

3 MANDATO DEL ÁRBITRO

3.1. El presente procedimiento de arbitraje resulta de la objeción formulada por los Estados Unidos con respecto a la solicitud de contramedidas presentada por la Unión Europea. Al recurrir al arbitraje previsto en el artículo 22.6 del ESD, los Estados Unidos impugnan el nivel de las contramedidas que figura en la solicitud de autorización para adoptar contramedidas presentada por la Unión Europea de conformidad con el artículo 22.2 del ESD y el artículo 7.9 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos también alegan que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD.

3.2. El artículo 7.9 del Acuerdo SMC dispone que, si se satisfacen 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 artículo 7.10 del Acuerdo SMC dispone que, "{e}n caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el

⁶³ Comunicación del Árbitro a las partes (26 de junio de 2020), anexo C-8.

⁶⁴ Comunicación del Árbitro a las partes en la que se solicita autorización para examinar determinada ICSS de la UE (5 de agosto de 2020), anexo C-9; y Comunicación del Árbitro a las partes en la que se solicita autorización para examinar determinada ICSS adicional de la UE (19 de agosto de 2020), anexo C-10.

⁶⁵ Comunicación de los Estados Unidos (13 de mayo de 2020).

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. El presente procedimiento de arbitraje se rige tanto por el artículo 7.10 del Acuerdo SMC como por el artículo 22.6 del ESD.⁶⁶ El artículo 22.7 del ESD define el mandato para un árbitro que actúe exclusivamente en virtud del artículo 22.6, que es el siguiente: el árbitro "determinará si el nivel de ... suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". El artículo 7.10 del Acuerdo SMC define el mandato de un árbitro de manera un tanto diferente. Establece que, en caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.6 del ESD, el árbitro "determinará si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Dado que el artículo 7.10 del Acuerdo SMC es una de las normas y procedimientos especiales enumerados en el Apéndice 2 del ESD, llevamos a cabo el presente arbitraje con referencia al mandato establecido en el artículo 7.10 del Acuerdo SMC.⁶⁷

3.4. Los artículos 7.9 y 7.10 constituyen "normas y procedimientos especiales o adicionales" de conformidad con el Apéndice 2 del ESD. Con arreglo al artículo 1.2 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".

3.5. Como se indica en el artículo 7.10, nuestro mandato en el presente procedimiento de arbitraje es determinar si las contramedidas propuestas por la Unión Europea son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Sin embargo, si constatáramos que el nivel de las contramedidas propuesto por la Unión Europea no es proporcionado, deberemos proceder a formular nuestra propia determinación del nivel de las contramedidas que es proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.⁶⁸ Análogamente, si determináramos que la metodología propuesta por la Unión Europea para calcular el nivel de las contramedidas, o cualquier metodología alternativa propuesta por los Estados Unidos, tiene deficiencias y no es adecuada, tal como se ha presentado, podemos realizar los reajustes correspondientes, o bien elaborar otra metodología adecuada nosotros mismos.⁶⁹

3.6. En ese contexto, con respecto al criterio que rige nuestra evaluación de los supuestos subyacentes en las metodologías propuestas por las partes, compartimos las declaraciones formuladas por árbitros anteriores en el sentido de que esos "supuestos {utilizados en las metodologías de las partes} 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 basados en 'información fidedigna, fáctica y verificable'".⁷⁰ Asimismo, tenemos la obligación de evaluar los argumentos de las partes y las pruebas obrantes en el expediente de manera objetiva.

⁶⁶ El artículo 7.10 hace referencia explícitamente a una solicitud de arbitraje al amparo del artículo 22.6 del ESD, por lo que confirma que los arbitrajes regidos por el artículo 7.10 del Acuerdo SMC están regidos, al mismo tiempo, por el artículo 22.6 del ESD. El artículo 4.11 del Acuerdo SMC comienza con una cláusula introductoria que establece: "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}"; por tanto, también confirma que los arbitrajes en virtud del artículo 4.11 son, al mismo tiempo, arbitrajes en virtud del artículo 22.6 del ESD.

⁶⁷ Esto está en consonancia con el enfoque adoptado por el Árbitro de la diferencia DS316, otro arbitraje en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 3.4 y nota 75 a dicho párrafo).

⁶⁸ Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 3.4 y las autoridades a que se hace referencia en la nota 76 a dicho párrafo.

⁶⁹ Decisiones del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 3.4; y *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 5.152.

⁷⁰ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.173 (donde se cita *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 5.16 (no se reproducen las notas de pie de página) (donde a su vez se citan las decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - EPO (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 4.5; *Estados Unidos - Juegos de azar (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 3.3; y *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 5.54)). Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 3.127 (donde se indica que "al calcular el nivel de la anulación o menoscabo 'es

3.7. Las disposiciones generales del artículo 22.7 del ESD también son pertinentes para nuestro mandato. En ellas se especifica que, "si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el {artículo 22.3 del ESD}, el Árbitro examinará la reclamación". Por lo tanto, también está comprendido en nuestro mandato examinar la alegación de los Estados Unidos de que la Unión Europea no siguió los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD. Aunque la objeción formulada por los Estados Unidos en relación con el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones incluía una alegación de que la Unión Europea no siguió los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD al considerar qué contramedidas adoptar, los Estados Unidos no mantienen esa alegación en las comunicaciones que han presentado en el presente procedimiento.

4 CARGA DE LA PRUEBA

4.1. Los Estados Unidos, al recurrir al arbitraje en virtud del artículo 22.6 del ESD, impugnan el nivel de las contramedidas propuesto por la Unión Europea.

4.2. Los Estados Unidos sostienen que, por lo tanto, les corresponde la carga inicial de acreditar *prima facie* que las contramedidas propuestas por la Unión Europea no son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. Consideran que, hecho eso, la carga de refutar los argumentos de los Estados Unidos se desplaza entonces a la Unión Europea.⁷¹ La Unión Europea aduce que corresponden a los Estados Unidos la carga de la prueba y la carga de presentar pruebas convincentes de que la metodología de la Unión Europea da lugar a contramedidas que son "incompatibles" con los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SMC; es decir, que los Estados Unidos deben establecer que las contramedidas propuestas por la Unión Europea no son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".⁷² La Unión Europea hace referencia a tres párrafos de la decisión del Árbitro de la diferencia DS316 relativos a la asignación de la carga de la prueba, cuando el demandado inicial impugna el nivel de las contramedidas. Las partes pertinentes de esos párrafos son las siguientes:

De anteriores arbitrajes en virtud del párrafo 6 del artículo 22 se desprende claramente, y las partes no lo discuten, 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. La carga de refutar esa presunción se desplaza posteriormente a la parte que propone las contramedidas. ...

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". 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. ...

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.⁷³

4.3. El marco para el desplazamiento de la carga de la prueba al que aluden los Estados Unidos y el Árbitro de la diferencia DS316 es el marco al que se han remitido desde hace largo tiempo el

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)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 5.63).

⁷¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Árbitro, párrafo 5.

⁷² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 1 del Árbitro, párrafo 5; véase, sin embargo, la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 2-4, 6, 27, 124, 125, 134, 162-163, 165, 171, 179, 184, 186, 218, 230, 237, 243, 277, 286, 345, 361, 386 y 405.

⁷³ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - *UE*), párrafos 4.2-4.4. (no se reproducen las notas de pie de página)

Órgano de Apelación, los grupos especiales de solución de diferencias y los árbitros del artículo 22.6.⁷⁴ A los efectos del presente procedimiento, basta declarar que consideramos que corresponde a los Estados Unidos, al ser la parte que impugna el nivel de las contramedidas propuesto, la carga general de demostrar que la metodología de la Unión Europea da lugar a contramedidas que no son "proporcionadas" al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. Para satisfacer esa carga, no es suficiente que los Estados Unidos simplemente propongan una metodología alternativa y afirmen que es más adecuada. Antes bien, los Estados Unidos deben analizar la metodología empleada por la Unión Europea, en el sentido de que deben demostrar por qué esa metodología daría lugar a contramedidas que no son "proporcionadas" en el sentido del artículo 7.10 del Acuerdo SMC.

4.4. Estamos de acuerdo con el Árbitro de la diferencia DS316 en que todas las partes tienen el deber de presentar pruebas en apoyo de sus afirmaciones fácticas y colaborar con el árbitro del artículo 22.6 en la presentación de pruebas. En consonancia con ese deber, y con arbitrajes anteriores, solicitamos que, como primera etapa del procedimiento, la Unión Europea, en calidad de parte que solicita autorización para adoptar contramedidas, presentara un documento sobre metodología en el que demostrara cómo llegó a las contramedidas propuestas.⁷⁵

5 EL PROCEDIMIENTO DE LA DIFERENCIA DS316 Y LA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DESFAVORABLES REALIZADA POR EL ÁRBITRO DE LA DIFERENCIA DS316

5.1. El presente procedimiento de arbitraje constituye la tercera ocasión en que un árbitro actúa tanto en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC como del artículo 22.6 del ESD.⁷⁶ Para el presente procedimiento es particularmente importante la decisión adoptada por el Árbitro de la diferencia DS316 en el procedimiento de arbitraje que tuvo lugar en la diferencia iniciada por los Estados Unidos en relación con ciertas medidas adoptadas por la Unión Europea y determinados Estados miembros que afectaban al comercio de LCA.⁷⁷ En particular, observamos que en el presente arbitraje las partes suelen presentar sus argumentos y metodologías de valoración como respaldados por metodologías adoptadas por el Árbitro de la diferencia DS316, o como desviaciones justificadas de estas metodologías (que valoraban la pérdida significativa de ventas y la obstaculización causadas por las ventas de LCA subvencionadas).

5.2. Como se explica con más detalle *infra*, el arbitraje de la diferencia DS316 comportó la valoración de efectos desfavorables en forma de pérdida de ventas y obstaculización de entregas de 47 aeronaves 747-8I, 20 aeronaves 777-300ER, 30 aeronaves 787-10 y un número adicional de ventas de aeronaves 747-8I, en cada caso en el período comprendido entre diciembre de 2011 y diciembre de 2013. Se calculó que el valor anualizado de esos efectos desfavorables, expresado en dólares EE.UU. de 2013, era de USD 7.495,623 millones.⁷⁸

5.3. El procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, como el presente procedimiento, comportó la valoración de efectos desfavorables en la rama de producción de LCA. Ambos procedimientos se refieren a la valoración de la pérdida de ventas y la obstaculización de entregas de determinados tamaños y modelos de LCA en determinados momentos. Ambas partes están de acuerdo en principio en que el Árbitro debe abordar las cuestiones de valoración específicas de manera compatible con el enfoque adoptado con respecto a esas mismas cuestiones por el Árbitro de la diferencia DS316. Sin embargo, también hay disparidades importantes entre las dos

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16; *CE - Hormonas*, párrafo 104; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 644; y *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.505; los informes de los Grupos Especiales, *UE - Paquete energético*, párrafo 7.8; *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.589; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.50; y las decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - EVE (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 2.10; y *Estados Unidos - Juegos de azar (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 2.22.

⁷⁵ Véase el párrafo 1.29 *supra*. Véase también la decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)*, párrafo 11.

⁷⁶ Los otros dos arbitrajes realizados en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC y el artículo 22.6 del ESD son *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)* y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos II)*.

⁷⁷ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*.

⁷⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.500.

diferencias; en particular, las subvenciones en litigio y los mecanismos causales por los que estas dieron lugar a los efectos desfavorables en cuestión, las constataciones específicas de existencia de efectos desfavorables (incluidas las formas de perjuicio grave, las aeronaves afectadas y los períodos en cuestión), así como los argumentos de las partes y las pruebas presentadas. En ciertas circunstancias, esas disparidades pueden justificar, o incluso exigir, que el presente Árbitro adopte enfoques de valoración diferentes de los del Árbitro de la diferencia DS316. Además, las partes, a lo largo de sus argumentos, se han apoyado en aspectos de la decisión del Árbitro de la diferencia DS316 en respaldo de sus posiciones en el presente procedimiento. Por esta razón, partes de nuestra decisión en el presente procedimiento comportan un amplio análisis y consideración de aspectos de la decisión del Árbitro de la diferencia DS316.

5.4. Sobre la base de esas consideraciones, resumimos a continuación los elementos fundamentales del procedimiento de la diferencia DS316 que son pertinentes para las cuestiones relativas a la valoración que se nos han sometido en el presente procedimiento de arbitraje.

5.1 El procedimiento inicial de la diferencia DS316

5.5. La diferencia DS316 comenzó inicialmente con una solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos el 6 de octubre de 2004 y una solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada el 31 de mayo de 2005.⁷⁹ Los Estados Unidos alegaron inicialmente que la Unión Europea y determinados de sus Estados miembros, a saber, Alemania, España, Francia y el Reino Unido, habían causado, por medio del uso de subvenciones específicas, efectos desfavorables a los intereses de los Estados Unidos, en forma de perjuicio grave en el sentido del artículo 5 c) y el artículo 6.3 del Acuerdo SMC. Además, los Estados Unidos también alegaron que determinadas subvenciones eran subvenciones prohibidas en el sentido del artículo 3.1 a) y la nota 4 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, de conformidad con el artículo 3.2 del Acuerdo SMC, no deben ser concedidas ni mantenidas. El Grupo Especial inicial constató que las siguientes subvenciones específicas relacionadas con la producción y desarrollo de LCA eran incompatibles con los artículos 5 c) y 6.3 a), b) y c) del Acuerdo SMC: a) la "ayuda para emprender proyectos" o la "financiación por los Estados miembros" (AEP/FEM) para los modelos de LCA de Airbus A300, A310, A320, A330, A330-200, A340, A340-500/600 y A380; b) las "aportaciones de capital" proporcionadas por los Gobiernos de Alemania y de Francia en relación con la reestructuración empresarial de los fabricantes aeroespaciales de Alemania, Deutsche Airbus GmbH (Deutsche Airbus), y de Francia, Aérospatiale Société Nationale Industrielle (Aérospatiale); c) determinadas medidas de *supraestructura* y relacionadas con la *supraestructura* proporcionadas por las autoridades alemanas y españolas a Airbus en forma, entre otras cosas, de donaciones para desarrollo regional; y d) determinada financiación para investigación y desarrollo tecnológico (I+DT) concedida a Airbus para proyectos de I+DT relacionados con LCA en los que particip   Airbus. Además, el Grupo Especial inicial constató que los Estados Unidos habían establecido que las AEP/FEM para el A380 concedidas por Alemania, España y el Reino Unido constituían subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del artículo 3.1 a) del Acuerdo SMC.

5.6. En apelación, el órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial inicial de que los contratos de AEP/FEM para el A380 de Alemania, España y el Reino Unido constituían subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del artículo 3.1 a) del Acuerdo SMC, pero no pudo completar el análisis con respecto al artículo 3.1 a) porque las constataciones fácticas o los hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial eran insuficientes. El   rgano de Apelación también revocó o modificó varios otros aspectos de las constataciones del Grupo Especial inicial, y completó el análisis jurídico cuando consideró que tenía suficientes constataciones fácticas o hechos no controvertidos en el expediente. Con respecto a las cuestiones relacionadas con las subvenciones y los efectos desfavorables, el órgano de Apelación completó el análisis jurídico y, en última instancia, concluyó lo siguiente: a) que la utilización de las medidas de AEP/FEM impugnadas había causado efectos desfavorables a los intereses de los Estados Unidos; y b) que las aportaciones de capital y las medidas de *supraestructura* (pero no las subvenciones para I+DT) que el Grupo Especial inicial había constatado que constituían subvenciones específicas "complementaron y suplementaron" los efectos de las medidas de AEP/FEM impugnadas. El   rgano de Apelación confirmó la recomendación formulada por el Grupo Especial inicial de conformidad con el artículo 7.8 del Acuerdo SMC y recomendó que el OSD pidiera a la Unión Europea que pusiera las medidas

⁷⁹ Solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos, WT/DS316/1; y solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, WT/DS316/2.

declaradas incompatibles con el Acuerdo SMC en conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud de ese Acuerdo.⁸⁰

5.7. El OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación, el 1 de junio de 2011.⁸¹

5.2 El procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316

5.8. El 1 de diciembre de 2011, la Unión Europea informó al OSD de que había "adoptado las medidas apropiadas" para poner sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC y con ello había logrado "la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones del OSD".⁸² El 30 de marzo de 2012, tras una solicitud de celebración de consultas con la Unión Europea y los cuatro Estados miembros, los Estados Unidos solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 21.5 del ESD, con el mandato uniforme.⁸³ El OSD estableció el Grupo Especial el 13 de abril de 2012.⁸⁴

5.9. Ante el Grupo Especial sobre el cumplimiento, los Estados Unidos adujeron que las subvenciones pertinentes declaradas causantes de efectos desfavorables en el procedimiento inicial seguían causando efectos desfavorables y que, al acordar conceder a Airbus AEP/FEM para la familia de aeronaves A350XWB, los cuatro Estados miembros habían "continuado e incluso ampliado" la subvención de las actividades de Airbus relacionadas con LCA, causando así "efectos desfavorables adicionales" en el sentido de los artículos 5 c) y 6.3 del Acuerdo SMC.⁸⁵

5.10. El informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento se distribuyó a los Miembros el 22 de septiembre de 2016. El Grupo Especial sobre el cumplimiento constató, entre otras cosas, que las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB estaban comprendidas en el alcance del procedimiento sobre el cumplimiento y que los Estados Unidos habían demostrado que esas medidas eran subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC.

5.11. Con respecto al artículo 7.8 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la Unión Europea había demostrado que la "vida" *ex ante* de: a) las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320 y A330/A340; b) las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340; y c) las subvenciones en forma de aportación de capital había "expirado" antes del 1 de junio de 2011, mientras que: d) la "vida" *ex ante* de las subvenciones de Francia de AEP/FEM para el A330-200 y las subvenciones de España y de Francia de AEP/FEM para el A340-500/600 había "expirado", respectivamente, en fechas clasificadas como ICC; y e) la "vida" *ex ante* de cinco de las subvenciones en forma de donaciones para el desarrollo regional no "expirar{ia}" hasta algún momento entre 2054 y 2058, mientras que la de las otras dos "expiró" en torno a 2014.

5.12. El Grupo Especial sobre el cumplimiento también constató que el hecho de que una o más de las subvenciones impugnadas en el procedimiento sobre el cumplimiento pudiera haber dejado de existir antes del 1 de junio de 2011 no significaba *ipso facto* que la Unión Europea y los cuatro Estados miembros no tuvieran una obligación de cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.8 del Acuerdo SMC con respecto a esas subvenciones.⁸⁶ Además, el Grupo Especial

⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1416 y 1418.

⁸¹ OSD, Acta de la reunión celebrada el 1 de junio de 2011, WT/DSB/M/297.

⁸² Comunicación de la Unión Europea, WT/DS316/17, párrafo 5.

⁸³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, WT/DS316/23.

⁸⁴ OSD, Acta de la reunión celebrada el 13 de abril de 2012, WT/DSB/M/314.

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.3. Observamos que hasta el momento se han establecido dos grupos especiales sobre el cumplimiento en el procedimiento de la diferencia DS316. Para facilitar la lectura, nos referiremos al primer grupo especial sobre el cumplimiento de la diferencia DS316 como el "Grupo Especial sobre el cumplimiento". El segundo grupo especial sobre el cumplimiento, que no analizamos en la presente decisión, se estableció el 15 de agosto de 2018 y distribuyó su informe el 2 de diciembre de 2019.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.841. El Grupo Especial sobre el cumplimiento constató además que la Unión Europea no había demostrado que la "supuesta privatización parcial de Aérospatiale en 1999, las

sobre el cumplimiento constató que el hecho de que la "vida" *ex ante* de determinadas subvenciones hubiese "expirado" pasivamente" antes del final del plazo para la aplicación no equivalía al "retiro" de esas subvenciones a efectos del artículo 7.8 y que, por consiguiente, la Unión Europea no había cumplido la obligación de "retirar la subvención" a efectos del artículo 7.8.⁸⁷

5.13. Con respecto a la obligación que establece el artículo 7.8 de adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató lo siguiente:

- a. que los efectos directos e indirectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB combinadas seguían siendo una causa auténtica y sustancial de la presencia actual en el mercado de las aeronaves A320, A330 y A380, ya se utilizaran las hipótesis "plausibles" o las hipótesis "improbables" adoptadas en el procedimiento inicial en relación con los efectos de las subvenciones de AEP/FEM en el período de 2001 a 2006 como punto de partida del análisis⁸⁸;
- b. que los efectos directos e indirectos de las subvenciones de AEP/FEM combinadas (es decir, con inclusión de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB) eran una causa auténtica y sustancial de la presencia actual en el mercado del A350XWB, ya se utilizaran las hipótesis "plausibles" o las hipótesis "improbables" adoptadas en el procedimiento inicial en relación con los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el período de 2001 a 2006 como punto de partida del análisis; y
- c. que los llamados efectos "producto" de esas subvenciones eran una causa auténtica y sustancial de:
 - i. desplazamiento y/u obstaculización de las importaciones de un producto similar de los Estados Unidos en los mercados de: i) LCA de pasillo único, ii) LCA de doble pasillo y iii) aeronaves de muy gran tamaño (VLA) de la Unión Europea, en el sentido del artículo 6.3 a) del Acuerdo SMC;
 - ii. desplazamiento y/u obstaculización de las exportaciones en: i) el mercado de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, ii) el mercado de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur y iii) el mercado de LCA de muy gran tamaño de Australia, China, Corea, los Emiratos Árabes Unidos y Singapur, en el sentido del artículo 6.3 b) del Acuerdo SMC; y
 - iii. pérdida de ventas significativa en los mercados mundiales de: i) LCA de pasillo único, ii) LCA de doble pasillo y iii) LCA de muy gran tamaño, en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC.⁸⁹

5.14. El Grupo Especial sobre el cumplimiento también constató que los efectos de las subvenciones que no son de AEP/FEM combinadas (es decir, las subvenciones en forma de aportación de capital y determinadas donaciones para desarrollo regional) "complementan y suplementan" los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM combinadas y, por consiguiente, fueron una causa "auténtica" de perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del artículo 5 c) del Acuerdo SMC.⁹⁰

transacciones conducentes a la creación de EADS en 2000 y la venta de BAE Systems a EADS en 2006 de su participación del 20% en el capital de Airbus SAS fueran 'eventos intermedios' que dieran lugar a la 'extinción' del beneficio de todas las subvenciones en litigio en el presente procedimiento otorgadas antes de esas transacciones", y también rechazó los argumentos de la Unión Europea relativos a la "extracción" de las subvenciones, que habían sido rechazados por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. (Véase el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.i-vi).

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.viii-ix.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.xii.

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.xiv-xvi.

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.xvii. El Grupo Especial sobre el cumplimiento constató, sin embargo, que los Estados Unidos no habían demostrado que las donaciones para desarrollo regional españolas

5.15. Habiendo constatado que las subvenciones impugnadas causaban un perjuicio grave actual a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del artículo 5 c) del Acuerdo SMC, el Grupo Especial no formuló ninguna constatación con respecto a la alegación condicional de los Estados Unidos de que las subvenciones impugnadas amenazaban causar un perjuicio grave a sus intereses.⁹¹

5.16. El 13 de octubre de 2016, la Unión Europea notificó al OSD su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este y presentó un anuncio de apelación de conformidad con la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación.⁹²

5.17. En lo que concierne a los aspectos de las apelaciones relacionados con el artículo 7.8 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación revocó la interpretación del artículo 7.8 realizada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento. Según el Grupo Especial sobre el cumplimiento, debía entenderse que la obligación que establece el artículo 7.8 de "retirar la subvención" o "adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" exigía que el Miembro que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones emprendiera con respecto a la subvención o el mercado pertinente acciones apropiadas para ponerse en conformidad con las disciplinas basadas en los efectos que establece el artículo 5 del Acuerdo SMC. Para el Grupo Especial sobre el cumplimiento, esa obligación era independiente de que la subvención previamente declarada causante de efectos desfavorables hubiera o no "expirado" antes del final del pertinente plazo para la aplicación. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo, y constató que el artículo 7.8 no imponía una obligación de cumplimiento con respecto a subvenciones que "expiraron" antes del final del plazo para la aplicación. En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que la Unión Europea no tenía ninguna obligación de cumplimiento con respecto a las subvenciones que habían "expirado" antes del 1 de diciembre de 2011.⁹³

5.18. El Órgano de Apelación consideró, por lo tanto, que la cuestión pertinente a efectos del procedimiento sobre el cumplimiento era si las subvenciones existentes en el período *posterior* a la aplicación (es decir, después del 1 de diciembre de 2011) causaban efectos desfavorables. En consecuencia, el Órgano de Apelación centró su examen en el análisis y las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativos a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB, al ser las subvenciones que existían en el período posterior a la aplicación.

5.19. En lo que concierne a la apelación de la Unión Europea relativa a los aspectos del análisis de la relación causal del Grupo Especial sobre el cumplimiento relacionados con los efectos de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB, en tanto que únicas subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, el Órgano de Apelación constató que las constataciones del Grupo Especial inicial, junto con el análisis realizado por este, indicaban lo siguiente:

- a. que 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

utilizadas para actividades de Airbus relacionadas con aeronaves militares beneficiaran a las actividades relacionadas con las LCA de Airbus y, en consecuencia, no habían establecido que esas subvenciones complementen y suplementen los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.xviii).

⁹¹ Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 7.1.d.xix.

⁹² Notificación de la apelación de la Unión Europea, WT/DS316/29. Los Estados Unidos notificaron al OSD su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y presentaron un anuncio de apelación y una comunicación en calidad de otro apelante de conformidad con la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación el 10 de noviembre de 2016. (Notificación de la apelación de los Estados Unidos, WT/DS316/30).

⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.11. El Órgano de Apelación confirmó además la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que la Unión Europea había demostrado que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320 y A330/A340 y las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340 había "expirado" antes del 1 de junio de 2011. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.12).

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 A380⁹⁴; y

- b. que las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB, leídas conjuntamente con sus constataciones relativas a los "efectos indirectos" de la AEP/FEM para el A380, también indicaban 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.⁹⁵

5.20. El Órgano de Apelación revocó todas las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de pérdida significativa de ventas y desplazamiento y/u obstaculización en el sentido de los artículos 6.3 a), 6.3 b) y 6.3 c) del en el mercado de LCA de pasillo único.⁹⁶ El Órgano de Apelación consideró además que no podía completar el análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, y de obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único de la Unión Europea, o, subsidiariamente, de amenaza de desplazamiento u obstaculización en ese mercado.⁹⁷

5.21. El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de pérdida significativa de ventas en el mercado de doble pasillo, sobre la base de un razonamiento modificado, y constató que los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento correspondientes a aeronaves A350XWB constituían 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 existentes en el período posterior a la aplicación eran una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC.⁹⁸

5.22. El Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA de pasillo doble en los pertinentes mercados de terceros países.⁹⁹ Además, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el

⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.22.

⁹⁵ El Órgano de Apelación consideró que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento ponían de manifiesto que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, es decir, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, permitieron a Airbus proceder al oportuno lanzamiento y desarrollo del A350XWB, así como introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380, y que ambos eventos fueron fundamentales para renovar y mantener la competitividad de Airbus en el período posterior a la aplicación. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.23).

⁹⁶ A este respecto, el Órgano de Apelación observó que las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en la presencia en el mercado del A320 se refirieron principalmente a los efectos de las subvenciones que habían "expirado" antes del final del plazo para la aplicación. A causa de la ausencia de un análisis del Grupo Especial sobre la cuestión de si, y en qué medida, la competitividad de Airbus en el mercado de LCA de pasillo único, adquirida mediante las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380, se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial, como consecuencia de las subvenciones que la Unión Europea otorgó o mantuvo en el período posterior a la aplicación, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial en el marco de los artículos 6.3 a), 6.3 b) y 6.3 c) del Acuerdo SMC en la medida en que guardaban relación con el mercado de LCA de pasillo único. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafos 6.26-6.27).

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.29.

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.31.

⁹⁹ El Órgano de Apelación declaró que, aunque su examen de la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativa a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB indicaba que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que tenía el A350XWB, los Estados Unidos habían "estructura{do}" su alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo sobre la base de datos relativos a las cuotas de mercado y las entregas de LCA de Airbus y Boeing durante el período 2001-2013. El Órgano de Apelación explicó que, como no hubo ninguna entrega del A350XWB durante ese período, el Grupo Especial

análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de existencia de desplazamiento en los mercados de doble pasillo de China, Corea y Singapur, y obstaculización en los mercados de doble pasillo de los mercados de la Unión Europea, China, Corea y Singapur.¹⁰⁰

5.23. El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de pérdida significativa de ventas en el mercado de VLA, sobre la base de un razonamiento modificado, y constató que las ventas de aeronaves A380 identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento constituían pérdidas de ventas significativas para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación seguían siendo una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC.¹⁰¹

5.24. El Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de desplazamiento de las VLA en determinados mercados geográficos.¹⁰² El Órgano de Apelación constató además que no podía completar el análisis jurídico de la alegación de los Estados Unidos de existencia de desplazamiento en esos mercados.¹⁰³

5.25. El Órgano de Apelación constató que la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de obstaculización de las VLA en la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos estaba suficientemente respaldada por las pruebas y, por lo tanto, confirmó (sobre una base diferente) las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de obstaculización de las VLA en esos mercados geográficos.¹⁰⁴

5.26. En consecuencia, con respecto a las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, el Órgano de Apelación confirmó (aunque por razones diferentes), las conclusiones generales del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que, al seguir infringiendo el artículo 5 c) y los artículos 6.3 a), b) y c) del Acuerdo SMC, por lo que respecta a los mercados de LCA de doble pasillo y de VLA, 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 artículo 7.8 del Acuerdo SMC de "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{} la subvención".

sobre el cumplimiento se había basado en datos sobre cuotas de mercado y entregas relativos al A330, en lugar de en los pedidos del A350XWB, al formular su constatación. El Órgano de Apelación recordó, además, que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A330 se refirieron principalmente a los efectos de las subvenciones que habían "expirado", y que el Órgano de Apelación había constatado que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. El Órgano de Apelación concluyó que, como el Grupo Especial sobre el cumplimiento no había examinado la cuestión de si, y en su caso cómo, las subvenciones para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación pueden haber contribuido a las entregas del A330 realizadas durante ese período, ni formulado constataciones al respecto, revocaría la conclusión del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM eran una causa auténtica y sustancial de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA de doble pasillo en la Unión Europea, China, Corea y Singapur. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.33).

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.35.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.37.

¹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.39. Aunque el examen de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento realizado por el Órgano de Apelación, así como las constataciones del procedimiento inicial, indicaban que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo, el Órgano de Apelación censuró al Grupo Especial sobre el cumplimiento por no haber examinado si existía alguna tendencia discernible en los volúmenes y las cuotas de mercado en los mercados de VLA en cuestión, con inclusión de si existían o no tendencias descendentes que pudieran haber respaldado las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento. El Órgano de Apelación constató, por lo tanto, que la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de existencia de desplazamiento de las LCA de los Estados Unidos en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur carecía de respaldo suficiente.

¹⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.40.

¹⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafos 6.41-6.42.

5.27. En resumen, tras la apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento, las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento identificadas en los párrafos 5.13 y 5.14 *supra*, y las formas de perjuicio grave causado por las subvenciones identificadas en el párrafo 5.13.c *supra*, fueron modificadas por el Órgano de Apelación. Como resultado de esas modificaciones: a) las únicas subvenciones cuya existencia en el período posterior a la aplicación se había constatado eran las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB y el A380, y b) los "efectos producto" de esas subvenciones de AEP/FEM eran una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave solo respecto de las pérdidas significativas de ventas en el mercado de doble pasillo y el mercado de VLA y respecto de la obstaculización de las VLA en seis mercados geográficos.

5.28. El 28 de mayo de 2018, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación, junto con el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, modificado por el informe del Órgano de Apelación.¹⁰⁵

5.3 El procedimiento de arbitraje en la diferencia DS316

5.29. El 13 de julio de 2018, los Estados Unidos solicitaron que el Árbitro de la diferencia DS316, inicialmente constituido el 13 de enero de 2012 y cuya labor se había suspendido de conformidad con los términos del acuerdo sobre la secuencia suscrito por las partes, reanudara su labor.¹⁰⁶

5.30. En su decisión, el Árbitro de la diferencia DS316 determinó que, de conformidad con su mandato en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC, era apropiado determinar el nivel máximo de las contramedidas que los Estados Unidos podían imponer anualmente en ese momento tomando como referencia el valor de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia diciembre de 2011-2013, utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento, se había determinado.¹⁰⁷ Los efectos desfavorables en cuestión fueron los siguientes: a) 3 pérdidas de ventas de LCA de doble pasillo concernientes a Cathay Pacific Airways, Singapore Airways y United Airlines; b) 2 pérdidas de ventas de VLA concernientes a Emirates y Transaero Airlines; y c) las entregas de VLA obstaculizadas en Australia, China, Corea, los Emiratos Árabes Unidos, Singapur y la Unión Europea. Más concretamente, Airbus vendió 10 A350XWB-1000 a Cathay Pacific, 30 A350XWB-900 a Singapore Airways y 10 A350XWB-1000 a United Airlines. Asimismo, vendió 50 A380 a Emirates y 4 A380 a Transaero. Airbus entregó un total de 47 A380 en los 6 mercados geográficos durante el período de referencia. Cabe señalar que la familia A350XWB es la familia de LCA de doble pasillo más avanzada de Airbus y que el A380 es la LCA de mayor tamaño de Airbus.

5.31. El Árbitro determinó que el valor de esos efectos desfavorables era el valor total de las LCA que Boeing habría vendido y entregado si hubiera obtenido las cinco ventas perdidas en la situación hipotética y el valor de la VLA adicional que Boeing habría entregado en los seis mercados geográficos durante el período de referencia en la situación hipotética si no hubiera sufrido una obstaculización en esos mercados. La primera etapa técnica clave de este proceso consistió en identificar qué modelos de LCA de Boeing se habrían vendido y entregado en la situación hipotética. El Árbitro determinó este aspecto identificando el modelo de Boeing competidor más próximo con respecto a cada modelo de LCA de Airbus que formó parte de las pérdidas de ventas o se entregó en los seis mercados geográficos. En el mercado de productos de doble pasillo, el Árbitro identificó que estos modelos eran el 777-300ER y el 787-10 de Boeing (con respecto al A350XWB-1000 y el A350XWB-900, respectivamente). En el mercado de productos de VLA, el Árbitro identificó que el modelo en cuestión era el 747-8I de Boeing (con respecto al A380).¹⁰⁸

5.32. La siguiente etapa técnica clave para el Árbitro consistió en determinar el número de 777-300ER, 787-10 y 747-8I que Boeing habría vendido a cada aerolínea en la situación hipotética si hubiera obtenido las ventas perdidas, así como el número de 747-8I adicionales que Boeing habría entregado en los seis mercados geográficos durante el período de referencia. Con respecto al primer número, las partes coincidieron en que, en la situación hipotética, Boeing habría vendido a cada una de las cinco aerolíneas el mismo número de LCA de doble pasillo que Airbus

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 1.7-1.8. Al acuerdo sobre la secuencia se hace referencia en el párrafo 1.10 *supra*.

¹⁰⁷ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.76.

¹⁰⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.185-6.187. Observamos que el 777-300ER, el 787-10 y el 747-8I de Boeing son LCA relativamente costosas y de gran tamaño.

vendió a cada una de ellas en la realidad, y el Árbitro lo aceptó.¹⁰⁹ Para el segundo número se necesitó una determinación adicional. Ello se debió a que, a juicio del Árbitro, el Grupo Especial sobre el cumplimiento no había especificado cuántos 747-8I adicionales habría entregado Boeing en los seis mercados geográficos en la situación hipotética y solo había constatado que el número de entregas de Boeing habría sido "superior{" en la situación hipotética.¹¹⁰ Por este motivo, las partes impugnaron cuán "superiores" habrían sido las entregas de Boeing. El Árbitro resolvió esta cuestión mediante un examen detallado de las constataciones adoptadas en la diferencia, así como de las pruebas y los argumentos que obran en el expediente sometido al Árbitro. Dicho análisis llevó al Árbitro a concluir que era razonable suponer que Boeing habría entregado en los seis mercados geográficos un número adicional de 747-8I igual al número de A380 que Airbus entregó realmente en esos seis mercados geográficos en el período de referencia (a saber, 47 747-8I adicionales).

5.33. A fin de determinar los precios hipotéticos de las LCA de Boeing pertinentes, el Árbitro se basó en los precios de los modelos de LCA de Boeing pertinentes, extraídos de los denominados "pedidos de comparación", es decir, los pedidos reales de esos modelos de LCA de Boeing realizados en campañas de ventas que, a juicio del Árbitro, son suficientemente similares a las campañas de ventas reales correspondientes a las pérdidas de ventas y las entregas en los seis mercados geográficos.¹¹¹

5.34. En resumen, el Árbitro de la diferencia DS316 consideró que el valor de "los efectos desfavorables cuya existencia ... se ha determinado" era la suma de los valores de: a) los 47 747-8I que se habrían entregado en los seis mercados geográficos en la situación hipotética; y b) los 20 777-300ER que Boeing habría vendido a Cathay Pacific y United Airlines, los 30 787-10 que Boeing habría vendido a Singapore Airways y un número de 747-8I considerado ICC que Boeing habría vendido a Emirates.¹¹² El Árbitro determinó los precios de entrega de todas esas LCA y, tras efectuar otros reajustes técnicos, reajustó todos los precios de entrega en cuestión para expresarlos según una base común de dólares EE.UU. de 2013. Seguidamente, el Árbitro dividió ese valor total en dólares de 2013 entre el número de meses del período de referencia y multiplicó el valor resultante por 12 para obtener un valor anualizado de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Ese valor anualizado fue de USD 7.496,623 millones.

6 LAS OBJECIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS AL NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS

6.1. En esta parte de la decisión abordamos las objeciones de los Estados Unidos al nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesto por la Unión Europea.¹¹³ En primer lugar ofrecemos un panorama general de la metodología de valoración de la Unión Europea, antes de resumir las principales objeciones de los Estados Unidos.¹¹⁴ Seguidamente establecemos nuestro

¹⁰⁹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.221 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - 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 (artículo 21.5 - 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 artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC).

¹¹⁰ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.366.

¹¹¹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, sección 6.3.4.3.6.1.

¹¹² La pérdida de ventas en relación con Transaero Airlines se valoró como inexistente. El motivo fue que Transaero había quebrado anteriormente y había cancelado sus cuatro pedidos de A380 de Airbus. El Árbitro consideró que, en la situación hipotética, Transaero también habría cancelado sus pedidos hipotéticos de 747-8I. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.226).

¹¹³ Véase el párrafo 1.21 *supra*.

¹¹⁴ La metodología propuesta por la Unión Europea para determinar el nivel de las contramedidas se expuso inicialmente en su documento sobre metodología. Posteriormente, la Unión Europea revisó aspectos de su metodología en respuesta a la comunicación escrita de los Estados Unidos y a la luz de la publicación de la

orden general de análisis y, por último, hacemos nuestra evaluación de la metodología de la Unión Europea.

6.1 Panorama general de la metodología de la Unión Europea

6.2. En la metodología de la Unión Europea se cuantifica el nivel de las contramedidas sobre la base del valor de los efectos desfavorables causados por:

- a. la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington que actúa a través de un mecanismo causal basado en los efectos de los precios en el mercado de LCA de pasillo único, cuyos efectos desfavorables son: a) tres pérdidas significativas de ventas que, según se constató en el procedimiento sobre el cumplimiento, tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación¹¹⁵, y b) la amenaza de obstaculización de las importaciones en el mercado geográfico de los Estados Unidos y de las exportaciones en el mercado geográfico de los EAU que, según se constató en el procedimiento sobre el cumplimiento, tuvo lugar en el período posterior a la aplicación¹¹⁶; y
- b. las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 que actúan a través de un mecanismo causal basado en los efectos tecnológicos en el mercado de LCA de doble pasillo, cuyos efectos desfavorables son las pérdidas significativas de ventas de las aeronaves A330 y A350 original que, según constató el Grupo Especial inicial en el procedimiento inicial, existieron en el período de referencia 2004-2006.¹¹⁷

6.3. La Unión Europea observa que todos estos efectos desfavorables se derivan de las constataciones de que las subvenciones en cuestión hicieron que Airbus perdiera determinadas campañas de ventas de LCA y, por consiguiente, propone valorar los efectos desfavorables cuantificando el valor para Airbus de cada una de estas pérdidas de ventas subyacentes.¹¹⁸ En consecuencia, la Unión Europea propone que el Árbitro calcule los valores de las pérdidas de ventas y asigne esos valores al período de referencia aplicable. Con respecto a los efectos desfavorables referentes a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington del procedimiento sobre el cumplimiento (los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación), la Unión Europea propone que el período de referencia sea el período de 33 meses que abarca desde enero de 2013 hasta septiembre de 2015. En cuanto a los efectos desfavorables referentes a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 cuya existencia se constató en el procedimiento inicial (los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006), la Unión Europea propone que el período de referencia sea el período de 36 meses que abarca desde 2004 hasta 2006.¹¹⁹

decisión del Árbitro de la diferencia DS316. La Unión Europea presentó su documento sobre metodología el 25 de julio de 2019, los Estados Unidos presentaron su comunicación escrita el 12 de septiembre de 2019 y el Árbitro de la diferencia DS316 publicó su decisión el 2 de octubre de 2019.

¹¹⁵ Las tres pérdidas significativas de ventas fueron las pérdidas de ventas en relación con Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014.

¹¹⁶ La constatación de amenaza de obstaculización se basó, en el mercado geográfico de los Estados Unidos, en una constatación intermedia de la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y, en el mercado geográfico de los EAU, en una constatación intermedia de las pérdidas de ventas en relación con Fly Dubai 2008 y 2014. La Unión Europea indicó que la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 ya está incluida en su valoración de los efectos desfavorables como una pérdida significativa de ventas y no se valoraría de nuevo en el marco de la valoración de la amenaza de obstaculización. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 283; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 31 del Árbitro, párrafo 131).

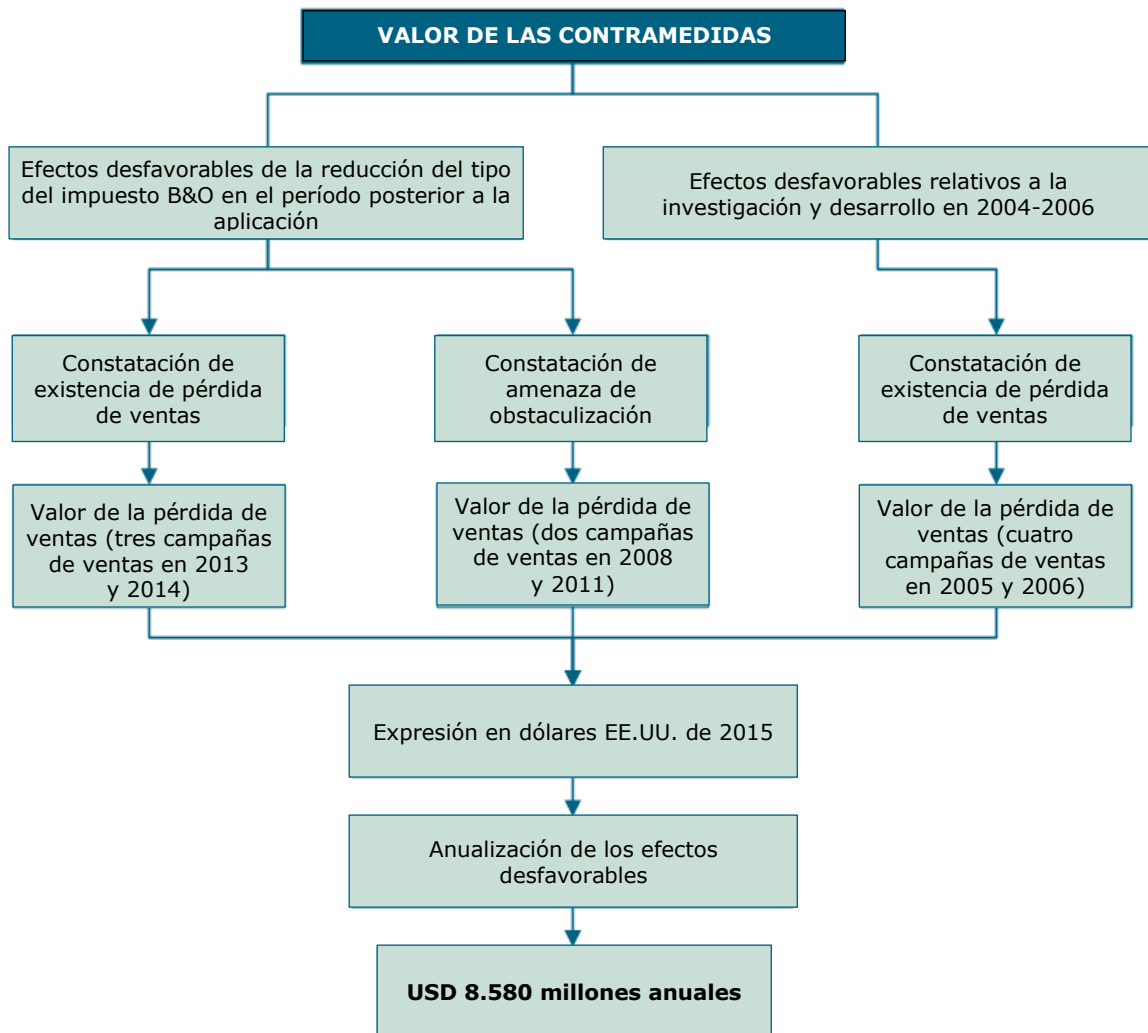
¹¹⁷ Estas pérdidas significativas de ventas conciernen a cuatro campañas de ventas en 2005 en las que el 787 resultó elegido por encima de las aeronaves A330 y A350 original en el período de referencia inicial 2004-2006 (Qantas Airways, Ethiopian Airlines, Icelandair y Kenya Airways). (Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 177).

¹¹⁸ Presentamos aquí la metodología principal propuesta por la Unión Europea para valorar las constataciones de amenaza de obstaculización que forman parte de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación. Para una exposición y análisis de las otras metodologías propuestas, véase la sección 6.4.5.3.2 *infra*.

¹¹⁹ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 78, 83, 175 y 181; comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 391, 396 y 403; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 269-270.

6.4. Tanto para los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación como para los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006, la Unión Europea a) expresa los valores de las pérdidas de ventas sobre una base común (dólares EE.UU. de 2015), b) los suma, y c) anualiza sus respectivos valores totales. A continuación, suma los dos valores totales anualizados a fin de obtener el nivel anualizado agregado de las contramedidas respecto del que solicita autorización para imponerlo cada año en lo sucesivo, hasta que expire la autorización para imponer contramedidas conforme a lo dispuesto en el artículo 22.8 del ESD. Dicho de otro modo, la Unión Europea propone un nivel máximo único de contramedidas que esté autorizada a imponer anualmente. El nivel de contramedidas reflejaría el valor anualizado de los efectos desfavorables que se ha determinado que existieron en períodos de referencia pasados (a saber, 2013-2015 para los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación y 2004-2006 para los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006). Para facilitar la consulta, nos referiremos a esta estructura de contramedidas como la "suspensión anual". La estructura general de la metodología de la Unión Europea se puede plasmar como sigue:

Figura 1: Estructura general de la metodología de la Unión Europea:



6.5. En cuanto a la determinación del valor de la pérdida de ventas subyacente a los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación y los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006, cabe resumir las diversas etapas de la metodología de la Unión Europea como sigue. Para cada una de las pérdidas de ventas pertinentes, la Unión Europea:

- a. parte de una hipótesis en la que Airbus habría recibido pedidos de LCA por el mismo número de LCA de Boeing que efectivamente se pidieron a Boeing en esas campañas (incluidas las opciones, según proceda), y en la que Airbus habría entregado las LCA con arreglo al mismo calendario de entregas que siguieron las entregas reales de Boeing;
- b. en lo que respecta a las cancelaciones que se produjeron antes de 2020, reajusta a la baja las cifras de entrega hipotéticas para tener en cuenta dichas cancelaciones;
- c. determina un precio de la fecha de entrega¹²⁰ para cada pedido hipotético de Airbus no afectado por las cancelaciones anteriores a 2020 (aplicando los factores de incremento contractual de las ofertas definitivas de Airbus en cada campaña de ventas al precio neto en fábrica expresado en la oferta definitiva de Airbus), y seguidamente reajusta ese precio mediante una tasa de supervivencia para reflejar el riesgo de cancelación futura de entregas;
- d. retrotrae los precios de la fecha de entrega reajustados hasta la fecha en la que se produjo la pérdida de ventas (utilizando el costo de la deuda de Airbus como factor de actualización), a fin de determinar el valor de cada pedido de LCA en el momento en que se hizo el pedido; y
- e. realiza un reajuste temporal para expresar todos los valores en la fecha del pedido a una base común en dólares EE.UU. de 2015 utilizando el "índice de inflación de las LCA de Airbus"¹²¹, al ser 2015 el último año del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, a fin de llegar a un valor para cada pérdida de ventas (en dólares EE.UU. de 2015).

6.6. Una vez obtenidos los valores en dólares EE.UU. de 2015 para cada pérdida de ventas, la Unión Europea:

- a. calcula el valor total de cada uno de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación y los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 agregando los valores de las pérdidas de ventas pertinentes en cada caso;
- b. divide el valor de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación y los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 por el número de meses del período de anualización aplicable, y multiplica esas cuantías por 12, a fin de llegar a valores anualizados de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación y los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006¹²²; y

¹²⁰ En algunas partes utilizados el término "fecha" en lugar de "año" al referirnos a los componentes de la metodología de las partes y del Árbitro, ya que algunos de los cálculos de que se trata se refieren específicamente a un mes dado y por tanto no se aplican a un año dado en su conjunto.

¹²¹ La Unión Europea señala que obtuvo el índice de inflación de las LCA de Airbus basándose en las fórmulas estándares de incremento de precios contractuales de Airbus, y aduce que dicho índice refleja consecuentemente los cambios [***] en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas registrados con el paso del tiempo. (Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 101; y comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396, sexto punto).

¹²² Con respecto a los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación, se suman los valores de a) las tres pérdidas significativas de ventas cuya existencia en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento se ha constatado y b) las dos pérdidas de ventas subyacentes a las constataciones de amenaza de obstaculización en el período de referencia (pérdidas de ventas que tuvieron lugar antes de que expirase el plazo para la aplicación), y el resultado se divide entre los 33 meses del período que, según afirma la Unión Europea, fue el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, y se multiplica por 12 (es decir, el número de meses de un año). Como se indica más pormenorizadamente en la sección 6.4.5.3 *infra*, la Unión Europea ha propuesto diversas metodologías de valoración para las constataciones de amenaza de obstaculización. La metodología aquí descrita es la que propuso en su comunicación escrita. Con respecto a los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006, los valores de las cuatro pérdidas significativas de ventas se dividen por el período de 36 meses que fue el período de referencia del Grupo Especial inicial y se multiplican por 12.

- c. suma los valores anualizados de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación y los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 y determina el nivel de suspensión anual (USD 8.581.019.068).¹²³

6.7. La Unión Europea había propuesto inicialmente que la cuantía de la suspensión anual se reajustara en función de la inflación y se expresara en valores en dólares EE.UU. de abril de 2020 y que las contramedidas correspondientes a cada año posterior a 2020 se reajustaran anualmente en función de la inflación. Sin embargo, la Unión Europea indicó posteriormente que, dado que el Árbitro de la diferencia DS316 había rechazado la solicitud de los Estados Unidos de efectuar reajustes análogos en función de la inflación respecto de las contramedidas que los Estados Unidos estaban autorizados a imponer a raíz de ese procedimiento, y en aras de garantizar la imparcialidad en los dos procedimientos, ha dejado de proponer estos reajustes en función de la inflación.¹²⁴

6.2 Respuesta de los Estados Unidos

6.8. Los Estados Unidos no se oponen a las contramedidas en forma de suspensión anual a un nivel que refleje el valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia en un período de referencia pasado se haya determinado. Sin embargo, los Estados Unidos aducen que el Árbitro no puede valorar los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 porque no están comprendidos en el alcance de la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10, en las circunstancias del presente procedimiento.

6.9. En cuanto a la valoración de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación, los Estados Unidos aducen que el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento fue el período de 36 meses comprendido entre septiembre de 2012 y septiembre de 2015, y no el período de 33 meses comprendido entre enero de 2013 y septiembre de 2015 que afirma la Unión Europea. Los Estados Unidos no se oponen a que la Unión Europea valore los efectos desfavorables en forma de amenaza de obstaculización sobre la base de las pérdidas de ventas subyacentes y proponen que todos los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior al cumplimiento se valoren como pérdidas de ventas. No obstante, los Estados Unidos aducen que, al anualizar los valores totales de las cinco pérdidas de ventas, el denominador debe reflejar el hecho de que dos de las cinco pérdidas de ventas tuvieron lugar antes de la expiración del plazo para la aplicación (en 2008 y 2011 respectivamente) y, por consiguiente, proponen que el cálculo de la anualización refleje este período más extenso, de 2007 a 2015, en el que tuvieron lugar las pérdidas de ventas.¹²⁵

¹²³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 407-408. A lo largo del procedimiento, la Unión Europea presentó métodos alternativos para calcular el nivel anual de efectos desfavorables que han dado lugar a los diferentes niveles de suspensión anual propuestos. (Véanse, por ejemplo, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 10; Valoración de las pérdidas de ventas en el mercado de pasillo único basada en los números de entregas que figuran en las ofertas definitivas de Airbus (Prueba documental EU-62 (ICSS)); Valoración de las pérdidas de ventas en el mercado de doble pasillo basada en los números de entregas que figuran en las ofertas definitivas de Airbus (Prueba documental EU-63 (ICSS)); 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-85 (ICSS)); 2RPQ - Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-77 (ICSS)); 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de doble pasillo - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-87 (ICSS)); 2RPQ - Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Boeing (Prueba documental EU-76 (ICSS)); 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Boeing (Prueba documental EU-84 (ICSS)); y 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de doble pasillo - Calendarios de entregas de Boeing (Prueba documental EU-86 (ICSS))). El fondo de las metodologías de valoración alternativas propuestas se examina más adelante en la presente decisión. Véase la sección 6.4 *infra*.

¹²⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 40 del Árbitro, párrafo 159 y nota 165 a dicho párrafo. Véase también la sección 6.5.1 *infra*.

¹²⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 103-106. Los Estados Unidos explican que, dado que el Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó todas las pruebas concernientes a las campañas de ventas desde la conclusión del período de referencia 2004-2006 del procedimiento inicial hasta la fecha límite correspondiente a las pruebas del procedimiento sobre el cumplimiento (septiembre de 2015), la valoración de las cinco pérdidas de ventas se debería anualizar sobre la base de un período que comience en 2007, y no en 2008, fecha de la primera pérdida de ventas. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 101 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.381)).

6.10. Los Estados Unidos también formulan varias objeciones sobre aspectos más técnicos de las valoraciones de las cinco pérdidas de ventas en relación con los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación. En primer lugar y por encima de todo, impugnan la presunción por la Unión Europea de que, en la situación hipotética, Airbus habría obtenido todas las campañas de ventas. A juicio de los Estados Unidos, las constataciones sobre la relación causal del procedimiento sobre el cumplimiento no establecen que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, Airbus habría obtenido todas las campañas de venta. En consecuencia, los Estados Unidos proponen que el valor de cada una de las pérdidas de ventas incluya un reajuste probabilístico para tener en cuenta la incertidumbre respecto de que Airbus fuese realmente a obtener todas las campañas de ventas en la situación hipotética.

6.11. Además, en relación con el número de LCA de Airbus que debería valorarse como parte de cada una de las pérdidas de ventas subyacentes, los Estados Unidos se oponen a la propuesta de la Unión Europea de que el Árbitro incluya el valor de determinadas opciones de LCA que figuran en las ofertas definitivas de Airbus o los acuerdos de compra de Boeing, principalmente porque actuar de ese modo iría en contra de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento, que distinguió los pedidos en firme de las opciones. Además, los Estados Unidos consideran que los números de pedidos hipotéticos deberían basarse en el número de pedidos en firme de LCA de Airbus que esta propuso en sus ofertas definitivas a clientes, no en el número real de pedidos que Boeing obtuvo en sus acuerdos de compra, y que los calendarios de entregas hipotéticas de LCA de Airbus deberían corresponderse con los calendarios de entregas que figuran en las ofertas definitivas de Airbus. En lo concerniente a la cuestión de reflejar las cancelaciones reales y potenciales de pedidos de LCA en la situación hipotética, los Estados Unidos proponen la aplicación de "tasas de supervivencia" estimadas que difieren en varios aspectos de las estimaciones de tasas de supervivencia propuestas por la Unión Europea.

6.12. Los Estados Unidos están de acuerdo en general con la propuesta de la Unión Europea de valorar las pérdidas de ventas sobre la base del valor de la pérdida de venta en cuestión en el momento del pedido, calculando para ello los valores de la fecha de entrega de las LCA en función de las fórmulas de incremento contractuales de las ofertas definitivas de Airbus, retrotrayendo esos valores al momento del pedido pertinente y reajustando a futuro dichos valores para expresarlos según una base común de dólares EE.UU. de 2015. Sin embargo, los Estados Unidos se oponen a la inclusión de una partida de costos específica en los precios de LCA de Airbus que se utilizan para estos cálculos (a saber, [[***]]) basándose en que esta partida, si bien está comprendida en el precio neto en fábrica de Airbus, no se refleja en los ingresos de Airbus y, por tanto, no debería formar parte de la valoración de los efectos desfavorables. Asimismo, proponen que el Árbitro utilice el costo medio ponderado del capital (CMPC) de Airbus como el índice apropiado para retrotraer los precios de la fecha de entrega hasta sus valores en la fecha del pedido.

6.13. Los Estados Unidos proponen que, tras corregir los supuestos errores en la metodología de la Unión Europea y teniendo en cuenta los datos recientes sobre algunos de estos efectos desfavorables, el nivel de las contramedidas que la Unión Europea pueda estar autorizada a imponer no pueda superar los USD 411,8 millones.¹²⁶

6.3 Orden del análisis

6.14. Sobre la base de la metodología propuesta por la Unión Europea y las objeciones formuladas por los Estados Unidos, hemos estructurado nuestra evaluación como sigue:

- a. en primer lugar examinaremos si los "efectos desfavorables cuya existencia se ... determin{e}" en el presente procedimiento comprenden los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 (en la sección 6.4.1);

¹²⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 174; y Valor anualizado de los efectos desfavorables corregido, en dólares de 2014 y marzo de 2019 (Prueba documental USA-25 (ICSS)). En el transcurso del procedimiento, los Estados Unidos revisaron posteriormente su cálculo de la suspensión anual que podría autorizarse por varias razones. (Véanse la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Árbitro, párrafos 97-106; Valor anualizado corregido de los efectos desfavorables, en dólares de julio de 2015 (Prueba documental USA-44 (ICSS))); respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 57, 66 y 85 del Árbitro; Valor anualizado de los efectos desfavorables en dólares de 2015 (Revisión) (Prueba documental USA-60 (ICSS)); observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro, párrafo 214; y Valor anualizado de los efectos desfavorables en dólares de 2015 (Revisión) (Prueba documental USA-105 (ICSS)).

- b. a continuación abordaremos cuestiones relativas a la estructura general de las contramedidas en relación con los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación. La primera cuestión se refiere a si es apropiado determinar el nivel máximo de las contramedidas en forma de suspensión anual sobre la base del valor de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación cuya existencia en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento se ha determinado (sección 6.4.2). También abordaremos la cuestión controvertida de cuáles fueron las fechas de inicio y finalización del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento (sección 6.4.3), así como cuestiones relativas a nuestra toma en consideración de eventos que tuvieron lugar después del período de referencia (sección 6.4.4);
- c. seguidamente abordaremos cuestiones conceptuales relativas a las metodologías de la Unión Europea en lo que respecta a la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización. Más concretamente, analizamos si los enfoques generales propuestos por la Unión Europea para valorar esos efectos desfavorables son aceptables, habida cuenta del carácter de esos efectos desfavorables (sección 6.4.5);
- d. posteriormente abordaremos aspectos técnicos en materia de valoración que son comunes a las valoraciones de ambas formas de efectos desfavorables, es decir, las pérdidas de ventas y la amenaza de obstaculización (sección 6.4.6) y, a continuación, los aspectos técnicos restantes referidos específicamente a la valoración de la pérdida significativa de ventas (sección 6.4.7) y la amenaza de obstaculización (sección 6.4.8);
- e. a la luz de todas las decisiones anteriores adoptadas hasta este punto, resumiremos la metodología técnica que seguiremos para valorar la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización (sección 6.4.9);
- f. en la sección 6.5 presentaremos nuestra valoración del valor anualizado agregado de los efectos desfavorables; y
- g. en la sección 7 formularemos observaciones sobre la alegación de los Estados Unidos relativa a la retorsión cruzada de conformidad con el artículo 22.3 del ESD antes de exponer nuestras conclusiones en la sección 8.

6.4 Evaluación de la metodología de la Unión Europea

6.4.1 Valoración de los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 como parte de los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el ámbito del presente procedimiento

6.15. La Unión Europea aduce que el Árbitro debe valorar determinados efectos desfavorables que, según determinaron el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación, fueron causados por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período de referencia utilizado en el procedimiento inicial, a saber, 2004-2006 (los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006).¹²⁷ A juicio de la Unión Europea, el motivo es que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 están comprendidos en "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10 del Acuerdo SMC, en las circunstancias del presente procedimiento. La Unión Europea mantiene que la "condición de activación" que rige su derecho a imponer contramedidas en relación con los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 se encuentra en el artículo 7.9 del Acuerdo SMC, que comienza con la siguiente expresión: "En caso de que el Miembro no {se} haya {puesto en conformidad} en el plazo de seis meses ...".¹²⁸ La Unión Europea

¹²⁷ Los efectos desfavorables que la Unión Europea pide que el Árbitro valore en este contexto son determinadas pérdidas de ventas, en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC, que tuvieron lugar en el mercado de productos LCA de 200-300 asientos (relacionadas específicamente con ventas concernientes al Boeing 787). (Véanse el documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 177-213; y Valoración de las pérdidas de ventas de LCA de doble pasillo (Prueba documental EU-25 (ICSS))).

¹²⁸ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Árbitro, párrafo 17. No obstante, la Unión Europea también ha afirmado que este texto simplemente significa "que, por lo general, cabría esperar que la solicitud de retorsión se formule y el árbitro sea convocado

aduce que esta "condición de activación" del artículo 7.9 se ha cumplido de tres maneras diferentes y cada una de ellas permite por sí misma que el Árbitro valore los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006.¹²⁹

6.16. En primer lugar y ante todo, la Unión Europea aduce que la condición de activación se ha cumplido "como consecuencia de la *revocación* por el Órgano de Apelación de la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento según la cual los Estados Unidos habían logrado el cumplimiento en relación con las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, que deja operativas las recomendaciones de cumplimiento multilaterales del OSD emanadas del procedimiento inicial".¹³⁰ Más concretamente, la Unión Europea observa que esta revocación significa que las recomendaciones y resoluciones del OSD resultantes del procedimiento inicial (a saber, que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los artículos 5 y 6.3 del Acuerdo SMC con respecto a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 y que los Estados Unidos debían cumplir tales obligaciones) siguen operativas. A juicio de la Unión Europea, por consiguiente, "a falta de una constatación de cumplimiento 'confirmad{a} de manera multilateral', la posición por defecto no es el cumplimiento, sino la expresada por la recomendación de los Miembros constituidos colectivamente en OSD, es decir, el incumplimiento".¹³¹ La Unión Europea afirma que los Estados Unidos no pueden superar esta "posición por defecto" de incumplimiento alegando unilateralmente el cumplimiento, ya que ello sería contrario a la preferencia expresada en el ESD por la actuación multilateral frente a la actuación unilateral de los Miembros, así como al objeto y fin de las contramedidas, que es inducir al cumplimiento del demandado. Más bien, según la Unión Europea, los Estados Unidos deben conseguir una "constatación de cumplimiento multilateral"¹³² y, "hasta ese día, el mecanismo de solución de diferencias no ha llegado a 'una solución positiva a la{ } diferencia{ }', en el sentido del artículo 3.7 del ESD, y sigue habiendo una 'justificación válida' para solicitar y autorizar contramedidas".¹³³

6.17. En este contexto, la Unión Europea hace hincapié en que el artículo 7.9 "no exige una constatación de incumplimiento con respecto a un período de referencia después de concluido el plazo para la aplicación"¹³⁴ y, por lo tanto, "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" no tienen que ser necesariamente los identificados en un período de tiempo posterior al plazo para la aplicación. A juicio de la Unión Europea, ello se debe a que la expresión "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" contenida en el artículo 7.9 "no {está} relacionada gramaticalmente" con el texto de la "condición de activación" y, de manera conexa, ni el artículo 7.9 ni el artículo 7.10 indican que "los efectos desfavorables cuya existencia se haya

después del plazo para la aplicación de seis meses". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 44 del Árbitro, párrafo 47). La Unión Europea afirma asimismo que la expresión "naturaleza" en los artículos 7.9 y 7.10 "induce a considerar que el tipo *específico* de 'efectos desfavorables' cuya existencia se haya determinado es el resultado de la medida *específica* con respecto a la cual se solicitan contramedidas". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 43 del Árbitro, párrafo 35 (donde se cita la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* - (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 4.43) (el resalte es de la Unión Europea)).

¹²⁹ La Unión Europea "no está de acuerdo con que, de conformidad con el artículo 7.9 del Acuerdo SMC, la base para la autorización de contramedidas sea el incumplimiento después de concluido el" plazo para el cumplimiento. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 44 del Árbitro, párrafo 42).

¹³⁰ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Árbitro, párrafo 18. (con resalte en el original)

¹³¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 7 (no se reproducen la nota de pie de página ni el resalte). Véanse también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 44 del Árbitro; y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 45 del Árbitro, párrafo 67 ("De ello se desprende que las recomendaciones *multilaterales* del OSD 'siguen siendo operativas ... hasta que el "problema" se haya "solucionado" enteramente") (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE (artículo 21.5 - CE II)*, párrafo 7.36) (con resalte en el original)).

¹³² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 10. (no se reproduce el resalte)

¹³³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 10 (donde se cita la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52). Véanse también el documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 174; la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 292-344; la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 2, párrafos 6-9, 11 y 16; 42, párrafos 7-9; 43, párrafos 36-39; 44; y 46 del Árbitro; y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 43, párrafos 25-27; 44, párrafos 50-51; y 45, párrafo 66, del Árbitro.

¹³⁴ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafo 31. Véanse también las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafo 33.

determinado" deban ser los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado en un procedimiento sobre el cumplimiento, con exclusión de aquellos cuya existencia se haya determinado en un procedimiento inicial. La Unión Europea apoya además esta línea de razonamiento afirmando que, en un caso en que las partes convienen en que no se ha producido el cumplimiento tras un procedimiento inicial, los efectos desfavorables identificados en el procedimiento inicial pueden ser los únicos "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" ante un árbitro. En consecuencia, la Unión Europea aduce que habría "graves consecuencias sistémicas" si se interpretara que los artículos 7.9 y 7.10 exigen una constatación positiva de incumplimiento en el período posterior a la aplicación en un procedimiento sobre el cumplimiento como requisito previo para autorizar contramedidas. En particular, la Unión Europea aduce que una interpretación de ese tipo entrañaría la reducción de los derechos y obligaciones previstos en los acuerdos abarcados, lo cual sería contrario al artículo 3.2 del ESD.¹³⁵

6.18. La Unión Europea aduce que las disposiciones pertinentes del ESD ofrecen un contexto que respalda su posición, expuesta *supra*. En particular, la Unión Europea señala que: a) conforme a la "aplicación normal y oportuna de las disposiciones pertinentes en materia de solución de diferencias", "no es {en absoluto} problemático ... que las contramedidas también deban ser consideradas proporcionadas, según proceda, como ocurre en este caso, a los efectos desfavorables cuya existencia han determinado los órganos resolutorios iniciales"¹³⁶; y b) el artículo 22.6 del ESD prevé que los arbitrajes estén a cargo del "grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto", y no del Grupo Especial sobre el cumplimiento.¹³⁷

6.19. La segunda manera en que Unión Europea aduce que la "condición de activación" del artículo 7.9 se ha cumplido consiste en que "la Unión Europea ha establecido el incumplimiento *en el procedimiento sobre el cumplimiento* en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O".¹³⁸ Aduce que "{e}n concreto, la Unión Europea demostró satisfactoriamente que ... los Estados Unidos siguen concediendo a Boeing subvenciones incompatibles con las normas de la OMC que causan efectos desfavorables para los intereses de la UE {y} que la reducción del tipo del impuesto B&O causa efectos desfavorables para la Unión Europea".¹³⁹ En efecto, la Unión Europea parece aducir que la constatación adoptada en el procedimiento sobre el cumplimiento según la cual los Estados Unidos no estaban en conformidad con respecto a la *subvención B&O del estado de Washington* significa que debería considerarse que la "condición de activación" del artículo 7.9 también se ha cumplido respecto de las *subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007*.

6.20. En tercer y último lugar, la Unión Europea plantea la posibilidad de que la "condición de activación" del artículo 7.9 se haya cumplido porque "la Unión Europea ha establecido el incumplimiento *en el presente procedimiento del Grupo Especial encargado del arbitraje* en lo que respecta a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007".¹⁴⁰ Sin embargo, "la Unión Europea considera que el Árbitro{o} no debería optar por {la} senda de formular su propia determinación de efectos desfavorables"¹⁴¹. La Unión Europea subraya que el "artículo 7.10 del Acuerdo SMC no ordena que un {árbitro} formule una determinación *de novo* de la existencia de efectos desfavorables".¹⁴² Además, a juicio de la Unión Europea, "ello vincularía indebidamente la función del {árbitro} a la del grupo especial sobre el cumplimiento"¹⁴³, ya que, de existir "un desacuerdo entre las partes en cuanto a la situación de cumplimiento del demandado, se trataría de una cuestión que debe abordarse en el marco del artículo 21.5 del ESD ante un órgano

¹³⁵ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafos 6 y 11. Véanse también las observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 42 y 43 del Árbitro. La Unión Europea señala además que los Miembros de la OMC coinciden en que los acuerdos abarcados no abordan expresamente esta "cuestión de la secuencia" relativa a los procedimientos sobre el cumplimiento y los procedimientos de arbitraje. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 18).

¹³⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 19.

¹³⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 20.

¹³⁸ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Árbitro, párrafo 19. (con resalte en el original)

¹³⁹ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafos 40-42.

¹⁴⁰ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Árbitro, párrafo 19. (con resalte en el original)

¹⁴¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 357.

¹⁴² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 2 del Árbitro, párrafo 6.

¹⁴³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 4 del Árbitro, párrafo 28.

resolutorio diferente".¹⁴⁴ La Unión Europea también destaca que si el Árbitro abordase esta cuestión en materia de cumplimiento, deberá "respetar su deber en virtud del artículo 22.6 del ESD de completar este arbitraje de manera expeditiva".¹⁴⁵ En resumen, "la posición de la Unión Europea no es que, en las circunstancias de procedimiento de este asunto, el Árbitro tenga la obligación, o incluso la facultad, de formular una determinación respecto de la cuestión de si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables"¹⁴⁶; incluso si el Árbitro examinase esa cuestión, la Unión Europea mantiene que la labor del Árbitro no debe retrasar el procedimiento.¹⁴⁷

6.21. A pesar de este argumento, la Unión Europea afirma que presentó pruebas junto con su comunicación escrita que demuestran que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 siguen causando efectos desfavorables después de concluido el plazo para la aplicación.¹⁴⁸ Según la Unión Europea, si el Árbitro "decide que, para poder activar el artículo 7.9, un requisito previo es constatar un incumplimiento *después* de concluido el plazo para la aplicación en relación con las *subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007*", tiene que llegar a la conclusión de que se ha cumplido ese requisito previo. Según la Unión Europea, ello se debe a que los Estados Unidos no han examinado o refutado esas pruebas, y el Árbitro debe constatar en consecuencia que la Unión Europea ha demostrado el incumplimiento de los Estados Unidos con respecto a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación.¹⁴⁹ Si el Árbitro no lo constata, la Unión Europea aduce que el Árbitro estaría "formulando la argumentación" por los Estados Unidos. Esto es especialmente cierto porque, según la Unión Europea, en el presente procedimiento correspondería a los Estados Unidos la carga de demostrar que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 ya no causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, y los Estados Unidos no han satisfecho esa carga.¹⁵⁰

6.22. Los Estados Unidos aducen que el Árbitro no puede valorar los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 porque no están comprendidos en el alcance de la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10, en las circunstancias del presente procedimiento. Los Estados Unidos afirman que la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" tiene el mismo sentido en los artículos 7.9 y 7.10, puesto que el objetivo procedimental de un arbitraje en el marco del artículo 7.10 es informar al OSD sobre qué contramedidas proporcionadas a "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" puede autorizar el OSD de conformidad con el artículo 7.9. Los Estados Unidos subrayan la prescripción que figura en el artículo 7.9 del Acuerdo SMC según la cual el OSD concederá autorización para adoptar contramedidas "en caso de que el Miembro no haya adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención ni la haya retirado". Aducen que eso crea una condición que exige que, antes de poder autorizarse contramedidas con respecto a una subvención particular, debe establecerse que la parte demandada no adoptó las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables causados por esa subvención ni la retiró. Asimismo, aduce que esa condición no ha sido establecida en lo que respecta a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007.¹⁵¹

¹⁴⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 4 del Árbitro, párrafo 29.

¹⁴⁵ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 356. (no se reproducen las comillas internas ni la cita)

¹⁴⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 5 del Árbitro, párrafo 32. (con resalte en el original)

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, la declaración inicial de la Unión Europea en la reunión del Árbitro con las partes, párrafo 137.

¹⁴⁸ La Unión Europea volvió a presentar sus comunicaciones del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento como pruebas documentales junto con su comunicación escrita en la que, según aduce, "aporta pruebas y argumentos que los Estados Unidos no abordaron en este procedimiento en relación con la continuación del perjuicio grave causado por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 durante el período posterior a la aplicación por medio de un mecanismo causal basado en los efectos tecnológicos". (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 358).

¹⁴⁹ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafo 50 c).

¹⁵⁰ Véanse las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafos 41-51.

¹⁵¹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 3. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 43; 44, párrafo 11; y 45 del Árbitro; y las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro.

6.23. Los Estados Unidos aducen que, con respecto a una subvención particular, la condición de activación creada en el artículo 7.9 se podría satisfacer de tres formas. En primer lugar, los Estados Unidos afirman que las partes pueden estar de acuerdo en que el demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, lo cual, según señalan los Estados Unidos, no es el caso. En segundo lugar, los Estados Unidos afirman que cabe la posibilidad de que un árbitro establecido de conformidad con el artículo 22.6 del ESD pueda abordar cuestiones en materia de cumplimiento. No obstante, según los Estados Unidos, los Miembros no se han puesto de acuerdo en si un árbitro puede actuar de ese modo. Además, los Estados Unidos afirman que la Unión Europea ha explicado que no opta por esta opción, ha presentado pruebas insuficientes para respaldar una demostración del incumplimiento en el presente procedimiento de arbitraje y, en la medida en que las ha presentado, lo ha hecho en un momento inadecuado. Los Estados Unidos aducen asimismo que la elección de esta opción por la Unión Europea sería inadecuada a la luz del acuerdo sobre la secuencia suscrito por las partes. En tercer y último lugar, los Estados Unidos afirman que un grupo especial sobre el cumplimiento puede establecer el incumplimiento del demandado después de concluido el plazo para la aplicación. Los Estados Unidos observan que esto no ha ocurrido en relación con las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 y destacan en este contexto que en el procedimiento sobre el cumplimiento correspondía a la Unión Europea la carga de demostrar la continuación del incumplimiento de los Estados Unidos en el período posterior a la aplicación, una carga que la Unión Europea no ha satisfecho. Habida cuenta de las dos primeras opciones tratadas en este párrafo, los Estados Unidos insisten en que, por lo tanto, no aducen que "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" solo puedan ser los identificados en un procedimiento sobre el cumplimiento, como alega la Unión Europea.¹⁵²

6.24. Los Estados Unidos destacan que las constataciones de un procedimiento inicial en el sentido de que una subvención particular es incompatible con los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC no pueden satisfacer por sí mismas la condición de activación del artículo 7.9 con respecto a esa subvención, como aduce la Unión Europea. A juicio de los Estados Unidos, ello se debe a que un grupo especial inicial, por definición, no puede establecer el incumplimiento de un demandado después del plazo para la aplicación subsiguiente al informe del grupo especial inicial. En consecuencia, los Estados Unidos aducen que, en la medida en que la Unión Europea se basa en las constataciones de incompatibilidad con los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC del procedimiento inicial para satisfacer la condición de activación del artículo 7.9, la Unión Europea pide en la práctica que el Árbitro constataste que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 siguen existiendo en el período posterior a la aplicación. Los Estados Unidos observan que la Unión Europea trató sin éxito de demostrar esa tesis en el procedimiento sobre el cumplimiento. Además, según los Estados Unidos, adoptar esa presunción sería incongruente, ya que hubo condiciones de mercado clave que cambiaron entre el período de referencia 2004-2006 y el período posterior a la aplicación.¹⁵³

6.25. Asimismo, los Estados Unidos: a) afirman que el acuerdo sobre la secuencia suscrito entre las partes demuestra que la Unión Europea compartía la interpretación de los artículos 7.9 y 7.10 sugerida por los Estados Unidos hasta el inicio del presente procedimiento de arbitraje; b) rechazan los argumentos de la Unión Europea en relación con los aspectos contextuales del ESD porque dichas consideraciones no eliminan en modo alguno la condición de activación del artículo 7.9; y c) aducen que la Unión Europea selecciona erróneamente pasajes de decisiones de arbitrajes y de informes de grupos especiales anteriores en sus argumentos.¹⁵⁴

6.26. En respuesta a algunos de los argumentos de los Estados Unidos, la Unión Europea: a) aclara que su posición no es que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 siguen existiendo en el período posterior a la aplicación, sino, más bien, que el Árbitro

¹⁵² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 53-54 y 69-81; respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 2, párrafos 7 y 9; 4; y 44 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 42, párrafos 8 y 9; y 43, párrafo 18, del Árbitro. Los Estados Unidos también afirman que la asignación de la carga de la prueba en procedimientos sobre el cumplimiento "podría repercutir sobre la naturaleza de las constataciones de que se trate y en la subsiguiente interpretación que haga de ellas un órgano resolutorio" y, en particular, sobre "si {los} informe{s} sobre el cumplimiento establece{n} un incumplimiento en el período posterior a la aplicación". (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 47 del Árbitro, párrafo 30 (no se reproduce el resalte). Véase también la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 70).

¹⁵³ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 2, párrafos 9 y 14; 41; 44, párrafos 18-20; y 45 del Árbitro.

¹⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 45 del Árbitro, párrafo 28; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro.

debería valorar esos efectos aunque no haya una constatación positiva de incumplimiento en el período posterior a la aplicación; b) señala que no puede interpretarse que el acuerdo sobre la secuencia concertado entre las partes indica que la Unión Europea ha renunciado a alguno de sus derechos pertinentes en el marco del ESD o el Acuerdo SMC; y c) rechaza la insinuación que parecen formular los Estados Unidos en el sentido de que la asignación de la carga de la prueba en un procedimiento sobre el cumplimiento es una consideración significativa en el presente contexto.¹⁵⁵

6.27. El Árbitro recuerda que, al concluir el procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que la Unión Europea no había establecido que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 siguiesen causando efectos desfavorables una vez finalizado el plazo para la aplicación. Sin embargo, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis sobre si seguía habiendo efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación.¹⁵⁶ Por consiguiente, en este momento no hay constataciones adoptadas por el OSD que aborden si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. A este respecto, cabe señalar que tampoco hay constataciones adoptadas por el OSD en lo que respecta a si los Estados Unidos pusieron las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en consonancia con las recomendaciones y resoluciones del OSD emitidas como resultado del procedimiento inicial al concluir el plazo para la aplicación.¹⁵⁷

6.28. Dicho esto, a nuestro juicio, los argumentos de las partes plantean dos cuestiones principales:

- a. *en primer lugar*, la cuestión de si el artículo 7.9 crea la condición de que "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10, deban ser los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención respecto de la cual un demandado inicial no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones emitidas previamente por el OSD. Comprender la relación entre los artículos 7.9 y 7.10 es fundamental para determinar qué margen tiene el Árbitro (si es que tiene alguno) en el marco de su mandato a la hora de valorar los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006, ya que, como aduce la Unión Europea, el artículo 7.10, que establece el mandato del Árbitro, no fija limitaciones explícitas en cuanto al posible alcance de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado"; y
- b. *en segundo lugar*, en caso de que el artículo 7.9 cree la condición a que se hace referencia en el párrafo a) *supra* (es decir, si "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" son los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención que el demandado no ha puesto en conformidad), la cuestión de si la presencia de los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 puede servir para establecer los efectos desfavorables en el *período posterior a la aplicación* causados por una subvención con respecto a la cual el demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

6.29. Examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

6.4.1.1 La cuestión de si "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" deben ser los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención respecto de la cual un demandado inicial no ha cumplido recomendaciones y resoluciones emitidas previamente por el OSD

6.30. El artículo 7.10 del Acuerdo SMC define el mandato del Árbitro:

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, el árbitro determinará si las contramedidas son

¹⁵⁵ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 25; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 41, párrafos 1-2; 45, párrafos 68-69; y 47 del Árbitro.

¹⁵⁶ Véanse el párrafo 1.17 *supra* y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.416, 5.420-5.421, 5.443 y 6.11.

¹⁵⁷ Véanse los párrafos 1.16-1.17 *supra* (donde se explican esas constataciones).

proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.

6.31. En el artículo 7.10 no se especifica si "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" deben ser los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención respecto de la cual el demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones emitidas previamente por el OSD. Sin embargo, observamos que los dos Árbitros anteriores que actuaron en virtud del artículo 7.10 han interpretado (a nuestro juicio, de manera instructiva) que la expresión "contramedidas" se refiere a "medidas adoptadas para 'contrarrestar' algo, y, de manera específica ..., 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*".¹⁵⁸ Parece una interpretación razonable habida cuenta del fin de las contramedidas, que es inducir al cumplimiento del demandado.¹⁵⁹ Por consiguiente, la naturaleza de las contramedidas sugiere que estas solo se deberían determinar y aplicar en relación con una subvención respecto de la cual el demandado no ha cumplido al concluir el plazo para la aplicación, es decir, una subvención que no ha sido retirada y sigue causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación.

6.32. A continuación analizamos el contexto del artículo 7.10. El artículo 7.10 es el último párrafo del artículo 7 del Acuerdo SMC, en que se tratan las "Acciones" correspondientes a las subvenciones recurribles. En los párrafos del artículo 7 se ofrece una secuencia general de casos durante una diferencia. Por consiguiente, estos párrafos están interrelacionados como también lo están las etapas de una diferencia.¹⁶⁰ En consecuencia, nos referimos específicamente al artículo 7.9, que ofrece el contexto más inmediato para interpretar el artículo 7.10. En él se dispone lo siguiente:

En caso de que el Miembro no haya adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención ni la haya retirado en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que el OSD adopte el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación y de que no se haya llegado a un acuerdo sobre la compensación, 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.

6.33. El artículo 7.9 tiene dos partes pertinentes. La segunda parte del artículo 7.9 sienta las bases para que el OSD "conceda" al Miembro reclamante autorización para adoptar contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". En la primera parte se condiciona la autorización del OSD para permitir dichas contramedidas con respecto a una "subvención" determinada a que se dé un "caso" en relación con tal subvención, lo que las partes denominan un caso "activador". El caso "activador" es el hecho de que el demandado no haya cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD emitidas como resultado de un procedimiento inicial antes de concluir el plazo para la aplicación de seis meses especificado en el artículo 7.8.¹⁶¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 7.8, esa situación de incumplimiento se da si el demandado no ha retirado la subvención ni ha adoptado las medidas apropiadas para eliminar sus efectos desfavorables. De ello se deduce, por tanto, que el artículo 7.9 establece que, para autorizarse contramedidas con respecto a una subvención particular, esa subvención tiene que seguir causando efectos desfavorables *en el período posterior a la aplicación*. Por consiguiente, "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el sentido del

¹⁵⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 5.2 (donde se cita *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos II)*, párrafo 4.26). (sin resalte en el original)

¹⁵⁹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 5.2 ("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").

¹⁶⁰ El texto del artículo 7 refleja esa interrelación. Por ejemplo, los párrafos contienen referencias cruzadas entre ellos (véase, por ejemplo, el párrafo 7.2 del Acuerdo SMC (donde se mencionan las "consultas en virtud del párrafo 1")) y/o presuponen el conocimiento de los párrafos anteriores (véase, por ejemplo, el artículo 7.5 del Acuerdo SMC (donde se indica que "{e}l grupo especial examinará la cuestión y presentará su informe final a las partes en la diferencia", y por "{e}l grupo especial" se entiende el descrito en los párrafos precedentes)).

¹⁶¹ El contexto del artículo 7.9 indica además que dicho artículo se centra en los "efectos desfavorables" causados por una "subvención" particular que no se ha puesto en conformidad al concluir el plazo para la aplicación de seis meses especificado en el artículo 7.8. En el artículo 7 se hace referencia de forma sistemática a una "subvención", en singular, también en el artículo 7.8, que también se refiere a los "efectos desfavorables" como los causados por una "subvención" particular.

artículo 7.9 tienen que ser los causados *en el período posterior a la aplicación* por una subvención con respecto a la cual el demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

6.34. A la luz de las observaciones *supra* sobre el artículo 7.9, observamos que los artículos 7.9 y 7.10 están estrechamente relacionados y deberían interpretarse conjuntamente. Los procedimientos que prescriben están entrelazados, tanto a nivel temporal como en cuanto al fondo. De hecho, el arbitraje en el marco del artículo 7.10 es una etapa que tiene lugar *antes* de que el OSD autorice contramedidas conforme a lo dispuesto en la segunda parte del artículo 7.9. Además, el objetivo procedimental general de los arbitrajes en el marco del artículo 7.10 es informar al OSD sobre qué es lo que constituye "contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".¹⁶² Por consiguiente, consideramos que la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" debería interpretarse de igual manera en los artículos 7.9 y 7.10. De ser así, consideramos que el alcance de la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el contexto de los artículos 7.9 y 7.10, se limita a los efectos desfavorables causados en el período posterior a la aplicación por una subvención respecto de la cual un demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones emitidas previamente por el OSD. De hecho, de no ser así, el artículo 7.10 podría llevar de manera incongruente a que un árbitro aconsejara al OSD autorizar algo que el OSD no está facultado para autorizar según los términos del artículo 7.9.¹⁶³

6.35. También cabe recordar que el presente arbitraje se rige tanto por el artículo 7.10 del Acuerdo SMC como por el artículo 22.6 del ESD, al que el artículo 7.10 remite mediante una referencia cruzada.¹⁶⁴ Por consiguiente, cabe recordar asimismo que los artículos 22.2 y 22.6 del ESD contienen un texto condicional similar al del artículo 7.9 del Acuerdo SMC.¹⁶⁵ El Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)* explicó que el texto de los artículos 22.2 y 22.6 del ESD "confirm{aba}" que "la evaluación del nivel de anulación o menoscabo {según exige el artículo 22.7 del ESD} *presupone la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas de aplicación* adoptadas por {el demandado} *con las normas de la OMC*".¹⁶⁶ Dicho de otro modo, la "anulación o menoscabo" que debería valorar un árbitro en el marco del artículo 22.7 es la causada por a) una medida respecto de la cual se haya hecho una evaluación sobre si el Miembro demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD; y b) que existe al final de plazo para el cumplimiento.¹⁶⁷ Estamos de acuerdo con esta

¹⁶² En el artículo 22.7 del ESD se indica que "{e}l OSD ..., si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones *siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro*". (sin resalte en el original)

¹⁶³ Observamos que, si la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10, se interpreta de manera aislada, puede no quedar claro, por ejemplo, por qué el Árbitro valoraría, como ambas partes aceptan que deberíamos hacer, los efectos desfavorables causados por la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington identificados en el procedimiento *sobre el cumplimiento*, pero no los identificados en el procedimiento *inicial*, dado que ambos eran literalmente "efectos desfavorables cuya existencia se ha{ } determinado".

¹⁶⁴ Decisiones del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 3.4 ("Este arbitraje se rige tanto por el párrafo 10 del artículo 7 como por el artículo 22.6"); y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos II)*, párrafo 4.19 ("el párrafo 6 del artículo 22 del ESD sigue siendo pertinente, como fundamento jurídico general en cuyo marco se llevan a cabo los procedimientos").

¹⁶⁵ Véanse el artículo 22.6 ("Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial") (sin resalte en el original) y el artículo 22.2 ("Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte ... podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados"). (sin resalte en el original) En el artículo 22.7 se define el mandato de un árbitro al incluir en su parte pertinente la siguiente disposición: "El árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 ... determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo".

¹⁶⁶ Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)*, párrafos 4.3-4.4. (sin resalte en el original)

¹⁶⁷ El Árbitro de *CE - Banano III (Estados Unidos)* rechazó la idea de que podía "medir el nivel de anulación o menoscabo tomando como base nuestras constataciones en la diferencia inicial, modificadas por el Órgano de Apelación y adoptadas por el OSD, para lo que sería necesario prescindir completamente del hecho indiscutible de que {el demandado} ha{ } adoptado medidas para revisar {la medida en litigio}. Es evidente que no es ése el mandato que el OSD nos ha encomendado". (Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)*, párrafo 4.7) Véanse también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos -*

interpretación de los artículos 22.2 y 22.6. Asimismo, recordamos que la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizada en virtud del artículo 22 del ESD y las contramedidas autorizadas en virtud del artículo 7 del Acuerdo SMC tienen la misma finalidad, es decir, inducir al cumplimiento.¹⁶⁸ Por consiguiente, observamos que no hay razones convincentes para concluir que el artículo 22 del ESD y el artículo 7 del Acuerdo SMC deberían interpretarse de manera diferente en este contexto específico; es decir, en virtud de ambas disposiciones, los árbitros deben valorar los efectos de las medidas que se producen como resultado del hecho de que el demandado no cumpla las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD.

6.36. Nuestra interpretación de los artículos 7.9 y 7.10 parece ser compatible además con aspectos instructivos de cómo interpretaron sus mandatos los dos Árbitros anteriores que llevaron a cabo arbitrajes en el marco del artículo 7.10. Cuando el Árbitro en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos II*) -el primer Árbitro que llevó a cabo un arbitraje en el marco del artículo 7.10- interpretó su mandato, interpretó las expresiones "contramedidas", "proporcionadas al" y "grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" tomando como referencia esas expresiones según figuran en el artículo 7.9¹⁶⁹, pese a que es el artículo 7.10 el que define el mandato de un árbitro. Esto no solo refleja la estrecha relación que se supone que existe entre los artículos 7.9 y 7.10 en general, sino que también da a entender que el Árbitro consideró que la expresión "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en concreto, se debía interpretar de manera análoga en los contextos de los artículos 7.9 y 7.10. Al delimitar su mandato en virtud del artículo 7.10, el Árbitro de la diferencia DS316 señaló 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".¹⁷⁰ El Árbitro continuó como sigue:

Consideramos que, a los efectos del presente procedimiento de arbitraje, los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación pertinentes {en que se identifican los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" que el Árbitro debería valorar} *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.*¹⁷¹ (sin resalte en el original)

6.37. Nuestra interpretación del artículo 7.10 es compatible además con la práctica instructiva de arbitrajes anteriores en cuanto a la elección de los períodos de referencia utilizados para determinar

Atún II (México) (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), nota 55 ("{C}onsideramos que el 'nivel de la anulación o menoscabo' a que se refiere el párrafo 7 del artículo 22 es el nivel de la anulación o menoscabo causado por la medida inicial o destinada al cumplimiento incompatible con las normas de la OMC que existía en el momento de la expiración del plazo prudencial {para el cumplimiento}"); y 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"). (no se reproducen las notas de pie de página)

¹⁶⁸ Véase la nota 159 *supra*.

¹⁶⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos II*), sección IV.C.1 (donde se examinan las expresiones pertinentes del texto en el apartado titulado "Los términos del párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC").

¹⁷⁰ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - *UE*), párrafo 5.2 (donde se citan los artículos 22.2 y 22.6 del ESD; el artículo 7.9 del Acuerdo SMC; y la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 3.20).

¹⁷¹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - *UE*), párrafo 5.5. Véanse también *ibid.*, nota 67 (donde se opina que un arbitraje en virtud del artículo 7.10 está "vincula{do} ... 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"; y la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 4.3 (donde se indica que los términos "contramedidas apropiadas", en el sentido del artículo 4.11, deberían interpretarse de manera que se respeten los "parámetros de lo permisible de conformidad con" el artículo 4.10, que permite que el OSD autorice dichas contramedidas).

los niveles de suspensión anual. Así pues, recordamos que 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 pasados Los períodos pasados seleccionados eran normalmente períodos de corta duración *inmediatamente posteriores al momento en que la parte demandada debía haber cumplido sus obligaciones, o períodos que abarcaban ese momento*. Los Árbitros ... han formulado observaciones sobre la idoneidad de {este método}, 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*".¹⁷² La valoración del daño económico causado por el incumplimiento de un demandado en el plazo pertinente presupone algún tipo de evaluación sobre si se ha producido ese incumplimiento. En otras palabras, la práctica de utilizar un único período de referencia correspondiente al momento exacto o aproximado para el que un demandado debía haberse puesto en conformidad¹⁷³ con la finalidad de determinar los niveles máximos de suspensión anual parece derivarse de una interpretación más sustantiva del objeto y fin de los procedimientos de arbitraje, a saber, valorar el daño causado a consecuencia de que se dé la "situación" y/o el "caso" mencionados en el artículo 22.6 del ESD y el artículo 7.9 del Acuerdo SMC.¹⁷⁴

6.38. Sobre la base de lo anterior, constatamos que "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10 del Acuerdo SMC, son los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención respecto de la cual el demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁷⁵

6.4.1.2 La cuestión de si los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 están comprendidos en el alcance de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el sentido del artículo 7.10

6.39. En la sección precedente constatamos que "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del artículo 7.10, son los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención con respecto a la cual un demandado no se ha puesto en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. En consecuencia, en esta sección se analiza si se puede considerar que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 forman parte o representan de alguna manera esos "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". La Unión Europea ha planteado dos maneras en las que podemos determinar que ha sido así, y las examinamos sucesivamente.

6.40. En primer lugar, el principal argumento de la Unión Europea en este contexto es que se puede considerar que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 son "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el sentido del artículo 7.10, ya que el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento de

¹⁷² Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.56 y nota 162 a dicho párrafo. (sin resalte en el original)

¹⁷³ Observamos que el Árbitro en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)* no valoró "los efectos desfavorables cuya existencia {en el período de referencia utilizado en el procedimiento inicial} se ha{bía} determinado". Este fue el caso pese a que "los efectos desfavorables cuya existencia se ha{bía} determinado" en el procedimiento inicial y en el procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316 diferían tanto en su naturaleza (por ejemplo, el desplazamiento se constató en el procedimiento inicial, pero no en el procedimiento sobre el cumplimiento) como en su grado (por ejemplo, se constató la existencia de efectos desfavorables respecto de distintos conjuntos de mercados de productos). Además, la Unión Europea no ha aducido que debamos valorar "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el procedimiento inicial que fueran causados por la subvención B&O del estado de Washington.

¹⁷⁴ Véase también la nota 167 *supra*. Otros Árbitros anteriores también han hecho hincapié en que las disposiciones del artículo 22 del ESD obligan a concluir que son los efectos de la medida existente en el momento en que expira el plazo prudencial para el cumplimiento los que deberían examinarse al evaluar los niveles de suspensión de concesiones propuestos, y no los efectos de la medida que puede haber existido en un momento del procedimiento inicial o de una medida adoptada después de expirado el plazo para la aplicación.

¹⁷⁵ Recordamos que la Unión Europea observa que el Árbitro de la diferencia DS316 señaló que "{s}alvo 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". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52). Esta cita carece de pertinencia. Al formular esa declaración, el Árbitro no estaba determinando si se podían autorizar contramedidas en lo relativo a los efectos causados por una subvención concreta, sino que estaba analizando la idoneidad de autorizar contramedidas en forma de suspensión anual, específicamente.

que la Unión Europea no había demostrado que los Estados Unidos no hubieran puesto en conformidad las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007. Dicho de otro modo, la Unión Europea aduce que el incumplimiento de los Estados Unidos en el período posterior a la aplicación (es decir, la satisfacción de la "condición de activación" del artículo 7.9) se establece por el hecho de que sigan siendo válidas las constataciones de que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 eran incompatibles con los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC. Como cuestión formal, observamos en primer lugar que en el procedimiento inicial no se determinó, y de hecho no se podía determinar, si los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD derivadas de ese procedimiento inicial o, en relación con esta cuestión, si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causaron efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación.¹⁷⁶ Más allá de esa observación, observamos asimismo que el Grupo Especial inicial identificó los efectos desfavorables causados por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período 2004-2006, es decir, los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006. El final de ese período tuvo lugar años antes del final del plazo para la aplicación (es decir, septiembre de 2012). A la luz de esas circunstancias, y recordando que los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" son los causados en el período posterior a la aplicación por una subvención con respecto a la cual un demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, no vemos motivos para constatar que se puede considerar que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 forman parte, o representan de alguna manera, "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el presente procedimiento sobre la base de las constataciones del procedimiento inicial.¹⁷⁷

6.41. En segundo lugar, la Unión Europea también aduce que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 se pueden considerar como "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el sentido del artículo 7.10 porque "la Unión Europea ha establecido el incumplimiento *en el procedimiento sobre el cumplimiento* con respecto a la reducción del tipo del impuesto B&O".¹⁷⁸ "Específicamente, la Unión Europea logró demostrar que ... los Estados Unidos siguen concediendo a Boeing subvenciones incompatibles con las normas de la OMC que causan efectos desfavorables para los intereses de la UE" y "que la reducción del tipo del impuesto B&O causa efectos desfavorables para la Unión Europea".¹⁷⁹ Pese a ser exacta, esta observación, a nuestro juicio, no procede en este contexto. Como se describe *supra*, los artículos 7.9 y 7.10 operan con respecto a una "subvención" concreta. Las subvenciones concretas son en este caso las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, *no* la reducción del tipo del impuesto B&O que, según se constató en el procedimiento sobre el cumplimiento, sigue causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Por consiguiente, no vemos ningún motivo para concluir que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento relativas a los efectos desfavorables causados por la reducción del tipo del impuesto B&O impliquen que también se pueda considerar que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 forman parte, o representan de alguna manera, "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" a los efectos del presente procedimiento.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Asimismo, recordamos que el Órgano de Apelación ha explicado que "los efectos de una subvención normalmente se dispararán con el paso del tiempo" y, además, que un demandado puede no estar sujeto a una obligación de cumplimiento en lo que respecta a una subvención aunque la subvención siga causando efectos desfavorables. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 5.373 y nota 932).

¹⁷⁷ Observamos que la Unión Europea ha citado los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EVE (artículo 21.5 - CE II)* para respaldar la proposición de que las recomendaciones y resoluciones del procedimiento inicial siguen "siendo operativas" hasta que el "problema se haya solucionado enteramente" (es decir, hasta que se haya logrado el cumplimiento). Aunque, como proposición general, es verdadera, como se ha explicado *supra* las constataciones del Grupo Especial inicial siguen sin resolver, en las presentes circunstancias, las cuestiones clave que se nos han sometido, a saber, las cuestiones relacionadas con el cumplimiento que se derivan de las recomendaciones y resoluciones resultantes del informe del Grupo Especial inicial.

¹⁷⁸ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Árbitro, párrafo 18. (con resalte en el original)

¹⁷⁹ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafos 40-42.

¹⁸⁰ Reconocemos que los Estados Unidos plantean la posibilidad de que un acuerdo entre las partes pueda ser suficiente para satisfacer condiciones pertinentes impuestas por el artículo 7.9 del Acuerdo SCM. No excluimos la posibilidad de que un árbitro pueda tener en cuenta acuerdos entre las partes (e incluso quizá el hecho de que no haya desacuerdos) en lo que respecta a cuestiones relacionadas con el cumplimiento.

6.42. La Unión Europea también plantea la posibilidad de que el Árbitro determine si se satisface la condición "de activación" del artículo 7.9 en lo que respecta a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, es decir, si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, pero, al mismo tiempo, también ha declarado que el Árbitro no tiene mandato para hacerlo. Análogamente, los Estados Unidos mencionan la posibilidad general de que un árbitro pueda abordar cuestiones relativas al cumplimiento.

6.43. Nuestro mandato de conformidad con el artículo 7.10 no se pronuncia sobre la determinación de la situación del demandado respecto del cumplimiento -una determinación que entraña, en el presente caso, evaluar si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación-. Por lo tanto, consideramos que no estamos obligados a abordar esta cuestión relativa a la aplicación. Consideramos además que no es necesario que determinemos si un árbitro que actúa en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC tiene la facultad discrecional de practicar indagaciones de este tipo relacionadas con el cumplimiento, porque, aun si tuviéramos esa facultad¹⁸¹, nos abstendríamos de utilizarla en las presentes circunstancias. En primer lugar, observamos que abordar cuestiones relativas al cumplimiento confundiría nuestra función con la de un grupo especial establecido de conformidad con el artículo 21.5 del ESD.¹⁸² Además, los procedimientos de arbitraje se han concebido como procedimientos expeditivos, y examinar las cuestiones de cumplimiento pertinentes daría lugar, a nuestro juicio, a demoras inevitables y significativas.¹⁸³ A este respecto, el Grupo Especial sobre el cumplimiento realizó extensos y complejos análisis al formular las determinaciones relativas a los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007. Nos parece claro que nosotros también necesitaríamos realizar análisis fácticos complejos si tuviéramos que abordar esta cuestión relativa al cumplimiento.¹⁸⁴ Consideramos que ello

Sin embargo, no hay acuerdo en lo que respecta a si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Además, en el procedimiento sobre el cumplimiento, las partes discreparon vivamente sobre la cuestión de si los Estados Unidos habían logrado el cumplimiento en lo relativo a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 al eliminar los efectos desfavorables pertinentes al concluir el plazo para la aplicación. Por consiguiente, esa posibilidad carece de sentido a efectos de lo que nos ocupa.

¹⁸¹ Como se recordará, el mandato del Árbitro consiste en valorar "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Árbitros anteriores han interpretado que esta frase hace referencia a los efectos desfavorables identificados por grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 5.5 (donde se cita, entre otras cosas, la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos II)* párrafos 4.49-4.50)).

¹⁸² Véanse, por ejemplo, las decisiones del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)* párrafo 6.65 ("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"); y *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 3.52 ("El Árbitro señala que la existencia del párrafo 5 del artículo 21 como disposición separada indica que, por lo general, las cuestiones sobre el cumplimiento deben ser abordadas separadamente de la evaluación del nivel de anulación o menoscabo, por un grupo especial sobre el cumplimiento"). Uno de los primeros Árbitros, que actuaba en virtud del artículo 22.7 del ESD y sin que hubiese habido previamente un procedimiento sobre el cumplimiento, abordó, no obstante, cuestiones relacionadas con el cumplimiento, al parecer impelido por instrucciones especiales impartidas al Árbitro por el OSD y por la percepción de que era necesario determinar la "equivalencia" entre el nivel de suspensión propuesto y la "anulación y menoscabo" causados por el supuesto incumplimiento del demandado en el momento necesario. (Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)*, sección IV y párrafo 4.15 (donde se indica que el enfoque del Árbitro guardaba relación con las "circunstancias especiales del presente caso")). Nosotros no discernimos "circunstancias especiales" análogas en el presente caso.

¹⁸³ Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.65 (donde se explica que "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").

¹⁸⁴ Sobre la base de los argumentos presentados por las partes en el procedimiento sobre el cumplimiento y el presente procedimiento, resolver esta cuestión dependería probablemente de determinar la medida exacta en que los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 tuvieron repercusión, no solo en la fecha de lanzamiento del 787, sino también en la fecha de su primera entrega. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.415) La Unión Europea alega además que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 también afectaron a la presencia en el mercado del 777X y el 737 MAX. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 359).

requeriría recabar las opiniones de ambas partes al respecto, recabar información adicional de las partes y formularles preguntas, además de redactar las constataciones pertinentes.¹⁸⁵

6.44. Observamos además, que en el presente procedimiento ninguna parte ha expresado un apoyo sin reservas a que el Árbitro determine los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación teniendo en cuenta las circunstancias. Recordamos específicamente que la Unión Europea ha declarado que "la Unión Europea considera que el Árbitro no debería optar por {la} senda de formular su propia determinación de efectos desfavorables".¹⁸⁶ Además, la Unión Europea ha declarado que "la Unión Europea no adopta la posición de que, en las circunstancias procesales del presente asunto, {el} Árbitro tenga el mandato, o siquiera el derecho, de formular una determinación respecto de la cuestión de si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables"¹⁸⁷, y que, aunque de hecho el Árbitro abordara esta cuestión, la Unión Europea mantiene que ello "no puede dar lugar a una demora del presente procedimiento"¹⁸⁸ (lo que, como se ha expuesto, es una imposibilidad práctica). Los Estados Unidos también han indicado que consideran inapropiado que el Árbitro aborde esta cuestión relativa al cumplimiento en las presentes circunstancias.¹⁸⁹

6.45. Por último, consideramos pertinente el hecho de que, en la presente diferencia, de conformidad con el acuerdo sobre la secuencia convenido entre las partes, se haya completado un procedimiento sobre el cumplimiento en el marco del artículo 21.5 del ESD. En dicho procedimiento sobre el cumplimiento, la Unión Europea trató sin éxito de establecer que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causaban efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. En consecuencia, la Unión Europea no logró demostrar que los

¹⁸⁵ En el presente procedimiento, la Unión Europea ha presentado sus comunicaciones del procedimiento sobre el cumplimiento y se ha ofrecido además a presentar las pruebas documentales que presentó en dicho procedimiento. Observamos que esas comunicaciones son, por su propia naturaleza, argumentativas. Además, esas comunicaciones y pruebas documentales corresponden al período de referencia de septiembre 2012-septiembre de 2015. En el caso de que abordáramos la cuestión del cumplimiento, no está claro que examináramos únicamente ese mismo período de referencia, efectuando en esencia un reenvío del primer procedimiento sobre el cumplimiento; antes bien, tomar en consideración un período de referencia actualizado parecería estar más en consonancia con la función de un órgano resolutorio sobre el cumplimiento. (Véase el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 6.1443 (donde se explica que, "{e}stá bien establecido que un grupo especial al que se ha encomendado que examine el fundamento de alegaciones formuladas al amparo de los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC debe centrar sus esfuerzos en la determinación de la medida en que las subvenciones impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de perjuicio grave en el presente") (con resalte en el original)). Si el Árbitro abordara el cumplimiento *actual*, podría tener que examinar también si los Estados Unidos han "retirado" las subvenciones en el sentido del artículo 7.8. Ese examen puede comportar también: a) una determinación de si esas subvenciones han dejado de existir (véase el informe del Órgano de Apelación *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafos 5.383 y 6.11.a) (donde se explica que la obligación de "adoptar" las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar la subvención" concierne solo a las subvenciones que el Miembro al que incumbe la aplicación sigue otorgando o manteniendo al final del plazo para la aplicación, y que no se puede exigir a un Miembro que retire una subvención que ha dejado de existir); y/o b) el examen de cualquier supuesta "medida adoptada para cumplir" en el sentido del artículo 21.5 del ESD. (Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.328; y *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 305-309).

¹⁸⁶ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 357.

¹⁸⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 5 del Árbitro, párrafo 32. (el primer resalte no es del original)

¹⁸⁸ Véase, por ejemplo, la declaración inicial de la Unión Europea, párrafo 137. Tomamos nota de la indicación de la Unión Europea de que el Árbitro podría examinar esa cuestión relativa al cumplimiento y evitar demoras importantes en el procedimiento, ya que, según la Unión Europea, los Estados Unidos no han respondido al argumento ni a las pruebas de la Unión Europea en lo que respecta a esa indagación relativa al cumplimiento. Por tanto, la Unión Europea afirma que el Árbitro estaría "abonando los argumentos" de los Estados Unidos si nos abstuviéramos de constatar que la Unión Europea ha demostrado, en el presente arbitraje, el incumplimiento de los Estados Unidos tras el plazo para la aplicación en lo que concierne a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007. Sin embargo, observamos que consideraríamos inapropiado simplemente aceptar los argumentos de la Unión Europea a este respecto sin haber examinado con las partes de manera más profunda y exhaustiva la cuestión del cumplimiento. Como se ha señalado, el examen de cuestiones relativas al cumplimiento no está especificado en nuestro mandato. No podemos, por lo tanto, presumir que los Estados Unidos deberían haber aducido argumentos relativos al cumplimiento sin que les hubiéramos indicado hacerlo. Por tanto, no creemos que el enfoque indicado por la Unión Europea pueda evitar demoras significativas en el presente procedimiento.

¹⁸⁹ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 4, párrafo 29; y 44, párrafo 13, del Árbitro.

Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en lo que se refiere a esas subvenciones.

6.46. En resumen, constatamos que, de conformidad con los términos del artículo 7.10, no estamos obligados a determinar si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Aunque el artículo 7.10 nos confiere facultades discrecionales para hacerlo, nos abstendríamos de ejercerlas a la luz de lo que, a nuestro juicio, constituye el conjunto de circunstancias concluyente expuesto *supra*.¹⁹⁰

6.4.1.3 Conclusión

6.47. Sobre la base de lo anterior, nos abstenemos de valorar los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 porque no vemos que haya motivos para que concluyamos que los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 son, o de algún modo representan, efectos desfavorables causados en el período posterior a la aplicación por una subvención con respecto a la cual un demandado no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁹¹ Por consiguiente, los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006 no están comprendidos en el alcance de lo que son "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" a los efectos de este procedimiento concreto.

6.4.2 Estructura de las contramedidas en relación con los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación

6.48. Como se ha señalado antes, la Unión Europea propone contramedidas en forma de suspensión anual sobre la base de los efectos desfavorables cuya existencia en un período anterior se haya determinado, el cual, y ello es pertinente para los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación, es el período de referencia utilizado por el Grupo Especial sobre el cumplimiento para determinar la existencia de efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación. Los Estados Unidos están de acuerdo con esta propuesta de forma de las contramedidas.

6.49. En el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, las partes dedicaron gran parte de sus comunicaciones a discutir la cuestión de si era admisible que el Árbitro determinara el nivel máximo de las contramedidas en forma de suspensión anual sobre la base del valor de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento de esa diferencia (diciembre de 2011-2013) se había determinado.¹⁹²

6.50. El Árbitro de la diferencia DS316 explicó, entre otras cosas, que las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento en esa diferencia eran que la AEP/FEM para los programas A380 y el A350XWB causó efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC y en forma de obstaculización en el sentido de los artículos 6.3 a) y b) del Acuerdo SMC. El Árbitro de la diferencia DS316 concluyó que era compatible con su mandato en virtud del artículo 7.10 determinar el nivel máximo de contramedidas sobre la base de los casos de pérdidas de ventas y obstaculización cuya existencia en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento se había determinado, y considerar que esos eran "los efectos desfavorables cuya existencia se ha{bí}a determinado" a efectos de ese

¹⁹⁰ No determinamos, ni tenemos por qué hacerlo, si los efectos desfavorables cuya existencia se constató en un procedimiento inicial pueden servir para probar "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en un arbitraje posterior.

¹⁹¹ Subrayamos que, al formular esta constatación, no hacemos suposición alguna en lo que se refiere a si los Estados Unidos cumplieron o no las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD (y, en relación con esto, si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación). Asimismo observamos que, como no analizamos la cuestión relativa al cumplimiento, no "abonamos los argumentos" de ninguna parte en lo que se refiere a esa cuestión. (Véanse las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Árbitro, párrafo 50 c)).

¹⁹² Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.31.

procedimiento.¹⁹³ Además, el Árbitro de la diferencia DS316 consideró que, en el marco del Acuerdo SMC y el ESD, el nivel máximo de contramedidas o suspensión de concesiones que puede autorizarse puede ser una función de los efectos de las medidas pertinentes durante un período de referencia anterior. Sin embargo, el mantenimiento de una suspensión de concesiones a ese nivel máximo no se basa en los efectos continuos de las medidas pertinentes, sino en la continuación del incumplimiento por la parte demandada.¹⁹⁴ El Árbitro de la diferencia DS316 concluyó, en consecuencia, que era apropiado determinar el nivel máximo de la suspensión anual sobre la base del valor de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia temporalmente circunscrito del Grupo Especial sobre el cumplimiento se había determinado, y autorizar contramedidas en la forma de suspensión anual.¹⁹⁵

6.51. Estamos de acuerdo con el análisis y el razonamiento del Árbitro de la diferencia DS316 a este respecto.¹⁹⁶ En el presente procedimiento, ambas partes abogan también por que valoremos los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado sobre la base de un período de referencia anterior y utilicemos el valor anualizado de esos efectos desfavorables como nivel máximo de suspensión anual.¹⁹⁷ En la sección 6.4.1 *supra* hemos explicado por qué nos abstenemos de valorar los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006. Nuestra valoración en el presente procedimiento de los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" se refiere, por lo tanto, a los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación.

6.4.3 El período de referencia para los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el período posterior a la aplicación

6.52. En esta sección examinamos una cuestión de hecho relativa al período en el que se basó el Grupo Especial sobre el cumplimiento para evaluar la existencia de efectos desfavorables causados por la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington (el denominado período de referencia). La resolución de esta cuestión es pertinente para nuestra labor de evaluación del nivel propuesto de contramedidas, ya que ambas partes están de acuerdo, al igual que nosotros, en que el valor de los efectos desfavorables se tiene que *anualizar* para dar lugar a un nivel "proporcionado" de suspensión *anual*. La duración del período de referencia consiste en el período en el que ambas partes convienen en que se deben anualizar al menos algunos de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (véanse las secciones 6.4.5, 6.4.5.1, 6.4.7.3 y 6.4.8.2 *infra*).

6.53. La Unión Europea aduce que el período de referencia utilizado por el Grupo Especial sobre el cumplimiento para determinar la existencia de los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior a la aplicación fue un período de 33 meses comprendido entre enero de 2013 y septiembre de 2015. La Unión Europea considera que, aunque el plazo prudencial para la aplicación previsto en el artículo 7.9 (al que denominaremos de manera general el "plazo para la aplicación") expiró el 23 de septiembre de 2012, el Grupo Especial sobre el cumplimiento adoptó un período de referencia que comenzaba en enero de 2013. Basa este argumento en la declaración del Grupo Especial sobre el cumplimiento que figura en la nota 3368 de su informe (donde se hace

¹⁹³ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.44.

¹⁹⁴ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.46-6.60. Véase un examen más detallado de esta cuestión en la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, anexo C-1, Comunicación del Árbitro, resolución preliminar (conclusión).

¹⁹⁵ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.76.

¹⁹⁶ Este análisis y este razonamiento también son compatibles con el razonamiento en que se basa la resolución del Árbitro en la que se declina la solicitud de los Estados Unidos de autorización para presentar una nueva comunicación relativa a la supuesta supresión de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington a partir del 1 de abril de 2020. (Véase Resolución del Árbitro sobre la solicitud de autorización formulada por los Estados Unidos para presentar una comunicación de los Estados Unidos relativa al retiro de la subvención del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, de fecha 17 de junio de 2020, Anexo C-7).

¹⁹⁷ Observamos además, como hizo el Árbitro de la diferencia DS316, que: "{r}econocemos 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". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, nota 188).

referencia a un "período de referencia de 2013-2015").¹⁹⁸ La Unión Europea menciona también referencias similares del Órgano de Apelación a un "período de referencia 2013-2015".¹⁹⁹

6.54. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial sobre el cumplimiento evaluó la existencia de efectos desfavorables a lo largo de un período de 36 meses que comenzaba con la expiración del plazo para la aplicación en septiembre de 2012 y abarcaba hasta septiembre de 2015. Consideran que la referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento en la nota 3368 de su informe a un "período de referencia de 2013-2015" es una "descripción abreviada útil y aproximada" para referirse al período posterior a la aplicación.²⁰⁰ Además, los Estados Unidos aducen que las referencias del Grupo Especial sobre el cumplimiento en otros puntos de su informe al "período posterior a la aplicación" respaldan su posición de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento entendía que el período de referencia posterior a la aplicación era el período posterior al 23 de septiembre de 2012.²⁰¹

6.55. El Árbitro observa que, aparte de la única referencia del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento a un "período de referencia de 2013-2015", en la nota 3368, el Grupo Especial sobre el cumplimiento no utiliza el concepto de período de referencia en su análisis ni sus constataciones, ni define tal período.²⁰² Antes bien, el Grupo Especial sobre el cumplimiento hace referencia sistemáticamente a lo largo de su análisis al "período posterior a la aplicación".²⁰³ El período posterior a la aplicación al que se refiere el Grupo Especial sobre el cumplimiento comenzó el 24 de septiembre de 2012 porque ese es el día siguiente a la expiración del plazo para la aplicación.²⁰⁴

6.56. La cuestión es, por lo tanto, si el Grupo Especial sobre el cumplimiento, al determinar si la Unión Europea había demostrado que las subvenciones no retiradas causaron efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, examinó no obstante la existencia de esos efectos desfavorables en un período que comenzó a partir de enero de 2013, y no desde la expiración del plazo para la aplicación en septiembre de 2012.

6.57. Como explicamos con mayor detalle *infra*, no vemos nada en las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento que indique que su examen de los efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación estuviera circunscrito a un período que comenzó a partir de enero de 2013, en lugar de en septiembre de 2012.

6.58. A modo de antecedentes, en su primera comunicación escrita del procedimiento sobre el cumplimiento, la Unión Europea había presentado pruebas de supuestas pérdidas de ventas, obstaculización y desplazamiento de importaciones y exportaciones, y contención de la subida de

¹⁹⁸ Véase la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 153.

¹⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.480, 5.494, 5.497 y nota 1117 a dicho párrafo.

²⁰⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 109. Los Estados Unidos aducen además que el período 2013-2015 a que se hace referencia en la nota 3368 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento también es un período de 36 meses. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 110).

²⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Árbitro, párrafo 117 (donde se hace referencia al párrafo 9.37 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento). Como se indica en el párrafo 6.9 *supra*, los Estados Unidos proponen que todos los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O en el período posterior al cumplimiento se valoren como pérdidas de ventas, y que el valor total se anualice no a lo largo del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, sino a lo largo del período de 105 meses durante los cuales tuvieron lugar esas ventas.

²⁰² La Unión Europea empleó la expresión "período de referencia" en su argumentación ante el Grupo Especial sobre el cumplimiento y, en respuesta a una pregunta de este, aclaró que el período de referencia, a efectos de determinar si alguna de las subvenciones no retiradas causa actualmente efectos desfavorables, es el período transcurrido desde la conclusión del plazo para la aplicación. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.97).

²⁰³ Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.13-9.15, 9.89, 9.107, 9.108-9.109, 9.117, 9.122, 9.336, 9.342, 9.376, 9.402, 9.407, 9.426, 9.427 y nota 3362 a dicho párrafo, 9.438, 9.444 y 9.467, cuadro 12 y notas 3335 y 3380. En las constataciones del Órgano de Apelación se hace referencia de manera análoga a la existencia de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, en lugar de en un "período de referencia". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 6.13).

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.101.

los precios, basadas en campañas de ventas que habían tenido lugar en el período 2007-2012.²⁰⁵ En septiembre de 2015, el Grupo Especial sobre el cumplimiento pidió a la Unión Europea que actualizara la información en que se apoyaba para demostrar sus alegaciones de existencia de efectos desfavorables de manera que incluyera los años 2013 y 2014 y, en la medida de lo posible, la parte transcurrida de 2015.²⁰⁶ La Unión Europea presentó esa información, que incluía los resultados de las campañas de ventas de LCA desde septiembre de 2012 que la Unión Europea consideraba pérdidas significativas de ventas adicionales, así como datos de pedidos y entregas basados en información corriente hasta septiembre de 2015.²⁰⁷

6.59. El Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó toda la información sobre las campañas de ventas de aeronaves de pasillo único que tuvieron lugar entre 2007 y 2015 que la Unión Europea había presentado como prueba de los efectos desfavorables de las subvenciones.²⁰⁸ En la sección 9.2.4 de su informe²⁰⁹, el Grupo Especial sobre el cumplimiento explicó que sus conclusiones sobre si la Unión Europea había demostrado que alguna de las subvenciones estadounidenses que los Estados Unidos no habían retirado, en el sentido del artículo 7.8, o todas ellas, causaba efectos desfavorables "se centrarán en los datos relativos al perjuicio grave presentados por las partes con respecto al *período posterior a la aplicación*, ya que solo con respecto a los efectos que se haya constatado existen en ese período puede constatar que los Estados Unidos han incumplido la obligación de adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables que les corresponde en virtud del párrafo 8 del artículo 7".²¹⁰ Por consiguiente, el Grupo Especial sobre el cumplimiento indicó que sus constataciones de existencia de efectos desfavorables se referían a efectos desfavorables que se demostró que existían en algún momento después del 23 de septiembre de 2012.

6.60. De las campañas de ventas de aeronaves de pasillo único, el Grupo Especial sobre el cumplimiento identificó cinco en el período 2007-2015 en las que el resultado de la campaña dependía de los precios ofrecidos por Airbus y Boeing, en lugar de depender de otros factores.²¹¹ No se identificó ninguna de tales campañas "sensibles a los precios" en 2012, incluido el último trimestre de 2012.²¹² Sin embargo, el hecho de que la primera campaña de ventas sensible a los precios identificada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en el período posterior a la aplicación no se produjera hasta 2013 (en lugar de en el último trimestre de 2012) no significa que el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinara la existencia de los efectos desfavorables solo desde de enero de 2013, y no desde la expiración del plazo para la aplicación en septiembre de 2012. Tampoco significa que el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinara si los Estados Unidos habían cumplido la obligación que les impone el artículo 7.8 del Acuerdo sobre los ADPIC solo desde enero de 2013. Ello estaría en contradicción con los múltiples lugares del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento en que las constataciones se formulan expresamente en términos de los efectos desfavorables cuya existencia en el período posterior a la aplicación se constató, sin matizaciones.

²⁰⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.98-9.99.

²⁰⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.103.

²⁰⁷ Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3274 (Prueba documental EU-1568), nota 3303 (Prueba documental EU-1658) y nota 3369 (Pruebas documentales EU-1660 y EU-1659).

²⁰⁸ Véanse en los cuadros 9 y 10 las campañas de ventas de aeronaves de doble pasillo (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.244) y en el cuadro 12 las campañas de ventas de aeronaves de pasillo único (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.381).

²⁰⁹ Esta sección del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento se titula "El marco temporal en el que debe evaluarse si la Unión Europea ha demostrado que los Estados Unidos no han adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables".

²¹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.107. (sin resalte en el original)

²¹¹ Estas cinco campañas de ventas fueron: Fly Dubai 2008, Delta Airlines 2011, Air Canada 2013, Icelandair 2013 y Fly Dubai 2014. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.378-9.385).

²¹² Además, parecía haber al menos una campaña de ventas presentada por la Unión Europea en la que el pedido tuvo lugar en el cuarto trimestre de 2012. (*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (artículo 21.5 - UE), primera comunicación escrita de la Unión Europea, 28 de marzo de 2013 (Prueba documental EU-51 (ICSS)), párrafo 1694).

6.61. Concluimos, por lo tanto, que el período respecto del cual el Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó la existencia de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación transcurrió desde el comienzo de ese período (septiembre de 2012) hasta la fecha de la última comunicación de los datos sobre campañas de ventas, pedidos y entregas pertinentes, que fue septiembre de 2015. En consecuencia, consideramos que el período respecto del cual el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinó la existencia de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación es el período de 36 meses que abarca desde septiembre de 2012 hasta septiembre de 2015. En adelante, en la presente decisión, nos referiremos a este período de 36 meses como el "período de referencia".

6.4.4 Toma en consideración de acontecimientos que tuvieron lugar después del período de referencia

6.62. Recordamos que nuestro mandato en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC es determinar contramedidas que sean "proporcionadas a ... los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", lo que en el presente procedimiento quiere decir el valor de las pérdidas de ventas y la amenaza de obstaculización identificadas. Una cuestión que surge en este contexto es si las pruebas de los acontecimientos relativos a esas pérdidas de ventas y amenaza de obstaculización que tuvieron lugar *después* del período de referencia y, por lo tanto, no estaban a disposición de los órganos resolutorios sobre el cumplimiento, pueden tenerse en cuenta al determinar el valor de estos efectos desfavorables. Observamos que ambas partes han tenido en cuenta acontecimientos que tuvieron lugar después del período de referencia al determinar el valor de los efectos desfavorables y, por lo tanto, parecen estar implícitamente de acuerdo en que el Árbitro debe tener en cuenta la información más reciente relativa a las pérdidas de ventas y la amenaza de obstaculización al determinar el valor de estos efectos desfavorables.²¹³

6.63. Observamos que ni el Acuerdo SMC ni el ESD establecen ningún impedimento jurídico para que el Árbitro considere hechos que no obraban en el expediente de un procedimiento sustanciado anteriormente en la presente diferencia. Además, como observó el Árbitro de la diferencia DS316, teniendo en cuenta que el centro de atención de un procedimiento de arbitraje es distinto del de un procedimiento inicial o un procedimiento sobre el cumplimiento, la información fáctica que se incorpora al expediente del árbitro podría diferir de la abarcada por las pruebas presentadas en los procedimientos iniciales o sobre el cumplimiento anteriores.²¹⁴ En consecuencia, no hay ninguna razón para no tener en cuenta determinada información en el ejercicio de valoración del árbitro únicamente porque no estuvo a disposición de los órganos resolutorios anteriores de ese procedimiento.

6.64. Tampoco discernimos ninguna manera en que tomar en consideración acontecimientos que tuvieron lugar después del período de referencia perturbe de alguna forma constatación alguna del Grupo Especial sobre el cumplimiento, ya sea relativa a la existencia de pérdida significativa de ventas o de amenaza de obstaculización. A nuestro juicio, hechos relativos a acontecimientos que habrían tenido lugar después de la realización del pedido de LCA pertinente (ya fuera ese pedido la base para la constatación de pérdida significativa de ventas o de amenaza de obstaculización), incluidos los hechos acaecidos después del período de referencia (por ejemplo, la cancelación de una entrega), podrían haber tenido incidencia en el valor final obtenido por Airbus de los pedidos y entregas hipotéticos de Airbus.²¹⁵ Por lo tanto, si hay pruebas en el expediente que indican que el

²¹³ Por ejemplo, la Unión Europea ha aducido pruebas para demostrar que una entrega asociada a la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 fue cancelada a causa de decisiones y acciones posteriores a los pedidos específicos de la aerolínea y que, por lo tanto, esa entrega debe valorarse como inexistente. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 216; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro, párrafo 157. Véase también el documento sobre metodología de la Unión Europea, nota 16 (donde se señala que "la cuantificación de la UE se apoya en los datos más recientes"). Los Estados Unidos también han tenido en cuenta la cancelación de una entrega asociada con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 al calcular el valor de esta pérdida de ventas. (Valor previsto de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 en dólares del año del pedido (Revisión) (Prueba documental USA-59 (ICSS))). Además, los Estados Unidos han reajustado su cálculo de la pérdida de ventas en relación con [[***]] para tener en cuenta una [[***]] asociada a esa campaña de ventas. (Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro, párrafo 214; y Valor previsto de la pérdida de ventas en relación con [[***]] en dólares del año del pedido (Revisión) (Prueba documental USA-104 (ICSS))).

²¹⁴ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.209.

²¹⁵ 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

valor final obtenido de un pedido o entrega hipotético habría resultado afectado por un acontecimiento subsiguiente, consideramos apropiado tenerlas en consideración al determinar el valor de la pérdida de ventas o la amenaza de obstaculización de entregas identificada. De hecho, como reconoció el Árbitro de la diferencia DS316, no tener en cuenta tales pruebas podría dar lugar a que la parte reclamante obtuviera autorización para imponer contramedidas en respuesta a algún nivel de determinados efectos desfavorables que no habría sufrido en la situación hipotética, y ello no estaría en consonancia con el artículo 7.10.²¹⁶

6.65. Por último, destacamos que, cada vez que tenemos en cuenta una prueba que no estuviera disponible durante el período de referencia, lo hacemos para atribuir un valor tan exacto como sea razonablemente posible a los efectos desfavorables identificados en el procedimiento sobre el cumplimiento, y no para modificar los efectos desfavorables cuya existencia se constató en el procedimiento sobre el cumplimiento o establecer efectos desfavorables adicionales. De hecho, 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 se ha determinado, y por tanto nos ayudan a determinar un nivel de contramedidas proporcionado al grado y la naturaleza de esos efectos desfavorables.

6.4.5 Cuestiones conceptuales relativas a las valoraciones de la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización

6.66. A continuación, examinamos determinadas cuestiones conceptuales que suscita la metodología propuesta por la Unión Europea. Al hacerlo, en primer lugar, examinamos el concepto de anualización, una herramienta cuya utilización ambas partes están de acuerdo en que es necesaria para determinar un nivel máximo de suspensión anual que sea proporcionado al grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. En segundo y tercer lugar, consideramos si las metodologías generales propuestas por la Unión Europea para valorar las constataciones de existencia de pérdida significativa de ventas y amenaza de obstaculización están en consonancia con nuestro mandato.

6.4.5.1 Anualización

6.67. Como se recordará, en la sección 6.4.2 *supra* aceptamos la solicitud de la Unión Europea de que se estructuraran las contramedidas en forma de suspensión anual, es decir, fijando un nivel máximo de contramedidas que puede adoptar anualmente la Unión Europea hasta que expire la autorización para adoptar tales contramedidas. Los Estados Unidos no discutieron que se autorizasen contramedidas en forma de suspensión anual, y ambas partes calcularon niveles propuestos de contramedidas sobre la base de esta estructura. En este contexto, ambas partes convienen en que el nivel máximo de suspensión anual no es el valor agregado total de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, sino el valor *anualizado* de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (es decir, el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado dividido por el número pertinente de meses y multiplicado por 12). Sin embargo, como se ha indicado en secciones posteriores, las partes no están de acuerdo en el período a lo largo del cual se debe anualizar el valor de determinados efectos desfavorables. Por consiguiente, consideramos que es adecuado que en esta etapa aclaremos cómo interpretamos la anualización, lo cual nos ayudará a seleccionar los períodos de anualización apropiados en secciones posteriores.

6.68. La interpretación que hacemos de la función y la idoneidad de la anualización se deriva de nuestro mandato. El artículo 7.10 del Acuerdo SMC exige que el nivel de contramedidas sea *proporcionado al grado y naturaleza* de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. El término "proporcionad{o}" indica una "relación de correspondencia y

entrega efectiva" que afecten al valor final obtenido de un pedido); y decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.105 (donde se señala que "los acontecimientos posteriores a los pedidos pueden afectar al valor final que un fabricante de LCA obtiene de un pedido de LCA. Entre estos acontecimientos se incluyen las cancelaciones, los retrasos en las entregas, o incluso las renegociaciones de las condiciones de la venta. Tales factores se pueden tomar en consideración al evaluar el valor final que {el fabricante de LCA} habría obtenido si hubiera obtenido las ventas perdidas").

²¹⁶ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.214. En este mismo sentido, consideramos que no tomar en consideración esas pruebas puede hacer en algunos casos que se autoricen a la parte reclamante contramedidas que no abarquen suficientemente el daño económico resultante de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.

proporcionalidad entre los dos elementos" que puede ser "tanto cualitativa como cuantitativa".²¹⁷ Asimismo, cabe recordar que la finalidad de las contramedidas es inducir al cumplimiento y, más concretamente, posibilitar que un Miembro reclamante cause un daño económico al demandado para inducir a ese cumplimiento. Por consiguiente, observamos que, de conformidad con nuestro mandato, debe existir una "relación de correspondencia y proporcionalidad" entre el nivel máximo de suspensión anual y el valor *anualizado* de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. Dicho de otro modo, el nivel máximo de suspensión anual debe ser "proporcionado" a la repercusión económica de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado durante un año según la valoración del Árbitro.

6.69. Observamos que este enfoque está en consonancia con la práctica de árbitros anteriores. En particular, los árbitros que han configurado niveles máximos de suspensión anual lo han hecho tomando como referencia el período a lo largo del cual que se produjeron los efectos económicos pertinentes de las medidas evaluadas, entre ellos, los dos árbitros anteriores que han actuado en el marco del artículo 7.10 del Acuerdo SMC.²¹⁸

6.70. Por consiguiente, concluimos que, en el presente procedimiento, la elección de un período de anualización apropiado se debe hacer tomando como referencia un período en el que haya tenido lugar el daño económico que se está calculando.

6.4.5.2 Pérdida de ventas

6.71. Como se ha señalado anteriormente, la Unión Europea propone valorar las pérdidas significativas de ventas de LCA de pasillo único que tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación, es decir, la pérdida de ventas en relación con Air Canada 2013, la pérdida de ventas en relación con Icelandair 2013 y la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014, retrotrayendo a la fecha del pedido de LCA pertinente los precios de la fecha de entrega netos del número total de LCA de Airbus que se habrían entregado en la situación hipotética de que Airbus hubiera obtenido el pedido. Después de expresar los valores actualizados en dólares EE.UU. de 2015, la Unión Europea anualiza seguidamente esas valoraciones a lo largo del período de 33 meses que la Unión Europea aduce que constituye el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.²¹⁹

6.72. Por precio de la fecha de entrega neto de una LCA puede entenderse generalmente el precio que el cliente paga en última instancia en el momento de recibir la aeronave. Representa el precio neto de la aeronave acordado entre el cliente y el fabricante de LCA en la fecha del acuerdo de compra. El precio neto de la aeronave es el precio que pagaría el cliente si fuese a recibir la aeronave en la fecha en que realiza el pedido. El precio de la fecha de entrega neto es el precio neto de la aeronave, reajustado en función de los incrementos de los costos de los materiales y la mano de obra mediante fórmulas negociadas relativas al incremento de los precios. Este reajuste es necesario porque la entrega real tendrá lugar en algún momento posterior a la fecha del pedido (en algunos casos, varios años).²²⁰

6.73. Recordamos que, en el procedimiento de la diferencia DS316, se determinó la existencia de pérdida de ventas tanto en el procedimiento inicial como en el procedimiento sobre el cumplimiento

²¹⁷ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 5.4. (no se reproducen las comillas internas ni la cita)

²¹⁸ Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Métodos antidumping (China) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*; *Estados Unidos - Atún II (México) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*; *Estados Unidos - EPO (artículo 22.6 - Estados Unidos)*; *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos II)*; *Estados Unidos - Juegos de azar (artículo 22.6 - Estados Unidos)*; *CE - Banano III (Ecuador) (artículo 22.6 - CE)*; *CE - Hormonas (Canadá) (artículo 22.6 - CE)*; *CE - Hormonas (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)*; y *CE - Banano III (Estados Unidos) (artículo 22.6 - CE)*. Véase también el asunto *Brasil - Aeronaves (artículo 22.6 - Brasil)*, donde, 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 (artículo 22.6 - Brasil)*, párrafo 3.93).

²¹⁹ Véase la sección 6.1 *supra*.

²²⁰ Véanse los informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, notas 2723 y 3383; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1719 y nota 5199.

sobre la base de que una pérdida de ventas de LCA se produce en el momento del pedido de LCA.²²¹ La valoración de una pérdida de ventas en el momento del pedido es el valor para el fabricante de LCA de los flujos de caja futuros previstos derivados de la entrega final de todas las LCA que el fabricante de LCA habría entregado si hubiese obtenido el pedido. En el presente procedimiento, las pérdidas significativas de ventas que tuvieron lugar en el período de referencia entrañaron pedidos en firme de 163 LCA de pasillo único de Boeing que habían de entregarse a lo largo de un horizonte temporal que se prolongaba más allá del período de referencia. Sin embargo, dado que una pérdida de ventas tiene lugar en el momento del pedido, la valoración de una pérdida de ventas ocurrida en el período de referencia es una valoración, en el momento del pedido, de los flujos de caja futuros previstos por Airbus derivados de las entregas de todas las LCA que forman parte de esa pérdida de ventas, que Airbus habría realizado si hubiese obtenido la venta. Asimismo, observamos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinó que las pérdidas de ventas pertinentes (es decir, los acontecimientos de carácter económico que valoramos en este contexto) se dieron en el período posterior a la aplicación a lo largo de un período concreto, es decir, el período de referencia.²²²

6.74. Por consiguiente, consideramos que la metodología general de la Unión Europea para valorar la pérdida significativa de ventas en este procedimiento, es decir, retrotraer a la fecha del pedido los precios de la fecha de entrega netos de todas las LCA de Airbus que se habrían entregado en la situación hipotética por cada pérdida de ventas, y luego anualizar esos valores a lo largo del período de referencia, es compatible con nuestro mandato. Esto es, dará lugar a un nivel máximo de suspensión anual proporcionado al grado y la naturaleza de las pérdidas de ventas cuya existencia se haya determinado en el procedimiento sobre el cumplimiento.²²³ Esta metodología también es compatible con la metodología propuesta por los Estados Unidos en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316 y adoptada por el Árbitro de la diferencia DS316 para valorar la pérdida significativa de ventas en ese procedimiento.²²⁴

6.4.5.3 Amenaza de obstaculización

6.4.5.3.1 Metodología principal de la Unión Europea basada en el valor de la pérdida de ventas subyacente

6.75. En su documento sobre metodología, la Unión Europea propuso inicialmente metodologías de valoración distintas para la amenaza de obstaculización en los mercados geográficos de los Estados Unidos y los EAU. Sin embargo, a la luz de la comunicación escrita de los Estados Unidos, la Unión Europea propuso posteriormente, en su comunicación escrita y en comunicaciones posteriores, que el Árbitro valorase la amenaza de obstaculización en los mercados geográficos tanto de los Estados Unidos como de los EAU mediante el denominado enfoque basado en la "pérdida de ventas".²²⁵ Por consiguiente, consideramos que el enfoque basado en la pérdida de ventas es la metodología principal propuesta por la Unión Europea para valorar la amenaza de obstaculización.²²⁶

²²¹ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.338 (donde se explica que la existencia de pérdida de ventas se puede determinar utilizando "únicamente ... los datos de pedidos"); *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - 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); *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1230; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1217 (donde se indica que "puede ser adecuado evaluar una pérdida de ventas centrándose en el examen de campañas de ventas específicas").

²²² El período de referencia se analiza en la sección 6.4.3 *supra*.

²²³ Véase la sección 6.4.7.3 *infra* (donde se explica la cuestión de la anualización en el contexto de la pérdida de ventas).

²²⁴ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.159 y 6.200 y sección 6.3.3.2.1.

²²⁵ La Unión Europea considera que las partes están de acuerdo en que la mejor manera de valorar la amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos es siguiendo el mismo enfoque aplicado a las constataciones de pérdida significativa de ventas y que "no se opone" a la propuesta de los Estados Unidos de aplicar un enfoque basado en la "pérdida de ventas" para valorar la amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 250, 283 y 390 (segundo punto); declaración inicial de la Unión Europea, párrafo 14; véase, sin embargo, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro, párrafo 458 (tercer punto). Véase también el resumen de la Unión Europea, párrafo 35).

²²⁶ "Habida cuenta de que las partes convienen en que es adecuado adoptar un enfoque basado en la 'pérdida de ventas' para valorar las constataciones de amenaza de obstaculización, {el Árbitro} debe adoptar ese enfoque." (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 30 del Árbitro, párrafo 120).

6.76. La Unión Europea considera que un enfoque basado en la valoración de la pérdida de ventas es adecuado teniendo en cuenta las circunstancias debido a que las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas respecto de los mercados geográficos tanto de los Estados Unidos como de los EAU se basaron específicamente en constataciones intermedias de pérdida de ventas, a saber, la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 (con respecto al mercado geográfico de los Estados Unidos) y las pérdidas de ventas en relación con Fly Dubai 2008 y 2014 (con respecto al mercado geográfico de los EAU).

6.77. Con arreglo a su enfoque basado en la pérdida de ventas, la Unión Europea valora la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU, sobre la base de las pérdidas de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008, respectivamente, de la misma manera que valora las constataciones de existencia de pérdidas significativas de ventas en relación con las tres pérdidas de ventas que tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación (Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014).²²⁷ En consecuencia, la Unión Europea calcula los precios de la fecha de entrega netos de todas las LCA de Airbus que se habrían entregado en la situación hipotética en las campañas de Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008 si Airbus, en vez de Boeing, hubiese obtenido esas campañas de ventas, y retrotrae esos valores a la fecha del pedido pertinente para llegar al valor previsto de esas pérdidas de ventas en el momento del pedido. Después de reformular las valoraciones en dólares EE.UU. de 2015, la Unión Europea anualiza esas valoraciones a lo largo del período de 33 meses que la Unión Europea aduce que es el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.²²⁸

6.78. Los Estados Unidos consideran que es apropiado valorar las constataciones específicas de amenaza de obstaculización formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento basándose en las pérdidas de ventas en que se basaban esas constataciones. Sin embargo, aducen que anualizar esos valores a lo largo del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento (ya sea de 33 meses o 36 meses), en vez de a lo largo de los 105 meses en el transcurso de los cuales tuvieron lugar las cinco pérdidas de ventas en que se fundamentan las constataciones de efectos desfavorables, *contradice* las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento.²²⁹ A este respecto, los Estados Unidos señalan que no se constató que las campañas de Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008 apoyaran una constatación de pérdida significativa de ventas porque los pedidos no tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación, y sostienen que valorar la amenaza de obstaculización relativa a la pérdida de esas ventas de Airbus como si hubieran sido pérdidas significativas de ventas que tuvieron lugar en el período de referencia "hace desaparecer la distinción temporal" que llevó al Grupo Especial sobre el cumplimiento a constatar dos formas diferentes de efectos desfavorables.²³⁰

6.79. La Unión Europea rechaza el argumento de que valorar las constataciones de amenaza de obstaculización basadas en las pérdidas de ventas subyacentes, y anualizar los valores a lo largo del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, no sería compatible con los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SMC. Afirma que es "perfectamente posible" que una valoración de amenaza de obstaculización dé lugar al mismo nivel de contramedidas que la valoración de una pérdida de ventas en el período posterior a la aplicación. Concretamente, en lo que respecta a la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011, la Unión Europea aduce lo siguiente:

"Como cuestión de derecho, el hecho de que la misma transacción subyacente (es decir, la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011) dé lugar al mismo valor de

²²⁷ La Unión Europea valora la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos sobre la base de la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los EAU sobre la base de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 (y no, además, sobre la base de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014). (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 34 del Árbitro, párrafo 132). La Unión Europea reconoce que, con arreglo a un enfoque basado en la pérdida de ventas, los efectos desfavorables de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 ya están valorados como una pérdida significativa de ventas. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 400 (primer punto); respuesta de la Unión Europea a la pregunta 31 del Árbitro, párrafo 131; y declaración inicial de la Unión Europea, párrafo 14).

²²⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 399-400; y respuesta de la Unión Europea a las preguntas 35, párrafos 134-136; y 36, párrafos 140-149, del Árbitro.

²²⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 104-106.

²³⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 71 del Árbitro, párrafo 163. Véase el párrafo 6.97 *infra* en relación con el argumento de los Estados Unidos relativo a la distinción temporal entre perjuicio grave actual y amenaza de perjuicio grave.

contramedidas, ya se caracterice como i) una "pérdida de ventas" surgida en el período de referencia sobre el cumplimiento (si hubiera surgido realmente en el período de referencia) o ii) como una amenaza de obstaculización surgida en el período de referencia, no hace que esa metodología de valoración sea "incompatible" con los artículos 7.10 y 7.9 del Acuerdo SMC".²³¹

6.80. Además, la Unión Europea señala que, en realidad, todas las entregas en relación con Delta Airlines 2011 estaban pendientes al principio del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento. En esta situación, la Unión Europea considera que es "perfectamente lógico que el *mismo* fenómeno dé lugar al *mismo* nivel de daño, independientemente de si se caracteriza como a) una amenaza de obstaculización en el período de referencia o b) una pérdida de ventas en el período de referencia (si hubiera tenido lugar en el período de referencia)".²³²

6.81. Ambas partes proponen que el Árbitro aborde la valoración del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento desde la perspectiva de las pérdidas de ventas subyacentes como primera etapa. Dicho de otro modo, las partes están de acuerdo en que todas las entregas asociadas a los pedidos correspondientes, con independencia del momento en que tuvieran lugar esas entregas, formen parte de la valoración.²³³ Sin embargo, no están de acuerdo en la segunda etapa de la valoración, que es el período a lo largo del cual debe distribuirse la valoración resultante a fin de proporcionar un valor *anualizado* de la amenaza de obstaculización cuya existencia se constató en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.

6.82. Nuestro mandato en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC exige que el nivel máximo de la suspensión anual sea proporcionado a la *naturaleza* de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. Como se ha explicado en la sección 6.4.5.2, las pérdidas de ventas se producen en el momento en que se realiza el pedido de LCA. Así pues, la valoración de una pérdida de ventas se centra en los pedidos, haciendo hincapié en el valor del pedido lógicamente en el momento en que este tuvo lugar. En cambio, la obstaculización se refiere a un fenómeno en el que las importaciones o exportaciones del producto similar del Miembro reclamante habrían aumentado si no hubieran sido obstruidas o dificultadas por el producto subvencionado o no se materializaron en absoluto porque el producto subvencionado contuvo la producción.²³⁴ En el contexto de la rama de producción de LCA, las importaciones y exportaciones de LCA son sinónimos de *entregas* de LCA a

²³¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 71 del Árbitro, párrafo 339 (con resalte en el original). Véanse también las observaciones de la Unión Europea a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 70 del Árbitro, párrafos 339 y 342.

²³² Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 70 del Árbitro, párrafo 342. (con resalte en el original) Véase también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 71 del Árbitro, párrafo 340. La Unión Europea no aborda la cuestión de que el enfoque basado en la pérdida de ventas que propone daría lugar a una valoración de amenaza de obstaculización que es la misma que la valoración de una constatación de existencia de pérdida significativa de ventas en el período posterior a la aplicación específicamente en lo que respecta al mercado geográfico de los EAU, incluso en los casos en los que las entregas de la campaña de ventas de Fly Dubai 2008 se habrían realizado antes de que concluyera el plazo para la aplicación. Antes bien, en la nota 437 a sus observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Árbitro, la Unión Europea declara que las aparentes preocupaciones por la posibilidad de que el enfoque de la Unión Europea basado en la pérdida de ventas dé lugar a la misma valoración anualizada de amenaza de obstaculización para las pérdidas de ventas de 2011 y 2008 resultante de una valoración de esas pérdidas de ventas concretas como pérdidas significativas de ventas que tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación no se darían en el marco de un enfoque diferente, a saber, un enfoque basado en la "amenaza de obstaculización", como propuso posteriormente por la Unión Europea. El enfoque basado en la "amenaza de obstaculización" propuesto posteriormente por la Unión Europea se analiza en la sección 6.4.5.3.3 *infra*, junto con las condiciones que establece la Unión Europea para dar su acuerdo a una valoración sobre esa base.

²³³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 30 del Árbitro, párrafo 123; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Árbitro, párrafo 88. Un enfoque de valoración basado en la pérdida de ventas incluiría por tanto los valores de los pedidos de LCA en lo que respecta a las entregas hipotéticas que se harían antes, durante y después del período de referencia.

²³⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.419 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, CE y determinados Estados miembros - *Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1161; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 1071 y 1086).

los clientes.²³⁵ Por lo tanto, la valoración de la obstaculización se centra en el valor de una *entrega* lógicamente en el momento en que esta tuvo lugar.²³⁶

6.83. Consideramos que una valoración de una amenaza de *obstaculización* que se base en la valoración de la pérdida de ventas subyacente, como pérdida de ventas, es incompatible con la naturaleza de la obstaculización como fenómeno de mercado centrado en las entregas de LCA en el momento en que tuvieron lugar las entregas.²³⁷ Lisa y llanamente, un enfoque basado en la pérdida de ventas valora una amenaza de obstaculización sobre la base del hecho equivocado (el pedido de LCA, en vez de las entregas que se produjeron como resultado del pedido) que tiene lugar en el momento erróneo (el momento del pedido de LCA, en vez de los momentos en que tienen lugar las entregas). Somos conscientes de que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas específicamente a la amenaza de obstaculización dependían de las constataciones de existencia de las pérdidas de ventas subyacentes. Sin embargo, ese hecho no significa, a nuestro juicio, que sea razonable valorar los efectos desfavorables de amenaza de obstaculización (que se refieren a las entregas de LCA) como si fueran el efecto desfavorable de la pérdida de ventas (que se refieren a la pérdida de un pedido de LCA). Además, al llegar a esta conclusión, reconocemos que el valor de un pedido de LCA puede obtenerse en última instancia a partir de los precios de entrega. Sin embargo, para obtener ese valor del pedido aún es preciso reajustar temporalmente esos precios al momento del pedido y agregarlos. Ese reajuste temporal coordinado y la correspondiente agregación no tienen sentido si uno se centra en las entregas propiamente dichas, con independencia del momento en que se realice el pedido conexo. Además, no vemos fundamento alguno para utilizar un enfoque basado en la pérdida de ventas como una especie de enfoque técnico alternativo aceptable para el valor de las entregas en el momento de la entrega.²³⁸

²³⁵ En el procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316, las constataciones de existencia de desplazamiento y/u obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento se basaron en datos relativos a las entregas. (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.1805 y cuadros 20, 21 y 22). De manera análoga, el Grupo Especial inicial en la presente diferencia declaró que la existencia de desplazamiento y obstaculización solo puede acreditarse definitivamente mediante datos relativos a las entregas pertinentes (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 7.1686), y el Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó la existencia de desplazamiento, obstaculización y amenazas de esos efectos basándose en información sobre la cuota de mercado que mostraba las entregas reales y previstas de LCA (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.432).

²³⁶ En este sentido, en el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, el Árbitro valoró los efectos desfavorables en forma de obstaculización en el período de referencia diciembre de 2011-2013 sobre la base de un "enfoque centrado en las entregas", con hincapié en el valor de las *entregas* hipotéticas efectuadas en el mercado geográfico pertinente en el período de referencia de 25 meses. "{E}stamos 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". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.117 y sección 6.4.3).

²³⁷ A este respecto, observamos que el efecto desfavorable pertinente cuya existencia en el período posterior a la aplicación se determinó es la amenaza de *obstaculización*, y no las pérdidas de ventas intermedias, que se produjo antes del inicio del período posterior a la aplicación.

²³⁸ A este respecto, recordamos el argumento de la Unión Europea de que "{n}o hay fundamento para reducir el daño económico causado por la misma transacción, porque constituye una amenaza de obstaculización en el período de referencia sobre el cumplimiento y una pérdida de ventas anterior al período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 71 del Árbitro, párrafo 341 (con resalte en el original)). La manera en que la Unión Europea estructura este argumento ya parte de la base de que el daño económico que se caracteriza en los artículos 5 c) y 6.3 como amenaza de obstaculización en el período posterior a la aplicación es el mismo que el daño económico que se caracteriza como pérdida de ventas antes del período posterior a la aplicación. Sin embargo, no hay motivos para que tenga que ser necesariamente así, incluso en los casos en los que todas las entregas puedan estar pendientes al principio del período posterior a la aplicación. Antes bien, la caracterización jurídica del daño económico (en vez de la transacción subyacente) determina la naturaleza y la medida de ese daño económico que tiene que valorar el árbitro en el marco del artículo 7.10 del Acuerdo SMC. Nuestra valoración de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado se tiene que basar en el grado y la naturaleza de los efectos identificados por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, aunque esos efectos se refieran a una transacción subyacente común. De hecho, de conformidad con el enfoque centrado en las entregas que a nuestro juicio daría lugar a contramedidas proporcionadas al grado y la naturaleza de la amenaza de obstaculización identificada en el procedimiento sobre el cumplimiento (que se examina en la sección 6.4.9.2 *infra*), calculamos valoraciones para la amenaza de obstaculización que no coinciden con ninguna de las valoraciones realizadas por las partes mediante un enfoque centrado en los pedidos.

6.84. Por consiguiente, rechazamos la propuesta de la Unión Europea de valorar la amenaza de obstaculización utilizando un enfoque basado en la pérdida de ventas. Habida cuenta de ello, examinamos a continuación, como alternativas, las metodologías de valoración que la Unión Europea había propuesto inicialmente en su documento sobre metodología.

6.4.5.3.2 Metodologías alternativas de la UE basadas en el valor de las entregas

6.85. Como se ha señalado anteriormente, en su documento sobre metodología, la Unión Europea propuso distintos enfoques para valorar la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos y el mercado geográfico de los EAU. En el caso del mercado geográfico de los Estados Unidos (basándose en la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011), la Unión Europea propuso que el Árbitro valorase todas las *entregas* hipotéticas de las LCA de Airbus pertinentes que se habrían efectuado si Airbus hubiera obtenido el pedido (con independencia de si esas entregas tuvieron lugar en el plazo para la aplicación, durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento o después del período de referencia) y que el valor se anualizase a lo largo del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.²³⁹

6.86. En el caso del mercado geográfico de los EAU, la valoración de la Unión Europea se basaba en los precios de entrega de todas las LCA de pasillo único que Airbus entregaría en ese mercado desde el momento actual (2020) hasta 2030, en el supuesto de que Airbus tuviera una hipotética cuota de mercado del 100%. La utilización por la Unión Europea de una hipotética cuota de mercado de Airbus del 100% de 2020 a 2030 se basó en la conclusión formulada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento a partir de las pruebas de que disponía de que, tanto en el período 2009-2016 como en el período "posterior a 2016", Airbus tendría el 100% de las entregas en el mercado de los EAU.²⁴⁰ En su documento sobre metodología, la Unión Europea actualizó la información sobre entregas previstas correspondiente a las entregas de aeronaves de pasillo único programadas en el mercado de los EAU entre 2017 y 2030 (incluidas las entregas basadas en los nuevos pedidos en el marco de una campaña de ventas que tuvo lugar después de la fecha límite de septiembre de 2015 correspondiente a las pruebas del procedimiento sobre el cumplimiento). A continuación calculó, sobre la base de la información sobre entregas previstas actualizada, el número de aeronaves adicionales que Airbus habría entregado a lo largo de ese período partiendo de la base de que hubiera mantenido la cuota de mercado del 100% a la que hizo referencia el Grupo Especial.²⁴¹

6.87. La Unión Europea seleccionó 2020 como primer año a partir del cual medir la amenaza de obstaculización basándose en que 2020 sería el primer año en el que estaría autorizada a aplicar contramedidas, y por tanto era "un punto de partida adecuado para cuantificar el valor anual medio de las entregas que Airbus podría haber esperado realizar de no existir las subvenciones de los Estados Unidos a Boeing".²⁴² La Unión Europea anualizó el valor del número correspondiente de entregas hipotéticas de Airbus previstas entre 2020 y 2030 a lo largo de un período de 11 años, "a fin de reflejar el número de años del período comprendido entre 2020 y 2030".²⁴³

6.88. Los Estados Unidos respondieron a las metodologías iniciales de valoración de la Unión Europea para las constataciones de amenaza de obstaculización proponiendo, como se ha indicado anteriormente en la sección 6.4.5.3.1, que las pérdidas de ventas subyacentes se valoren sobre la misma base que las tres pérdidas significativas de ventas que tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, la propuesta de los Estados Unidos

Añadiríamos que el hecho de que diferentes formas de efectos desfavorables puedan dar lugar a diferentes valoraciones, a pesar de que se basen en la misma transacción subyacente, no significa que una amenaza de obstaculización sea necesariamente un "efecto desfavorable de segunda clase", en comparación con una pérdida de ventas. (Véanse las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Árbitro, párrafo 341).

²³⁹ La Unión Europea explica que calcula el precio neto de cada LCA de Airbus que se habría entregado si Airbus hubiera obtenido la venta, en el momento de la entrega (es decir, el precio neto en fábrica reajustado en función de la fórmula contractual de revisión para determinar los precios de entrega de 2013-2019, que a continuación se reajustan temporalmente a dólares de abril de 2020 (utilizando el índice de inflación de las LCA de Airbus para los meses y años de entrega pertinentes) y anualizado a lo largo de un período de referencia de 33 meses). (Véase el documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 132-140).

²⁴⁰ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 144-145; y comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 285.

²⁴¹ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 148-149 y cuadro 7.

²⁴² Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 150.

²⁴³ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 152 y 159.

también requería que el período a lo largo del cual se dividieran seguidamente esos valores para llegar a un valor anualizado de la amenaza de obstaculización cuya existencia se había constatado en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento reflejase obligatoriamente el período total durante el que tuvieron lugar la totalidad de las cinco pérdidas de ventas, es decir, 2007-2015 (105 meses), en lugar del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, como propone la Unión Europea.²⁴⁴

6.89. En cuanto al mercado geográfico de los Estados Unidos en particular, los Estados Unidos señalaron que muchas de las entregas de LCA en el marco de la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 se efectuaron durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Según los Estados Unidos, toda valoración de amenaza de obstaculización basada en las entregas pertinentes, y no en las pérdidas de ventas, debería por lo tanto excluir las entregas efectuadas durante el plazo para la aplicación y el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, ya que esas entregas serían, como mucho, pruebas de obstaculización *actual*, y no de amenaza de obstaculización.²⁴⁵

6.90. En lo que respecta al mercado geográfico de los EAU, los Estados Unidos adujeron que los números de entregas hipotéticas de la Unión Europea se basan en a) entregas asociadas a la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014, que ya se valoraron como parte de la valoración de la pérdida significativa de ventas y no podían contabilizarse de nuevo, y b) una campaña de ventas de aeronaves de pasillo único de Fly Dubai 2017 que obtuvo Boeing, que tuvo lugar después del procedimiento sobre el cumplimiento y no fue objeto de ninguna constatación en el procedimiento sobre el cumplimiento.²⁴⁶ Los Estados Unidos adujeron que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento no respaldaban el supuesto de que, en ausencia de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, Airbus retendría el 100% de la hipotética cuota de mercado de los EAU desde 2009 a lo largo del período posterior a la aplicación, de modo que se podía suponer implícitamente que la campaña de ventas de Fly Dubai 2017 era una pérdida de ventas atribuible a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington.²⁴⁷

6.91. La metodología de valoración propuesta inicialmente por la Unión Europea para la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos a) valora todas las entregas de LCA asociadas a la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011, independientemente de si las entregas en cuestión tuvieron lugar durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento o después, y b) anualiza la valoración resultante a lo largo del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.²⁴⁸ Observamos que esta metodología tiene características similares a las que la Unión Europea propuso después en su enfoque de valoración "basado en la amenaza de obstaculización", que examinamos en detalle *infra*.²⁴⁹ Por consiguiente, consideramos que nuestra evaluación del enfoque de valoración de la Unión Europea basado en la amenaza de obstaculización también permitirá en la práctica determinar la idoneidad de ese enfoque.²⁵⁰

²⁴⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 105-106.

²⁴⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 148, nota 171.

²⁴⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 148-151. La Unión Europea rechaza el argumento de que esa metodología entraña una "doble contabilización" inadecuada de las entregas relacionadas con la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014, aduciendo que el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 y la amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU eran "efectos desfavorables distintos" que el Árbitro debe valorar separadamente. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 286 y nota 389). Además, la Unión Europea aduce que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento se basaban en pruebas de las tendencias de participación en el mercado de los EAU (y no solo en las pruebas de las pérdidas de ventas de 2008 y 2014), de modo que el enfoque de valoración propuesto para el mercado de los EAU se ve refrendado por el Acuerdo SMC. (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 285-286).

²⁴⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 153-156.

²⁴⁸ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 130. La principal distinción es que, a diferencia de las valoraciones de pérdida significativa de ventas, la Unión Europea no propone retrotraer los precios de la fecha de entrega a sus valores equivalentes en la fecha del pedido, sino que los reajusta a futuro para expresarlos en su valor equivalente en abril de 2020. (Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 137).

²⁴⁹ Véanse los párrafos 6.93 *et seq.*

²⁵⁰ Véase la nota 330 *infra*. Véase la nota {{327}}334 *infra*.

6.92. La metodología de valoración propuesta inicialmente por la Unión Europea para la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los EAU se centra en el valor de las entregas en el momento en que estas se produjeron (no en el valor del pedido que dio lugar a las entregas en el momento en que este se produjo). A este respecto, está en consonancia con la naturaleza de los efectos desfavorables en forma de amenaza de obstaculización. Sin embargo, la cuantificación de las entregas hipotéticas pertinentes que hace la Unión Europea se basa parcialmente en las entregas efectuadas en el marco de una campaña de ventas de Fly Dubai 2017 que no era una de las cinco campañas de ventas de LCA sensibles a los precios que se constató que Airbus perdió debido a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington. Recordamos que las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento dependían de la existencia de una relación causal entre la subvención y la amenaza de obstaculización.²⁵¹ La única relación causal identificada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento fueron las constataciones de pérdida de ventas correspondientes a esas campañas sensibles a los precios específicas.²⁵² La campaña de ventas de Fly Dubai 2017 no se sometió a consideración del Grupo Especial sobre el cumplimiento porque tuvo lugar después de la fecha límite de septiembre de 2015 correspondiente a las pruebas establecida por el Grupo especial sobre el cumplimiento y, por lo tanto, no se identificó como una "campaña de ventas sensible a los precios" o como una pérdida de ventas por efecto de las subvenciones de los Estados Unidos. Por consiguiente, no consideramos que haya base sobre la que el Árbitro pueda valorar las entregas asociadas a la campaña de ventas de Fly Dubai 2017 como parte de las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento para el mercado geográfico de los EAU. En consecuencia, no podemos aceptar la metodología alternativa propuesta por la Unión Europea para valorar la constatación de amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU, pero, como sucedió en lo relativo a la metodología alternativa propuesta para el mercado de los Estados Unidos, discernimos determinados aspectos de la metodología que son similares al enfoque "centrado en las entregas" que examinamos a continuación.

6.4.5.3.3 Enfoque "centrado en las entregas" propuesto por el Árbitro

6.93. Tras la reunión con las partes, el Árbitro invitó a las partes a que propusieran metodologías para valorar la amenaza de obstaculización sobre la base del valor de las entregas hipotéticas derivadas de las dos pérdidas de ventas en el momento de la entrega, a lo que se refirió como un enfoque "centrado en las entregas".²⁵³

6.94. La Unión Europea respondió que estaría de acuerdo con que el Árbitro valorara una amenaza de obstaculización (esto es, una amenaza relativa a las entregas) *surgida en cualquier momento en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento* aunque cualquiera de esas LCA se entregara posteriormente en el período de referencia y teniendo en cuenta el valor de las entregas previstas para ser realizadas después del período de referencia.²⁵⁴ Sin embargo, especificó que el período respecto del cual se anualizaría el valor resultante de las entregas en situación de amenaza tiene que ser el "período de referencia de 33 meses adoptado por los órganos resolutorios sobre el cumplimiento".²⁵⁵

²⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.427-9.432.

²⁵² Por consiguiente, discrepamos de la afirmación de la Unión Europea de que el análisis *causal* que hizo el Grupo Especial sobre el cumplimiento para el mercado de los EAU no se basó enteramente en las constataciones anteriores sobre la existencia de pérdida de ventas, sino también en las tendencias de la participación en el mercado. (Véase la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 285). Véase también el párrafo 6.126 *infra*.

²⁵³ Véanse, por ejemplo, las preguntas 66, 69 y 70 del Árbitro.

²⁵⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 67 del Árbitro, párrafo 286. La Unión Europea considera que la expresión "centrado en las entregas" no caracteriza adecuadamente la alternativa a un enfoque basado en la pérdida de ventas, ya que da a entender, erróneamente, que el Árbitro valoraría una constatación de obstaculización "real", cuando tiene que valorar las constataciones de *amenaza de obstaculización*. En consecuencia, la Unión Europea se refiere a la alternativa que ha propuesto a un enfoque basado en la pérdida de ventas como un enfoque basado en la "amenaza de obstaculización" (respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 188-189); compárese con las observaciones de la Unión Europea a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 215, donde la Unión Europea se refiere a su enfoque como un enfoque basado en la "amenaza relativa a la entrega".

²⁵⁵ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 236 y 239. Como se indica en el párrafo 6.102 *infra*, la Unión Europea está de acuerdo en que el Árbitro adopte un enfoque de valoración

6.95. La Unión Europea aduce que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU se situaron temporalmente en y desde el momento de las pérdidas de ventas (que ocurrieron en 2011 y 2008, respectivamente) y que la amenaza de obstaculización *surgió y siguió existiendo* en el período de referencia.²⁵⁶ La Unión Europea aduce, por lo tanto, que la perspectiva temporal correcta, y la que adoptó el Grupo Especial sobre el cumplimiento, es que la amenaza de obstaculización "surgió" en la fecha en que se perdió el pedido pertinente y "siguió existiendo, en su totalidad, en el período de referencia".²⁵⁷ Desde ese punto de vista, la amenaza de obstaculización que existía en el período de referencia comprendía todas las entregas futuras que no se entregaron en ningún momento en el período de referencia, por lo que el período de anualización apropiado para la amenaza de obstaculización sería el período de referencia.

6.96. Los Estados Unidos aducen que, en el marco de un enfoque centrado en las entregas para valorar la amenaza de obstaculización, el Árbitro debe a) incluir solo las entregas que se hicieron *después* de concluido el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento²⁵⁸; y b) anualizar la valoración correspondiente con respecto al momento en que habría estado previsto que se realizasen las entregas hipotéticas de Airbus (todas ellas *después* del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento).

6.97. En respaldo de esta posición, los Estados Unidos distinguen entre un perjuicio grave que se produce en el presente basado en el daño *actual* y un perjuicio grave que se produce en el presente basado en una *amenaza* de daño en el futuro inminente y claramente previsible.²⁵⁹ Los Estados Unidos aducen que las constataciones de amenaza se basan en un daño futuro e inminente que

basado en la "amenaza de obstaculización" con la condición expresa de que se cumplan determinadas condiciones, una de las cuales es que el período de anualización sea de 33 meses.

²⁵⁶ Por ejemplo, respecto del mercado de los Estados Unidos (Delta Airlines 2011), la Unión Europea aduce lo siguiente:

"Cabe señalar que la constatación exacta de los órganos resolutorios sobre el cumplimiento es una constatación de amenaza de obstaculización resultante del pedido de 100 aeronaves realizado por Delta Airlines el 25 de agosto de 2011. ... Esa amenaza de obstaculización, que comenzó a existir el 25 de agosto de 2011, siguió existiendo al menos hasta el momento en que se entregaron las aeronaves. En la primera parte del período de referencia, desde el 1 de enero de 2013 hasta la fecha de la primera entrega (septiembre de 2013), existió una amenaza de obstaculización que abarcaba todas esas entregas en situación de amenaza".

Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 199. Véanse también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 67 del Árbitro, párrafos 307-308; y las observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafo 233.

Respecto del mercado de los EAU (Fly Dubai 2008), la Unión Europea aduce lo siguiente:

"Como en el caso del mercado de los Estados Unidos, el punto de vista temporal correcto, y el adoptado por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, era también, por definición, la fecha en que se concluyó la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 (14 de julio de 2008) (lo que originó la existencia de la amenaza de obstaculización) y, por lo tanto, en la medida en que sea jurídicamente pertinente, el comienzo del período de referencia (1 de enero de 2013), cuando siguió existiendo una amenaza de obstaculización. De nuevo, el Grupo Especial sobre el cumplimiento *no* se situó al final del período de referencia (30 de septiembre de 2015) para analizar si había surgido una amenaza durante el período de referencia (del 1 de enero de 2013 al 30 de septiembre de 2015) debido a las entregas que eran 'claramente prevista{s} e inminente{s}' después del período de referencia (es decir, después del 30 de septiembre de 2015). Semejante afirmación contradice rotundamente las constataciones formuladas realmente por el Grupo Especial sobre el cumplimiento".

Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 205. (con resalte en el original, no se reproduce la nota de pie de página) Véanse también las observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafos 234 y 250.

²⁵⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 200 y 203; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 67 del Árbitro, párrafos 299 y 301; y observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafo 231.

²⁵⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 84. Los Estados Unidos explican que esto significaría que solo se incluirían en la valoración las entregas de las campañas de Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008 que se hicieron después del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Las entregas de las campañas de Fly Dubai 2014 ya se habrían valorado como parte de la valoración de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 y no se contabilizarían dos veces. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 86).

²⁵⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 111.

todavía no se ha materializado.²⁶⁰ Según los Estados Unidos, por lo tanto, de ello se desprende que una constatación de amenaza de perjuicio grave no incluye una constatación de la forma actual de ese perjuicio grave; más bien, las constataciones de amenaza se formulan cuando no hay efectos desfavorables actuales y continuados en la forma pertinente.²⁶¹ Los Estados Unidos consideran que las entregas realizadas durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento constituirían la base de una constatación de obstaculización *actual*, que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no formuló en este caso.²⁶² Según los Estados Unidos, si se hubiera formulado una constatación de obstaculización actual, no cabría duda de que la valoración del Árbitro relativa a esa constatación debería limitarse a las entregas hipotéticas realizadas *durante* el período de referencia. Del mismo modo, no debe haber duda de que la valoración de las constataciones de amenaza de obstaculización debe limitarse a las entregas hipotéticas realizadas *después* del período de referencia.²⁶³

6.98. Los Estados Unidos también comparan las constataciones que tiene ante sí este Árbitro con las constataciones que tenía ante sí el Árbitro de la diferencia DS316. Señalan que, en el procedimiento sobre el cumplimiento de la diferencia DS316, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató la existencia de obstaculización actual sobre la base de las entregas realizadas durante el período de referencia del procedimiento sobre el cumplimiento (pero no amenaza de obstaculización respecto de las entregas que se debían realizar después de concluido el período de referencia).²⁶⁴ El Árbitro de la diferencia DS316 valoró estas entregas del período de referencia como obstaculización *actual* y no valoró las entregas futuras previstas para ser realizadas después de concluido el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento porque no se había formulado ninguna constatación de amenaza de obstaculización en el procedimiento sobre el cumplimiento.²⁶⁵ Los Estados Unidos señalan que, en el presente procedimiento de arbitraje, en cambio, el Grupo Especial sobre el cumplimiento no ha formulado ninguna constatación de obstaculización actual, solo constataciones de amenaza de obstaculización. Los Estados Unidos aducen que, habida cuenta de que no hay ninguna constatación de obstaculización actual, el Árbitro no debe valorar ninguna entrega realizada durante el período de referencia. Los Estados Unidos afirman que, al pedir al Árbitro que valore las entregas que se realizaron tanto en el período de referencia como después del período de referencia como amenaza de obstaculización, la Unión Europea en realidad está pidiendo al Árbitro que considere que el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató la existencia de obstaculización actual y de amenaza de obstaculización, lo que es claramente erróneo y daría lugar a unas contramedidas no proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.²⁶⁶

6.99. Comenzamos observando que, como cuestión de hecho, todas las entregas hipotéticas relacionadas con la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 habrían tenido lugar durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento o después de dicho período. En el caso de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008, determinadas entregas hipotéticas habrían tenido lugar *antes* del final del plazo para la aplicación, así como durante el período de referencia. Además, en los casos en los que se utiliza el calendario de entregas de Boeing para identificar el calendario de entregas de las entregas hipotéticas de Airbus, no habría habido entregas posteriores al período de referencia para la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008.

6.100. Ninguna de las partes se opone a que, dentro de su valoración de las constataciones de amenaza de obstaculización, el Árbitro valore las entregas hipotéticas pertinentes que se habrían

²⁶⁰ Los Estados Unidos explican lo siguiente: "Así pues, las constataciones de amenaza de obstaculización son necesariamente prospectivas. Se basan en una situación actual en la que las entregas de LCA de Airbus no se han visto todavía obstruidas, dificultadas o contenidas, pero experimentarán de manera inminente una modificación de las circunstancias que dará lugar a que se vean obstruidas/dificultadas/contenidas *en el futuro*". (Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 95 (con resalte en el original)).

²⁶¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Árbitro, párrafo 108.

²⁶² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 85 y 87; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Árbitro, párrafo 109.

²⁶³ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 98.

²⁶⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Árbitro, párrafo 110.

²⁶⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Árbitro, párrafo 110.

²⁶⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Árbitro, párrafo 112.

manifestado *después* del período de referencia.²⁶⁷ La cuestión que tenemos que resolver es si la valoración por el Árbitro de las constataciones de amenaza de obstaculización *también* debe incluir el valor de cualesquiera entregas hipotéticas que se habrían manifestado *en* el período de referencia (y, posiblemente, las que se habrían manifestado antes de que expirase el plazo para la aplicación).

6.101. Entendemos que el argumento jurídico de la Unión Europea consiste en que la amenaza de obstaculización que "surja" en el período de referencia comprende todas las entregas realizadas posteriormente durante el período de referencia y después de dicho período.²⁶⁸ Dicho de otro modo, el hecho de que alguna de las entregas de LCA en situación de amenaza que "surgió" en el período de referencia pueda posteriormente ser entregada también en el período de referencia (y por consiguiente *también* pueda haber constituido obstaculización actual) no significa que esas entregas en situación de amenaza se deban excluir de la valoración de la amenaza de obstaculización.²⁶⁹

6.102. La Unión Europea sostiene asimismo que, con sujeción al cumplimiento de las siguientes "condiciones" (y solo en ese caso), estaría de acuerdo en que el Árbitro excluyese de su valoración de la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los EAU las entregas de Fly Dubai 2008 que habrían tenido lugar antes del final del plazo para la aplicación²⁷⁰:

- a. que el numerador de la valoración de la amenaza de obstaculización en cada mercado geográfico comprenda la "amenaza relativa a las entregas" que tuvo lugar durante el período de referencia y después de ese período,
- b. que el denominador de cada valoración (es decir, el período de anualización) sea el período de referencia de 33 meses, y
- c. que el Árbitro rechace el argumento de los Estados Unidos de que la valoración de las pérdidas de ingresos derivadas de cada campaña de ventas incluya un reajuste probabilístico para tener en cuenta la incertidumbre de que Airbus hubiera obtenido cada campaña de ventas en la situación hipotética.²⁷¹

6.103. A los efectos que nos ocupan²⁷², está claro que las partes discrepan por tanto acerca de:

- a. si el Árbitro debe valorar, como parte de las constataciones de amenaza de obstaculización del Grupo Especial sobre el cumplimiento, las entregas hipotéticas que habrían tenido lugar en el período de referencia, y (en estrecha relación con esta cuestión)

²⁶⁷ Véanse, por ejemplo, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 194; y las observaciones de los Estados Unidos a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 92. Sin embargo, las partes sí discrepan en lo que se refiere al período adecuado a lo largo del cual se deben anualizar los valores resultantes.

²⁶⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 190-191.

²⁶⁹ Véanse las observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafo 215; y la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 231. En ese sentido, la Unión Europea subraya que la valoración del Árbitro no se debe basar en una "constatación *ficticia* de obstaculización *real*", sino en las constataciones de amenaza de obstaculización adoptadas que se refieren a la amenaza relativa a las entregas derivadas de las pérdidas de ventas de 2011 y 2008 que "surgió en" el período de referencia "y siguió existiendo, en su totalidad, en el período de referencia". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 188-189, 198-200) (con resalte en el original)).

²⁷⁰ Respuestas de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 189-193.

²⁷¹ Esta cuestión se examina en la sección 6.4.6.1 *infra*.

²⁷² En su respuesta a la pregunta 66 del Árbitro, la Unión Europea declara que el desacuerdo de las partes se refiere a la valoración de las entregas que tuvieron lugar en el período de referencia como parte de las constataciones de amenaza de obstaculización (respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 194). Por consiguiente, consideramos que la Unión Europea no solicita al Árbitro, en el marco de un enfoque basado en la "amenaza de obstaculización", que valore además las entregas en situación de amenaza que se manifestaron como entregas antes de que expirase el plazo para la aplicación (es decir, las entregas de Fly Dubai 2008 que tuvieron lugar antes de que expirase el plazo para la aplicación). No es necesario determinar, a partir de las comunicaciones de la Unión Europea, si el acuerdo de la Unión Europea a que el Árbitro excluya las entregas de Fly Dubai 2008 que habrían tenido lugar antes del final del plazo para la aplicación se deriva de su argumento jurídico, o es una concesión que se condiciona al cumplimiento de las tres condiciones *supra*, o ambas cosas.

- b. el período de anualización adecuado para la valoración de las entregas hipotéticas que comprenden las constataciones de amenaza de obstaculización.

6.104. A su vez, la discrepancia *supra* se basa en diferentes perspectivas en lo que respecta al momento en que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se situó al formular las constataciones de amenaza de obstaculización y, más en general, la naturaleza de la amenaza de obstaculización como forma específica de daño económico.

6.105. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se situó temporalmente *en el momento de la pérdida de ventas* (es decir, en 2011 y 2008, respectivamente) cuando constató que esas pérdidas de ventas dieron lugar a una amenaza de obstaculización que "surgió" en el período de referencia.²⁷³ La Unión Europea subraya que no aduce que el Grupo Especial sobre el cumplimiento adoptara una "instantánea de la situación del mercado" en el primer día del período de referencia.²⁷⁴ Antes bien, el Grupo Especial sobre el cumplimiento "evaluó y estableció la presencia de efectos desfavorables y la amenaza de tales efectos *surgida en cualquier momento durante* el período de referencia".²⁷⁵ Dicho de otro modo, la Unión Europea considera que la amenaza relativa a las entregas "*surgida en cualquier momento* en el período de referencia forma *parte integrante* de las constataciones de amenaza de obstaculización, y por consiguiente el {Árbitro} la tiene que valorar".²⁷⁶ Por el contrario, los Estados Unidos consideran que las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento son prospectivas *en el momento de la constatación*, señalando que el Grupo Especial sobre el cumplimiento emitió su informe en diciembre de 2016, tras considerar pruebas que abarcaban hasta finales de 2015.²⁷⁷ En opinión de los Estados Unidos, las constataciones de amenaza de

²⁷³ Véase la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, con respecto al mercado de los Estados Unidos: "{p}or consiguiente, la perspectiva temporal correcta, y la que adoptó el Grupo Especial sobre el cumplimiento en este caso concreto, y habida cuenta del fundamento concreto de la constatación de amenaza de obstaculización, es que la amenaza de obstaculización surgió el 25 de agosto de 2011 y siguió existiendo, en su totalidad, en el período de referencia" (respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 200); "la amenaza de obstaculización surgió el 25 de agosto de 2011 debido a la transacción en el marco de Delta Airlines 2011 y "se verán obstruidas, dificultadas o contenidas en esa medida" (*ibid.*, párrafo 201 (no se reproduce el resalte)); y "{a}ntes bien, las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento, por sus propios términos, establecen que el momento concreto pertinente fue el 25 de agosto de 2011, cuando surgió la amenaza de obstaculización. Las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento se referían al futuro en relación con ese momento (25 de agosto de 2011) y, en la medida en que sea jurídicamente pertinente, al comienzo del período de referencia (el 1 de enero de 2013)" (*ibid.*, párrafo 203). En lo que respecta al mercado de los EAU: "{c}omo en el caso del mercado de los Estados Unidos, el punto de vista temporal correcto, y el adoptado por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, era también, por definición, la fecha en que se concluyó la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 (14 de julio de 2008) (lo que originó la existencia de la amenaza de obstaculización) y, por lo tanto, en la medida en que sea jurídicamente pertinente, el comienzo del período de referencia (1 de enero de 2013), cuando siguió existiendo una amenaza de obstaculización". (*ibid.*, párrafo 205 (no se reproduce el resalte)); "{p}or sus propios términos, la constatación de amenaza de obstaculización del Grupo Especial sobre el cumplimiento se basaba, entre otras cosas, en la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 del 14 de julio de 2008, que en consecuencia, por definición, constituye el punto de vista temporal pertinente para esa transacción". (*Ibid.*, párrafo 210). Véanse también las observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafo 231.

²⁷⁴ Observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafos 235-236. Véase, sin embargo, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 198 ("Al principio del período de referencia, el 1 de enero de 2013 ... todas las entregas relacionadas con la transacción en el marco de Delta Airlines 2011 estaban aún pendientes, y amenazaban obstaculizar las importaciones de LCA de Airbus en los Estados Unidos."); párrafo 199 ("En la primera parte del período de referencia, del 1 de enero de 2013 hasta la fecha de la primera entrega (septiembre de 2013), existía una amenaza de obstaculización que abarcaba todas esas entregas en situación de amenaza."); párrafo 203 ("Por consiguiente, como cuestión de hecho y como cuestión de derecho, el ejercicio de valoración del {Árbitro} tiene que valorar la amenaza de obstaculización 'claramente prevista e inminente' el 1 de enero de 2013"). (no se reproduce el resalte)

²⁷⁵ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 236. (con resalte en el original)

²⁷⁶ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 243. (con resalte en el original)

²⁷⁷ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 68, párrafo 132, y 66, párrafo 102, del Árbitro. Los Estados Unidos aducen que las constataciones de amenaza de obstaculización se basan en una situación actual en la que las entregas de LCA de Airbus aún no se ven obstruidas, dificultadas o contenidas, pero sufrirán de manera inminente un cambio de circunstancias que hará que se vean obstruidas, dificultadas o contenidas *en el futuro*. (Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 95).

obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento significan que, al menos a finales de 2015, la obstaculización no se había materializado.²⁷⁸

6.106. La posición de la Unión Europea viene a indicar que considera la amenaza de obstaculización como el daño económico representado por la *perspectiva* de entregas obstaculizadas derivadas de las pérdidas de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008, que al principio del período de referencia "se cernían sobre la cabeza de Airbus como una ola enorme lista para romper sobre la empresa".²⁷⁹ El daño económico que la Unión Europea equipara a la amenaza de obstaculización es, en otras palabras, el daño a Airbus de la ola que se cernía sobre ella de futuras entregas de LCA obstaculizadas, que surgió en el período de referencia, en contraposición al daño a Airbus derivado de las entregas de LCA obstaculizadas de Airbus en el momento en que habrían tenido lugar esas entregas (es decir, durante el período de referencia, o después de ese período). Por el contrario, los Estados Unidos consideran que el daño económico en forma de una amenaza de obstaculización es el mismo daño que la obstaculización actual, pero desde un punto de vista prospectivo. En consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, tanto la obstaculización actual como la amenaza de obstaculización se refieren al daño derivado de las entregas de LCA obstaculizadas en el momento en que se producen esas entregas, y la única diferencia es temporal; es decir, la obstaculización actual se refiere a las entregas obstaculizadas que se producen en el período de referencia, mientras que la amenaza de obstaculización se refiere a las entregas obstaculizadas que se producen después del período de referencia.

6.107. Recordamos de nuevo que nuestro mandato de conformidad con el artículo 7.10 exige que el nivel de contramedidas sea proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.²⁸⁰ Ya hemos analizado *supra* la naturaleza de la obstaculización.²⁸¹ Habida cuenta de nuestro mandato y del hecho de que la *amenaza* de obstaculización es la forma pertinente de perjuicio grave, consideramos además adecuado (y más eficaz) evaluar las diferentes perspectivas de las partes en lo que se refiere a la naturaleza de una *amenaza* de obstaculización como forma específica de daño económico y el momento en que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se situó al formular las constataciones de amenaza de obstaculización.

6.108. El análisis que exponemos a continuación se desarrolla, por lo tanto, en tres partes. En primer lugar, analizaremos la naturaleza de una *amenaza* de perjuicio grave en general, sobre la base de un análisis textual de ese concepto, tal y como aparece en la nota 13 al artículo 5 c) del Acuerdo SMC. A continuación, analizaremos las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento, específicamente para determinar si, como aduce la Unión Europea, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se situó temporalmente en el momento de las pérdidas de ventas respectivas en 2011 y 2008 al formular sus constataciones de amenaza de obstaculización. En tercer lugar, a la luz de las dos primeras partes, explicamos nuestras conclusiones en lo que respecta a si la valoración por el Árbitro de las constataciones de amenaza de obstaculización debe incluir el valor de cualesquiera entregas hipotéticas que se hayan manifestado también en el período de referencia.

6.4.5.3.3.1 Naturaleza de la "amenaza"

6.109. El artículo 6.3 del Acuerdo SMC está redactado en tiempo presente ("que la subvención tenga por efecto") cuando identifica las formas específicas de daño económico que constituye el perjuicio grave a los efectos del artículo 5 c), incluida la obstaculización de las importaciones y las exportaciones prevista en los artículos 6.3 a) y b). En la nota 13 al artículo 5 c) se establece que la expresión "perjuicio grave a los intereses de otro Miembro" se utiliza en el Acuerdo SMC en el mismo sentido que en el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994, "e incluye la amenaza de perjuicio grave".

6.110. En la nota 13 también se hace referencia al artículo XVI del GATT de 1994, que establece (en la sección A) lo siguiente:

Si {un Miembro} concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por

²⁷⁸ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 68 del Árbitro, párrafo 132.

²⁷⁹ Declaración inicial de la Unión Europea, párrafo 108.

²⁸⁰ Véase la sección 3 *supra*.

²⁸¹ Véanse los párrafos 6.82-6.83 *supra*.

efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de {dicho Miembro} o reducir las importaciones de este producto en su territorio ... notificará por escrito ... la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella y las circunstancias que hagan necesaria la subvención. *En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de {otro Miembro}, {el Miembro} que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con {el otro Miembro} o {los otros Miembros} interesados, ... la posibilidad de limitar la subvención*".²⁸²

6.111. La referencia al artículo XVI del GATT de 1994 en la nota 13, junto con la redacción en tiempo presente en referencia al perjuicio grave en el artículo 6.3, indica que el alcance del perjuicio grave que prevé el Acuerdo SMC incluye tanto el perjuicio grave actual como la amenaza de dicho perjuicio, con lo que está en consonancia con el artículo XVI del GATT de 1994.²⁸³ En el Acuerdo SMC no se define la amenaza de perjuicio grave ni se explica la relación existente entre el perjuicio grave identificado en el artículo 6.3 y la amenaza de perjuicio grave, a reserva de lo previsto en la nota 13.

6.112. Normalmente, por "*threat*" (amenaza) se entiende "*an indication of impending evil*" (indicación de un mal inmediato).²⁸⁴ Por "*impending*" (inmediato) se entiende "*about to fall or happen; hanging over one's head; imminent; or near at hand*" (a punto de sobrevenir o suceder; que se cierne sobre la cabeza de uno; inminente; próximo).²⁸⁵ Por lo tanto, una amenaza de obstaculización, en nuestra opinión, es un concepto prospectivo, es decir, una obstaculización que no se ha producido todavía, pero que está para suceder prontamente.

6.113. Las orientaciones instructivas del Órgano de Apelación concuerdan con esta interpretación. El Órgano de Apelación ha analizado el concepto de "amenaza" en el contexto de la interpretación de la expresión "amenaza de daño grave" que figura en el artículo 4.1 b) del Acuerdo sobre Salvaguardias, y ha explicado que "amenaza" hace referencia a algo que "aún *no* ha ocurrido, sino que es un acontecimiento futuro cuya efectiva materialización no puede, en realidad, asegurarse con certidumbre".²⁸⁶ Esta interpretación de la amenaza como algo que no ha ocurrido en el momento pertinente, pero que ocurrirá en un momento futuro, está en consonancia también con la naturaleza de la amenaza de daño importante del artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping y el artículo 15.7 del Acuerdo SMC.²⁸⁷ No vemos razón alguna para pensar que la naturaleza de "amenaza" en estos

²⁸² Sin resalte en el original.

²⁸³ Observamos una estructura similar por lo que respecta al concepto de daño en el artículo 5 a); en la nota 11 al apartado a) del artículo 5 se establece que la expresión "daño a la rama de producción nacional" se utiliza en el mismo sentido que en la Parte V del Acuerdo SMC. En la Parte V (nota 45 al artículo 15) se establece que el término "daño", salvo indicación en contrario, incluye tanto un daño importante actual como una "amenaza de daño importante". El Acuerdo Antidumping está estructurado de una manera similar, ya que en la nota 9 se prevé que se entenderá por "daño", salvo indicación en contrario, un daño importante causado a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional o un retraso importante en la creación de esta rama de producción. El artículo 10.3 del Acuerdo Antidumping (que trata de la retroactividad) establece que, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, "cuando se formule una determinación de la existencia de amenaza de daño o retraso importante (sin que se haya producido todavía el daño) sólo se podrá establecer un derecho antidumping definitivo a partir de la fecha de la determinación de existencia de amenaza de daño o retraso importante", lo que indica que la amenaza de daño surge cuando el daño importante todavía no existe. En el Acuerdo sobre Salvaguardias también se define de manera separada "daño grave" y "amenaza de daño grave", entendiéndose por "daño grave" un menoscabo general significativo en la posición de una rama de producción nacional, mientras que por "amenaza de daño grave" se entiende "la clara inminencia de un daño grave, de conformidad con las disposiciones del párrafo 2".

²⁸⁴ *Oxford Dictionaries*, edición en línea, definición de "*threat*" (amenaza) <https://www.oed.com/view/Entry/201152?rskey=wUnlWk&result=1&isAdvanced=false#eid> (consultada el 21 de septiembre de 2020).

²⁸⁵ *Oxford Dictionaries*, edición en línea, definición de "*impending*" (inmediato) <https://www.oed.com/view/Entry/92216?rskey=nFapJK&result=3&isAdvanced=false#eid> (consultada el 21 de septiembre de 2020).

²⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 125. (con resalte en el original) En el contexto del Acuerdo Antidumping, el Órgano de Apelación ha explicado que, "{e}n la continuidad progresiva de una situación de daño de una rama de producción nacional que asciende de una 'amenaza de daño grave' al 'daño grave', consideramos que el 'daño grave' -puesto que es algo que está *más allá* de una 'amenaza'- incluye necesariamente el concepto de 'amenaza' y excede de la presencia de una 'amenaza'". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Tubos*, párrafo 170 (con resalte en el original)).

²⁸⁷ El artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping constituye la base para una determinación de amenaza de daño importante y expone una lista no exhaustiva de los factores que una autoridad investigadora debe tener

acuerdos y la amenaza de perjuicio grave en el Acuerdo SMC deban interpretarse de manera diferente.

6.114. De hecho, en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación expuso una interpretación similar del término "amenaza" en el contexto de la amenaza de perjuicio grave del Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación observó que ni el artículo 6.3 a) ni el artículo 6.3 b) se refieren expresamente a una "amenaza de desplazamiento". Más bien, en la nota 13 al artículo 5 c) se establece que la expresión "perjuicio grave a los intereses de otro Miembro" utilizada en el Acuerdo SMC "incluye la amenaza de perjuicio grave".²⁸⁸ El Órgano de Apelación se refirió al artículo 15.7 del Acuerdo SMC (relativo a una amenaza de daño importante) que, según dijo, ofrecía una orientación pertinente para entender el concepto de amenaza de perjuicio grave en el artículo 5 c), y afirmó lo siguiente:

Por consiguiente, como en el caso de la determinación de la existencia de una amenaza de daño importante, consideramos que es razonable exigir que la determinación de la existencia de una amenaza de perjuicio grave "se bas[e] en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas" y que "[l]a modificación de las circunstancias" que *daría* lugar a una situación en la cual la subvención *causaría* un desplazamiento "deb[a] ser claramente prevista e inminente".²⁸⁹

6.115. Posteriormente, en la apelación inicial de la presente diferencia, el Órgano de Apelación hizo referencia al párrafo *supra* de su informe anterior y reconoció que, aunque la palabra "amenaza" no se incluye expresamente en el texto del artículo 6.3 b), una constatación formulada en virtud de dicha disposición podía incluir situaciones en las que solo hubiera amenaza de desplazamiento.²⁹⁰ El uso por el Órgano de Apelación del tiempo condicional en la explicación *supra* de una amenaza de perjuicio grave, junto con la prescripción de que la modificación de las circunstancias que daría lugar a la existencia de desplazamiento debe ser claramente prevista e *inminente* a fin de demostrar una amenaza de desplazamiento, indica que el Órgano de Apelación entendió que una amenaza de desplazamiento es una situación en la que el desplazamiento no existe actualmente, pero que existiría en el futuro.

6.116. Más generalmente, la redacción en tiempo presente del artículo 6.3 de los tipos de daño económico que constituyen perjuicio grave, cuando se lee con la nota 13 (que indica que el perjuicio grave incluye la amenaza de perjuicio grave), indica que la relación entre el perjuicio grave actual previsto en el artículo 6.3 y la amenaza de perjuicio grave es temporal. Señalamos que la manera

en cuenta al formular esa determinación. Dicho artículo prevé en su parte pertinente que todos los factores juntos "han de llevar a la conclusión de la inminencia de nuevas exportaciones a precios de dumping y de que, a menos que se adopten medidas de protección, se producirá un daño importante". El texto del artículo 15.7 del Acuerdo SMC es en gran medida paralelo al del artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping, sin la nota 10, y con la adición de un factor que la autoridad investigadora deberá considerar, a saber, la naturaleza de la subvención y los efectos que es probable tenga esa subvención en el comercio (artículo 15.7 i)). Grupos especiales anteriores han concluido que las decisiones relativas al artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping informan la interpretación del artículo 15.7 del Acuerdo SMC y viceversa. (Véanse los informes del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.2157, y *Estados Unidos - Papel estucado o cuché (Indonesia)*, párrafo 7.259).

²⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1171.

²⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1171. (sin resalte en el original) El Grupo Especial en el procedimiento inicial en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* había constatado una amenaza de desplazamiento en el mercado de la India sobre la base de un pedido en 2005 de 225 LCA de Airbus, comparado con 98 pedidos de LCA de Boeing, lo que representaba un "incremento ingente en el mercado de la India" e indicaba que, "como esas LCA se entregan a lo largo de los años siguientes, es probable que Airbus tenga en el mercado de la India una participación significativamente mayor que Boeing". (Informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 7.1784). Los datos sobre los pedidos y las entregas presentados al Grupo Especial para ese mercado geográfico habían abarcado el período 2001-2006, lo que indicaba que el Grupo Especial basó su constatación de amenaza de obstaculización en una situación de desplazamiento que se produciría en un período (futuro), es decir, posterior a 2006. En última instancia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de amenaza de desplazamiento, sobre la base de que las tendencias de la participación en el mercado no ofrecían fundamento suficiente para constatar la amenaza de desplazamiento. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1202).

²⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 2215.

en que el Órgano de Apelación se ha referido a la relación entre el perjuicio grave actual y la amenaza de dicho perjuicio es coherente con esta interpretación:

Una alegación de perjuicio grave actual se refiere a la existencia de perjuicio en el pasado y en el presente y que puede continuar en el futuro. En cambio, una alegación de amenaza de perjuicio grave se refiere a un perjuicio que *no existe todavía*, pero es inminente de tal manera que se materializará en fecha próxima. Por lo tanto, una alegación de amenaza de perjuicio grave no necesariamente abarca el mismo escenario que una alegación de perjuicio grave actual ni prevé una medida correctiva al respecto.²⁹¹

6.117. Asimismo, tomamos nota de las declaraciones del Órgano de Apelación al interpretar la "amenaza" en el contexto de otros Acuerdos de la OMC que también son coherentes con el concepto de que una amenaza se refiere a algo que todavía no ha ocurrido o que todavía no existe.²⁹²

6.118. Por último, analizamos el objeto y fin de incluir la amenaza de perjuicio grave como parte de un perjuicio grave en el sentido del artículo 5 c) del Acuerdo SMC. En la Parte III del Acuerdo SMC ("Subvenciones recurribles") se prevé que las subvenciones específicas dan lugar a las medidas correctivas previstas en el artículo 7 *solo* cuando se demuestra (*ex post*) que causan efectos desfavorables a los intereses de un Miembro reclamante. El perjuicio grave es una de estas formas de efectos desfavorables, referidas en el artículo 5 c) y en el artículo 6.3. La redacción en tiempo presente en referencia al perjuicio grave en el artículo 6.3 significa que la evaluación de perjuicio grave (y, por lo tanto, la compatibilidad con las normas de la OMC de una subvención prevista en la Parte III) es fundamentalmente *retrospectiva*.²⁹³

6.119. La inclusión de la amenaza de perjuicio grave en el ámbito del perjuicio grave, en el contexto de la disciplina basada en los efectos de la Parte III del Acuerdo SMC permite a los Miembros obtener medidas correctivas al amparo del artículo 7 con respecto a un perjuicio grave que no existe actualmente, pero que existirá en el futuro. Una amenaza de perjuicio grave es, por lo tanto, un medio para abordar las subvenciones que amenazan de manera inminente con causar un daño económico, sin necesidad de esperar a que el daño se manifieste realmente. Entendido en este contexto, una amenaza de perjuicio grave no es una forma de daño separada de la forma actual de los fenómenos de perjuicio grave particulares previstos en el artículo 6.3. Más bien, aborda el mismo daño que los fenómenos previstos en el artículo 6.3, pero desde un punto de vista prospectivo, ya que aún no ha ocurrido pero cabe esperar que ocurra de manera inminente.²⁹⁴ Esta diferencia temporal entre perjuicio grave actual y amenaza de perjuicio grave también significa que los argumentos y las pruebas para respaldar una alegación de amenaza de perjuicio grave serán diferentes de los que se necesitan para respaldar una alegación de perjuicio grave actual.²⁹⁵

²⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 21.5 - Brasil)*, párrafo 244 (sin resalte en el original). Al decir que una amenaza de perjuicio grave "no necesariamente abarca el mismo escenario que una alegación de perjuicio grave actual ni prevé una medida correctiva al respecto", entendemos que el Órgano de Apelación quiere decir que una amenaza de perjuicio grave no incluye necesariamente un perjuicio grave actual, porque una amenaza, por definición, se refiere a algo que todavía no existe.

²⁹² Véase el párrafo 6.113 *supra*.

²⁹³ La disciplina basada en los efectos que figura en la Parte III del Acuerdo SMC puede contrastarse con la disciplina relativa a la subvención prohibida que figura en la Parte II, donde la compatibilidad con las normas de la OMC de la subvención depende de si cumple el criterio jurídico que establece el artículo 3.1, más que de una demostración de sus efectos en el mercado.

²⁹⁴ Si los redactores hubieran pretendido que una amenaza de perjuicio grave fuera una forma de daño distinta de los fenómenos previstos en el artículo 6.3, cabe esperar razonablemente que lo habrían hecho añadiendo un apartado e) al artículo 6.3 que dijera: "que la subvención tenga por efecto la amenaza de los efectos establecidos en los apartados a) a d) del presente artículo". Por el contrario, la referencia a la amenaza de perjuicio grave en una nota al artículo 5 c), la disposición que establece la obligación de no causar efectos desfavorables mediante el uso de una subvención, indica que el perjuicio grave previsto en el artículo 5 c) puede establecerse cuando el daño en el mercado especificado en el artículo 6.3 aún no existe y no solo cuando ya ha ocurrido.

²⁹⁵ Véase el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, párrafo 6.214 (donde se declara que: "{a}unque el perjuicio grave real o actual es un fenómeno distinto de la amenaza de perjuicio grave, y las pruebas necesarias para demostrar cada uno de ellos son necesariamente diferentes, señalamos que, como cuestión de interpretación jurídica, las

6.120. Las consideraciones anteriormente expuestas nos llevan a esperar que, cuando un órgano resolutorio de la OMC que trabaje con las disciplinas de la Parte III del Acuerdo SMC identifica una amenaza de obstaculización, se refiera a una situación en la que la amenaza de obstaculización todavía no se ha manifestado como obstaculización en el período analizado por el órgano resolutorio. En otras palabras, esperaríamos que un grupo especial formulase una constatación de amenaza de obstaculización cuando no hubiese podido todavía observar la manifestación de la amenaza de obstaculización (es decir, la obstaculización). De hecho, si no fuera así, nos daría la impresión de que la línea entre las constataciones de amenaza de perjuicio grave y el perjuicio grave actual quedaría, como mínimo, significativamente desdibujada.²⁹⁶

6.121. Recordamos asimismo que la Unión Europea aduce, y estamos de acuerdo, que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la amenaza deben examinarse por derecho propio y respetarse en el presente procedimiento. Por consiguiente, analizamos más detalladamente las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento.

6.4.5.3.3.2 Constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento

6.122. A modo de recordatorio, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se situó temporalmente en los momentos de las pérdidas de ventas de 2011 y de 2008 cuando formuló sus constataciones de amenaza de obstaculización. Al articular este argumento, la Unión Europea concede especial importancia a las expresiones "se verán ... en esa medida" y "surge en el período posterior a la aplicación", que figuran respectivamente en los párrafos 9.437 y 9.438 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Antes de examinar estos párrafos, recordamos primeramente los antecedentes con respecto a los cuales el Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó las alegaciones formuladas por la Unión Europea al amparo del artículo 7.8 del Acuerdo SMC sobre la existencia de una obstaculización actual y una amenaza de obstaculización en los mercados geográficos pertinentes en el período posterior a la aplicación.

6.123. En primer lugar, al presentar su argumentación relativa al perjuicio grave, la Unión Europea propuso dos mercados de productos diferentes en los que competían LCA de pasillo único: a) un mercado de productos de "tecnología actual" (que abarca el A320ceo y el 737NG); y b) un mercado de productos de "nueva tecnología" (que abarca el A320neo y el 737 MAX). La Unión Europea formuló argumentos independientes para cada supuesto mercado de productos. Respaldó tales argumentos con datos sobre pedidos y entregas independientes relativos, respectivamente, a las LCA de tecnología actual y las LCA de nueva tecnología en cada uno de los mercados geográficos en cuestión. Además, al actualizar la información que respaldaba sus alegaciones de existencia de perjuicio grave (presentada en octubre de 2015 para dar respuesta a la pregunta 169 del Grupo Especial), la Unión Europea presentó datos relativos a las entregas y datos relativos a las entregas (futuras) previstas con respecto a cada caso existente a 22 de septiembre de 2015.²⁹⁷ El Grupo Especial sobre el cumplimiento rechazó la delimitación por la Unión Europea de los dos mercados de productos y constató que las LCA de pasillo único tanto de tecnología actual como de nueva tecnología competían en el mismo mercado de productos.²⁹⁸ En consecuencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó las alegaciones de desplazamiento, obstaculización y amenazas de

palabras 'perjuicio grave a los intereses de otro Miembro' utilizadas en el Acuerdo SMC abarcan explícitamente la amenaza de perjuicio grave").

²⁹⁶ La Unión Europea aduce que, "como cuestión de hecho y de derecho, es perfectamente posible que haya una situación en la que los hechos y las pruebas puedan respaldar constataciones de dos tipos diferentes de efectos desfavorables subsidiariamente". (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 242). Entendemos del contexto de este argumento que la Unión Europea quería decir que las pruebas sometidas al Grupo Especial sobre el cumplimiento respaldaban constataciones de amenaza de obstaculización, así como constataciones de obstaculización actual. Analizamos en mayor detalle las pruebas sometidas al Grupo Especial sobre el cumplimiento en la sección 6.4.5.3.3.2 *infra*.

²⁹⁷ *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, 8 de octubre de 2015 (Prueba documental EU-54(ICSS)); respuesta de la UE a la pregunta 169 del Grupo Especial, donde se hace referencia a Base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados el 22 de septiembre de 2015 (Prueba documental EU-1659 del procedimiento sobre el cumplimiento); y a Base de datos Ascend, entregas previstas, datos solicitados el 22 de septiembre de 2015 (Prueba documental EU-1660 del procedimiento sobre el cumplimiento).

²⁹⁸ Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.39-9.40.

desplazamiento y obstaculización formuladas por la Unión Europea basándose en los datos agregados sobre las cuotas de mercado respecto de cada mercado geográfico.²⁹⁹

6.124. Las alegaciones y las pruebas de la Unión Europea también se estructuraron siguiendo una distinción temporal entre el desplazamiento y la obstaculización actuales y la amenaza de desplazamiento y obstaculización:

- a. En relación con el mercado geográfico de los Estados Unidos: la Unión Europea alegó que las subvenciones de los Estados Unidos causaron una *amenaza de* obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos de nueva tecnología, en referencia a la *ventaja en cuanto a entregas futuras* de Boeing, sobre la base de los pedidos actuales.³⁰⁰ La Unión Europea también alegó que las subvenciones de los Estados Unidos causaron una obstaculización *actual* y una *amenaza de* obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos de tecnología actual.³⁰¹
- b. En relación con el mercado geográfico de los EAU: la Unión Europea alegó que las subvenciones de los Estados Unidos causaron una *amenaza de* obstaculización en el mercado geográfico de los EAU de nueva tecnología, en referencia a la *ventaja en cuanto a entregas futuras* de Boeing, sobre la base de los pedidos actuales.³⁰² La Unión Europea también alegó que las subvenciones de los Estados Unidos causaron *desplazamiento, obstaculización y amenazas de desplazamiento y obstaculización* en el mercado geográfico de los EAU de tecnología actual.³⁰³

6.125. El Grupo Especial sobre el cumplimiento analizó los fenómenos de desplazamiento y obstaculización, y las pruebas "que son pertinentes o necesarias para respaldar la existencia de cada fenómeno", basándose en declaraciones anteriores del Órgano de Apelación.³⁰⁴ A este respecto, el Grupo Especial sobre el cumplimiento hizo referencia a declaraciones anteriores que hizo el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en la presente diferencia y en la diferencia DS316, según las cuales era necesario que hubiera pruebas de tendencias discernibles de las cuotas de mercado para respaldar constataciones de desplazamiento y obstaculización.³⁰⁵ El Grupo Especial sobre el

²⁹⁹ Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.434-9.439 y cuadros 15, 16, 17 y 18.

³⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.410. Véanse también las pruebas presentadas como respaldo en la comunicación al Grupo Especial sobre el cumplimiento de octubre de 2015 en la que la Unión Europea actualizó las pruebas en que se basaba. (*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, 8 de octubre de 2015 (Prueba documental EU-54 (ICSS), respuesta de la Unión Europea a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafos 491-492)).

³⁰¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.412. Véanse también las pruebas presentadas como respaldo en la comunicación al Grupo Especial sobre el cumplimiento de octubre de 2015 en la que la Unión Europea actualizó las pruebas en que se basaba. (*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, 8 de octubre de 2015 (Prueba documental EU-54 (ICSS), respuesta de la Unión Europea a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafos 509-510)).

³⁰² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.410. Véanse también las pruebas presentadas como respaldo en la comunicación al Grupo Especial sobre el cumplimiento de octubre de 2015 en la que la Unión Europea actualizó las pruebas en que se basaba. (*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*; respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, 8 de octubre de 2015 (Prueba documental EU-54 (ICSS), respuesta de la Unión Europea a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafos 505-506)).

³⁰³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.412. Véanse también las pruebas presentadas como respaldo en la comunicación al Grupo Especial sobre el cumplimiento de octubre de 2015 en la que la Unión Europea actualizó las pruebas en que se basaba. (*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, respuestas de la UE a las preguntas del Grupo Especial, 8 de octubre de 2015 (Prueba documental EU-54 (ICSS), respuesta de la Unión Europea a la pregunta 169 del Grupo Especial, párrafos 527-528)).

³⁰⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.416-9.421.

³⁰⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.418-9.420 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1086: "Observamos que el párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC, que se aplica a ambos fenómenos, tal como se alude a ellos en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6, exige que, como en el caso del desplazamiento, una constatación de obstaculización debe basarse en pruebas de variaciones de la cuota de mercado relativa en favor del producto subvencionado a lo largo de un período suficientemente representativo, para demostrar 'tendencias claras' en

cumplimiento también reconoció que el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial había mostrado expresamente su desacuerdo con la implicación del razonamiento del Grupo Especial inicial de que los fenómenos de desplazamiento y obstaculización se derivaban necesariamente de una constatación de existencia de pérdida de ventas.³⁰⁶

6.126. El Grupo Especial sobre el cumplimiento recordó su conclusión anterior en el sentido de que hubo cinco campañas de ventas de LCA que afectaron al 737MAX/737NG y al A320neo/A320ceo entre 2007 y 2015 que fueron sensibles a los precios, en las que Boeing estaba sometida a una presión especial para reducir sus precios con objeto de obtener las ventas y no hubo factores distintos de los precios que explicaran por qué Boeing logró obtener las ventas.³⁰⁷ Sobre la base de esa conclusión, el Grupo Especial constató que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, *en esas campañas de ventas*, contribuyó de manera auténtica y sustancial a reducir los precios de Boeing, y que los efectos de esta subvención fueron tres pérdidas significativas de ventas de LCA de pasillo único y fuselaje estrecho de Airbus en el período posterior a la aplicación. El Grupo Especial sobre el cumplimiento señaló que su evaluación de las alegaciones de la Unión Europea de "obstaculización y/o desplazamiento (y/o amenazas de lo anterior) de las importaciones y/o exportaciones de LCA de pasillo único de Airbus en el período posterior a la aplicación" partiría necesariamente de su conclusión y sus constataciones anteriores de que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington tuvo por efecto tres pérdidas significativas de ventas en el período posterior a la aplicación y cinco pérdidas significativas de ventas entre 2007 y 2015.³⁰⁸ El Grupo Especial sobre el cumplimiento concluyó que no había fundamento alguno para que examinara las alegaciones de desplazamiento y obstaculización formuladas por la Unión Europea en relación con mercados de países distintos de los involucrados en las cinco pérdidas significativas de ventas que tuvo por efecto la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington.³⁰⁹

6.127. El Grupo Especial sobre el cumplimiento explicó que, en el caso de esos cuatro mercados geográficos, había establecida una relación causal, *con respecto a las cinco campañas de ventas de LCA*, entre la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington y los precios de las LCA de Boeing. Por consiguiente, la evaluación por el Grupo Especial sobre el cumplimiento de las alegaciones de desplazamiento y/u obstaculización (y/o amenazas de desplazamiento y obstaculización) formuladas por la Unión Europea entrañó una comparación de las cuotas de mercado de las LCA de pasillo único de Airbus y las LCA de pasillo único de Boeing sobre la base de "las entregas efectivas y previstas de Airbus y Boeing de LCA de pasillo único durante el período comprendido entre 2007 y 2025".³¹⁰ El Grupo Especial sobre el cumplimiento aceptó en general la

la evolución del mercado de que se trate"). El Órgano de Apelación había revocado las constataciones de desplazamiento y obstaculización formuladas por el Grupo Especial inicial (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 1089-1090) porque los datos eran insuficientes para demostrar las tendencias claras en los mercados de terceros países en cuestión, como exige el artículo 6.4.

³⁰⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.421. Por consiguiente, entendemos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento era consciente de que no se podía formular una constatación de obstaculización únicamente sobre la base de la existencia de una pérdida de ventas, sino que además era necesario demostrar la existencia de tendencias claras en las cuotas de mercado.

³⁰⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.426.

³⁰⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.427. El Grupo Especial sobre el cumplimiento observó que la Unión Europea no había presentado una teoría de la relación causal en apoyo de sus alegaciones de desplazamiento y obstaculización (y/o amenazas de desplazamiento y obstaculización) distinta de la teoría que había planteado en apoyo de sus alegaciones de pérdida significativa de ventas. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.428 y 9.431). El Grupo Especial sobre el cumplimiento rechazó el argumento de la Unión Europea de que, en el caso de los mercados de LCA de "gran volumen", cabía suponer que los dos duopolistas disfrutarían cada uno de una cuota de mercado aproximadamente del 50%, y que toda desviación importante de una cuota de mercado del 50% durante varios años seguidos, junto con otras pruebas de existencia de una relación causal, avalaba la constatación de que la desviación es un efecto de la subvención. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.429-9.430).

³⁰⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.432 y nota 3366 a dicho párrafo. Los mercados de países en cuestión fueron los de los Estados Unidos (Delta Airlines 2011), los Emiratos Árabes Unidos (Fly Dubai 2008 y 2014), el Canadá (Air Canada 2013) e Islandia (Icelandair 2013).

³¹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.432.

distinción temporal entre las formas de desplazamiento y obstaculización actuales y de amenaza de desplazamiento y obstaculización, así como las pruebas pertinentes para demostrar cada elemento, según se indica en la nota 3368:

Como explicó el Grupo Especial inicial, el desplazamiento, la obstaculización y la amenaza de desplazamiento y obstaculización de las *importaciones* o *exportaciones* de la parte reclamante supone necesariamente la existencia de bienes que cruzan fronteras. En el caso del mercado de LCA, en el que a menudo hay un desfase temporal importante entre el pedido y la entrega, esto significa que toda demostración de las tendencias de las cuotas de mercado a los efectos de una alegación de existencia de desplazamiento, obstaculización o amenaza de esos efectos debe basarse en datos referentes a las entregas y no a los pedidos. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 7.1683-7.1686). Con respecto al período durante el cual evaluamos la existencia de tendencias de las cuotas de mercado, el comprendido entre 2007 y 2025 es el período durante el cual la Unión Europea presenta sus datos sobre las cuotas de mercado. Observamos que este período abarca tanto antes como después del período de referencia de 2013-2015 que utilizamos en otras partes de nuestras constataciones. Utilizamos este período más largo para asegurar, de acuerdo con la orientación del Órgano de Apelación, que los efectos de la subvención se examinen durante un período suficientemente largo para discernir la existencia de tendencias claras. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1081 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1166; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 478)). Esto es especialmente importante para las alegaciones de la Unión Europea de amenaza de desplazamiento y obstaculización, que exigen necesariamente pruebas de entregas futuras previstas.³¹¹

6.128. En consecuencia, teniendo en cuenta esas observaciones, señalamos que la Unión Europea presentó sus alegaciones de obstaculización, por un lado, y amenaza de obstaculización, por otro, sobre la base de una distinción clara entre datos de entregas reales para el período "actual" hasta septiembre 2015, y datos de entregas previstas (sobre la base de los pedidos) para un período "futuro" posterior a septiembre de 2015. El Grupo Especial sobre el cumplimiento aceptó esta distinción temporal entre desplazamiento y obstaculización actuales y amenaza de desplazamiento y obstaculización en la nota al pie 3368, en el contexto de su examen de las tendencias de las cuotas de mercado pertinentes para el período 2007-2025.

Mercado geográfico de los Estados Unidos

6.129. Al examinar las alegaciones de obstaculización y amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos formuladas por la Unión Europea, el Grupo Especial sobre el cumplimiento analizó datos agregados sobre las cuotas de mercado correspondientes a la nueva tecnología y la tecnología actual en que figuraban las entregas reales hasta septiembre de 2015 y las entregas previstas a partir de septiembre de 2015.³¹² El Grupo Especial sobre el cumplimiento observó que Boeing había disfrutado de la mayoría de la cuota de mercado correspondiente a las entregas de LCA de pasillo único entre 2007 y 2016 y que, aun con las fluctuaciones menores previstas en 2017 y 2018, Boeing había sido, y en general seguiría siendo, el duopolista dominante de entregas de LCA de pasillo único en el mercado de los Estados Unidos hasta 2021, cuando se preveía que Airbus la superase.³¹³ En consecuencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que, si acaso, la tendencia que parecía surgir era que, "durante los próximos años hasta 2021", sería la cuota de mercado de Airbus la que aumentaría (en lugar de la de Boeing).³¹⁴

³¹¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3368. (las cursivas figuran en el original; el subrayado es nuestro)

³¹² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), cuadro 15.

³¹³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.435. Dicho de otro modo, no había una tendencia discernible que respaldase constataciones de desplazamiento u obstaculización o amenazas de desplazamiento u obstaculización en el marco del artículo 6.3 a).

³¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.435.

6.130. El Grupo Especial sobre el cumplimiento señaló posteriormente que la única venta de Boeing a un cliente de LCA que estaba "relacionada de manera causal" con la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington era el "pedido de 100 aeronaves 737NG realizado por Delta Airlines en 2011".³¹⁵ A continuación, el Grupo Especial sobre el cumplimiento señaló lo siguiente en los párrafos 9.437 y 9.438 de su informe:

Aunque nos parece lógico que, debido a que Airbus perdió la campaña de ventas dirigida a Delta Airlines en 2011 como consecuencia de los efectos de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, sus importaciones de LCA de pasillo único en el mercado de los Estados Unidos se verán obstruidas, dificultadas o contenidas en esa medida, somos conscientes de que el fenómeno de obstaculización no es sinónimo del de pérdida de ventas. En todo caso, no tendría mucha utilidad que el Grupo Especial formulara una constatación de existencia de obstaculización de las importaciones únicamente en relación con una pérdida de ventas que ya es objeto de una constatación de existencia de pérdida significativa de ventas.

Sin embargo, en este caso, como el pedido de Delta Airlines se hizo en 2011, la campaña de ventas destinada a Delta Airlines en 2011 no forma parte de la constatación del Grupo Especial de existencia de pérdida significativa de ventas en el período posterior a la aplicación. No obstante, la amenaza de importaciones obstaculizadas de las aeronaves A320ceo en el mercado de los Estados Unidos que se deriva de la pérdida de ventas de Delta Airlines en 2011 surge en el período posterior a la aplicación. En estas circunstancias, consideramos adecuado formular una constatación en relación con la amenaza de obstaculización derivada de esa pérdida de ventas. Constatamos por tanto que el efecto de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington es una amenaza de obstaculización de las importaciones de LCA de pasillo único de Airbus en el mercado de los Estados Unidos.³¹⁶

6.131. La utilización de la expresión "se verán ... en esa medida" en el párrafo 9.437 remite a la relación lógica entre la pérdida de ventas a Delta Airlines y las entregas desplazadas u obstaculizadas que se concretarán a raíz de esa pérdida de ventas, pese a que la pérdida de ventas no era ella misma prueba suficiente de desplazamiento u obstaculización.³¹⁷ No consideramos que, al hacer esta observación lógica, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se situara necesariamente en 2011 cuando formuló la constatación de amenaza de obstaculización.

6.132. Además, interpretamos la expresión "surge en el período posterior a la aplicación" que figura en el párrafo 9.438 del informe, en el contexto del párrafo 9.437 y la primera frase del párrafo 9.438, como una declaración de que, aunque la pérdida de ventas a Delta Airlines no era una constatación de pérdida significativa de ventas ocurrida en el período posterior a la aplicación, "habría importaciones obstaculizadas" correspondientes a las entregas asociadas a esa pérdida de ventas en el período posterior a la aplicación y que esto hizo que, dadas las circunstancias, fuera "adecuado" formular una constatación de amenaza de obstaculización en relación con dicha pérdida de ventas.³¹⁸

6.133. Por consiguiente, no vemos nada en las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento en los párrafos 9.437 y 9.438 de su informe que dé a entender que este se situó en el momento de la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 cuando formuló la constatación de amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos. Más bien, a partir de los párrafos 9.437 y 9.438 interpretamos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento justificaba que: a) pese a que el Órgano de Apelación había indicado que la obstaculización no se podía presuponer por el hecho de que existiera una pérdida de ventas, e incluso a falta de las tendencias claras exigidas en cuanto a las cuotas de mercado, existía una relación lógica entre la pérdida de ventas a Delta Airlines y la obstaculización de entregas futuras de Airbus en el mercado de los Estados Unidos en la medida de las entregas que se debían hacer en el marco de esa pérdida de ventas; y b) como la pérdida de ventas a Delta Airlines no podía constituir

³¹⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.436.

³¹⁶ Las cursivas figuran en el original. El subrayado es nuestro.

³¹⁷ Véase el párrafo 6.125 *supra* y nota 305 a dicho párrafo, *supra*.

³¹⁸ A pesar de la advertencia del Órgano de Apelación de que los fenómenos de desplazamiento y obstaculización no se derivaban necesariamente de una constatación de existencia de pérdida significativa de ventas a falta de tendencias claras en cuanto a las cuotas de mercado.

por sí misma la base de una constatación de que los Estados Unidos no habían eliminado los efectos desfavorables de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, "{e}n estas circunstancias", el Grupo Especial sobre el cumplimiento "consider{ó} adecuado" formular una constatación de amenaza de obstaculización.³¹⁹

6.134. Además, aunque las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en los párrafos 9.437 y 9.438 de su informe, aisladamente, se podrían interpretar potencialmente en el sentido de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento consideraba que la amenaza de obstaculización la componían todas las entregas futuras derivadas de la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 que estaba previsto que tuvieran lugar una vez comenzado el período de referencia (como aduce la Unión Europea), el contexto en el que se formularon esas constataciones, a nuestro juicio, excluye esa interpretación.³²⁰ Como se ha indicado *supra* en el párrafo 6.124, la Unión Europea ha presentado sus alegaciones de obstaculización, por un lado, y de amenaza de obstaculización, por otro, sobre la base de una distinción clara entre los datos de entregas reales para el período "actual" hasta septiembre de 2015, y los datos de entregas previstas (sobre la base de los pedidos) para un período "futuro" después de septiembre de 2015. Teniendo en cuenta que el Grupo Especial sobre el cumplimiento aceptó anteriormente la distinción temporal entre desplazamiento y obstaculización actual y amenaza de desplazamiento y obstaculización establecida en la posición de la Unión Europea³²¹, habría sido incongruente que el Grupo Especial sobre el cumplimiento hubiese formulado, sin mayor explicación, sus constataciones de amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos con respecto a cualquier cosa que no fueran los datos de la "entreg{a} futur{a} previst{a}" que se le habían sometido al Grupo Especial (es decir, las entregas que estaba previsto que tuvieran lugar después del período de referencia), y que había declarado que eran "necesarios" para respaldar una alegación de amenaza de obstaculización.³²²

Mercado geográfico de los EAU

6.135. En el cuadro 18 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento se exponen los datos sobre las cuotas de mercado en el mercado de pasillo único de los EAU en el período 2007-2025, representados por los datos de las entregas hasta septiembre de 2015 y los datos de los pedidos (es decir, las entregas futuras previstas) para el período posterior a septiembre de 2015. El Grupo Especial sobre el cumplimiento observó que las cuotas de mercado no seguían una tendencia en favor de Boeing (y desfavorable para Airbus) hasta 2017. Sin embargo, el Grupo Especial sobre el cumplimiento observó seguidamente una tendencia clara, a partir de 2017, en la que las entregas

³¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.438.

³²⁰ Véanse los párrafos 6.94-6.95 *supra* para los argumentos de la Unión Europea a este respecto.

³²¹ Véase el párrafo 6.127 *supra*, donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3368, donde el Grupo Especial explica que examinaría los datos para el período 2007-2025 en su conjunto a fin de identificar las tendencias de las cuotas de mercado necesarias para respaldar constataciones de desplazamiento u obstaculización y de amenaza de desplazamiento u obstaculización, y se señala específicamente que un examen de los datos más allá del período de referencia es particularmente importante para examinar las alegaciones de amenaza de desplazamiento y amenaza de obstaculización, "que exigen necesariamente pruebas de entregas futuras previstas".

³²² Véase el párrafo 6.128 *supra*. A este respecto, observamos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento reconoció expresamente que solo en lo que se refería a los efectos desfavorables que se había constatado que existían en el período posterior a la aplicación se podía constatar que los Estados Unidos habían incumplido la obligación que les corresponde en virtud del artículo 7.8 de adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.107). De este modo, es difícil comprender por qué, sin mayor explicación, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se habría situado significativamente antes de la expiración del plazo para la aplicación (en 2011) para formular su constatación de amenaza de obstaculización. Además, el Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó el tiempo pasado al describir cómo los acontecimientos que tuvieron lugar durante el período de referencia, específicamente, los pedidos de LCA que Boeing obtuvo a expensas de Airbus, respaldaban su constatación de pérdida de ventas actual. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.404). Como señalan los Estados Unidos, parecería incoherente e ilógico que el Grupo Especial sobre el cumplimiento -sin explicación- hubiera formulado constataciones de existencia de pérdida significativa de ventas durante el período de referencia en tiempo pasado pero hubiera analizado la existencia de una amenaza de obstaculización desde la perspectiva de un punto anterior en el tiempo. (Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 66, párrafos 103-104, y 68, párrafo 142, del Árbitro).

de pasillo único de Boeing aumentarían desde 2017 hasta 2022.³²³ El Grupo Especial sobre el cumplimiento vinculó específicamente este cambio en la tendencia de las cuotas de mercado a partir de 2017 a las entregas de 737 MAX que estaba previsto que empezaran en 2017, y que guardaban relación con la campaña de Fly Dubai 2014:

En 2017, cuando está previsto que empiecen las entregas del 737 MAX, Boeing adelantará a Airbus y tendrá una cuota de mercado de entre el 70 y el 100% durante los seis años siguientes. Constatamos también que los pedidos realizados por Fly Dubai en 2008 y 2014 de 50 737NG y 75 737 MAX, respectivamente, son una pérdida significativa de ventas para Airbus. Llegamos a la conclusión, basándonos en las pruebas relativas a las tendencias de las cuotas de mercado en el mercado de los Emiratos Árabes Unidos y en las pruebas de esa pérdida de ventas, de que el efecto de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington es una amenaza de obstaculización en el mercado de los Emiratos Árabes Unidos en el período posterior a la aplicación.³²⁴

6.136. El Grupo Especial sobre el cumplimiento vinculó la tendencia que indicaba un aumento en las entregas de pasillo único de Boeing de 2017 a 2022 a las entregas de 737 MAX que estaba previsto que empezaran en 2017. Sin embargo, de la última frase del fragmento de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento *supra* se deduce claramente que este se refería a la campaña de Fly Dubai 2008 como una pérdida significativa de ventas y basó su constatación de amenaza de obstaculización, en parte, en las pruebas de esa pérdida de ventas.

6.137. La Unión Europea señala que, para septiembre de 2015, Boeing había hecho todas sus entregas del 737NG relacionadas con la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008. Considera que, como Boeing había hecho todas las entregas en el marco de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 antes del final del plazo para la aplicación, y como se dijo explícitamente que la pérdida de ventas sirvió de base para la constatar la amenaza de obstaculización, el punto de vista temporal del Grupo Especial sobre el cumplimiento no podía haber sido el final del período de referencia, y el Árbitro tiene que valorar las entregas de Fly Dubai 2008 que tuvieron lugar en el período de referencia como parte de la constatación de amenaza de obstaculización.

6.138. De las pruebas sometidas al Árbitro en el presente procedimiento se deduce claramente que la última entrega realizada por Boeing en el marco de la campaña Fly Dubai 2008 fue el 14 de septiembre de 2015, es decir, dentro del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.³²⁵ Además, es razonable inferir que, habida cuenta de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento tenía ante sí pruebas de entregas que recibió a raíz de una solicitud de información de 22 de septiembre de 2015 (presentada como Prueba documental EU-1659 en el procedimiento sobre el cumplimiento), el Grupo Especial sobre el cumplimiento también tenía ante sí pruebas que le habrían permitido determinar que la última entrega realizada por Boeing en el marco de la campaña de Fly Dubai 2008 tuvo lugar el 14 de septiembre de 2015. Sin embargo, no es posible determinar a partir de las pruebas que se nos han sometido en el presente procedimiento si el Grupo Especial sobre el cumplimiento también tuvo ante sí pruebas del calendario de entregas que Airbus había propuesto en su oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2008, o si el calendario de entregas de Airbus había contemplado entregas en el período posterior al período de referencia.³²⁶ En consecuencia, no es posible identificar con exactitud cuándo creía el Grupo Especial sobre el

³²³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.443.

³²⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.443. (no se reproducen las notas de pie de página)

³²⁵ Véase 2RPQ - Actualización de la base de datos de Ascend (Prueba documental EU-75); y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 204, 226, 322, 326 y 330. Véanse también Acuerdo de compra de Fly Dubai 2008 (Prueba documental USA-77 (ICSS), páginas 35-37); y [[***]] de Boeing correspondientes a las campañas de ventas de Fly Dubai 2008 y Delta 2011 (Prueba documental USA-87 (ICSS)).

³²⁶ Aunque la Unión Europea presentó al Árbitro en el presente procedimiento sus comunicaciones al Grupo Especial sobre el cumplimiento en el procedimiento sobre el cumplimiento, los títulos de las pruebas documentales pertinentes se expurgaron al ser considerados ICSS. A excepción de las pruebas documentales analizadas específicamente en el apéndice ICSS al informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, no es posible determinar si las pruebas que se sometieron al Grupo Especial sobre el cumplimiento incluían las ofertas definitivas de Airbus en relación con la campaña de ventas de Fly Dubai 2008.

cumplimiento que habrían tenido lugar las entregas hipotéticas si Airbus hubiese obtenido la campaña de ventas de Fly Dubai 2008.

6.139. Además, observamos que la referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento a la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 en conexión con su constatación de amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los EAU se produjo en un contexto particular descrito en un apéndice ICSS al informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento.³²⁷ Sobre la base de nuestro examen del apéndice ICSS, y teniendo en cuenta ese contexto, no consideramos que la referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento a la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 en conexión con su constatación de amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU demuestre, necesariamente, que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se haya tenido que situar en el momento en que tuvo lugar la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 al formular la constatación. Por el contrario, los esfuerzos del Grupo Especial sobre el cumplimiento por identificar una tendencia pertinente en el (por entonces) año futuro 2017 respaldan la conclusión de que el Grupo Especial distinguió lo "actual" de lo "futuro" con arreglo a la fecha límite de septiembre de 2015 correspondiente a las pruebas. Dicho de otro modo, interpretamos que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento son compatibles con el hecho de que constatarla la amenaza de obstaculización sobre la base de datos de las entregas futuras previstas a partir de septiembre de 2015. En consecuencia, las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en el mercado de los EAU se refieren a la obstaculización en el período posterior al período de referencia y, por tanto, se componen de entregas posteriores al período de referencia.

Resumen - Constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento

6.140. A la luz de nuestro análisis de las constataciones de amenaza de obstaculización del Grupo Especial sobre el cumplimiento para los mercados geográficos de los Estados Unidos y los EAU, concluimos que esas constataciones reflejan una distinción temporal entre las entregas hasta septiembre de 2015 y las entregas previstas posteriores a septiembre de 2015, a pesar de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento basó sus constataciones de amenaza de obstaculización en las entregas obstaculizadas que se derivarían de campañas de venta específicas en 2011 para el mercado de los Estados Unidos y, en parte, en 2008 para el mercado de los EAU. Las constataciones de amenaza de obstaculización que hizo el Grupo Especial sobre el cumplimiento se formularon con referencia a las entregas posteriores a septiembre de 2015.³²⁸ En particular, esta conclusión se ajusta a la manera en que la Unión Europea estructuró los argumentos y pruebas que sometió al Grupo Especial sobre el cumplimiento, la aceptación por este de dicha estructura y al análisis que hizo de esas pruebas el Grupo Especial sobre el cumplimiento. Por consiguiente, no examinamos el argumento de la Unión Europea de que, en principio, es posible que los hechos y las pruebas sometidas a un grupo especial puedan respaldar constataciones de dos tipos diferentes de efectos desfavorables subsidiariamente. Como se ha explicado *supra*, interpretamos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento en esta diferencia basó su análisis en una distinción entre las pruebas que eran pertinentes para las alegaciones de desplazamiento y obstaculización *actuales*, por un lado, y las alegaciones de *amenaza* de desplazamiento y obstaculización, por otro.

6.141. Asimismo, no encontramos indicios importantes en las constataciones del Grupo Especial que parezcan incompatibles con la conclusión *supra*. Aunque llegamos a nuestras conclusiones sobre las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento basándonos en un análisis independiente de esas constataciones, observamos que nuestra interpretación de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento también se ajusta a la naturaleza general de la amenaza. Como se describe en la sección 6.4.5.3.3.1 *supra*, el objeto y fin del concepto de "amenaza" es permitir al responsable de tomar las decisiones identificar la probable manifestación futura de las

³²⁷ Véase *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, informe del Grupo Especial, apéndice 2 (ICSS) (Prueba documental EU-65 (ICSS), párrafos 160-166 y 266-271). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.516-5.517, donde el Órgano de Apelación rechazó la apelación formulada por los Estados Unidos contra la constatación de existencia de pérdida de ventas formulada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento para la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 basándose en que "el resultado de la impugnación relativa a esta campaña de ventas gira en torno a la misma cuestión planteada en relación con las campañas de ventas de Fly Dubai 2008 y Delta Airlines 2011".

³²⁸ El Grupo Especial sobre el cumplimiento no formuló constataciones de desplazamiento u obstaculización actuales ni dio una razón específica para no hacerlo.

formas de perjuicio grave a que se refiere el artículo 6 del Acuerdo SMC. En consonancia con este objeto y fin, el Grupo Especial sobre el cumplimiento identificó que era probable que hubiera una obstaculización futura (en relación con ese momento).³²⁹

6.4.5.3.4 Conclusiones

6.142. A la luz de nuestro examen del enfoque de valoración centrado en las entregas expuesto *supra*, debemos rechazar la solicitud de la Unión Europea de valorar entregas realizadas antes del final del período de referencia como parte de las constataciones de amenaza de obstaculización.³³⁰

6.143. Observamos que la Unión Europea se ha opuesto rotundamente a que se valoren las constataciones de amenaza de obstaculización sobre la base de cualquier enfoque según el cual se haga caso omiso del valor de las entregas en situación de amenaza durante el período de referencia.³³¹ Hemos alcanzado nuestra conclusión tras un examen objetivo, serio y exhaustivo de los argumentos de la Unión Europea y el análisis por el Grupo Especial sobre el cumplimiento de la amenaza de obstaculización. Asimismo, hemos observado que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento se ajustan a la naturaleza de los conceptos relativos al perjuicio grave pertinentes del Acuerdo SMC, tomando en consideración las decisiones instructivas de los órganos resolutorios de la OMC y conforme a las normas usuales de interpretación de los tratados. Somos conscientes de que la Unión Europea ha insistido en obtener autorización para imponer contramedidas en forma de suspensión anual con respecto a una "amenaza de obstaculización" que valora todas las entregas futuras derivadas de las pérdidas de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008, independientemente de que esas entregas se manifestaran durante el período de referencia o después.³³² Sin embargo, como hemos indicado *supra*, consideramos que las metodologías de valoración propuestas por la Unión Europea no valoran las constataciones de amenaza de obstaculización, y en consecuencia darían lugar a contramedidas que no son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el procedimiento sobre el cumplimiento, un resultado que sería incompatible con nuestro mandato.³³³

³²⁹ Por consiguiente, no podemos estar de acuerdo con la Unión Europea en que nuestra valoración de las constataciones de amenaza de obstaculización "deduce" el valor de las entregas durante el período de referencia, y por tanto invalida o modifica la base sobre la que el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató la amenaza de obstaculización. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 216-219, 227 y 231). Ese tipo de argumento se basa en que las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento tenían carácter prospectivo en relación con el momento de las pérdidas de ventas respectivas.

³³⁰ Debido a esta conclusión, no es necesario que sigamos examinando en este punto la propuesta de la Unión Europea de que, con arreglo a su enfoque basado en la "amenaza de obstaculización", el Árbitro debe anualizar la amenaza relativa a las entregas que surgió y se mantuvo en el período de referencia a lo largo del período de referencia. La explicación del Árbitro de cómo anualiza los valores de las constataciones de amenaza de obstaculización, en consonancia con la función y la idoneidad de la anualización (que examinamos en la sección 6.4.5.1 *supra*) figura en la sección 6.4.8.2 *infra*. Asimismo, observamos que, debido a las conclusiones a las que hemos llegado en esta sección, también constataríamos que no aceptamos la metodología de la Unión Europea descrita en el párrafo 6.85 *supra*, que propuso inicialmente en su documento sobre metodología, ya que esa metodología también se basa en la valoración de las entregas realizadas durante el período de referencia.

³³¹ Respuesta de la Unión Europea a las preguntas 67, párrafo 332, y 70, párrafo 335, del Árbitro; observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69, párrafos 216 y 259-261; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 70 del Árbitro, párrafo 330 (en relación con las entregas correspondientes a Delta Airlines 2011 realizadas en el período de referencia). Compárese con las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 68 del Árbitro, párrafo 131.

³³² La Unión Europea también insiste en que se calcule el nivel de suspensión anual sobre la base de la anualización del valor total de la amenaza de obstaculización a lo largo del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Examinamos la cuestión de la anualización de las valoraciones de la amenaza de obstaculización en la sección 6.4.8.2 *infra*.

³³³ El hecho de que la interpretación que hace el Árbitro de las constataciones de amenaza de obstaculización del procedimiento sobre el cumplimiento no se ajuste a la interpretación que solicita la Unión Europea no significa, a nuestro entender, que con ello el Árbitro no tenga en cuenta o modifique esas constataciones, ni que actúe de manera incompatible con su mandato. Compárese con la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 67 del Árbitro, párrafo 332; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 70 del Árbitro, párrafo 335; las observaciones combinadas de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 a) y 69 del Árbitro, párrafos 216, 259-261; y las observaciones de la Unión Europea

6.144. Por consiguiente, subrayamos que valoraremos la amenaza de obstaculización tal y como el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinó que existía, es decir, con respecto a las entregas hipotéticas derivadas de las pérdidas de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008 que habrían tenido lugar después del período de referencia.³³⁴ Como se ha indicado *supra*, la constatación de amenaza de obstaculización nos dirige al período posterior al período de referencia en el que tendría lugar la obstaculización prevista. En consecuencia, valoraremos esa obstaculización prevista en ese momento, actualizando nuestra interpretación de cómo esa obstaculización prevista en ese momento tuvo lugar con información actualizada con arreglo al análisis que hemos expuesto en la sección 6.4.4 *supra*.

6.145. En consecuencia, de conformidad con el mandato que nos corresponde en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC de velar por que el nivel de contramedidas sea proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, utilizamos las siguientes metodologías generales para valorar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en el procedimiento sobre el cumplimiento:

- a. Con respecto a los efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas, adoptamos un enfoque "centrado en los pedidos" con arreglo al cual valoramos los precios de la fecha de entrega netos de todas las LCA de Airbus que se habrían entregado en la situación hipotética respecto de cada una de las tres pérdidas de ventas en el momento del pedido de LCA pertinente.
- b. Con respecto a los efectos desfavorables en forma de amenaza de obstaculización, adoptamos un enfoque "centrado en las entregas" con arreglo al cual valoramos los precios de la fecha de entrega netos de todas las LCA de Airbus que se habrían entregado después del período de referencia en la situación hipotética respecto de las pérdidas de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008.³³⁵

6.146. Siguen quedando varias cuestiones de carácter más técnico relativas al número de aeronaves que hay que valorar dentro de las pérdidas de ventas y la amenaza de obstaculización, respectivamente, el momento en que habrían tenido lugar las entregas hipotéticas, los precios en la fecha de entrega netos pertinentes, y si hay que hacer el ejercicio de actualización y cómo hay que hacerlo. Estas cuestiones se examinan en las secciones 6.4.6, 6.4.7 y 6.4.8 *infra*.

6.4.6 Cuestiones técnicas que tienen en común las valoraciones de ambas formas de efectos desfavorables

6.147. En esta parte de la decisión, abordamos más aspectos técnicos de la metodología de la Unión Europea que tienen en común las valoraciones de los efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas y amenaza de obstaculización. Se refieren a: a) la cuestión de si, de conformidad con las constataciones sobre la relación causal del procedimiento sobre el cumplimiento, debería haber un reajuste probabilístico de las pérdidas de ingresos de Airbus derivadas de cada una de las cinco campañas de ventas a fin de tener en cuenta la supuesta incertidumbre respecto de que Airbus fuese a obtener cada campaña en la situación hipotética, b) la cuestión de si valorar las opciones, c) la determinación del número de pedidos hipotéticos y calendarios de entregas hipotéticas de Airbus, d) cómo tener en cuenta la probabilidad de cancelación de pedidos hipotéticos, e) la cuestión de si excluir el valor del [[***]] de los precios de entrega, y f) las cuestiones restantes relativas a los precios de entrega. A continuación examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 70 del Árbitro, párrafo 330 (en relación con las entregas de Delta Airlines 2011 que tuvieron lugar en el período de referencia).

³³⁴ En consecuencia, discrepamos de la Unión Europea en cuanto a que un enfoque "centrado en las entregas" venga a indicar que el Árbitro está valorando indebidamente una constatación de obstaculización "real", en lugar de una "amenaza" de obstaculización. Como se ha analizado en detalle *supra*, la "amenaza" de perjuicio grave no es una forma de daño económico diferente de la forma actual de los fenómenos particulares de perjuicio grave del artículo 6.3; antes bien, la amenaza se refiere a la manifestación futura probable del tipo de perjuicio grave que constituye una amenaza. De conformidad con esa interpretación, valoramos la amenaza de obstaculización (es decir, la obstaculización posterior al período de referencia) identificada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento como una amenaza que era probable que se verificara.

³³⁵ Examinamos los períodos de actualización adecuados para las valoraciones de cada una de las constataciones de amenaza de obstaculización en la sección 6.4.8.2 *infra*.

6.4.6.1 La probabilidad de que Airbus hubiese obtenido cada una de las cinco campañas de ventas en la situación hipotética

6.148. Los Estados Unidos se oponen a la metodología de la Unión Europea para valorar los efectos desfavorables porque se basa en la premisa de que, en la situación hipotética, Airbus habría obtenido cada una de las cinco campañas de ventas de aeronaves de pasillo único. Según los Estados Unidos, esta premisa no se estableció en el procedimiento sobre el cumplimiento y no es exacta. Además, los Estados Unidos aducen que, al incorporar este supuesto a la valoración, la metodología de la Unión Europea exagera las contramedidas propuestas por encima de lo que sería proporcionado al grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.³³⁶

6.149. Los Estados Unidos se refieren a la constatación del Órgano de Apelación relativa al criterio de relación causal "auténtica y sustancial" en el marco del artículo 6.3, a saber, que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington tenía solamente que *contribuir* a que Boeing obtuviese una campaña de ventas (y no ser una causa "de no ser por") para constituir una causa auténtica y sustancial de la pérdida de ventas. Según los Estados Unidos, esta constatación del Órgano de Apelación muestra que las constataciones de pérdida significativa de ventas no se basaron en constataciones explícitas de que la ventaja en materia de precios brindada a Boeing gracias a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington era mayor que la diferencia de precios entre los precios netos de las ofertas definitivas de Airbus y Boeing en cualquiera de las cinco campañas de ventas.³³⁷ Por lo tanto, para los Estados Unidos, el análisis de la relación causal en el procedimiento sobre el cumplimiento dejó abierta la cuestión de qué fabricante de LCA habría obtenido las campañas de ventas pertinentes de no haber existido la subvención.³³⁸ En consecuencia, los Estados Unidos aducen que no hay fundamento alguno respecto de la valoración de los efectos desfavorables en el presente procedimiento para dar por supuesto que, en la situación hipotética, Airbus habría obtenido esas campañas.

6.150. Los Estados Unidos proponen que la valoración por el Árbitro de las pérdidas de ingresos de Airbus derivadas de cada campaña de ventas debería incluir un reajuste probabilístico para tener en cuenta la incertidumbre respecto de que Airbus fuese a obtener esa campaña de ventas en la situación hipotética. Sobre la base de su modelo empírico, los Estados Unidos proponen que el Árbitro multiplique por [[***]] el valor actual neto (VAN) de las pérdidas de ingresos de cada campaña de ventas para tener en cuenta la probabilidad calculada supuestamente de forma conservadora de que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, Airbus no hubiera obtenido la campaña de ventas.³³⁹

6.151. La Unión Europea está en desacuerdo con la propuesta de los Estados Unidos por varios motivos. En primer lugar, la Unión Europea aduce que cualquier reajuste de ese tipo invalidaría y modificaría las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento de que el "efecto de la subvención" a los efectos del artículo 6.3 es la pérdida significativa de ventas.³⁴⁰ La Unión Europea recuerda que el Órgano de Apelación ha declarado que el concepto de "pérdida de ventas" que figura en el artículo 6.3 c) se refiere a las ventas que los proveedores de un reclamante "no han obtenido" y que, en su lugar, han sido obtenidas por los proveedores del demandado.³⁴¹ Al constatar que el efecto de la subvención fue la pérdida significativa de ventas, el Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación constataron, por tanto, que las campañas de ventas pertinentes eran aquellas que Airbus no obtuvo como consecuencia de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington. Para la Unión Europea, estas constataciones del

³³⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 83-90.

³³⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 85.

³³⁸ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 48 del Árbitro, párrafo 28.

³³⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 84 y 97. Los Estados Unidos subrayan que esta probabilidad no es una estimación del porcentaje del "daño" sufrido por Airbus debido a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington (es decir, no es una medida de la contribución de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington a la pérdida significativa de ventas). Se trata más bien de un intento de valorar los efectos desfavorables que refleja "los diversos resultados hipotéticos intrínsecos a las constataciones en el procedimiento sobre el cumplimiento". (Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 13, párrafos 58-59; y 14, párrafo 62, del Árbitro).

³⁴⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 40, 42 y 44.

³⁴¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 36 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.331).

procedimiento sobre el cumplimiento cierran la puerta a que los Estados Unidos vuelvan a aducir en este procedimiento de arbitraje que, en la situación hipotética, Boeing seguía teniendo, aun así, una probabilidad del [[***]] de obtener cada una de las cinco campañas de ventas. La Unión Europea aduce que, para llegar a una conclusión distinta, habría que reconsiderar las constataciones sobre la relación causal del Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación, lo cual no forma parte del mandato del Árbitro.³⁴²

6.152. En segundo lugar, la Unión Europea aduce que el argumento de los Estados Unidos también es contrario a las constataciones fácticas que sustentan las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento y del Órgano de Apelación. Concretamente, la Unión Europea señala el hecho de que, en su análisis de la relación causal, el Grupo Especial sobre el cumplimiento aisló un subconjunto concreto de campañas de ventas de LCA que eran "sensibles a los precios". Se trataba de campañas en las que el resultado dependía principalmente de la diferencia entre los precios ofrecidos por las aeronaves de Airbus y Boeing. No había factores distintos de los precios que tuvieran tal efecto en el resultado. La Unión Europea considera que, desde esta perspectiva, el Grupo Especial sobre el cumplimiento había eliminado la posibilidad de que Boeing pudiese haber prevalecido en esas campañas de ventas de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington.³⁴³

6.153. Por último, la Unión Europea se opone a la idoneidad del modelo de simulación presentado por los Estados Unidos con el fin de ajustarse a la probabilidad de que Boeing hubiese obtenido las campañas de ventas de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington haciendo referencia a diversas deficiencias conceptuales y técnicas que, a su juicio, hacen que el modelo no sea fiable.³⁴⁴

6.154. El Árbitro debe determinar si, de conformidad con el análisis de la relación causal en el procedimiento sobre el cumplimiento, debería incluir un reajuste probabilístico en el valor previsto de las pérdidas de ingresos derivadas de cada una de las campañas de ventas para tener en cuenta la supuesta incertidumbre respecto de que Airbus fuese a obtener esas campañas de ventas en la situación hipotética.

6.155. Los Estados Unidos aducen que la metodología de la Unión Europea en el presente procedimiento parte del supuesto de que, de no existir la subvención, Airbus habría obtenido cada una de las campañas de ventas pertinentes, y refleja por ende un enfoque de relación causal "de no ser por". Esto da a entender que el enfoque "de no ser por" es más exigente que el criterio de relación "auténtica y sustancial" aceptado en el procedimiento sobre el cumplimiento. Según los Estados Unidos, la situación hipotética empleada en el presente procedimiento para evaluar el grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado debe reflejar las constataciones sobre la relación causal formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento. En consecuencia, los Estados Unidos afirman que la situación hipotética no puede basarse en constataciones de que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington fue una causa "de no ser por" la cual Airbus no habría perdido las campañas de ventas, cuando las constataciones reales sobre la relación causal establecen únicamente que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington fue una "causa coadyuvante".³⁴⁵

6.156. Recordamos para empezar que, al llegar a su constatación de que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington fue una causa auténtica y sustancial de pérdida significativa

³⁴² Declaración inicial de la Unión Europea, párrafo 28; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 48 del Árbitro, párrafo 65. La Unión Europea añade que las repercusiones sistémicas del argumento de los Estados Unidos son que, salvo que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constaten que una subvención es la *única* causa de un fenómeno de perjuicio grave, un árbitro que actúe en virtud del artículo 7.10 del Acuerdo SMC reconsideraría implícitamente las constataciones sobre la relación causal adoptadas al evaluar el grado de contribución de una subvención a un fenómeno de mercado. (Declaración inicial de la Unión Europea, párrafo 30).

³⁴³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 44-86; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 48 del Árbitro, párrafos 67-73.

³⁴⁴ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 87-123.

³⁴⁵ Los Estados Unidos aducen que el artículo 7.10 del Acuerdo SMC exige que las contramedidas "reflejen las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento, que incluyen la constatación de que la subvención *coadyuvó* a que Airbus perdiera la venta, aunque no se estableció que fuera una causa necesaria de que Airbus perdiera la venta". (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 13 del Árbitro, párrafo 56 (sin resalte en el original)) Véase también la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 85-90).

de ventas con respecto a las cinco campañas de ventas de LCA de pasillo único, el Grupo Especial sobre el cumplimiento formuló en primer lugar constataciones fácticas de que esas campañas eran "sensibles a los precios". Esto significaba que Boeing estaba sometida a una presión especial para reducir sus precios con objeto de obtener las ventas, y que no hubo factores distintos de los precios que explicaran por qué Boeing logró obtener las ventas.³⁴⁶ Los Estados Unidos habían aducido en el procedimiento para el cumplimiento que, para acreditar una constatación de pérdida significativa de ventas, debe demostrarse que la magnitud por aeronave de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington es suficiente para cubrir la diferencia entre los precios netos finales de Boeing y Airbus en cada una de esas campañas de ventas.³⁴⁷ El Grupo Especial sobre el cumplimiento no disponía de ninguna prueba directa de los precios netos finales de Boeing y Airbus en las campañas de ventas.³⁴⁸ El Grupo Especial sobre el cumplimiento evaluó las pruebas de las diferencias aproximadas entre los precios netos de las ofertas competidoras de Airbus y Boeing en los casos en que se disponía de datos sobre esas diferencias aproximadas. El Grupo Especial sobre el cumplimiento también comparó su estimación de la cuantía de subvención por aeronave que representaba la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington con las pruebas obrantes en el expediente respecto de una diferencia entre los VAN que "puede ser determinante de los resultados" de las ventas de aeronaves de pasillo único.³⁴⁹ El Grupo Especial sobre el cumplimiento concluyó que las magnitudes de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington "pudieron permitir al menos una parte de la ventaja de Boeing en materia de precios, contribuyendo de manera sustancial a que ganara" las cinco campañas de ventas y, por consiguiente, que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington "contribuyó de manera auténtica y sustancial a determinar el resultado de esas campañas de ventas sensibles a los precios."³⁵⁰

6.157. En una parte anterior de su informe, el Grupo Especial sobre el cumplimiento había explicado con cierto detalle el criterio de relación causal "auténtica y sustancial" que el Órgano de Apelación había articulado previamente como el criterio adecuado para establecer que la subvención es la causa de los fenómenos de mercado identificados en el artículo 6.3.³⁵¹ En particular, el Grupo Especial sobre el cumplimiento explicó que el Órgano de Apelación había declarado en el procedimiento inicial que no es preciso que una subvención sea la única causa, ni la única causa sustancial, de esos fenómenos de mercado para que se constate que es una causa auténtica y sustancial.³⁵² El Grupo Especial sobre el cumplimiento aplicó este criterio al llegar a su conclusión, *supra*, sobre la relación causal entre la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington y la pérdida significativa de ventas.

6.158. Ante el Órgano de Apelación, los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no podía formular constataciones de pérdida significativa de ventas en el marco del artículo 6.3 del Acuerdo SMC, a menos que pudiera demostrarse que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, los precios de Boeing habrían sido suficientemente más elevados para que Airbus hubiera obtenido las campañas de ventas.³⁵³ Según

³⁴⁶ Entre los ejemplos de esos factores distintos de los precios se incluyen el hecho de que Boeing se hallase ya establecida y la consiguiente ventaja relacionada con el costo por cambio de proveedor, o la idoneidad de la aeronave respecto de las necesidades del cliente concreto (en cuanto a alcance, capacidad y disponibilidad de entrega). (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.383-9.385).

³⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.503.

³⁴⁸ Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.403 y nota 3322 a dicho párrafo.

³⁴⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.402.

³⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.403 y 9.404 y nota 3329 a dicho párrafo. (sin resalte en el original)

³⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.58-9.61 y nota 272 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 438; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículo 21.5 - Brasil), párrafo 374; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1232; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 913 (articulando este criterio de relación causal en el marco de los artículos 5 c) y 6.3 del Acuerdo SMC)).

³⁵² Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.61 y nota 2747 a dicho párrafo (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 914).

³⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.503.

los Estados Unidos, la correcta *aplicación* del criterio de relación causal "auténtica y sustancial" exigía que el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinara que la cuantía de la subvención por aeronave que representaba la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington era suficiente para abarcar la totalidad de la diferencia de precios entre las ofertas definitivas respectivas de Airbus y de Boeing para cada una de las campañas de ventas.³⁵⁴

6.159. El Órgano de Apelación equiparó el argumento de los Estados Unidos a un criterio "de no ser por", y observó que había expresado anteriormente sus reservas con respecto a la aplicación del criterio de no ser por para determinar la existencia de una relación causal a los efectos del artículo 6.3 según el criterio de relación "auténtica y sustancial".³⁵⁵ El Órgano de Apelación explicó que esto se debía a que el criterio de no ser por "exigiría demasiado poco" en el caso de que la subvención sea "necesaria, pero no suficiente, para causar" un fenómeno de mercado y, en cambio, podría ser "demasiado riguroso" si exigiera que la subvención fuera la única causa.³⁵⁶ A continuación, el Órgano de Apelación afirmó lo siguiente:

A la luz de estas consideraciones, cuando un grupo especial decide hacer una comparación entre el grado de reducción del precio que se posibilita con el uso de la subvención en una determinada venta, por una parte, y el grado de diferencia de precio que podría cambiar el resultado de esa venta a los efectos de evaluar la existencia de una relación causal, por otra parte, no creemos que el grupo especial esté obligado a establecer que el primer elemento de la comparación es superior al segundo a fin de concluir que la subvención contribuyó de forma auténtica y sustancial a que la empresa subvencionada obtuviera la venta. Por ejemplo, en una situación en que el precio sea efectivamente el único factor que el cliente toma en consideración en su decisión de adquirir el producto de la empresa subvencionada en lugar del producto de la empresa competidora -como ocurre con las campañas de ventas especialmente sensibles a los precios identificadas por el Grupo Especial- puede no ser necesario que la subvención represente toda la ventaja de que dispone la empresa subvencionada para fijar sus precios. En efecto, exigir que la subvención explique la totalidad de la ventaja de precio en ese caso puede equipararse al requisito de que la subvención constituya la *única* causa de que la empresa subvencionada obtenga la venta.³⁵⁷

6.160. Además, el Órgano de Apelación señaló que a) una estricta comparación de los precios netos de los modelos de aeronaves competidores no era un indicador exclusivo en cuanto a la cuestión de si la subvención contribuyó de forma auténtica y sustancial al resultado de determinadas campañas de ventas de LCA³⁵⁸, y b) el Grupo Especial sobre el cumplimiento también había basado sus constataciones de pérdida de ventas en pruebas relativas a la diferencia entre los VAN, y no solo en una comparación entre las cuantías de la subvención por aeronave y las diferencias de precio neto en las campañas de ventas pertinentes.³⁵⁹ En última instancia, el Órgano de Apelación desestimó todos los puntos de la apelación de los Estados Unidos relativos a los efectos de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington en el mercado de pasillo único.³⁶⁰ En consecuencia, el

³⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.503.

³⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.507.

³⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.507 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículo 21.5 - Brasil), párrafo 374).

³⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.508. (con resalte en el original)

³⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.509.

³⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.510. El Órgano de Apelación desestimó también las apelaciones de los Estados Unidos en las que se alegaba un error en el marco de los artículos 5 c) y 6.3 del Acuerdo SMC en relación con las constataciones específicas sobre la pérdida significativa de ventas formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento para cada una de las cinco campañas de ventas, y el hecho de que no se hizo una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD con respecto a las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Icelandair 2013 y Air Canada 2013. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.515, 5.517, 5.520, 5.524 y 5.526).

³⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 5.515 y 5.525-5.526. Dicho de otro modo, los Estados Unidos no convencieron al Órgano de Apelación de que, para determinar la existencia de relación causal según el criterio de relación

Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no incurrió en error al constatar que el efecto de la subvención fue una pérdida significativa de ventas en el sentido del artículo 6.3 c), sin estar necesariamente convencido de que la cuantía de la subvención por aeronave era en sí suficientemente elevada para "cubrir el margen de victoria" entre los precios netos finales de Airbus y Boeing en cada campaña de ventas.³⁶¹

6.161. Como se explica anteriormente, nuestro mandato en el marco del artículo 7.10 del Acuerdo SMC es determinar si las contramedidas propuestas por la Unión Europea son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".³⁶² Los efectos desfavorables en cuestión son la pérdida significativa de ventas, en el sentido del artículo 6.3 c), y la amenaza de obstaculización de las importaciones y las exportaciones, en el sentido de los artículos 6.3 a) y b) (sobre la base de la pérdida de ventas subyacente).

6.162. El Órgano de Apelación ha explicado anteriormente 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.³⁶³ Asimismo, el Órgano de Apelación ha explicado que la evaluación de una pérdida de ventas normalmente entraña una evaluación hipotética con el objeto de establecer que, *"en lugar de ser obtenidas por la empresa o las empresas subvencionadas del Miembro demandado, las ventas habrían sido realizadas por la empresa o las empresas competidoras del Miembro reclamante"*.³⁶⁴ Las constataciones de pérdida significativa de ventas formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento en la presente diferencia se basaron en una evaluación hipotética según la cual la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington contribuyó de manera auténtica y sustancial a determinar el resultado de las campañas de ventas pertinentes.³⁶⁵

6.163. Como se ha observado anteriormente, los Estados Unidos aducen que las constataciones sobre la relación causal formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento no proporcionan un fundamento para el supuesto de que Airbus habría obtenido las campañas de ventas pertinentes en la situación hipotética. Sin embargo, parece que este argumento se basa en la premisa de que el criterio de relación causal pertinente, aplicado por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en el marco de su evaluación hipotética, debería haber sido compatible con la indagación "de no ser por" propuesta por los Estados Unidos. Sin embargo, lo expuesto *supra* muestra que el Órgano de Apelación rechazó esta premisa. Antes bien, el Órgano de Apelación constató que, para formular constataciones de pérdida significativa de ventas, el Grupo Especial sobre el cumplimiento solo tiene que haber constatado que la subvención en cuestión era una causa "auténtica y sustancial" de las pérdidas de ventas. Al aducir ahora que la valoración del Árbitro debería reflejar el enfoque de no ser por de los Estados Unidos, los Estados Unidos tratan efectivamente de replantear una cuestión que el Órgano de Apelación resolvió en el procedimiento sobre el cumplimiento (es decir, si la correcta aplicación del criterio de relación causal "auténtica y sustancial" exigía demostrar que, "de no ser por" la subvención, Airbus habría obtenido la venta). No consideramos que podamos volver a examinar esta cuestión sin que ello suponga reabrir y alterar las constataciones sobre la relación causal del procedimiento sobre el cumplimiento.

6.164. En resumen, y como se ha explicado *supra*, la evaluación hipotética reflejada en las constataciones adoptadas del procedimiento sobre el cumplimiento es que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, Airbus habría obtenido las cinco campañas de ventas en cuestión. Una vez que existe una constatación jurídica de que una

causal "auténtica y sustancial", el Grupo Especial sobre el cumplimiento tenía que estar convencido de que la cuantía de la subvención por aeronave era mayor que la diferencia de precios entre los precios netos finales de Boeing y Airbus en cada una de las campañas de ventas.

³⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.503.

³⁶² Véase la sección 3 *supra*.

³⁶³ Informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1220; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.331.

³⁶⁴ Informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1216; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.331. (sin resalte en el original)

³⁶⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.404; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.526.

subvención causa una pérdida significativa de ventas en el sentido del artículo 6.3 c), de ello se desprende que las ventas en cuestión son ventas que el Miembro reclamante habría obtenido de no haber existido la subvención.³⁶⁶ El Órgano de Apelación confirmó las constataciones sobre la relación causal formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento, *según el criterio de relación causal auténtica y sustancial*. La metodología de la Unión Europea en el presente procedimiento es compatible con la evaluación hipotética del procedimiento sobre el cumplimiento y con las constataciones de pérdida significativa de ventas.

6.165. Por consiguiente, rechazamos la propuesta de los Estados Unidos de incluir en nuestra valoración de los efectos desfavorables un reajuste probabilístico en el valor previsto de cada una de las campañas de ventas para tener en cuenta la supuesta incertidumbre respecto de que Airbus fuese a obtener esas campañas de ventas en la situación hipotética. Hacerlo, como se ha explicado *supra*, sería incompatible con el grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.

6.4.6.2 Valoración de las opciones

6.166. La Unión Europea aduce que, al determinar un nivel máximo de suspensión anual, el Árbitro debería incluir el valor de determinadas opciones de LCA que figuran en a) las ofertas definitivas de Airbus o b) los acuerdos de compra de Boeing en relación con las cinco campañas de ventas perdidas en que se basan las constataciones de amenaza de obstaculización y de pérdida de ventas formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento. Más concretamente, según la Unión Europea, si el Árbitro se basa en las ofertas definitivas de Airbus presentadas en las campañas de ventas pertinentes para determinar el número de aeronaves que Airbus habría vendido en la situación hipotética, entonces el Árbitro también debería valorar las opciones contenidas en esas ofertas definitivas como si representaran pedidos en firme hipotéticos adicionales. La Unión Europea aduce que esto es así porque: a) es necesario hacerlo "a la luz de la necesidad expresa de la aerolínea del número específico de aeronaves de Boeing efectivamente encargado"³⁶⁷; y b) las opciones son parte integrante de los acuerdos de compra de LCA y reflejan lo que Airbus consideraba que eran los requisitos, las preferencias y las opiniones del cliente, así como las propias limitaciones de Airbus. Subsidiariamente, según la Unión Europea, si el Árbitro se basa en los acuerdos de compra de Boeing en las campañas de ventas pertinentes para determinar el número de aeronaves que Airbus habría vendido en la situación hipotética, entonces el Árbitro también debería valorar las 30 opciones que se ejercieron como resultado de la venta a Delta Airlines de 2011.³⁶⁸

6.167. Los Estados Unidos aducen que la solicitud de la Unión Europea de valorar las opciones debería ser rechazada principalmente porque es contraria a las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial sobre el cumplimiento distinguió los pedidos en firme de las opciones cuando rechazó la alegación de la Unión Europea de que la existencia de opciones negociadas en relación con determinados acuerdos de compra de Boeing debía dar lugar a una constatación de amenaza de pérdida significativa de ventas. Con respecto a la campaña de Delta Airlines 2011, los Estados Unidos también aducen, como cuestión de hecho, que nunca se ejerció ninguna de las opciones asociadas a la venta a Delta Airlines de 2011. Los Estados Unidos sostienen que la afirmación de la Unión Europea de que 30 opciones formaban parte del pedido de Delta Airlines de 2011 no se ajusta a los hechos porque se basa en una interpretación errónea de los documentos contractuales entre Delta Airlines y Boeing.³⁶⁹

6.168. En respuesta a la afirmación de la Unión Europea de que la necesidad de las aerolíneas pertinentes del número específico de aeronaves de Boeing encargado respalda la inclusión de opciones en la valoración por el Árbitro de las pérdidas de ventas en cuestión, los Estados Unidos aducen que el hecho de que una aerolínea hiciera un pedido de un número específico de aeronaves de Boeing no significa que Airbus hubiera vendido el mismo número de aeronaves de Airbus. Por consiguiente, los Estados Unidos concluyen que no hay razones para añadir las opciones

³⁶⁶ A este respecto, parece que los Estados Unidos mezclan el criterio según el cual se formularon las constataciones de existencia de efectos desfavorables con las propias constataciones. La función del Árbitro consiste simplemente en valorar las constataciones formuladas, no en volver a ocuparse de la cuestión del criterio según el cual se formularon, cuestión esta que se planteó y se abordó en apelación.

³⁶⁷ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 231.

³⁶⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 231-232 y 251-277; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 10 del Árbitro.

³⁶⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 157-158; y respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 15; 32; 50, párrafos 41-42; y 72 del Árbitro.

propuestas al número de pedidos en firme que Airbus ofreció para compensar cualquier diferencia entre el número de LCA de Boeing efectivamente encargadas y las LCA de Airbus ofrecidas en cualquier campaña de ventas. Los Estados Unidos también afirman que, aunque son muchas las cosas que forman parte "integrante" de los acuerdos de compra de LCA, el Grupo Especial sobre el cumplimiento reconoció que no todas esas cosas son iguales y que un pedido en firme y una opción son diferentes.³⁷⁰

6.169. En respuesta a los argumentos de los Estados Unidos, la Unión Europea aduce que valorar al menos las opciones de Delta Airlines es compatible con las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento. Esto es así, según la Unión Europea, porque el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la campaña de ventas de Delta Airlines 2011 fue una "pérdida de ventas", por lo que el Árbitro debe valorar todas las entregas que resultan de ella. Además, la Unión Europea aduce que las constataciones pertinentes del Grupo Especial sobre el cumplimiento a las que se refieren los Estados Unidos no examinan opciones relativas a la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011, sino la alegación de la Unión Europea de "amenaza de pérdida significativa de ventas" basada en la existencia de opciones relativas a las pérdidas de ventas en relación con Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014. En cualquier caso, la Unión Europea opina que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento a las que se refieren los Estados Unidos están fuera de lugar porque el Grupo Especial sobre el cumplimiento declaró que "no dispon{ía} de información suficiente sobre la naturaleza de estas opciones y derechos de compra, incluidas las condiciones conforme a las cuales se pueden ejercer, para justificar que sean consideradas pedidos en firme a la espera de su materialización"³⁷¹, pero el presente Árbitro dispone de información suficiente que demuestra que se han ejercido las 30 opciones relativas a la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011. La Unión Europea rechaza además la posición de los Estados Unidos según la cual la afirmación de la Unión Europea de que 30 opciones formaban parte del pedido de Delta Airlines de 2011 no se ajusta a los hechos porque se basa en una interpretación errónea de los documentos contractuales entre Delta Airlines y Boeing, aduciendo que la interpretación por la Unión Europea de la documentación pertinente es correcta.³⁷²

6.170. La Unión Europea desarrolla dos argumentos adicionales que considera que inclinan la balanza a favor de valorar las opciones pertinentes: a) del mismo modo que el Árbitro de la diferencia DS316 tuvo en cuenta las cancelaciones que tuvieron lugar después del momento del pedido, el presente Árbitro debe, utilizando la misma lógica, valorar las opciones que se ejercieron con posterioridad al pedido de Delta Airlines en 2011; y b) a diferencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, cuya tarea consiste en determinar la *existencia* de efectos desfavorables, el presente Árbitro debe *cuantificar* esos efectos desfavorables teniendo en cuenta las pruebas más recientes de que se disponga, incluida la información sobre el ejercicio de opciones.³⁷³

6.171. El Árbitro considera útil encuadrar en primer lugar la cuestión pertinente. La Unión Europea aduce que el Árbitro puede valorar opciones³⁷⁴ en relación con las campañas de ventas que sirven de base a las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento referentes tanto a la pérdida significativa de ventas como a la amenaza de obstaculización. Cabe recordar que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la amenaza de obstaculización se basaron expresamente en constataciones de que determinadas campañas de ventas entrañaron pérdidas significativas de ventas a Airbus.³⁷⁵ En resumen, todas las constataciones pertinentes del Grupo Especial sobre el cumplimiento se basan en constataciones de pérdida significativa de ventas. Observamos también que la Unión Europea aduce que el Árbitro, dependiendo de si basa el número de pedidos hipotéticos adicionales de Airbus en las ofertas definitivas de Airbus o en los acuerdos de

³⁷⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 15 del Árbitro.

³⁷¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3330.

³⁷² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 253-272; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Árbitro, párrafo 135; respuesta oral de la Unión Europea a la pregunta 71 del Árbitro en la reunión del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 50, párrafos 96-99; y 72 del Árbitro.

³⁷³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 273-275.

³⁷⁴ En adelante, cuando hagamos referencia a las "opciones", se entenderá que incluyen tanto las "opciones" como los "derechos de compra". La Unión Europea ha explicado que la única diferencia entre ambos es que los acuerdos de compra fijan calendarios de entregas en relación con las primeras, pero no en relación con los últimos. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 10 del Árbitro, párrafo 59)

³⁷⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.428, 9.438 y 9.478-9.482.

compra de Boeing, puede valorar las opciones en sí mismas o por sí mismas (es decir, como cláusulas contractuales que representan efectivamente ventas de LCA³⁷⁶) o las opciones tal como se ejercieron (es decir, las opciones de Delta). Así pues, la cuestión que debemos resolver en este contexto es si las opciones que figuran en los acuerdos de compra de Boeing o en las ofertas definitivas de Airbus, independientemente de que se hayan ejercido o no, pueden considerarse parte de las "pérdidas de ventas" pertinentes identificadas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento.

6.172. Respondemos a esta pregunta negativamente. Al hacerlo, observamos en primer lugar que no vemos ningún fundamento sobre el cual valorar las cláusulas de opciones contractuales como parte de las "pérdidas de ventas" pertinentes, tal como la Unión Europea propone que hagamos. Aceptamos que, al perder las campañas de ventas en cuestión, Airbus podría haber perdido ventas de cláusulas de opciones contractuales a las aerolíneas clientes. Las opciones se venden en muchos contextos comerciales y tienen valor por sí mismas.³⁷⁷ En la parte pertinente, sin embargo, la presente diferencia se refiere al otorgamiento de subvenciones a LCA de Boeing y, en consecuencia, a la pérdida de ventas de LCA de Airbus. Por lo tanto, lo que nos preocupa es valorar las pérdidas de ventas de LCA de Airbus, no las cláusulas de opciones contractuales. Las partes, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han identificado sistemáticamente a lo largo de la presente diferencia (y de la diferencia *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*) las pérdidas de ventas de LCA con respecto a los pedidos de LCA resultantes de campañas de ventas.³⁷⁸

6.173. Así pues, la cuestión pasa a ser si el Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que las "pérdidas de ventas" de LCA de Airbus eran: a) pedidos que se habrían realizado con Airbus en vez de con Boeing en la situación hipotética en relación con las cinco campañas de ventas pertinentes en el momento de la conclusión de esas campañas de ventas (en la práctica, en los acuerdos de compra hipotéticos de Airbus); o b) cualquier pedido que se habría realizado con Airbus en la situación hipotética en vez de con Boeing en cualquier momento, si Airbus hubiese obtenido las campañas de ventas en cuestión (al menos en la medida en que esos pedidos se hubiesen derivado del ejercicio de opciones que Airbus habría obtenido en relación con esas campañas de ventas).³⁷⁹ La posición de la Unión Europea en este contexto depende de esta última interpretación.

6.174. Recordamos que, en sus análisis de pérdidas de ventas, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se centró generalmente en la medida en que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington contribuyó a que Boeing prevaleciera en las cinco campañas de ventas pertinentes.³⁸⁰ A primera vista, este modo de análisis podría dar a entender que las constataciones

³⁷⁶ Observamos que el número de opciones que figura en las ofertas definitivas de Airbus es ICSS.

³⁷⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 52 del Árbitro, párrafo 88 (donde se explica que "en el marco de los acuerdos de compra de Airbus, [...] para una aerolínea", ya que [...]); y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Árbitro, párrafo 68 (donde se señala que las opciones [...]).

³⁷⁸ También observamos que "la palabra inglesa 'sale' ('venta') se define como 'the 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'". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.98 (donde se cita el *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 2652)). Parece problemático considerar una opción de compra de una LCA a un precio específico que ha de ser ejercida en el futuro, en particular cuando queda únicamente a discreción del comprador, como un "acuerdo para transferir {una LCA} a un {cliente de LCA} a cambio de dinero". De hecho, es posible que la opción nunca pueda ejercerse o que la decisión del cliente de comprar aeronaves adicionales, la cual podría efectuar ejerciendo una opción, pueda generar una competencia en cuyo marco el fabricante de LCA competidor lograra esos pedidos en su lugar. (Declaración de [...] (28 de febrero de 2020) (Prueba documental USA-51 (ICC)), párrafo 6).

³⁷⁹ Los únicos pedidos hipotéticos pertinentes que, según aduce específicamente la Unión Europea, Airbus habría obtenido como resultado del ejercicio de opciones (es decir, por encima de lo que Airbus habría obtenido en sus cinco acuerdos de compra hipotéticos adicionales) son las 30 opciones que la Unión Europea aduce que se ejercieron y que se derivaron de la campaña de ventas de Delta Airlines 2011. (Véase la sección 6.4.6.3, *infra*, donde se constata que Airbus habría obtenido más pedidos en firme en las [...] de los que Airbus propuso en sus ofertas definitivas porque esos pedidos adicionales habrían sido pedidos en firme realizados en el momento en que se perdieron las campañas de ventas, y no debido al ejercicio de opciones). Observamos que estos pedidos se realizaron con Boeing después de que hubo finalizado el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento y, por consiguiente, en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento nunca se mencionan estos pedidos. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 72 del Árbitro).

³⁸⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.385 (donde se indica que la subvención en forma de reducción

de pérdida de ventas formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento son suficientemente amplias para abarcar cualquier pedido (incluidos los pedidos resultantes de posteriores ejercicios de opciones) que Airbus habría obtenido en lugar de Boeing en la situación hipotética si Airbus hubiese obtenido las campañas de ventas. Esto se debe fundamentalmente a que el valor total de obtener una campaña de ventas podría interpretarse como el valor de todos y cada uno de los pedidos que Airbus habría logrado si hubiese obtenido la campaña, sin importar cómo o en qué momento futuro se hubiesen producido esos pedidos.³⁸¹ No obstante, tras examinar más detenidamente las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento, nos parece suficientemente claro que el Grupo Especial sobre el cumplimiento limitó sus constataciones de pérdida de ventas a los pedidos que Airbus habría obtenido en el momento en que se perdieron las campañas de ventas pertinentes.

6.175. Recordamos la nota 3330 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento:

La Unión Europea aduce además que las subvenciones estadounidenses que benefician al 737 MAX y el 737NG causan una *amenaza actual de pérdida significativa de ventas*, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 y la nota 13 del Acuerdo SMC. ... Para respaldar este argumento la Unión Europea se basa en pruebas de la existencia de *opciones y derechos de compra* negociados en relación con los pedidos pertinentes La Unión Europea presenta este argumento de existencia de amenaza de pérdida significativa de ventas en relación con las siguientes campañas de ventas que consideramos que ponen de manifiesto una pérdida significativa de ventas: Icelandair 2013 ..., Air Canada 2013 ..., y Fly Dubai 2014³⁸² (sin resalte en el original)

6.176. El Grupo Especial sobre el cumplimiento prosiguió:

No consideramos que el simple hecho de que a un cliente de LCA se le concedieran además opciones o derechos de compra sea suficiente para demostrar que *la pérdida de ventas en relación con estas opciones y derechos de compra sea claramente prevista e inminente y por tanto dé lugar a una amenaza de pérdida significativa de ventas*. El Grupo Especial no dispone de información suficiente sobre la naturaleza de estas opciones y derechos de compra, incluidas las condiciones conforme a las cuales se pueden ejercer, *para justificar que sean consideradas pedidos en firme a la espera de su materialización*. De hecho, disponemos de pruebas que indican que no se ejercerán todas las opciones. ... Por lo tanto tampoco estamos convencidos de que la Unión

del tipo del impuesto B&O del estado de Washington "afectó al comportamiento de Boeing en materia de fijación de precios con respecto al 737 MAX y el 737NG en cinco campañas de ventas sensibles a los precios entre 2007 y 2015"); párrafo 9.400 (donde se examina la "posibilidad de que una reducción de precios relativamente pequeña determine el resultado de una campaña de ventas"); párrafo 9.404 ("Estamos por tanto convencidos de que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, a través de los efectos en los precios de Boeing, contribuyó de manera auténtica y sustancial a determinar el resultado de campañas de ventas sensibles a los precios que afectaron al 737 MAX y el 737NG y al A320neo y A320ceo en las campañas dirigidas a Fly Dubai en 2014, Air Canada en 2013 e Icelandair en 2013"); párrafo 9.407 ("Constatamos que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington es una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave en forma de pérdida significativa de ventas de las familias de LCA A320neo y A320ceo en el período posterior a la aplicación, en lo que respecta a las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Air Canada 2013 e Icelandair 2013"); párrafo 9.479 ("El Grupo Especial constata que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington es una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave en forma de pérdida significativa de ventas de las familias de LCA A320neo y A320ceo en el período posterior a la aplicación, por lo que respecta a las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Air Canada 2013 e Icelandair 2013"); párrafo 11.8 c) (donde figuran declaraciones similares); y nota 3329 ("También consideramos que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington fue una causa auténtica y sustancial de pérdida de ventas del A320ceo en las campañas de ventas de Fly Dubai 2008 y Delta Airlines 2011").

³⁸¹ Observamos que, con arreglo a esta interpretación, el valor de las campañas de ventas podría incluir también los pedidos sucesivos que el fabricante de aeronaves ganador obtuvo gracias a, por ejemplo, las ventajas como proveedor ya establecido resultantes de la campaña de ventas. Sin embargo, no discernimos nada en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento que indique que tal interpretación era intencionada.

³⁸² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3330.

Europea haya demostrado que son probables e "inminentes" *nuevas pérdidas significativas de ventas*.³⁸³ (sin resalte en el original)

6.177. Del pasaje anterior se desprenden dos cuestiones cruciales: a) que el Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que los pedidos en firme, aunque no las cláusulas de opciones contractuales, eran "ventas" de LCA; y b) que los pedidos en firme resultantes del ejercicio de opciones, si se producen o cuando puedan producirse después del período de referencia, no están comprendidos en el alcance de las "pérdidas de ventas" que identificó el Grupo Especial sobre el cumplimiento. Esto se debe a que el Grupo Especial sobre el cumplimiento aceptó implícitamente que la presencia de opciones podía constituir la base de una constatación de *amenaza* de "nuevas" pérdidas de ventas, pero solo si estaba suficientemente claro que las opciones *se ejercerían* y, por lo tanto, darían lugar a *pedidos en firme*. Dicho de otro modo, y desde el punto de vista lógico, el Grupo Especial sobre el cumplimiento trató necesariamente las "pérdidas de ventas" en relación con las opciones (es decir, futuros pedidos en firme) de forma distinta a las "pérdidas de ventas" que identificó en relación con las campañas de ventas perdidas pertinentes. De hecho, si el Grupo Especial sobre el cumplimiento hubiese considerado las opciones y/o los pedidos en firme resultantes de su posible ejercicio como parte integrante de las "pérdidas de ventas" que identificó el Grupo Especial sobre el cumplimiento, la nota 3330 perdería todo sentido: no habría habido absolutamente ningún fundamento lógico para analizar las opciones como posibles "nuevas pérdidas significativas de ventas". Es decir, a menos que se puedan caracterizar las opciones en el sentido de que incluyen *tanto* las pérdidas de ventas en sí mismas y por sí mismas en el momento de su ejercicio *como* que forman parte de las pérdidas de ventas anteriores en un momento anterior. Sin embargo, esa caracterización parece ilógica y carece de respaldo en las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento.

6.178. Reconocemos que en la nota 3330 se abordan las opciones concluidas por Boeing en relación con las campañas de ventas de Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014. En la nota no se menciona, en particular, la campaña de ventas de Delta Airlines 2011 ni ninguna opción que Boeing hubiera podido obtener en esa campaña de ventas. Sin embargo, la Unión Europea no ha señalado nada en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, ni nosotros vemos nada, que indique que el Grupo Especial sobre el cumplimiento habría tratado esas opciones de manera diferente y habría constatado que esas opciones estaban comprendidas en el alcance de sus constataciones de existencia de pérdida de ventas. De hecho, en lo que respecta a las opciones de Delta Airlines cuyo ejercicio la Unión Europea desea que valoremos, observamos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento subrayó que la "pérdida de ventas" en relación con Delta Airlines 2011 se produjo *antes* del período posterior a la aplicación, una declaración que nos resulta difícil de conciliar con la idea de que debemos valorar el ejercicio de opciones que supuestamente formaban parte de esa "pérdida de ventas" que se produjo *en* el período posterior a la aplicación. Asimismo, observamos que el Grupo Especial sobre el cumplimiento ni siquiera mencionó esas opciones al resumir los "principales detalles" de esa campaña de ventas.³⁸⁴

6.179. Algunos aspectos fundamentales del análisis del Grupo Especial sobre el cumplimiento en relación con la pérdida significativa de ventas en el período de referencia también son compatibles con la interpretación de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento limitó sus constataciones de pérdida de ventas a los pedidos que Airbus habría obtenido en el momento en que se perdieron las campañas de ventas pertinentes. El Grupo Especial sobre el cumplimiento identificó las pérdidas de ventas en el período de referencia al identificar las campañas de ventas de LCA sensibles a los precios que Boeing había obtenido, y al evaluar luego en qué medida la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington posibilitó que Boeing prevaleciera en esas campañas permitiéndole reducir los precios de sus LCA. Como se indica en la sección 6.4.6.1 *supra*, en el marco de ese análisis, el Grupo Especial sobre el cumplimiento calculó una "tasa de subvención por aeronave" para la aeronave que Boeing vendió en las campañas de Fly Dubai 2014, Air Canada 2013 y Icelandair 2013.³⁸⁵ El Grupo Especial sobre el cumplimiento calculó esta tasa dividiendo la cuantía media anual de las subvenciones otorgadas en el marco de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington por "un promedio de 54,3 *pedidos* de aeronaves de pasillo único al año

³⁸³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3330.

³⁸⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), cuadro 12 y párrafos 9.436, 9.438 y 9.481.

³⁸⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.402.

en 2013-2015 (calculado a partir del total de 11 737NG y 152 737 MAX encargados en las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Air Canada 2013 e Icelandair 2013, dividido por tres)".³⁸⁶ Las cifras mencionadas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento son *pedidos en firme*. El Grupo Especial sobre el cumplimiento no se pronunció sobre las opciones en este contexto, lo que indica que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se centró en la capacidad de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington de permitir que Boeing bajase los precios para los pedidos en firme y los obtuviese (y que Airbus los perdiese), específicamente. Esto es significativo porque el Grupo Especial sobre el cumplimiento sabía perfectamente que Boeing había concluido opciones en relación tanto con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 como con la de Air Canada 2013.³⁸⁷

6.180. Además, el razonamiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento de por qué las pérdidas de ventas de Fly Dubai 2014, Air Canada 2013 y Icelandair 2013 fueron "significativa{s}" en el sentido del artículo 6.3 c) es compatible con la interpretación de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento limitó sus constataciones de pérdida de ventas a los pedidos que Airbus habría obtenido en el momento en que se perdieron las campañas de ventas pertinentes. El Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que esas tres pérdidas de ventas eran "significativa{s}" debido al "volumen de los pedidos que Boeing había logrado" y al hecho de que las campañas de ventas eran "estratégicamente importante{s} para Boeing y Airbus".³⁸⁸ Al examinar la consideración anterior, el Grupo Especial sobre el cumplimiento señaló que "l{a}s campañas de ventas de Fly Dubai, Air Canada e Icelandair incluyen *pedidos* de aproximadamente 152 aeronaves 737 MAX y 11 aeronaves 737NG".³⁸⁹ Estos "pedidos" son el número de *pedidos en firme*. El Grupo Especial sobre el cumplimiento no mencionó opciones en este contexto, lo que indica que el carácter "significativo" de las pérdidas de ventas reside en la importancia de los pedidos obtenidos al concluir la campaña de ventas únicamente.³⁹⁰ Como ya se señaló anteriormente, esto es significativo porque el Grupo Especial sobre el cumplimiento sabía perfectamente que Boeing había concluido opciones en relación tanto con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 como con la de Air Canada 2013.

6.181. Con respecto al análisis del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativo a la amenaza de obstaculización (que, como se ha explicado, se basó en constataciones de determinadas pérdidas significativas de ventas), el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató "que los pedidos realizados por Fly Dubai en 2008 y 2014 de 50 737NG y 75 737 MAX, respectivamente, son una pérdida significativa de ventas para Airbus".³⁹¹ Cabe recordar que, como resultado de la campaña de ventas de Fly Dubai 2014, Boeing obtuvo no solo 75 pedidos en firme de LCA 737 MAX, sino también 25 derechos de compra de LCA 737 MAX, de lo cual era muy consciente el Grupo Especial sobre el cumplimiento.³⁹² De nuevo, por lo tanto, en este contexto, al formular constataciones de existencia de pérdida de ventas, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se centró exclusivamente en los pedidos en firme obrantes en el expediente que tenía ante sí, y no en las opciones o los pedidos en firme que podrían haberse derivado de los pedidos en firme obrantes en el expediente en el futuro.

³⁸⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3321. (sin resalte en el original)

³⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), cuadro 12; Acuerdo de compra de Air Canada 2013 (Prueba documental USA-81 (ICSS)), páginas 144-148 (donde figura información sobre los precios de las opciones); Oferta definitiva a Air Canada, **[[ICSS]]** (Prueba documental EU-3 (ICSS)), páginas 2, 8, 37 y calendarios 3-5 (donde figura información sobre los precios de las opciones); Acuerdo de compra de Fly Dubai 2014 (Prueba documental USA-85 (ICSS)), páginas 154 y 155 (donde figura información sobre los precios de las opciones); y Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2014, **[[ICSS]]** (Prueba documental EU-6 (ICSS)), páginas 15 y 28 (donde figura información sobre los precios de las opciones)).

³⁸⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.405-9.406.

³⁸⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.406. (sin resalte en el original)

³⁹⁰ El Grupo Especial sobre el cumplimiento constató también que las ventas de Delta Airlines 2011 y de Fly Dubai 2008 fueron "significativas", pero no explicó en detalle este tema. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), nota 3335).

³⁹¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.443. En 2014, Fly Dubai también hizo un pedido de 11 737NG dentro de esta campaña de ventas. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), cuadro 12 y nota 3321).

³⁹² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), cuadro 12.

6.182. Por último, subrayamos que no discernimos ningún aspecto en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento en el que este indicara de cualquiera manera significativa que consideraba que el posible ejercicio de opciones formaba parte integrante de las "pérdidas de ventas" que había identificado de otro modo.³⁹³ Como se ha expuesto *supra*, solo encontramos declaraciones que indican lo contrario.

6.183. Por las razones expuestas, el Árbitro constata que las cláusulas de opciones pertinentes, se ejerzan o no, no están comprendidas en el alcance de las constataciones de pérdida de ventas pertinentes formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento. Por consiguiente, valorarlas sería incompatible con el grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. En consecuencia, nos abstenemos de considerar opciones, se ejerzan o no, en la determinación por el Árbitro de un nivel máximo de suspensión anual.

6.4.6.3 El número de pedidos en firme en la situación hipotética y las fechas de las entregas

6.184. La Unión Europea aduce que, en la situación hipotética, se debería suponer que las aerolíneas de las cinco campañas de ventas pertinentes habrían realizado el mismo número de pedidos en firme de LCA de Airbus que el que realizaron efectivamente a Boeing, no el número de pedidos en firme propuestos en las ofertas definitivas de Airbus en esas campañas. A juicio de la Unión Europea, este enfoque es compatible con la manera en que el Árbitro de la diferencia DS316 valoró las pérdidas de ventas y con las constataciones adoptadas en el procedimiento sobre el cumplimiento en la presente diferencia. La Unión Europea también afirma que el "mejor indicador de los resultados de negociaciones en la situación hipotética, en cuanto al número de entregas de aeronaves, no se refleja en las ofertas definitivas de Airbus, sino en la demanda realizada por cada aerolínea demostrada, como ponen de manifiesto los resultados efectivos de la negociación de Boeing con cada aerolínea".³⁹⁴ Según la Unión Europea, ello se debe a que, si bien las ofertas definitivas de Airbus reflejan las consideraciones formuladas por las aerolíneas, estas representan solo una "instantánea de las negociaciones bilaterales efectivas entre Airbus y cada aerolínea en un momento determinado"³⁹⁵, negociaciones que habrían continuado y finalmente concluido de no haber sido por las subvenciones pertinentes.

6.185. En los casos en que la oferta definitiva de Airbus contenía menos pedidos en firme propuestos que los obtenidos por Boeing (es decir, en las [[***]]), la Unión Europea explica que Airbus tenía el incentivo comercial de obtener pedidos adicionales y tenía la capacidad de producción necesaria para entregarlos, como demuestra la presencia de opciones en las ofertas definitivas pertinentes. Además, la Unión Europea aduce que los modelos de Boeing y Airbus en cuestión, con respecto a cualquier campaña de ventas concreta, son sustituibles y que, por lo tanto, es razonable pensar que los clientes habrían encargado el mismo número de LCA a Airbus en la situación hipotética que las que encargaron a Boeing. Ello es especialmente cierto, según la Unión Europea, porque en las [[***]] campañas pertinentes "las [[***]] aerolíneas solo podrían haber satisfecho su demanda probada de número de asientos encargando el mismo número de LCA de Airbus que el que de hecho encargaron a Boeing".³⁹⁶ Según la Unión Europea, esas [[***]] aerolíneas podrían

³⁹³ También observamos que el Órgano de Apelación ha explicado que, en determinadas circunstancias, las "opciones o {los} derechos de compra ... pueden ser indicativos de un fenómeno persistente de pérdida de ventas" que se extiende temporalmente más allá de las "transacciones" pertinentes iniciales, si bien se precisan indagaciones basadas en hechos específicos para determinar si existe este "fenómeno persistente". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 5.333). Ni el Grupo Especial sobre el cumplimiento ni el Órgano de Apelación realizaron ninguna indagación basada en hechos específicos para determinar si, y mucho menos establecer que, las "pérdidas de ventas" pertinentes identificadas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento serían "persistentes" durante el período en el que se ejercieron opciones o hasta cualquier momento posterior al punto en que se perdieron definitivamente las campañas de ventas. Además, somos conscientes de que cualquier constatación por nuestra parte que indique que ese "fenómeno persistente de pérdida de ventas" (por ejemplo, hasta el momento de cualquier ejercicio de opciones) existió con respecto a las pérdidas de ventas en cuestión podría considerarse que hace referencia de manera sustantiva a las obligaciones temporales de los Estados Unidos en materia de cumplimiento con respecto a esas pérdidas de ventas.

³⁹⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 51 del Árbitro, párrafo 83. (no se reproduce el resalte del original; no se reproducen las comillas internas; no se reproduce la nota de pie de página)

³⁹⁵ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 51 del Árbitro, párrafo 82. (no se reproduce el resalte del original)

³⁹⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 99. (los corchetes de ICC son nuestros; no se reproduce el resalte)

haberlo hecho, bien realizando pedidos en firme adicionales en el acuerdo de compra o ejerciendo opciones incluidas en los acuerdos de compra. La Unión Europea afirma además que la manera en que Boeing negoció con [[***]] respalda la posición de la Unión Europea en este contexto. La Unión Europea también aduce que la sugerencia de los Estados Unidos de que los clientes pertinentes habrían reducido el número de pedidos en firme propuesto en las ofertas definitivas de Airbus pertinentes está en contradicción con la realidad comercial de la rama de producción de LCA y no está respaldada por pruebas de peso.³⁹⁷

6.186. En relación con los calendarios de entregas hipotéticas, la Unión Europea aduce que Airbus habría entregado sus LCA con arreglo a los calendarios de entregas acordados entre Boeing y la aerolínea en los acuerdos de compra pertinentes. Según la Unión Europea, es razonable concluir que las presiones ejercidas por parte de la demanda pertinentes habrían llevado a Airbus a acordar los mismos calendarios de entregas que figuran en esos acuerdos de compra. La Unión Europea afirma además que este enfoque está en consonancia con el empleado en el arbitraje de la diferencia DS316, en el que el Árbitro supuso que el calendario de entregas hipotéticas sería el calendario de entregas que Airbus (es decir, el fabricante que obtuvo efectivamente las campañas pertinentes) logró de hecho en las campañas de ventas pertinentes. A juicio de la Unión Europea, la imparcialidad obliga al Árbitro a emplear ese mismo enfoque en el presente arbitraje.³⁹⁸

6.187. Los Estados Unidos aducen que, en la situación hipotética, debería suponerse que las aerolíneas, en las cinco campañas de ventas pertinentes, habrían realizado el número de pedidos en firme de LCA de Airbus que Airbus propuso en sus ofertas definitivas a las aerolíneas, y que Airbus habría entregado esas aeronaves con arreglo al calendario de entregas de cada una de esas ofertas definitivas. Los Estados Unidos aducen que ello está en consonancia con las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento, porque el Grupo Especial sobre el cumplimiento nunca especificó el número de pedidos en firme que Airbus habría obtenido en la situación hipotética. Los Estados Unidos también aducen que no es necesario seguir en el presente arbitraje el enfoque adoptado en el arbitraje de la diferencia DS316 con respecto al número de pedidos hipotéticos y los calendarios de entregas hipotéticas, porque en el presente arbitraje las constataciones y pruebas pertinentes son diferentes de las del arbitraje de la diferencia DS316. Además, los Estados Unidos afirman que las ofertas definitivas de Airbus representaban el resultado de un proceso de negociación en el que Airbus entendió las necesidades de los clientes en relación con las limitaciones relativas a la oferta de Airbus. Asimismo, a juicio de los Estados Unidos, las aerolíneas rara vez aumentan el número de pedidos en firme entre la recepción de la oferta definitiva y la firma de un subsiguiente acuerdo de compra, en particular, porque más comúnmente solicitarán ofertas para un número mayor de aeronaves del que realmente necesitan, con la esperanza de obtener descuentos por volumen. Los Estados Unidos afirman también que la presencia de opciones en las ofertas definitivas de Airbus no establece que Airbus tuviera capacidad de producción suficiente para atender más pedidos en firme que los propuestos en las ofertas definitivas, porque los fabricantes de LCA, en el marco de sus denominadas prácticas de "gestión del horizonte", [[***]]. Además, según los Estados Unidos, los clientes tienen incentivos para obtener opciones en lugar de pedidos en firme de Airbus, porque las primeras [[***]] para las aerolíneas que los pedidos en firme.

6.188. Los Estados Unidos afirman también que las LCA de pasillo único de Airbus y de Boeing son productos diferenciados (también con respecto al número de asientos) y, por lo tanto, los clientes pueden desear un número diferente de LCA de pasillo único de Boeing que de Airbus. Asimismo, los Estados Unidos afirman que la disponibilidad de entrega puede diferir entre las LCA de Airbus y las de Boeing, lo que puede dar lugar a que una aerolínea desee un número diferente de LCA de Airbus que de Boeing en un momento dado. Por último, con respecto a la campaña de ventas [[***]], los Estados Unidos explican que el volumen del pedido del cliente realizado a Boeing reflejaba consideraciones específicas de Boeing. Los Estados Unidos aducen, por lo tanto, que cualquier

³⁹⁷ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 221-229; respuesta de la Unión Europea a las preguntas 8, párrafo 46; 9; 10; y 51-56 del Árbitro; y observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 50 y 54-56 del Árbitro.

³⁹⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 221-222; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 9 del Árbitro. La Unión Europea recuerda que el Árbitro de la diferencia DS316 constató que era menos problemático utilizar como calendarios de entregas hipotéticas de Boeing los calendarios de entregas que Airbus había acordado con las aerolíneas clientes, puesto 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". (Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 226 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.263)).

constatación de que Airbus habría obtenido en las campañas de ventas pertinentes el mismo número de pedidos en firme que Boeing obtuvo realmente se basaría en especulaciones.³⁹⁹

6.189. El Árbitro observa que las partes no están de acuerdo en relación con dos temas conexos en este contexto, a saber, el número de pedidos hipotéticos que Airbus habría recibido como resultado de las cinco campañas de ventas pertinentes y los calendarios de entregas que habrían regido las entregas de esos pedidos. A continuación, examinamos cada uno de ellos sucesivamente.

a. Número de pedidos hipotéticos

6.190. En esta sección, nos ocupamos de la cuestión del número de pedidos en firme que Airbus habría recibido en las cinco campañas de ventas pertinentes en la situación hipotética.

6.191. Para empezar, recordamos el argumento de la Unión Europea de que las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento establecen que, en la situación hipotética, las aerolíneas habrían encargado, en las cinco campañas de ventas pertinentes, el mismo número de LCA de Airbus que encargaron a Boeing en realidad. Ello se debe a que, según la Unión Europea, el Grupo Especial sobre el cumplimiento especificó que el número de pedidos en firme que Boeing recibió como resultado de las cinco campañas de ventas pertinentes y del cual el Grupo Especial sobre el cumplimiento tenía conocimiento eran en sí mismas las "pérdidas de ventas".⁴⁰⁰ Observamos que algunas de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a las campañas de ventas pertinentes dan a entender efectivamente tal cosa⁴⁰¹, mientras que las constataciones relativas a otras campañas de ventas son más ambiguas.⁴⁰² Consideramos, sin embargo, que, aunque el Grupo Especial sobre el cumplimiento no especificara el número de "pérdidas de ventas" con respecto a alguna campaña de ventas en concreto, otras constataciones adoptadas y pruebas obrantes en el expediente en la presente diferencia establecen que es razonable suponer que, en la situación hipotética, Airbus habría obtenido en sus acuerdos de compra de cada una de las cinco campañas de ventas pertinentes el mismo número de pedidos en firme que Boeing obtuvo en sus acuerdos de compra reales.

6.192. Al examinar tales constataciones y pruebas, observamos primero que la Unión Europea y los Estados Unidos dirigen sus argumentos en este contexto a las campañas de ventas [[***]] porque en cada una de ellas Airbus propuso menos pedidos en firme en su oferta definitiva que los que Boeing obtuvo en sus acuerdos de compra con cada una de estas aerolíneas. Nosotros dirigimos nuestra atención a esas [[***]] campañas de ventas en el presente arbitraje por la misma razón.⁴⁰³

6.193. En relación con esas [[***]] campañas de ventas, recordamos que todas las LCA de Boeing y Airbus en cuestión compiten en el mismo mercado de productos (es decir, el mercado de productos de LCA de pasillo único) y "se pueden sustituir un{as} a{os} otr{as} en medida suficiente".⁴⁰⁴ Además, observamos que las [[***]] aerolíneas determinaron que de hecho necesitaban el número de LCA de pasillo único reflejado en los acuerdos de compra de Boeing. Consideramos que estos factores son una prueba sólida de que cada aerolínea probablemente habría encargado un número igual de LCA de pasillo único de Airbus en la situación hipotética. Los Estados Unidos aducen, sin embargo, que el hecho de que Airbus propusiera menos pedidos en firme en sus ofertas definitivas pertinentes

³⁹⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, sección VIII y párrafos 135-142; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 8-10, 50 y 54-56 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 51-54 y 56 del Árbitro.

⁴⁰⁰ Véase, por ejemplo, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 96 y puntos correspondientes (donde se declara, entre otras cosas, que "las constataciones de los órganos resolutorios sobre el cumplimiento son que Airbus sufrió pérdidas de ventas de 16 LCA en la campaña de Icelandair y de 86 LCA en la campaña de Fly Dubai 2014" (no se reproduce el resalte del original)).

⁴⁰¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.443 (donde se declara: "los pedidos realizados por Fly Dubai en 2008 y 2014 de 50 737NG y 75 737 MAX, respectivamente, son una pérdida significativa de ventas para Airbus" (sin resalte en el original)).

⁴⁰² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.404 ("Por consiguiente, consideramos que los efectos de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington fueron una pérdida de ventas del A320neo y el A320ceo en las campañas de ventas de Fly Dubai, Air Canada e Icelandair en el período 2013-2015"). (*Ibid.*, no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁰³ Esta cuestión [[***]] con respecto a las demás [[***]]. ([[***]]).

⁴⁰⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.33 y 9.47.

que los que Boeing obtuvo realmente demuestra que cada aerolínea habría encargado solo ese número propuesto de LCA a Airbus. Los Estados Unidos presentan cinco argumentos principales en respaldo de su posición.

6.194. En primer lugar, y con respecto a la campaña de ventas de [[***]], los Estados Unidos aducen que la aerolínea podría haber querido menos LCA de Airbus porque el número total de asientos de las LCA de Boeing encargadas era inferior al número total de asientos de un número equivalente de LCA de Airbus.⁴⁰⁵ Para empezar, observamos que la pertinencia del número *total* de asientos de las múltiples LCA ofrecidas a [[***]] no nos resulta inmediatamente evidente. Como los propios Estados Unidos señalan, "las aerolíneas pilotan aeronaves, no asientos".⁴⁰⁶ Por lo tanto, aun en el caso de que el número total de asientos de las LCA de Airbus y el de Boeing pertinentes hubieran diferido en cierta medida, no consideramos que de ello se siga necesariamente que la aerolínea habría querido un número diferente de LCA de los fabricantes para volar en las rutas deseadas, como dan a entender los Estados Unidos. Sin embargo, en la medida en que [[***]] hubiera deseado obtener un número total de asientos similar en las LCA de Airbus que en las de Boeing, consideramos que las pruebas indican que es razonable suponer que [[***]] habría seguido queriendo el mismo número de LCA de Airbus y de Boeing, por las razones expuestas en el párrafo siguiente.

6.195. Según un [[***]], las [[***]] LCA [[***]] encargadas tenían asientos para 153 pasajeros cada una (con un total de [[***]] asientos) y las [[***]] LCA [[***]] tenían 172 asientos (con un total de [[***]] asientos).⁴⁰⁷ Aunque la oferta definitiva de Airbus a [[***]], la Unión Europea ha indicado la configuración de asientos más "típica" para las LCA pertinentes.⁴⁰⁸ Una comparación del número de asientos de las [[***]] LCA de Boeing que [[***]] realmente encargó y el número de asientos típico de las LCA de Airbus pertinentes demuestra que [[***]] solo habría podido igualar el número de asientos de las aeronaves de Boeing encargando el mismo número de LCA de Airbus que encargó a Boeing.⁴⁰⁹ A la luz de estas observaciones, no consideramos que se haya demostrado

⁴⁰⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 44.

⁴⁰⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 64. Esto significa, según los Estados Unidos, que hay características distintas del número total de asientos, *per se*, que un cliente consideraría al hacer un pedido, tales como el [[***]], factores que pueden, sin embargo, estar vinculados en cierto grado al número de asientos.

⁴⁰⁷ [[***]].

⁴⁰⁸ Los Estados Unidos no cuestionan que el número de asientos típico de las LCA de Airbus indicado por la Unión Europea sea correcto. En lugar de ello, indican el número de asientos *máximo* para un modelo de LCA de Airbus pertinente, con el fin de demostrar que esa LCA de Airbus habría tenido más asientos que las LCA de Boeing que [[***]] efectivamente encargó y establecer, en consecuencia, que [[***]] habría encargado menos LCA a Airbus que las que encargó a Boeing. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 44). Vemos poca justificación para utilizar tal número de asientos máximo, dado que excede no solo del número de asientos típicos de las LCA tanto de Boeing como de Airbus en cuestión, sino también del número de asientos real de las LCA de Boeing vendidas a [[***]]. (Véanse la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafos 100-109, cuadro 3 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*, cuadro 16); las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro, párrafos 114 y 115 (donde se hacen observaciones similares); y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro, nota 43). Por lo tanto, para ayudar a garantizar una comparación equitativa en este contexto, consideramos que lo más razonable es suponer que el número de asientos de los modelos de LCA de Airbus que [[***]] habría encargado habría sido su número de asientos típico (y no máximo), que está más próximo al número de asientos de las LCA de Boeing efectivamente encargadas.

⁴⁰⁹ La Unión Europea hace en este contexto comparaciones similares en las que compara el número de asientos *típico* de los modelos de Boeing encargados por [[***]] (que es similar al número de asientos reales de los modelos de Boeing encargados por [[***]]) con el número de asientos *típico* de las LCA de Airbus pertinentes, haciendo ciertas suposiciones sobre los modelos de LCA de Airbus específicos que [[***]] habría encargado si hubiera encargado LCA de Airbus adicionales, y llega a la misma conclusión que nosotros en el cuerpo del texto *supra* (esto es, con respecto a la necesidad de [[***]] de encargar el mismo número de LCA de Airbus y de Boeing). (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafos 100-109). Esas suposiciones no parecen incompatibles con el modo de proceder que los propios Estados Unidos han propugnado en otros contextos para determinar los precios del modelo o los modelos de LCA de Airbus adicionales que se habrían encargado en la situación hipotética en esta campaña de ventas. (Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro, párrafo 57). En consecuencia, utilizamos las mismas suposiciones en nuestros cálculos a que se hace referencia en el cuerpo del texto. Los Estados Unidos dan a entender en cierto momento que debería suponerse que la combinación de modelos de Airbus adicionales es, sin embargo, diferente en este contexto específico, por razones que son ICSS. (Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 64, penúltima frase). Sin embargo, las razones en que se basa la sugerencia de los Estados Unidos

razonablemente que [[***]] habría querido menos LCA de Airbus que las que quiso de Boeing por razones relacionadas con el número de asientos.

6.196. En segundo lugar, y específicamente con respecto a la campaña de ventas [[***]], los Estados Unidos señalan que la aerolínea encargó [[***]] LCA [[***]] a Boeing. Los Estados Unidos explican que la aerolínea encargó los "[[***]]".⁴¹⁰ Por consiguiente, Boeing [[***]].⁴¹¹ A nuestro juicio, sin embargo, esa prueba indica que la aerolínea quería que un cierto número de LCA de pasillo único se entregara [[***]] (que tanto Boeing como Airbus podían cumplir), no que la aerolínea quisiera un número diferente de LCA de Airbus que de Boeing en ese [[***]]. De hecho, aunque los Estados Unidos al parecer presentan la venta de los [[***]] como una [[***]], señalamos que, aun así, la aerolínea los compró junto todas las demás LCA [[***]]. Los Estados Unidos tampoco nos remiten a prueba alguna obrante en el expediente de que las LCA [[***]], una vez recibidas, [[***]]. Sencillamente, [[***]] quería, y recibió, [[***]] LCA de pasillo único de Boeing. En última instancia, por lo tanto, consideramos que este argumento de los Estados Unidos no es pertinente para la cuestión de si [[***]] habría querido un número diferente de LCA de Airbus.

6.197. En tercer lugar, los Estados Unidos aducen que Airbus puede haber carecido de la capacidad de producción necesaria para incluir pedidos adicionales en los acuerdos de compra hipotéticos [[***]], y que la presencia de opciones en esas ofertas definitivas no necesariamente demuestra la existencia de capacidad de producción adicional suficiente, porque Boeing y Airbus [[***]].⁴¹² Los Estados Unidos no aducen, sin embargo, ninguna prueba que indique que Airbus efectivamente careciera de la capacidad de producción adicional pertinente en algún momento concreto pertinente. Observamos además que la Unión Europea ha presentado un documento de [[***]] de Airbus, que da fe del hecho de que Airbus tenía capacidad de producción suficiente para atender los pedidos de todas las [[***]] incluidas en las ofertas definitivas de Airbus en las campañas de ventas [[***]] si las aerolíneas hubieran [[***]].⁴¹³ El número de tales [[***]] era en cada caso superior al número de pedidos adicionales necesarios para aumentar el número de pedidos en firme de las ofertas definitivas hasta el número de pedidos en firme que Boeing efectivamente recibió en cada campaña. No discernimos ninguna razón para dudar de la veracidad de las pruebas aportadas por la Unión Europea en relación con la capacidad de producción en este contexto y, por lo tanto, consideramos que es razonable concluir que Airbus habría tenido capacidad de producción suficiente para incluir pedidos en firme adicionales en las campañas de ventas [[***]] si hubieran sido realizados por las aerolíneas, por lo que Airbus podría haber igualado el número de pedidos en firme que Boeing obtuvo en realidad de cada aerolínea.

6.198. En cuarto lugar, los Estados Unidos aducen que las LCA de Airbus y Boeing son productos diferenciados que presentan capacidades técnicas diferentes. Aparte de las cuestiones ya tratadas *supra*, los Estados Unidos señalan que algunas características técnicas difieren entre las LCA de Airbus y de Boeing pertinentes.⁴¹⁴ No discernimos, sin embargo, ninguna prueba obrante en el expediente que indique por qué [[***]] habría concluido, sobre la base de tales diferencias, que habría preferido un número diferente de LCA de Airbus que de Boeing. En última instancia, por lo tanto, y habida cuenta de que las LCA de Airbus y de Boeing en cuestión son suficientemente sustituibles, no consideramos que la existencia de tales diferencias técnicas sea una consideración significativa en este contexto.

6.199. Por último, los Estados Unidos aducen que la situación en la que una aerolínea, después de haber aceptado una oferta definitiva de un fabricante de LCA, negociaría pedidos en firme adicionales entre la aceptación de esa oferta definitiva y la conclusión de un acuerdo de compra "se produce rara vez, o nunca".⁴¹⁵ Los Estados Unidos indican que ello se debe a que, [[***]]. Además, las partes

parecen indicar que las LCA de Airbus adicionales deberían tener un [[***]] número de asientos que el que suponemos en nuestros cálculos del número de asientos, razonamiento que, por tanto, no alteraría nuestras conclusiones pertinentes en relación con el número de asientos. Por consiguiente, consideramos que la sugerencia de los Estados Unidos en este contexto es en última instancia irrelevante.

⁴¹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 45.

⁴¹¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 45; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro, párrafo 65.

⁴¹² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 50 del Árbitro, párrafos 37-39.

⁴¹³ Declaración de [[***]], 21 de febrero de 2020 ("*Airbus production capacity*") (Prueba documental EU-66 (ICC)).

⁴¹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Árbitro.

⁴¹⁵ Correo electrónico de Boeing relativo a la pregunta 10 (Prueba documental USA-32 (ICC)).

en la negociación por lo general son reacias a revisar "condiciones fundamentales" del trato en esa etapa.⁴¹⁶ Los Estados Unidos afirman que la Unión Europea está de acuerdo en lo que respecta a este último punto.⁴¹⁷ La Unión Europea responde que "no es infrecuente" que negociaciones posteriores a la aceptación de la oferta definitiva puedan dar lugar a que las partes acuerden, en un acuerdo de compra subsiguiente, un [[***]].⁴¹⁸ La Unión Europea también cuestiona la afirmación de los Estados Unidos de que debe esperarse que las aerolíneas negocien a la baja el número de pedidos después de la aceptación de la oferta definitiva, y aduce que no es probable que los fabricantes de LCA sean engañados por un cliente de esa forma y que tal estrategia de negociación por parte de un cliente puede ser contraproducente y dar lugar a que se reconsidere la totalidad de las condiciones del trato.⁴¹⁹

6.200. Observamos que las partes están de acuerdo en que, como proposición general, las negociaciones entre un cliente de LCA y un fabricante de LCA continúan después de la presentación de una oferta definitiva. Ninguna de las partes aduce que un aumento de los pedidos en firme a consecuencia de tal continuación de las negociaciones sea frecuente. Observamos, sin embargo, que tales aumentos se producen de hecho en ocasiones. Pruebas ICSS presentadas por la Unión Europea respaldan la afirmación de la Unión Europea de que, en múltiples casos en que ha intervenido Airbus, tales negociaciones han dado lugar a que una aerolínea realice más pedidos en firme de LCA que los propuestos en una oferta definitiva precedente. Esto ha entrañado, en ocasiones [[***]].⁴²⁰ Observamos, por lo tanto, que [[***]], las ofertas definitivas de Airbus contienen [[***]].⁴²¹ Los Estados Unidos no discuten que, en los tres casos a los que hace referencia la Unión Europea en sus pruebas ICSS, la aerolínea reajustó el número de [[***]] después de la recepción de la oferta definitiva, pero aducen que esos casos tuvieron lugar a lo largo de un período de 10 años, lo que, por consiguiente, pone de manifiesto que [[***]].⁴²²

6.201. A la luz de los análisis precedentes, consideramos que, en definitiva, es razonable suponer que, si Airbus hubiera finalizado sus negociaciones con [[***]] en las campañas de ventas pertinentes en la situación hipotética, los acuerdos de compra resultantes habrían contenido un número de pedidos en firme igual al que figura en los acuerdos de compra de Boeing correspondientes. Reconocemos que tales aumentos de los pedidos en firme (es decir, los que tienen lugar después de la recepción de una oferta definitiva) pueden ser infrecuentes. Observamos además que las ofertas definitivas de Airbus en las [[***]] campañas de ventas pertinentes estaban [[***]] basadas en el entendimiento de las necesidades de las aerolíneas que Airbus se había formado sobre la base, entre otras cosas, de información aportada por las aerolíneas y de la presión competitiva ejercida por Boeing.⁴²³ Sin embargo, consideramos convincente la demostrada demanda por parte de los clientes de un determinado número de LCA de pasillo único de Boeing suficientemente sustituibles, en particular unida al hecho de que pueden tener lugar, y de hecho ocurren, aumentos del número de pedidos en firme posteriores a la oferta definitiva, y dado que no hay ninguna prueba específica que indique por qué [[***]] habría deseado un número diferente de LCA de Airbus que de LCA de Boeing. Además, con respecto a la campaña de ventas de [[***]], consideramos particularmente significativas las pruebas de que [[***]] aumentó el número de pedidos en firme a Boeing después de la oferta definitiva de Boeing.⁴²⁴ No discernimos en el expediente nada que

⁴¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 56 del Árbitro, párrafo 49 (donde se hace referencia a la Declaración de [[***]] (28 de febrero de 2020) (Prueba documental USA-51 (ICC))). Véanse también las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 53 del Árbitro.

⁴¹⁷ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Árbitro, párrafo 66. Los Estados Unidos indican que en ocasiones una aerolínea puede tratar de [[***]]. (Declaración de [[***]] (28 de febrero de 2020) (Prueba documental USA-51 (ICC)), párrafo 15)

⁴¹⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 51 del Árbitro, párrafo 84. Véase también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Árbitro.

⁴¹⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 53 del Árbitro.

⁴²⁰ Véanse, IndiGo, [[ICSS]] (Prueba documental EU-67 (ICSS)) e IndiGo, [[ICSS]] (Prueba documental EU-68 (ICSS)); [[ICSS]] (Prueba documental EU-69 (ICSS)), [[ICSS]] (Prueba documental EU-70 (ICSS)) y [[ICSS]] (Prueba documental EU-71 (ICSS)); y Avianca [[ICSS]] (Prueba documental EU-72 (ICSS)) y Avianca [[ICSS]] (Prueba documental EU-73 (ICSS)).

⁴²¹ Véanse [[***]].

⁴²² Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 56 del Árbitro, párrafo 69.

⁴²³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 51 del Árbitro, párrafo 80.

⁴²⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), cuadro 12; [[***]].

indique que ese cambio fuera el producto de factores específicos de Boeing y que, por consiguiente, no habría ocurrido también en la situación hipotética si Airbus hubiera conseguido la campaña.

b. Calendarios de entregas hipotéticas

6.202. Con respecto a los calendarios de entregas hipotéticas de Airbus, tenemos dos opciones básicas: a) utilizar los calendarios de entregas reales de Boeing en relación con las cinco campañas de ventas pertinentes (como propugna la Unión Europea); o b) utilizar los calendarios de entregas que figuran en las ofertas definitivas de Airbus en las cinco campañas de ventas pertinentes (como propugnan los Estados Unidos). Observamos para comenzar que la Unión Europea aduce que el principio de "imparcialidad" obliga al Árbitro a utilizar los calendarios de entregas de Boeing reales porque el Árbitro de la diferencia DS316, en el contexto de la valoración de las pérdidas de ventas, utilizó los calendarios de entregas de Airbus reales que regían las campañas de ventas pertinentes como calendarios de entregas de Boeing en la situación hipotética en la que Boeing habría obtenido las ventas en lugar de Airbus. Al ser la presente la situación inversa, y por motivos de congruencia entre los dos arbitrajes, la Unión Europea afirma que el Árbitro debe utilizar los calendarios de entregas reales de Boeing.

6.203. Consideramos que hay diferencias importantes entre el expediente del presente procedimiento de arbitraje y el del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316. El Árbitro de la diferencia DS316, en este contexto, planteó su elección como una elección entre utilizar como calendarios de entregas hipotéticas de Boeing, bien los calendarios de entregas que figuraban en los acuerdos de compra de Airbus de las campañas de ventas perdidas, o los calendarios de entregas de los "pedidos de comparación" de Boeing (es decir, pedidos reales que Boeing había obtenido de clientes en campañas de ventas consideradas en general comparables a las campañas de ventas en cuestión). Ese Árbitro consideró que, "a falta de pruebas directas de los resultados de negociaciones {entre Boeing y los clientes de las campañas de ventas pertinentes} 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".⁴²⁵ Ello se debía a que cabía "suponer razonablemente que {los calendarios de Airbus reales} 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".⁴²⁶ Además, ese Árbitro constató que consideraba "improbable que Boeing, que tiene una capacidad de producción limitada en un período determinado, celebrase 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".⁴²⁷ Ese Árbitro señaló, sin embargo, y ello es instructivo, que los calendarios de entregas contractuales de Airbus tenían el inconveniente de reflejar solo importantes limitaciones relativas a la oferta concernientes a Airbus, en lugar de concernientes a Boeing, pero que "al menos representan un compromiso que resultó aceptable para las partes negociadoras en el momento del pedido"⁴²⁸, y añadió que "no ve{ía} 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".⁴²⁹

6.204. En contraste con la situación descrita por el Árbitro del procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, en el presente procedimiento, el Árbitro tiene "pruebas directas de los resultados de negociaciones en la situación hipotética" entre Airbus y los clientes pertinentes en cada una de las campañas de ventas específicas en cuestión, a saber, los calendarios de entregas de las ofertas definitivas de Airbus. Aunque reconocemos que esos resultados de negociaciones no eran definitivos, en el sentido de que figuran en ofertas definitivas, y no en acuerdos de compra contractuales, observamos que fueron el producto no solo del "entendimiento general que Airbus se había formado de las necesidades de las aerolíneas", sino también de "las observaciones y la participación activa

⁴²⁵ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.263.

⁴²⁶ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.263.

⁴²⁷ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.263.

⁴²⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.263.

⁴²⁹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.263.

de las aerolíneas".⁴³⁰ A nuestro juicio, por lo tanto, constituyen una indicación razonablemente fiable de lo que habrían sido los calendarios de entregas finales acordados entre Airbus y los clientes pertinentes si Airbus hubiera finalizado las negociaciones con los clientes. Observamos también que los calendarios de entregas de Boeing reflejan las limitaciones relativas a la oferta correspondientes a Boeing, pero no, y ello es importante, las correspondientes a Airbus. Por consiguiente, consideramos que los calendarios de entregas de las ofertas definitivas de Airbus son lo que más razonablemente refleja las pertinentes presiones ejercidas por parte de la demanda y de la oferta, como hubiera deseado hacer, pero no pudo, según indicó el Árbitro de la diferencia DS316, dadas las circunstancias de ese arbitraje.

6.205. A la luz de lo que antecede, consideramos que los calendarios de entregas de las ofertas definitivas de Airbus reflejan mejor que los calendarios de entregas de Boeing tanto las presiones ejercidas por parte de la demanda como de la oferta⁴³¹ en las negociaciones pertinentes si Airbus hubiera obtenido las ventas perdidas y que, por lo tanto, es razonable elegirlos como calendarios de entregas hipotéticas de Airbus en las circunstancias que tenemos ante nosotros.

6.206. Reconocemos que, en la sección inmediatamente precedente, hemos concluido que, en la situación hipotética, Airbus habría recibido en cada una de las cinco campañas de ventas pertinentes el mismo número de pedidos en firme de cada cliente que Boeing obtuvo en sus acuerdos de compra pertinentes, aunque en las campañas de ventas [[***]] Airbus propuso menos pedidos en firme en sus ofertas definitivas que los que Boeing había obtenido en los acuerdos de compra con esos clientes.⁴³² Por consiguiente, con respecto a esas [[***]] campañas de ventas, debemos añadir un número ICSS de períodos de entrega adicionales a los calendarios de entregas de Airbus incluidos en las ofertas definitivas que Airbus presentó a [[***]]. Para hacerlo, los Estados Unidos proponen que "el Árbitro ... calcule un tiempo medio entre entregas basado en el calendario de Airbus y, a continuación, suponga entregas adicionales con ese intervalo después de la fecha de entrega final que figura en la oferta definitiva de Airbus".⁴³³ Los Estados Unidos aducen que este método tiene la ventaja de "aproximarse más a las ofertas definitivas de Airbus".⁴³⁴ La Unión Europea propone que el Árbitro suponga que Airbus habría entregado las aeronaves adicionales "a lo largo del mismo calendario de entregas que las entregas reales de Boeing".⁴³⁵ Más concretamente, para cada campaña de ventas, se supondría que las entregas del número adicional de LCA de Airbus [[***]].⁴³⁶ La Unión Europea aduce que este método es preferible al enfoque de los Estados Unidos porque el método de la Unión Europea refleja las presiones ejercidas por parte de la demanda, es decir, reflejan los turnos de entrega que eran aceptables para las aerolíneas pertinentes con respecto a esas LCA adicionales.⁴³⁷

6.207. Consideramos que la propuesta de la Unión Europea es razonable y, en consecuencia, la adoptamos. Airbus [[***]] para los pedidos en firme adicionales pertinentes en sus ofertas definitivas pertinentes. Sin embargo, observamos que las fechas de esas entregas de Boeing representaban un acuerdo aceptable entre las partes negociadoras.⁴³⁸ Además, no discernimos en el expediente nada que nos indique que utilizar el enfoque de los Estados Unidos daría lugar a un resultado más fiable.

⁴³⁰ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 51 del Árbitro, párrafo 80.

⁴³¹ Las presiones ejercidas por parte de la oferta en este contexto hacen referencia al hecho de que Boeing y Airbus tienen una capacidad de producción limitada en un momento determinado y, por consiguiente, es posible que los dos fabricantes de LCA no siempre sean capaces de satisfacer las demandas específicas de sus clientes respecto de calendarios de entregas concretos.

⁴³² Véase el párrafo 6.201 *supra*.

⁴³³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 58 del Árbitro, párrafos 75-76.

⁴³⁴ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 58 del Árbitro, párrafo 76.

⁴³⁵ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro, párrafo 148. Véase también la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 58 del Árbitro.

⁴³⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 58 del Árbitro, cuadros 13 y 14.

⁴³⁷ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro, párrafos 148-149.

⁴³⁸ Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.263.

6.4.6.4 Reajustes por cancelaciones reales y posibles cancelaciones futuras

6.208. La Unión Europea afirma que es razonable reajustar el valor de los pedidos que Airbus habría obtenido en la situación hipotética como resultado de las cinco pérdidas de ventas pertinentes por el riesgo de que dichos pedidos se habrían cancelado en la situación hipotética, en consonancia con el enfoque utilizado en el arbitraje de la diferencia DS316. La Unión Europea aborda el riesgo de cancelación de manera diferente con respecto a tres grupos de entregas hipotéticas: a) las que se habrían cancelado con toda seguridad en la situación hipotética; b) las que habría estado previsto que se realizasen antes del momento actual (es decir, antes de enero de 2020); y c) las que habría estado previsto que se realizasen después del momento actual (es decir, después de diciembre de 2019).

6.209. Con respecto de las entregas hipotéticas comprendidas en el grupo a), la Unión Europea aduce que en la situación hipotética solo se habría cancelado una entrega relacionada con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014. Por lo tanto, reconoce que esta entrega debe valorarse como inexistente.⁴³⁹ Con respecto a las otras entregas hipotéticas comprendidas en el grupo b), la Unión Europea propone que el Árbitro suponga que cualquier pedido cuya entrega esté prevista, según el calendario de entregas elegido por el Árbitro, hasta el momento actual ya ha sido entregado en la situación hipotética y, por lo tanto, se le debe asignar un riesgo de cancelación del 0%. Con respecto a las otras entregas hipotéticas comprendidas en el grupo c), la Unión Europea aduce que el Árbitro debe reajustar su valor multiplicando el precio de entrega de cada una por una "tasa de supervivencia", es decir, la probabilidad de que esas entregas *no* serían canceladas (la Unión Europea asigna una probabilidad de cancelación del 0% a todas las entregas previstas hasta el final de 2019). La Unión Europea afirma que el Árbitro debe calcular esa tasa de supervivencia utilizando la tasa media de cancelación de los modelos de LCA de pasillo único de Airbus correspondiente a los años 2009-2012. Este método de reconstrucción es adecuado, según la Unión Europea, primeramente porque las tasas de cancelación de las LCA de pasillo único reflejan con más exactitud la probabilidad de que las LCA de pasillo único de Airbus en cuestión se habrían cancelado porque el historial de las tasas de cancelación de LCA de pasillo único y el de otros tipos de LCA es diferente, lo que refleja razones diferentes por las que las aerolíneas pueden cancelar pedidos de determinados tipos de LCA. En segundo lugar, el Árbitro de la diferencia DS316 utilizó datos históricos de cancelaciones de un período que no se había visto afectado por los pedidos hipotéticos adicionales realizados y, por lo tanto, "solo deben utilizarse datos *anteriores* al período de referencia de 2013 a 2015 a los efectos de cuantificar las tasas de cancelación, las tasas de supervivencia reales y las tasas de supervivencia estimadas". Esto se debe a que los datos de cancelación tomados de los años en que se produjeron las pérdidas de ventas pertinentes (es decir, 2013-2017) "probablemente habrían cambiado en el mundo hipotético, en el que Airbus habría hecho más ventas".⁴⁴⁰ La Unión Europea también aduce, no obstante, que "la información histórica sobre cancelaciones más detallada, más específica y, de hecho, más pertinente puede encontrarse en las *cancelaciones reales* que Boeing experimentó en las cinco transacciones de LCA de pasillo único sensibles a los precios en cuestión".⁴⁴¹

6.210. Los Estados Unidos también aducen que el riesgo de cancelaciones debe tenerse en cuenta aplicando una tasa de supervivencia a los precios de entrega de las entregas hipotéticas pertinentes de Airbus.⁴⁴² A diferencia del enfoque de la Unión Europea, los Estados Unidos aplican su última metodología en este contexto con referencia a dos, en lugar de a tres, grupos de entregas de LCA hipotéticas, es decir, a) las entregas hipotéticas previstas para ser realizadas antes del momento actual (es decir, antes de 2020, pero no durante ese año); y b) las que habría estado previsto que se realizasen en 2020 y posteriormente. Según la última metodología propuesta por los Estados Unidos, en cuanto a las entregas hipotéticas previstas para ser realizadas antes del momento actual

⁴³⁹ La Unión Europea alega que Fly Dubai canceló una entrega de una LCA de Boeing relacionada con esta campaña de ventas "debido a eventos exógenos en forma de decisiones y acciones posteriores a los pedidos específicos de la aerolínea (y no debido a dificultades experimentadas por {Boeing})". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro, párrafo 157 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.225) (se omiten las comillas internas)).

⁴⁴⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 204-205. (con resalte en el original)

⁴⁴¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro, párrafo 177. (con resalte en el original)
Véanse también la comunicación escrita de la Unión Europea, sección II.C.2 y párrafos 390, 396, 399 y 400; las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 60 y 61 del Árbitro; y las observaciones de la Unión Europea sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 60-65 del Árbitro.

⁴⁴² Comunicación escrita de los Estados Unidos, sección VII.

(es decir, antes de 2020, pero no durante ese año), los Estados Unidos afirman que el Árbitro debería calcular una tasa de supervivencia "basada en la experiencia real de Boeing por corriente de entregas {es decir, por transacción de venta en cuestión} y aplicar esta ratio a las entregas aplicables correspondientes a la pérdida de ventas de Airbus en la situación hipotética".⁴⁴³ Sin embargo, observamos que, en una metodología propuesta anteriormente por los Estados Unidos con respecto a las entregas hipotéticas anteriores a 2020, los Estados Unidos no discuten las posiciones de la Unión Europea de que el número de entregas hipotéticas de Airbus que deben valorarse como inexistentes porque habrían sido canceladas en la situación hipotética antes del momento actual es uno y de que el riesgo de cancelación que debe asignarse a todas las demás entregas hipotéticas de Airbus que estaba previsto que se realizasen hasta el momento actual (es decir, antes de 2020, pero sin incluir ese año) según los calendarios de entregas de las ofertas definitivas de Airbus es cero.⁴⁴⁴

6.211. En su última metodología, con respecto a otras entregas hipotéticas de Airbus (es decir, las que habría estado previsto que se realizasen después de 2019), los Estados Unidos están de acuerdo con la Unión Europea en que el Árbitro debe reajustar su valor multiplicando el precio de entrega de cada una por una tasa de supervivencia. A este respecto, los Estados Unidos proponen "apli{car} una tasa de supervivencia de Airbus genérica"⁴⁴⁵ basada en el historial de las tasas de cancelación de Airbus (asignando una probabilidad de cancelación del 0% a todas las entregas previstas hasta el final de 2019, en consonancia con el enfoque de la Unión Europea). Los Estados Unidos aducen que el Árbitro debe reconstruir esa tasa de supervivencia utilizando la tasa media de cancelación de todos los modelos de LCA de Airbus correspondiente a los años 2003-2007, es decir "el período inmediatamente anterior al período en que podrían haberse hecho las ventas y las entregas hipotéticas".⁴⁴⁶ Este método de reconstrucción es adecuado, en opinión de los Estados Unidos, porque: a) el uso de los datos históricos de cancelaciones relativos a todos los modelos de LCA de Airbus es coherente con el enfoque utilizado en el arbitraje de la diferencia DS316 en la que el Árbitro utilizó el historial de las tasas de cancelación relativo a todos los modelos de LCA de Boeing para reconstruir una tasa de supervivencia; b) el Árbitro de la diferencia DS316 utilizó datos históricos de cancelaciones de un período no afectado por los pedidos hipotéticos adicionales realizados y la primera venta perdida pertinente en este procedimiento fue la campaña Fly Dubai 2008; y c) se pueden producir más situaciones de cancelación con respecto a determinados tipos de LCA (por ejemplo, de doble pasillo o VLA) que con respecto a LCA de pasillo único durante un período determinado, pero esto no significa que dichas LCA sean necesariamente más propensas a cancelaciones que las LCA de pasillo único; por lo tanto, no cabe esperar que el uso de datos de cancelaciones relativos a las LCA de doble pasillo y las VLA dé lugar a una tasa de supervivencia estimada inexacta.⁴⁴⁷

6.212. El Árbitro observa que las partes están de acuerdo en principio en que debemos tener en cuenta el riesgo de que las entregas de Airbus hipotéticas pertinentes (es decir, las entregas derivadas de los pedidos hipotéticos que Airbus habría obtenido como resultado de las cinco campañas de ventas pertinentes) se habrían cancelado. Las partes discrepan sobre cómo debe calcularse y aplicarse ese riesgo a cada entrega de LCA. A fin de resolver estas discrepancias entre las partes, consideramos muy útil examinar determinados aspectos de la metodología de la Unión Europea y determinar si esos aspectos son razonables a la luz del expediente que tenemos ante nosotros.

6.213. El primer aspecto de la metodología de la Unión Europea que abordamos es la asignación de un riesgo de cancelación del 100% a una entrega hipotética en relación con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014, es decir, valorar una entrega como inexistente. La Unión Europea afirma que debemos proceder así porque una entrega de Boeing relacionada con esa campaña de ventas ha

⁴⁴³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 63 del Árbitro, párrafo 79.

⁴⁴⁴ Véase también la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 20 y 60 del Árbitro, párrafos 65-69.

⁴⁴⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 63 del Árbitro, párrafo 79. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Árbitro, párrafos 64 (donde se explica que "el Árbitro podría basarse en la experiencia de Airbus de manera más general, que refleja factores relacionados con la oferta que influyen en las cancelaciones o en la experiencia de Boeing respecto de estas ventas específicas, que en parte refleja factores relacionados con la demanda, para elaborar una tasa de cancelación teórica") y 70.

⁴⁴⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Árbitro, párrafo 79.

⁴⁴⁷ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 18; 19; 33, párrafo 101; 61; y 62 del Árbitro; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 60, 61 y 64 del Árbitro.

sido, de hecho, cancelada y, además, la cancelación se debió a razones específicas de la aerolínea y ajenas a Boeing. En respuesta, los Estados Unidos afirman que la cuestión de si Airbus habría hecho cualquier entrega en particular en la situación hipotética está sujeta a incertidumbre y, por lo tanto, son partidarios de asignar un riesgo de cancelación general (que tenga en cuenta la cancelación de Fly Dubai 2014) respecto de todas las entregas hipotéticas de Airbus en lugar de asignar un valor de cero a un período de entrega específico.⁴⁴⁸ Señalamos que las partes están de acuerdo en que Fly Dubai canceló de hecho una entrega asociada a la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014. Además, la Unión Europea ha afirmado que esta cancelación se produjo por razones ajenas a Boeing, afirmación que los Estados Unidos no han cuestionado. Además, las LCA de Boeing y Airbus en cuestión en esta campaña de ventas compiten en el mismo mercado de productos (es decir, el mercado de productos LCA de pasillo único)⁴⁴⁹ y "se pueden sustituir un{as} a{ } otr{as} en medida suficiente".⁴⁵⁰ [[***]] Por consiguiente, consideramos que la suposición de la Unión Europea en este contexto es razonable, es decir, Fly Dubai habría cancelado un pedido de LCA de pasillo único de Airbus del mismo modo que canceló un pedido de LCA de pasillo único de Boeing.

6.214. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es a qué período de entrega del calendario de entregas hipotéticas de Airbus para Fly Dubai 2014 se debe asignar un valor de cero. La Unión Europea ha propuesto asignar un valor de cero a la última entrega del calendario de entregas hipotéticas para Fly Dubai 2014.⁴⁵¹ Esto se debe a que aunque "no existe un principio general respecto de qué turnos de entrega se cancelan en una campaña de ventas"⁴⁵², "con frecuencia, redonda en interés tanto de la aerolínea como de Airbus que la aerolínea cancele turnos de entrega [[***]]" a fin de que [[***]].⁴⁵³ La Unión Europea también señala que el 737-800 cancelado estaba asignado al [[***]] que Fly Dubai había pedido a Boeing en la campaña de ventas pertinente, lo que indicaba el deseo de Fly Dubai de cancelar turnos de entrega más tardíos en lo que concierne a ese modelo de LCA.⁴⁵⁴ Los Estados Unidos no indican ningún turno de entrega alternativo para la cancelación hipotética. Al contrario, en la medida en que los Estados Unidos han propuesto una metodología para asignar un valor de cero a entregas específicas debido a las cancelaciones, los Estados Unidos también han optado por asignar un valor de cero a los períodos de entrega "más cercanos al final {del} calendario de entregas del modelo".⁴⁵⁵

6.215. Señalamos que la entrega cancelada por Fly Dubai estaba [[***]].⁴⁵⁶ La razón por la que Fly Dubai decidió cancelar el período de entrega específico que canceló no consta en el expediente. Además, señalamos que Fly Dubai canceló de hecho la [[***]] que Fly Dubai pidió.⁴⁵⁷ Además, consideramos lógico y razonable que, en general, puede tener [[***]], como aclaró la Unión Europea. En tales circunstancias, consideramos razonable la suposición de la Unión Europea de que Fly Dubai habría cancelado la última entrega del [[***]] de LCA de Airbus que se habría vendido en relación con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014.⁴⁵⁸

⁴⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 65 del Árbitro.

⁴⁴⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.47 b).

⁴⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.33. (no se reproducen las comillas internas)

⁴⁵¹ Señalamos que en la nota 458 *infra* determinamos que Airbus habría entregado [[***]] en la situación hipotética en relación con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014.

⁴⁵² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 64 del Árbitro, párrafo 181.

⁴⁵³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 64 del Árbitro, párrafo 182.

⁴⁵⁴ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 64 del Árbitro, párrafos 210-211 (donde se hace referencia, *inter alia*, a la base de datos de Ascend (Prueba documental EU-1)).

⁴⁵⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro, párrafo 214 (donde se cita la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 64 del Árbitro, párrafo 183) (alteración en el original); y Valor previsto de la pérdida de ventas en relación con [[***]] en dólares del año del pedido (Revisión) (Prueba documental USA 104 (ICSS)).

⁴⁵⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 65 del Árbitro, nota 82; Acuerdo de compra de Fly Dubai 2014 (Prueba documental USA-85 (ICSS)); Base de datos de Ascend (Prueba documental EU-1); y [[***]] de Boeing correspondientes a las campañas de ventas de Fly Dubai 2008 y Delta 2011 (Prueba documental USA-87 (ICSS)).

⁴⁵⁷ Base de datos de Ascend (Prueba documental EU-1).

⁴⁵⁸ La Unión Europea supone que se habría pedido [[***]] de LCA de Airbus en la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 hipotética. Los Estados Unidos no han aducido que en esta campaña de ventas hipotética se habrían vendido otros [[***]]. Además, señalamos que determinadas pruebas ICSS respaldan la suposición de

6.216. En este contexto, también señalamos que los Estados Unidos, en sus observaciones sobre las respuestas de la Unión Europea al segundo conjunto de preguntas del Árbitro, declararon que "el [[***]]".⁴⁵⁹ Con esta declaración, los Estados Unidos presentaron una propuesta de valoración actualizada de esta [[***]] en la que se excluía el valor de [[***]] entregas para tener en cuenta estas [[***]].⁴⁶⁰ Los Estados Unidos, no obstante, no presentan prueba alguna -y, de hecho, nunca declaran específicamente- que estas [[***]] se habrían producido también en la situación hipotética, es decir, que la aerolínea [[***]] por razones ajenas a Boeing. Por consiguiente, consideramos que, a la luz del expediente que tenemos ante nosotros, una suposición de que tales [[***]] se habrían producido en la situación hipotética (es decir, que la aerolínea habría igualmente [[***]] pedidos de LCA de Airbus) es excesivamente especulativa. En consecuencia, nos negamos a barajar esta suposición.⁴⁶¹ Por lo tanto, no excluiríamos el valor de esas [[***]] entregas, como proponen los Estados Unidos.

6.217. El segundo aspecto de la metodología de la Unión Europea que abordamos es la asignación de una probabilidad de cancelación del 0% a las entregas que habría estado previsto que se realizasen antes del momento actual (es decir, antes de enero de 2020) en la situación hipotética. La Unión Europea aduce que tales entregas deben ser todas las que estaba previsto que se realizasen en la situación hipotética antes del momento actual según los calendarios de entregas hipotéticas elegidos por el Árbitro. "Esto se debe a que ... las fechas de las entregas hipotéticas ... vienen determinadas por los *calendarios* de entregas contenidos en las ofertas definitivas presentadas por Airbus a las aerolíneas en cuestión".⁴⁶² Los Estados Unidos afirman que la cuestión de si Airbus habría hecho cualquier entrega en particular prevista para antes del momento actual en la situación hipotética está sujeta a incertidumbre y, por lo tanto, son partidarios de asignar un riesgo de cancelación general respecto de todas las entregas hipotéticas pertinentes de Airbus.⁴⁶³ La Unión Europea responde que la metodología de los Estados Unidos es contraria a la metodología utilizada en el arbitraje de la diferencia DS316 y no hay pruebas de que ninguna de dichas entregas hipotéticas se habría cancelado, lo que justificaría la aplicación de una tasa de supervivencia que reflejase ese riesgo.⁴⁶⁴

6.218. Recordamos que, llegados a este punto de nuestro análisis, suponemos que solo se habría cancelado un pedido de LCA específico de Airbus relacionado con las cinco pérdidas de ventas pertinentes (es decir, el pedido relacionado con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 analizado *supra*) y que suponemos que se correspondería con el último período de entrega del calendario de entregas hipotéticas para Fly Dubai 2014 (es decir, correspondiente a un período de entrega en un [[***]]). Por lo tanto, las aerolíneas clientes pertinentes han demostrado [[***]] su deseo de recibir el resto de las LCA que han pedido en estas campañas de ventas.⁴⁶⁵ Además, recordamos de nuevo que las LCA de Boeing y de Airbus en cuestión en estas campañas de ventas compiten en el mismo mercado de productos (es decir, el mercado de productos de LCA de pasillo único)⁴⁶⁶ y que "se pueden sustituir un{as} a{ } {las} otr{as} en medida suficiente"⁴⁶⁷, y que, en la sección 6.4.6.3 *supra*, concluimos que los cinco clientes habrían pedido el mismo número de LCA de pasillo único a Airbus en la situación hipotética que el que pidieron efectivamente a Boeing. A la luz de estas consideraciones, estamos de acuerdo con la Unión Europea en que es razonable suponer que las

que en esta campaña de ventas se habría pedido [[***]]. (Véase Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2014, [[ICSS]] (Prueba documental EU-6 (ICSS))).

⁴⁵⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro, párrafo 214.

⁴⁶⁰ Valor previsto de la pérdida de ventas en relación con [[***]] en dólares del año del pedido (Revisión) (Prueba documental USA-104 (ICSS)).

⁴⁶¹ Señalamos que nuestro enfoque sobre si suponer que determinadas [[***]] se habrían producido en la situación hipotética es coherente con el enfoque adoptado por el Árbitro respecto de las cancelaciones en el arbitraje de la diferencia DS316. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo [[***]]).

⁴⁶² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 60 del Árbitro, párrafo 155. (con resalte en el original)

⁴⁶³ Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 65 del Árbitro.

⁴⁶⁴ Véanse, por ejemplo, las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Árbitro.

⁴⁶⁵ Recordamos que no constatamos que haya fundamento alguno para llegar a la conclusión de que, en la situación hipotética, [[***]]. (Véase el párrafo 6.216 *supra*).

⁴⁶⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.47 b).

⁴⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE), párrafo 9.33. (no se reproducen las comillas internas)

aerolíneas pertinentes habrían aceptado la entrega del número de LCA de Airbus que habría estado previsto para antes del momento actual (es decir, antes de 2020).

6.219. El tercer aspecto de la metodología de la Unión Europea que abordamos es la reconstrucción y aplicación de una "tasa de supervivencia" al resto de los pedidos hipotéticos de Airbus relacionados con las cinco pérdidas de ventas en cuestión. Estas entregas restantes consisten en las entregas que habría estado previsto que se realizasen después del momento actual (es decir, después de diciembre de 2019) en la situación hipotética, [[***]]. La Unión Europea y los Estados Unidos están de acuerdo en que el Árbitro debe reajustar el valor de estas entregas multiplicando sus precios de entrega por una tasa de supervivencia, es decir, la probabilidad de que tales entregas *no* se cancelarían. No obstante, las partes discrepan sobre cómo reconstruir esa tasa de supervivencia.

6.220. La finalidad de la tasa de supervivencia es reflejar el riesgo de futuras cancelaciones. La cuestión que se plantea, por lo tanto, es cómo estimar de la mejor manera ese riesgo. Señalamos que las partes están de acuerdo en que, para calcular ese riesgo, deben utilizarse los datos históricos de cancelaciones, pero discrepan respecto de qué datos históricos deben utilizarse. La Unión Europea es partidaria de utilizar una tasa de supervivencia basada en las cancelaciones de las cinco campañas de ventas en cuestión que Boeing ha experimentado realmente o, con menos preferencia, en la totalidad de las cancelaciones de LCA de Airbus de pasillo único ocurridas en el período 2009-2012. La Unión Europea afirma que cuanto más "específicos" sean los datos históricos utilizados en relación con las campañas de ventas en cuestión (por ejemplo, con respecto de los modelos de LCA y las aerolíneas pertinentes), más pertinente y, por lo tanto, más exacta será la tasa de supervivencia estimada.⁴⁶⁸ Los Estados Unidos aducen que debemos basar la tasa de supervivencia en la totalidad de las cancelaciones de LCA de Airbus ocurridas en el período 2003-2007, siguiendo la metodología del Árbitro de la diferencia DS316 a la luz de las semejanzas fácticas que existen entre las dos diferencias.⁴⁶⁹

6.221. Estamos de acuerdo con la Unión Europea en que la especificidad de los datos históricos utilizados para reconstruir una tasa de supervivencia en relación con las cinco campañas de ventas pertinentes (en particular, y como se analiza *infra*, con respecto a los tipos de LCA en cuestión) es una consideración válida para predecir eficazmente otras cancelaciones que puedan producirse en relación con esas campañas.⁴⁷⁰ Con todo, creemos que esos datos también deberían obtenerse de una muestra suficientemente amplia de manera que se limite la influencia de posibles datos atípicos. Por consiguiente, en nuestra opinión, para predecir mejor las futuras cancelaciones debemos basarnos en datos que comprendan el mayor número de observaciones posible y lo más específicas posible respecto de las campañas en cuestión. Esto puede entrañar una transacción entre la especificidad de los datos y el tamaño de la muestra en cierto grado.

6.222. Consideramos que una manera razonable de resolver esta transacción es utilizar una tasa de supervivencia basada en la totalidad de las cancelaciones de LCA de pasillo único de Airbus ocurridas en el período 2003-2007 por tres razones. En primer lugar, la totalidad de cancelaciones de LCA de pasillo único de Airbus durante un período de cinco años constituye un tamaño de muestra mayor y, por tanto, estadísticamente preferible a un tamaño de muestra basado solamente en las campañas en cuestión. El mercado de LCA de pasillo único de Airbus supone [[***]] entregas cancelables en el período 2003-2007.⁴⁷¹ En cambio, según las cancelaciones basadas en la experiencia real de Boeing la tasa de supervivencia se basaría solo en 313 entregas cancelables. Por lo que respecta al tamaño de la muestra, las ventajas de utilizar las cancelaciones de LCA de pasillo único de Airbus ocurridas en el período 2003-2007 son, por lo tanto, enormes, a saber, el conjunto de datos aumenta de 313 a [[***]] entregas cancelables. Además, la Unión Europea no presenta ningún argumento específico sobre por qué los datos relativos a las entregas de LCA de pasillo único del período 2003-2007 producirían unos resultados sustancialmente inexactos en este contexto.

6.223. En segundo lugar, por lo que respecta a la especificidad, consideramos que el uso del historial de las tasas de cancelación de LCA de pasillo único es preferible al uso de las tasas de cancelación no solo de las LCA de pasillo único, sino también de las LCA que no se constató que competían en el mercado de productos de LCA de pasillo único (es decir, las LCA de pasillo doble y las VLA) en el

⁴⁶⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro, párrafo 175.

⁴⁶⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Árbitro, párrafo 78.

⁴⁷⁰ Las partes no han aportado datos históricos de cancelaciones ordenados por clientes.

⁴⁷¹ Actualización del historial de cancelaciones de pedidos en los mercados de LCA de pasillo único y de doble pasillo (Prueba documental EU-74 (ICC)).

procedimiento sobre el cumplimiento. La Unión Europea ha aducido razones por las que las tasas de cancelación de las LCA de pasillo único pueden diferir, por ejemplo, de las tasas de cancelación de las LCA de doble pasillo, entre otras: los ahorros de costos inferiores de las cancelaciones de LCA de pasillo único para las aerolíneas comparados con los de las LCA de mayor tamaño, la "presión de los períodos de entrega" debida a pedidos pendientes de producción más prolongados de LCA de pasillo único, un mercado de reventa mayor para las LCA de pasillo único y una mayor versatilidad de las LCA de pasillo único.⁴⁷² Los Estados Unidos replican que las cancelaciones se producen por varias razones que no "indican necesariamente que el tipo de LCA pertinente sea particularmente propenso a las cancelaciones".⁴⁷³ Recordamos que las LCA de pasillo único constituyen su propio mercado de productos, es decir, las LCA de doble pasillo y las VLA son sustancialmente diferentes a las LCA de pasillo único. Por consiguiente, nos parece una proposición razonable que los pedidos de LCA de pasillo único y los pedidos de otros tipos de LCA puedan cancelarse por razones diferentes. Las pruebas disponibles sugieren, de hecho, que puede que así sea; durante los últimos 20 años las tasa de cancelación de las LCA de pasillo único de Airbus fueron (a menudo significativamente) inferiores casi todos los años.⁴⁷⁴ Además observamos que el uso de la totalidad de las cancelaciones de LCA de Airbus, como indican los Estados Unidos, aumentaría el tamaño de la muestra de [[***]] a [[***]] entregas posibles, lo que a nuestro juicio representa un aumento del tamaño de la muestra que no siendo insignificante, no es decisivo. Por consiguiente, consideramos que el uso de tasas de cancelación relativas a LCA que no están presentes en el mercado de productos de LCA de pasillo único puede entrañar riesgos importantes y pocas ventajas.

6.224. En tercer lugar, y finalmente, consideramos que el período de 2003-2007 es preferible al período de 2009-2012 ya que aporta más datos y excluye años que podrían no ser representativos debido a la repercusión de la crisis financiera de finales del decenio de 2000 y principios del decenio de 2010.⁴⁷⁵

6.4.6.5 Exclusión del [[***]] de los precios de entrega hipotéticos

6.225. Como se ha explicado en la sección 6.1 *supra*, la Unión Europea propone valorar la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización de entregas basando los precios hipotéticos de las aeronaves pertinentes en el "precio neto en fábrica" de las ofertas definitivas de Airbus. El precio neto en fábrica comprende el precio básico de la célula más los recargos por modificaciones de las especificaciones normales y otros elementos del costo, entre ellos, [[***]], más el precio de los motores, menos las concesiones, los créditos y los incentivos para la compra respecto de cada uno de esos elementos del costo.⁴⁷⁶ Asimismo, el precio neto en fábrica es el precio que se negocia con las aerolíneas clientes y se presenta a estas como parte de las ofertas definitivas y los contratos de compra de Airbus en la etapa inicial de una venta de LCA y que posteriormente se incrementa al valor del momento de la entrega.⁴⁷⁷ La Unión Europea considera que el precio neto en fábrica es el

⁴⁷² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 61 del Árbitro, párrafos 165-168.

⁴⁷³ Respuestas de los Estados Unidos a la pregunta 61, párrafo 71 (donde se hace referencia a la Declaración de [[***]] (28 de febrero de 2020) (Prueba documental USA-51 (ICC), párrafo 10)).

⁴⁷⁴ Actualización del historial de cancelaciones de pedidos en los mercados de LCA de pasillo único y de doble pasillo (Prueba documental EU-74 (ICC)).

⁴⁷⁵ Nuestra metodología en este contexto sigue de cerca la que aplicó el Árbitro de la diferencia DS316 en su valoración de las pérdidas de ventas, aunque los Estados Unidos han señalado que el Árbitro de la diferencia DS316 utilizó el historial de las tasas de cancelación de todos los mercados de productos de LCA (y no solo del mercado de productos de LCA de pasillo único) para reconstruir la tasa de supervivencia. Señalamos, no obstante, que hay diferencias importantes entre el presente arbitraje y el arbitraje de la diferencia DS316 en este contexto. Por ejemplo, el Árbitro de la diferencia DS316 valoró las LCA presentes en más de un mercado de productos de LCA, mientras que nosotros valoramos las LCA presentes en uno solo (a saber, el mercado de productos de pasillo único). Además, señalamos que, a diferencia de lo que ocurre en la presente diferencia, en el arbitraje de la diferencia DS316, las partes no mantuvieron un debate sustantivo sobre la cuestión de si utilizar el historial de las tasas de cancelación de un mercado de productos específico para reconstruir la tasa de supervivencia y, por lo tanto, no se pidió específicamente al Árbitro que abordara esta cuestión. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), sección 6.3.4.3.4.2).

⁴⁷⁶ Véanse los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE), párrafos 9.49-9.50; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 7.1693.

⁴⁷⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 92.

que mejor refleja el valor total de una LCA de Airbus, ya que es el precio que un cliente de LCA habría pagado por cada aeronave en la situación hipotética.⁴⁷⁸

6.226. Los Estados Unidos aducen que el valor del [[***]] se debería excluir del cálculo de los precios hipotéticos de las LCA de Airbus. [[***]].⁴⁷⁹ En consecuencia, el fabricante de aeronaves no cobra a los clientes [[***]], que tampoco se consigna en los libros del fabricante de aeronaves como un ingreso. Los Estados Unidos consideran que, dado que el valor del [[***]] no es un ingreso que Airbus podría haber recibido si hubiera obtenido las campañas de ventas pertinentes en la situación hipotética, este se debería excluir de los precios hipotéticos de las aeronaves de Airbus.⁴⁸⁰ El argumento de los Estados Unidos se basa en la tesis de que el valor de una pérdida de ventas o una entrega de una LCA en situación de amenaza se determina desde la perspectiva del fabricante de aeronaves, y es importante señalar que esta perspectiva se obtiene al calcular los ingresos previstos del fabricante de aeronaves en la situación hipotética.⁴⁸¹ Los Estados Unidos también aducen que, en el arbitraje de la diferencia DS316, [[***]] se excluyó del valor de los precios hipotéticos de las aeronaves porque [[***]] no formaba parte de los ingresos reconocidos como derivados de la venta de LCA desde la perspectiva de Boeing.⁴⁸²

6.227. En respuesta, la Unión Europea sostiene que la valoración del producto que se habría vendido en la situación hipotética debe centrarse en el producto en cuestión, a saber, las LCA de Airbus, y que ello ha sido confirmado tanto por las constataciones del Árbitro de la diferencia DS316 como por la "lógica" del mercado de LCA.⁴⁸³ Más concretamente, la Unión Europea aduce que las partes pertinentes de la decisión del Árbitro de la diferencia DS316 dejan claro que los efectos desfavorables cuya existencia se determinó en esa diferencia concernían a un producto específico (las LCA de Boeing), y no a sus componentes particulares.⁴⁸⁴ Asimismo, la Unión Europea observa que un aspecto fundamental del modelo de negocio correspondiente a las LCA es el reparto de los ingresos, con arreglo al cual un fabricante de LCA monta y entrega una LCA, cobra el precio de venta y devuelve una parte de lo ingresado a determinados proveedores. A juicio de la Unión Europea, la cuestión de si los ingresos se entregan directamente al proveedor sin pasar por las cuentas del fabricante de LCA, o se consignan primeramente como ingresos en las cuentas financieras de Airbus antes de ser entregados a los proveedores, carece de pertinencia a fin de valorar los efectos desfavorables para los intereses de la Unión Europea que resultan de las subvenciones incompatibles con las normas de la OMC en litigio.⁴⁸⁵

⁴⁷⁸ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 422.

⁴⁷⁹ Los Estados Unidos han presentado pruebas en que se describe [[***]]. (Shannon Ackert, *Commercial Aspects of Aircraft Customization*, Aircraft Monitor (2013), página [[***]] (Prueba documental USA-15)) La Unión Europea informa de que, en lo que atañe a Airbus, [[***]] abarca todos los tipos de costos relativos a las elecciones de las aerolíneas específicas [[***]]. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 90).

⁴⁸⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 143; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 133.

⁴⁸¹ Los Estados Unidos aducen que "los ingresos que Boeing o Airbus obtienen de la venta de una LCA en su condición de fabricantes y vendedores de LCA son el indicativo adecuado del valor de entrega de una LCA a los efectos del presente arbitraje". (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 131).

⁴⁸² Los Estados Unidos aducen que la inclusión del [[***]] en la valoración de las ventas hipotéticas reflejaría por el contrario el valor total de las ventas desde la perspectiva de (múltiples) clientes. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 132).

⁴⁸³ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 416.

⁴⁸⁴ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 238-240; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafos 417-418. La Unión Europea aduce que el Árbitro de la diferencia DS316 no adoptó decisión alguna sobre si incluir o excluir [[***]] en los precios hipotéticos de las LCA de Boeing en ese procedimiento porque los precios de comparación de Boeing presentados por los Estados Unidos en dicho procedimiento no incluían [[***]] y la Unión Europea no se opuso a la decisión de los Estados Unidos de no incluir [[***]] en esos precios. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 26 del Árbitro, párrafos 108-109). La Unión Europea sostiene que, en cualquier caso, Boeing parece excluir de la categoría de [[***]] muchas partidas de costos de los clientes que Airbus suele considerar como parte del [[***]]. (Respuesta de la Unión Europea a las preguntas 23, párrafos 94, 97 y 99; y 26, párrafo 111, del Árbitro).

⁴⁸⁵ Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 421.

6.228. La cuestión sometida al Árbitro es si deberíamos excluir el valor del [[***]] del "precio neto en fábrica" de las ofertas definitivas de Airbus que se utilizará para calcular los precios hipotéticos de las LCA de Airbus pertinentes al valorar la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización de entregas.

6.229. Comenzamos señalando que, en la presente diferencia, los Estados Unidos causaron efectos desfavorables para los intereses de la Unión Europea por medio de las repercusiones económicas de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington sobre los pedidos y entregas de LCA de Airbus, el producto en cuestión en el presente procedimiento. Valoramos los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado desde la perspectiva de Airbus como una evaluación fiable de los efectos desfavorables sufridos por la Unión Europea, de igual manera y teniendo las mismas razones que el Árbitro de la diferencia DS316, que evaluó los efectos desfavorables sufridos por los Estados Unidos en el procedimiento de arbitraje de esa diferencia valorando los efectos desfavorables cuya existencia se había determinado desde la perspectiva de Boeing.⁴⁸⁶

6.230. Los efectos desfavorables en la presente diferencia se refieren a las campañas de ventas de LCA perdidas por Airbus que dieron lugar a que Airbus no obtuviera determinados pedidos y no realizara determinadas entregas en el futuro. Es lógico que una valoración de esa pérdida de ventas y esa amenaza de obstaculización de entregas deba basarse en los "precios" hipotéticos de las LCA de Airbus pertinentes. El Grupo Especial sobre el cumplimiento examinó varios aspectos de los precios de las LCA y observó que estos comprenden numerosos elementos, como las células, las modificaciones de las especificaciones normales, el equipo a cargo del comprador y los motores, y que, mientras algunos de esos elementos se negocian con los fabricantes de células, otros se negocian directamente con los proveedores pertinentes.⁴⁸⁷

6.231. Como se ha señalado anteriormente, la Unión Europea propone que utilicemos el precio neto en fábrica que aparece en las ofertas definitivas de Airbus correspondientes a las campañas de ventas pertinentes a fin de calcular el precio hipotético de las LCA de Airbus pertinentes. El precio neto en fábrica es el precio que se negocia con los clientes de Airbus y se presenta a estos en última instancia como parte de las ofertas definitivas de Airbus. Asimismo, es el precio en que el cliente basa su evaluación económica de la propuesta de Airbus para analizar el VAN de dicha propuesta.⁴⁸⁸

6.232. Los Estados Unidos no ponen en duda que el precio neto en fábrica es el precio adecuado en que basar el valor de la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización de entregas más allá de indicar que este precio [[***]], que, según aducen, se deberían restar del precio neto en fábrica. El argumento de los Estados Unidos de que [[***]] no debería formar parte de los precios de entrega hipotéticos parece sustentarse en la tesis de que, en el presente procedimiento, únicamente los elementos del precio que Airbus consigna directamente como ingresos se deberían incluir en la valoración de los efectos desfavorables. Los Estados Unidos consideran que esta tesis fue aceptada por el Árbitro de la diferencia DS316 cuando utilizó el "precio neto de Boeing" para calcular el valor de la pérdida de ventas y la obstaculización de entregas hipotéticas de Boeing en esa diferencia, dado que el precio neto de Boeing no incluye [[***]].⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.220. Observamos que el artículo 5 c) del Acuerdo SMC dispone que "{n}ingún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones ..., efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros", incluido el "perjuicio grave a los intereses de otro Miembro". Las constataciones adoptadas en la presente diferencia indican que la subvención B&O del estado de Washington "caus{ó} un perjuicio grave a los intereses de la Unión Europea". Esas constataciones no mencionan los intereses comerciales de Airbus. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.486 b) y 9.487 b)).

⁴⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.49-9.51.

⁴⁸⁸ Véanse los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.20-9.21; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 7.1694. Ello también resulta evidente a partir de las evaluaciones que el Grupo Especial sobre el cumplimiento hizo en el apéndice ICSS de su informe de los efectos que tuvo la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington sobre los resultados de las campañas de ventas. (Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, apéndice 2, notas 570-571).

⁴⁸⁹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.274 y 6.466.

6.233. En el arbitraje de la diferencia DS316, los Estados Unidos propusieron valorar la pérdida de ventas y la obstaculización de entregas basando los precios de entrega hipotéticos de las aeronaves pertinentes en los "precios netos de Boeing". Al abordar la respuesta de los Estados Unidos a los argumentos de la Unión Europea sobre los pedidos de comparación de Boeing apropiados en ese procedimiento, el Árbitro de la diferencia DS316 observó (pero sin que formara parte de ningún razonamiento para resolver un desacuerdo entre las partes) que los Estados Unidos habían afirmado que [[***]].⁴⁹⁰ Es cierto que el Árbitro de la diferencia DS316 aceptó la propuesta de los Estados Unidos de basar los precios de entrega hipotéticos en el precio neto de Boeing en ese procedimiento, pero en la decisión no se indica que el motivo fuera que el precio neto de Boeing excluía [[***]], o que el Árbitro consideró que los precios de entrega hipotéticos solo debían incluir elementos del precio que el fabricante de aeronaves consignara directamente como ingresos.

6.234. En cambio, el precio neto de Boeing, al igual que el precio neto en fábrica de Airbus, *incluía* el precio de los motores.⁴⁹¹ Generalmente, la aerolínea cliente y el proveedor de motores contratan los motores por separado.⁴⁹² En el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, la Unión Europea no adujo que los precios de entrega hipotéticos de las aeronaves de comparación de Boeing debían excluir el costo de los motores. No obstante, si el Árbitro de la diferencia DS316 hubiera tratado de valorar las LCA de Boeing pertinentes sobre la base de los ingresos reconocidos por Boeing al vender las LCA en cuestión, es razonable sostener que habría determinado si Boeing reconoció ingresos derivados de las ventas de motores y habría incluido expresamente el valor de los motores en los precios de entrega hipotéticos, o habría excluido el valor de los motores de esos precios, basándose en esa determinación. En este procedimiento, los Estados Unidos tampoco han aducido específicamente que debamos restar el costo de los motores al precio neto en fábrica.⁴⁹³

6.235. Incluso dejando de lado la cuestión de si las prácticas de Airbus al reconocer los ingresos establecen una diferenciación entre las ventas de motores y [[***]], sigue sin convencernos de forma más general el argumento de los Estados Unidos de que "lo que debería considerarse como parte de {un} producto de LCA viene determinado por lo que se incluye entre los ingresos reconocidos por el fabricante de LCA a raíz de la venta de la LCA".⁴⁹⁴ La fabricación de una LCA es un proceso sumamente complejo en lo que concierne a la ingeniería, la cadena de suministro y las finanzas, y no atañe solo al fabricante de LCA, sino también a los fabricantes de motores, de conjuntos secundarios y de todos los demás componentes y partes incorporados en la aeronave.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, nota 324; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 26 del Árbitro, párrafo 108 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.282. (no se reproduce el resalte)

⁴⁹¹ El precio neto de Boeing es el "precio bruto de Boeing" menos las concesiones en materia de precios (es decir, los descuentos respecto del precio bruto ofrecidos por Boeing que se expresan en los acuerdos de compra concertados con el cliente como un descuento respecto del precio bruto del año de base). El precio bruto de Boeing, por su parte, incluye el precio de la célula y el precio de los motores. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Árbitro, párrafos 135-136).

⁴⁹² Los Estados Unidos señalan que es posible que los motores no siempre se contraten por separado, especialmente cuando no hay distintos motores entre los que elegir para un modelo particular. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Árbitro, párrafo 83). Los motores, de cuya fabricación se ocupan los fabricantes de motores, no forman parte de las células fabricadas por Airbus y Boeing y, por lo general, no están comprendidos en el precio de la célula (aunque no siempre es así). El Grupo Especial inicial observó que, en muchos casos, ni la aerolínea cliente ni el fabricante de motores revelan los precios de los motores a los fabricantes de células. Además, el Grupo Especial inicial señaló que los motores son el componente más costoso de una LCA, y representan entre el 20% y el 30% de su costo total. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 7.1690).

⁴⁹³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Árbitro, párrafo 82. A nuestro juicio, esto es importante porque en la definición de "LCA" que la Unión Europea hizo a los efectos de la presente diferencia, que se especifica en la nota 4 de la solicitud de establecimiento de un grupo especial de la Unión Europea presentada en el procedimiento inicial, se *excluyen* los motores. (Véanse el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 20 al párrafo 2.1; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1 y nota 3 a dicho párrafo. Véase también la nota 2 *supra*). En cambio, no existe una definición equivalente de LCA en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de los Estados Unidos en la diferencia DS316. (Véanse el documento WT/DS316/2 y el informe del Grupo Especial, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 2.1).

⁴⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 131.

⁴⁹⁵ Por ejemplo, en relación con el diseño, la fabricación y el montaje del Boeing 787, el Grupo Especial inicial en la presente diferencia examinó con cierto detalle la atención central que Boeing prestó al acabado y el montaje de los conjuntos secundarios y la integración de los sistemas diseñados y fabricados por terceros proveedores, muchos de los cuales eran asociados que compartían los riesgos. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, apéndice VII.F.1, párrafos 24-25).

Sobre la base de las pruebas que tenemos ante nosotros y de nuestra interpretación de la rama de producción de LCA reflejada en los informes del Grupo Especial inicial y el Grupo Especial sobre el cumplimiento, no nos convence la tesis de los Estados Unidos de que los ingresos reconocidos por el fabricante de LCA (en este caso, Airbus) en relación con la producción de cualquier modelo específico de LCA determinan necesariamente si un elemento concreto del precio de la LCA se debería incluir en los precios de entrega hipotéticos de las LCA, que comprenden la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización de entregas en este procedimiento. Como se ha explicado *supra*, nuestra valoración se centra en el producto en cuestión, las LCA de Airbus, y los efectos desfavorables sufridos por la Unión Europea. Los Estados Unidos no han explicado cómo el hecho de centrarse por el contrario en los ingresos del fabricante de LCA resultaría en una valoración más razonable de un producto fabricado mediante diversos acuerdos comerciales complejos, entre ellos, acuerdos de reparto de costos con determinados proveedores. En consecuencia, no vemos un fundamento objetivo por el que nuestra valoración de la pérdida de ventas o la amenaza de obstaculización de entregas pertinente debería verse afectada por el trato que Airbus dé en su contabilidad a los elementos del precio de una LCA que paga el cliente.⁴⁹⁶ Encontramos apoyo para nuestra opinión en la negativa del Árbitro de la diferencia DS316 a excluir el valor de los insumos de LCA no estadounidenses incorporados en las LCA de Boeing del nivel máximo de las contramedidas, en parte, porque hacerlo sería "excesivamente complicado", ya que la producción de LCA se basa en "cadenas de suministro internacionales complejas y optimizadas de manera dinámica".⁴⁹⁷

6.236. En conclusión, consideramos que excluir el valor del [[***]] del "precio neto en fábrica" de las ofertas definitivas de Airbus que se utilizará para calcular los precios hipotéticos de las LCA de Airbus pertinentes al valorar la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización de entregas, como proponen los Estados Unidos, sería incompatible con el grado y la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado sufridos por la Unión Europea. Por consiguiente, rechazamos la propuesta de los Estados Unidos en este contexto.

6.4.6.6 Cuestiones restantes relativas a los precios de entrega hipotéticos

6.237. En esta sección, teniendo en cuenta las decisiones que hemos formulado hasta el momento en la presente decisión, describimos la metodología de la Unión Europea para determinar los precios de entrega hipotéticos de las aeronaves de Airbus en las cinco campañas de ventas, en dólares EE.UU. de la fecha de entrega, utilizando información contenida en las ofertas definitivas de Airbus. Los Estados Unidos no impugnan este aspecto de la metodología de la Unión Europea con respecto a la gran mayoría de las LCA de Airbus que se habrían vendido en la situación hipotética si Airbus hubiera obtenido las cinco campañas de ventas pertinentes.

6.238. A fin de determinar los precios de la fecha de entrega, la Unión Europea aplica dos componentes que figuran en una oferta definitiva determinada y se refieren al modelo o los modelos de LCA contenidos en dicha oferta que sean objeto de pedidos en firme propuestos. El primer componente es el precio neto en fábrica, que es el precio total de la aeronave menos todas las concesiones en materia de precios otorgadas al cliente según lo acordado en el momento del pedido.⁴⁹⁸ La Unión Europea utiliza el precio neto en fábrica que figura en las ofertas definitivas de Airbus. El segundo componente es una fórmula de incremento que actualiza a futuro el precio del pedido con arreglo a la fecha de entrega.⁴⁹⁹ Según explicó la Unión Europea, la fórmula de incremento "refleja el hecho de que habitualmente hay un intervalo temporal considerable entre el pedido de una LCA y su entrega"⁵⁰⁰ y está "diseñada para compensar el incremento de los costos de los materiales y la mano de obra a lo largo del tiempo, resultante de la inflación y otras variaciones económicas".⁵⁰¹ Todas las ofertas definitivas de Airbus también contienen una fórmula de

⁴⁹⁶ La Unión Europea ha explicado, por ejemplo, que sus prácticas al reconocer los ingresos en cuanto al [[***]] diferirán a menudo en función de si el cliente es una aerolínea o una empresa de arrendamiento. (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Árbitro, párrafo 420).

⁴⁹⁷ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.145 y 6.148.

⁴⁹⁸ Para consultar información adicional sobre el precio neto en fábrica, véase el párrafo 6.225 *supra*.

⁴⁹⁹ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 88-95.

⁵⁰⁰ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 93.

⁵⁰¹ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 93. Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, nota 3383. "La Unión Europea explica que Airbus y Boeing utilizan el incremento de los precios para reflejar el aumento de

incremento. La fórmula de incremento da lugar a un factor de incremento que transforma los precios netos en fábrica, expresados en precios de la fecha de base *b*, en precios de la fecha de entrega *d*, y esta se puede aplicar como sigue⁵⁰²:

$$\begin{aligned} \text{Precio neto en fábrica de Airbus}_{\text{aerolínea } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d}^{\text{en USD de la fecha de entrega } d} \\ = \left(\text{Precio total de la aeronave de Airbus}_{\text{aerolínea } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha del pedido } o}^{\text{en USD de la fecha de base } b} \right. \\ \left. - \text{Concesiones}_{\text{aerolínea } i}^{\text{en USD de la fecha de base } b} \right) \times \text{Factor de incremento}_{\text{aerolínea } i, \text{ fecha de entrega } d} \quad (1) \\ - \text{Otras concesiones}_{\text{aerolínea } i}^{\text{en USD de la fecha de base } b}, \end{aligned}$$

donde

*Precio total de la aeronave de Airbus*_{aerolínea *i*, modelo de LCA *m*, fecha del pedido *o*}^{en USD de la fecha de base *b*}: precio total de la aeronave del modelo de Airbus *m* que compite en la campaña de ventas relativa a la aerolínea *i* que se perdió contra Boeing en la fecha del pedido *o*, expresado en dólares EE.UU. de la fecha de base *b*.⁵⁰³

*Concesiones*_{aerolínea *i*}^{en USD de la fecha de base *b*}: concesiones en materia de precios contenidas en la oferta definitiva presentada por Airbus a la aerolínea *i*, en dólares EE.UU. de la fecha de base *b*, y [[***]].

*Otras concesiones*_{aerolínea *i*}^{en USD de la fecha de base *b*}: concesiones en materia de precios contenidas en la oferta definitiva presentada por Airbus a la aerolínea *i*, en dólares EE.UU. de la fecha de base *b*, pero [[***]].

*Factor de incremento*_{aerolínea *i*, fecha de entrega *d*}: factor de incremento para la fecha de entrega *d*, calculado utilizando la fórmula de incremento contenida en la oferta definitiva de Airbus a la aerolínea *i* en la campaña de ventas que se perdió contra Boeing.⁵⁰⁴

6.239. Como puede observarse en la ecuación (1), el precio neto en fábrica expresado en dólares EE.UU. de la fecha de entrega se obtiene restando las concesiones en materia de precios [[***]] al precio total de la aeronave fijado por Airbus en su oferta definitiva a la aerolínea *i* en la campaña de ventas en cuestión, ambos expresados en dólares EE.UU. de la fecha de base, multiplicando el resultado por el factor de incremento correspondiente a la fecha de entrega *d* menos las concesiones adicionales expresadas en dólares EE.UU. de la fecha de base, [[***]]. La fórmula de incremento que da lugar al factor de incremento se [[***]].

6.240. Para la ecuación (1) se necesita información sobre la fecha de entrega de cada aeronave. Según lo expuesto en la sección 6.4.6.3 sobre los calendarios de entregas hipotéticas, esta información está disponible en las ofertas definitivas planteadas por Airbus a la aerolínea *i* respecto de cada campaña de ventas pertinente. Las ofertas definitivas también contienen la información necesaria respecto de los precios netos en fábrica, los modelos de LCA y la fórmula de incremento. El factor de incremento, que se basa en dicha fórmula, no se conoce hasta la fecha de entrega, cuando [[***]].⁵⁰⁵

6.241. Como se ha señalado anteriormente, los Estados Unidos no impugnan la metodología descrita *supra*. Observamos que esta metodología también está en consonancia desde un punto de vista conceptual con el enfoque utilizado en el arbitraje de la diferencia DS316, y solo se plantean diferencias cuando los hechos conexos a cada diferencia así lo requieren. Además, no vemos razón

los costos en el mismo período. Se aplica una fórmula de incremento a los precios de las aeronaves para reflejar las variaciones de los costos y las condiciones económicas a lo largo del tiempo". (*Ibid.*).

⁵⁰² En la ecuación 1 se tiene en cuenta que [[***]].

⁵⁰³ La fecha de base no se corresponde necesariamente con [[***]].

⁵⁰⁴ Los factores de incremento se presentan con una frecuencia mensual. Sin embargo, en aras de una mayor simplicidad, la Unión Europea supone que todas las entregas se realizan en el mes de julio del año de que se trate. (Véase el documento sobre metodología de la Unión Europea, nota 149).

⁵⁰⁵ Documento sobre metodología de la Unión Europea, nota 153. La información sobre los factores de incremento obtenidos y previstos se puede consultar en Actualización de los índices de LCA, las tasas de incremento y el índice de inflación de las LCA de Airbus (Prueba documental EU-83 (ICSS)).

alguna para cuestionar su validez. En consecuencia, adoptamos este enfoque como razonable para determinar los precios de entrega de las entregas hipotéticas de Airbus resultantes de las cinco campañas de ventas pertinentes.

6.242. Sin embargo, recordamos que, como se ha explicado en la sección 6.4.6.3 *supra*⁵⁰⁶, debemos añadir un número ICSS de pedidos en firme adicionales a [[***]] de las ofertas definitivas de Airbus, a saber, las correspondientes a las campañas de ventas [[***]].⁵⁰⁷ Los Estados Unidos y la Unión Europea han presentado dos formas alternativas de determinar los precios netos en fábrica de los pedidos en firme adicionales.⁵⁰⁸ No obstante, con arreglo al marco para la valoración que hemos adoptado hasta el momento, los métodos propuestos por las partes resultan en la misma valoración final de [[***]].⁵⁰⁹ Por consiguiente, no tenemos que elegir entre las metodologías de las partes en este contexto. En lugar de ello, dado que no discernimos nada irrazonable sobre la valoración que se obtiene mediante las metodologías de las partes, adoptamos dichas valoraciones en este contexto.⁵¹⁰

6.4.6.7 Resumen de las conclusiones sobre las cuestiones técnicas que tienen en común las valoraciones de ambas formas de efectos desfavorables

6.243. En esta sección resumimos nuestras conclusiones sobre las cuestiones técnicas que tienen en común las valoraciones de ambas formas de efectos desfavorables.

6.244. Concluimos que la **situación hipotética** pertinente **del procedimiento sobre el cumplimiento** consistía en que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, Airbus habría obtenido las cinco campañas de ventas de LCA. Por consiguiente, rechazamos la propuesta de los Estados Unidos de incluir en nuestra valoración de los efectos desfavorables un reajuste probabilístico en el valor previsto de las campañas de ventas para tener en cuenta la supuesta incertidumbre respecto de que Airbus fuese a obtener esas campañas de ventas en la situación hipotética.

6.245. Concluimos asimismo que las cláusulas relativas a las **opciones**, se ejerzan o no, no están comprendidas en el alcance de las constataciones relativas a las pérdidas de ventas pertinentes del Grupo Especial sobre el cumplimiento y, en consecuencia, nos abstenemos de considerar las opciones, se ejerzan o no, en la determinación del Árbitro de un nivel máximo de suspensión anual.

6.246. En lo que respecta al **número de pedidos en firme** que Airbus habría recibido en las cinco campañas de ventas pertinentes en la situación hipotética y sus respectivos **calendarios de entregas**, concluimos que:

- a. es razonable suponer que, en la situación hipotética, Airbus habría obtenido en sus acuerdos de compra en cada una de las cinco campañas de ventas pertinentes el mismo número de pedidos en firme que Boeing obtuvo en sus acuerdos de compra reales;
- b. los calendarios de entregas de las ofertas definitivas de Airbus reflejan mejor que los calendarios de entregas de Boeing tanto las presiones ejercidas por parte de la demanda como de la oferta en las negociaciones pertinentes si Airbus hubiera obtenido las campañas de ventas y, por lo tanto, seleccionamos los calendarios de entregas de las ofertas definitivas de Airbus como calendarios de entregas hipotéticas de Airbus; y
- c. se supone que la entrega del número adicional de LCA de Airbus [[***]].

⁵⁰⁶ Véase el párrafo 6.206 *supra*.

⁵⁰⁷ La aplicabilidad limitada de esta cuestión [[***]] es el resultado de las decisiones adoptadas por el Árbitro respecto de las opciones expuestas en la sección 6.4.6.2 *supra*.

⁵⁰⁸ Véanse la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Árbitro; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 58 del Árbitro; y 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-85 (ICSS)).

⁵⁰⁹ Esto es, en lo que respecta a las pérdidas significativas de ventas obtenemos el mismo valor, indicado en el párrafo 6.304 *infra*, con independencia del método utilizado.

⁵¹⁰ Técnicamente, seguimos la metodología propuesta por la Unión Europea para determinar los precios netos en fábrica de los pedidos en firme adicionales. A continuación, aplicamos la metodología no impugnada de la Unión Europea que se describe en el cuerpo del texto *supra* para obtener los precios de la fecha de entrega. Es decir, incrementamos los precios utilizando las fórmulas de incremento de las ofertas definitivas aplicables, hasta actualizarlos conforme a los momentos de las entregas determinados en la sección 6.4.6.3 *supra*.

6.247. En lo que respecta al cálculo y la aplicación del **riesgo** de que las entregas hipotéticas de Airbus pertinentes se hubieran **cancelado**, formulamos las siguientes suposiciones:

- a. Fly Dubai habría cancelado un pedido de LCA de pasillo único de Airbus si Airbus hubiera obtenido la campaña de ventas de Fly Dubai 2014, del mismo modo que canceló un pedido de LCA de pasillo único de Boeing, y el pedido cancelado habría sido la última entrega del [[***]] de LCA de Airbus que se habría vendido en relación con la campaña de ventas de Fly Dubai 2014⁵¹¹;
- b. cada una de las aerolíneas pertinentes habría recibido, al menos, el número de LCA de Airbus que habría estado previsto para antes del momento actual (es decir, antes de 2020); y
- c. con respecto a los pedidos hipotéticos de Airbus asociados a las cinco pérdidas de ventas en las que las entregas hipotéticas están previstas para ser realizadas después del momento actual (es decir, después de 2019), aplicamos una tasa de supervivencia para tener en cuenta el riesgo de cancelaciones futuras sobre la base de la totalidad de las cancelaciones de LCA de pasillo único de Airbus ocurridas en el período 2003-2007.

6.248. Es razonable valorar la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización de entregas basando los **precios de entrega hipotéticos** de las aeronaves de Airbus pertinentes en los precios netos en fábrica de las ofertas definitivas de Airbus. Rechazamos la propuesta de los Estados Unidos de excluir el valor del [[***]] de los precios hipotéticos de las LCA de Airbus.

6.249. Por último, la fórmula utilizada para determinar los precios de la fecha de entrega de las LCA de Airbus que se habrían pedido en la situación hipotética, que se basa en los precios netos en fábrica de las ofertas definitivas de Airbus pertinentes, se especifica en la sección 6.4.6.6 *supra*.

6.4.7 Cuestiones técnicas relativas a la valoración de las pérdidas significativas de ventas

6.250. En esta parte de la decisión, abordamos aspectos técnicos de la metodología de la Unión Europea que son específicos de la valoración de los efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas. Estos aspectos se refieren a lo siguiente: a) cómo reajustar temporalmente los precios de entrega hipotéticos de manera retroactiva al momento de la pérdida de ventas; b) cómo expresar los valores de las pérdidas significativas de ventas sobre una base monetaria común; y c) el período adecuado con el que anualizar el valor agregado de las pérdidas de ventas. Examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

6.4.7.2 Ajuste temporal de los precios de entrega al momento de las pérdidas de ventas

6.251. Como se explica en la sección 6.1 *supra*, la penúltima etapa de la metodología de valoración propuesta por la Unión Europea con respecto a las pérdidas de ventas consiste en a) actualizar el valor de los precios de entrega hipotéticos de las entregas de LCA previstas (es decir, en dólares EE.UU. de la fecha de entrega) a la fecha en que se perdió el pedido pertinente (es decir, en dólares EE.UU. de la fecha del pedido) y b) posteriormente agregar los precios actualizados para generar el valor de cada pérdida de ventas en la fecha del pedido.⁵¹²

6.252. La Unión Europea aduce que el ejercicio de actualización se debe realizar desde la perspectiva del fabricante de LCA y que el costo de la deuda de Airbus (expresado como tasas de rendimiento de los bonos de Airbus a 10 años en euros) es una tasa de actualización adecuada para la valoración de las pérdidas de ventas en el presente procedimiento.⁵¹³ La Unión Europea afirma que su posición es coherente con la del Árbitro de la diferencia DS316, que utilizó el costo de la deuda de Boeing con un vencimiento a 10 años para actualizar los precios de la fecha de entrega en ese procedimiento y que, por lo tanto, el concepto de imparcialidad impone el uso del costo de la

⁵¹¹ Nos abstenemos de suponer que [[***]], del mismo modo que [[***]], y, por tanto, no excluimos el valor de esas [[***]] como proponen los Estados Unidos. (Véase el párrafo 6.216 *supra*).

⁵¹² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396.

⁵¹³ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75, párrafo 432; y 28, párrafo 118, del Árbitro.

deuda.⁵¹⁴ Subsidiariamente, la Unión Europea aduce que otra tasa de actualización adecuada es el índice de inflación de las LCA de Airbus, que consiste en un índice recopilado por la Unión Europea sobre la base de las tasas de incremento contractuales de Airbus que representan cambios [[***]] en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas.⁵¹⁵

6.253. Los Estados Unidos se oponen a las tasas de actualización que propone la Unión Europea y aducen que el CMPC es el mejor indicador del valor temporal del dinero desde la perspectiva de Airbus.⁵¹⁶ En particular, los Estados Unidos afirman que, a diferencia del costo de la deuda, el CMPC cuantifica adecuadamente el costo total de oportunidad del capital (es decir, de la deuda y de los fondos propios) cuando se invierte en la producción de LCA y se difiere el pago completo de la LCA hasta la entrega.⁵¹⁷ El CMPC se utiliza ampliamente como tasa de actualización para determinar el valor actual de los proyectos de riesgo medio de una empresa.⁵¹⁸ Por lo tanto, puesto que la valoración empresarial de un fabricante de aeronaves en sí misma se basa en la venta y la entrega de LCA, los Estados Unidos aducen que el CMPC de Airbus es un indicador pertinente para actualizar el valor de las campañas de ventas en cuestión.⁵¹⁹

6.254. La Unión Europea responde que, si bien el uso del CMPC puede ser adecuado para determinar el valor actual de macroproyectos que entrañan riesgos importantes a largo plazo⁵²⁰, no es adecuado para actualizar el valor de las pérdidas de ventas en cuestión en el presente procedimiento, que (en comparación con tales macroproyectos) representan "inversiones relativamente pequeñas con un riesgo bajo en cada transacción", especialmente cuando el riesgo de cancelación se toma en consideración separadamente.⁵²¹ En consecuencia, la Unión Europea considera que el CMPC es excesivamente elevado como factor de actualización porque tiene en cuenta riesgos que no se plantean o no son pertinentes en el marco de las entregas de LCA asociadas con las pérdidas de ventas. Así pues, aduce que el uso del CMPC reduciría, por lo tanto, artificialmente el valor de las pérdidas de ventas en la fecha del pedido.⁵²²

6.255. El Árbitro señala que el desacuerdo de las partes en cuanto a la elección de una tasa de actualización exige que evaluemos, a la luz de las pruebas de que disponemos, si la tasa de actualización que aplica la Unión Europea -es decir, el costo de la deuda de Airbus- es razonable para determinar el valor de los precios de entrega hipotéticos de las entregas de LCA previstas en el momento en que se perdió el pedido pertinente. Para comenzar, señalamos que, en consonancia con el enfoque adoptado en el arbitraje de la diferencia DS316, la Unión Europea afirma que una tasa de actualización adecuada debe reflejar la perspectiva del fabricante de LCA. Asimismo, afirma que, al proceder así, la tasa de actualización utilizada debería reflejar los riesgos de Airbus asociados con la obtención de corrientes de ingresos futuros en un caso de un contrato de venta de LCA con miras a determinar el valor actual de estas corrientes de ingresos, es decir, en el momento del pedido. La Unión Europea identifica dos factores fundamentales que una tasa de actualización debe reflejar en este contexto: a) el riesgo de que la inflación pueda erosionar el valor de las corrientes de ingresos futuros de Airbus respecto de la fecha del pedido, y b) el "costo de oportunidad" para

⁵¹⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 17 del Árbitro, párrafos 79, 82 y 85 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.345 y 6.352-6.354).

⁵¹⁵ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 101; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 27, párrafo 114; y 75, párrafos 392 y 443, del Árbitro.

⁵¹⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 112-121.

⁵¹⁷ Declaración inicial de los Estados Unidos en la reunión del Árbitro con las partes, párrafo 56; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 193-194 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.344).

⁵¹⁸ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 201-202 (donde se hace referencia a Brealey, Myers y Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9ª edición, página 239 (Prueba documental USA-99)).

⁵¹⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 201 (donde se hace referencia la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 391).

⁵²⁰ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 413 (donde se hace referencia a Daves, Philip R., Michael C. Ehrhardt y Robert A. Kunkel, 2002, "*Estimating systematic risk: the choice of return interval and estimation period*", *Journal of Financial and Strategic Decision*, volumen 13, número 1, páginas 7-13 (Prueba documental EU-79)).

⁵²¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 411-418.

⁵²² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 421.

Airbus que supone la espera de percibir el pago por la entrega de la aeronave encargada.⁵²³ En este contexto, entendemos por "costo de oportunidad" los posibles beneficios a los que Airbus renuncia cuando asigna capital a la producción de las LCA encargadas y espera para percibir el pago por la producción y la entrega de esas LCA, en lugar de destinar esos fondos a otros usos posibles.⁵²⁴ Señalamos que, dado que los proyectos más arriesgados exigen tasas de rendimiento superiores, el riesgo desempeña una función importante a la hora de determinar el costo de oportunidad asociado a un proyecto.⁵²⁵ Como indica la Unión Europea, específicamente, el nivel de "costo de oportunidad" que hay que tener en cuenta al elegir una tasa de actualización depende de los riesgos que se plantean en un caso de contrato de venta de LCA *además* de la inflación (pero excluyendo el riesgo de cancelación de los pedidos, ya que hemos tenido en cuenta ese riesgo separadamente). Los Estados Unidos no discuten estas afirmaciones y no discernimos razón alguna para cuestionarlas. Así, procedemos a examinar si la Unión Europea ha propuesto una tasa de actualización que refleje razonablemente el riesgo de inflación y costo de oportunidad, en el sentido en que la Unión Europea utiliza estos términos.

6.256. La Unión Europea afirma que el costo de la deuda de Airbus refleja efectivamente los dos factores fundamentales que deben tenerse en cuenta en este contexto (es decir, la inflación prevista y el costo de oportunidad).⁵²⁶ En respaldo del uso del costo de la deuda, la Unión Europea aporta también pruebas del historial de los costos de financiación de la deuda de Airbus y de los tipos de interés nominal aplicados en Europa durante los años 2005 a 2018. Sobre la base de la explicación que dio el Árbitro de la diferencia DS316 de que un tipo de interés nominal refleja la inflación prevista, la Unión Europea aduce que la proximidad relativa entre los valores de los dos indicadores (costo de la deuda y tipo de interés nominal) apoya también el uso del costo de la deuda como tasa de actualización.⁵²⁷ Señalamos que el valor del costo de la deuda de Airbus fue mayor que el tipo de interés nominal en los dos años en que se realizaron los dos pedidos pertinentes.⁵²⁸ Así, parece razonable concluir que el costo de la deuda de Airbus refleja razonablemente *no solo* el tipo de interés nominal (es decir, la inflación prevista), sino también cierto grado de costo de oportunidad. Además, ninguna de las partes ha presentado ninguna prueba o argumentos que indiquen específicamente que el costo de la deuda de Airbus refleja indebidamente el costo de oportunidad pertinente de Airbus en ventas individuales (es decir, que refleje riesgos previstos adicionales a la inflación).⁵²⁹ A la luz de estas consideraciones, parece razonable el uso del costo de la deuda de Airbus como tasa de actualización pertinente en este contexto.⁵³⁰

⁵²³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 394, 396 y 434 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.343-6.344, 6.350 y 6.348). Señalamos que el Árbitro de la diferencia DS316 reconoció que un fabricante de LCA afronta también el riesgo de la posible cancelación del pedido y que, por lo tanto, quizás nunca se obtengan las corrientes de ingresos futuros, pero el Árbitro realizó reajustes separados para este riesgo utilizando una tasa de supervivencia. Como se analiza en la sección 6.4.6.4 *supra*, reajustamos el valor de los pedidos que Airbus habría obtenido en la situación hipotética teniendo en cuenta el riesgo de cancelación en la situación hipotética. Por consiguiente, en consonancia con el enfoque del Árbitro de la diferencia DS316, no examinamos más a fondo el riesgo de cancelación en esta sección de nuestra decisión.

⁵²⁴ Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.345.

⁵²⁵ Brealey, Myers y Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9ª edición, página 239 (Prueba documental USA-99).

⁵²⁶ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 17 del Árbitro, párrafo 82.

⁵²⁷ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 434 y nota 461 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.348 y 6.353).

⁵²⁸ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 435 y cuadro 17 (donde se compara el costo de la deuda de Airbus, el CMPC, el índice de inflación de las LCA de Airbus y los tipos de interés nominal (2005-2018)).

⁵²⁹ El diferencial relativamente pequeño entre el costo de la deuda y el tipo de interés nominal parece estar en consonancia con la afirmación de la Unión Europea de que el costo de oportunidad pertinente de Airbus es "muy bajo" cuando el riesgo de cancelación se tiene en cuenta separadamente, una afirmación que los Estados Unidos no cuestionan específicamente. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 402 y nota 422 a dicho párrafo). Señalamos, además, que el diferencial entre el CMPC y el tipo de interés nominal es significativamente superior.

⁵³⁰ Además, señalamos que el uso del costo de la deuda de Airbus estaría en consonancia con la elección por parte del Árbitro de la diferencia DS316 del costo de la deuda de Boeing para retrotraer los precios del año de entrega de las LCA a los años del pedido al valorar las pérdidas significativas de ventas en el marco de una metodología general idéntica.

6.257. Recordamos que los Estados Unidos aducen que el CMPC cuantifica adecuadamente el costo total de oportunidad del capital de Airbus cuando se invierte en la producción de LCA y se difiere el pago completo de la LCA hasta la entrega.⁵³¹ Los Estados Unidos también explican que, dado que el CMPC tiene por objeto servir de tasa de actualización para valorar los proyectos de riesgo medio de una empresa, debe utilizarse en este contexto ya que la valoración de un fabricante de aeronaves se basa en sí misma en la venta y la entrega de LCA.⁵³² La Unión Europea aduce que el CMPC comprende riesgos que no son pertinentes para transacciones de ventas individuales, que son "inversiones relativamente pequeñas con un riesgo bajo en cada transacción", particularmente, cuando el riesgo de cancelación se tiene en cuenta separadamente.⁵³³ La Unión Europea ofrece ejemplos de riesgos incorporados en el CMPC que, según afirma, no se plantean específicamente en ventas individuales y que hacen que el CMPC incluya un exceso de riesgos en las circunstancias específicas del ejercicio de valoración que tenemos ante nosotros, que, recordemos, "atañe a ... flujos de caja futuros derivados de las entregas de LCA previstas en el marco de las campañas de ventas individuales en cuestión".⁵³⁴

6.258. No vemos razón alguna para cuestionar la exactitud de la descripción que hace la Unión Europea del conjunto de riesgos que refleja el CMPC, y los Estados Unidos no han aportado ninguna. Asimismo, coincidimos con la Unión Europea en que es razonable concluir que, una vez que se ha obtenido un pedido mediante un contrato de venta de LCA, Airbus no incurre en todos los mismos elementos de riesgo que refleja el CMPC.⁵³⁵ En resumen, consideramos, por lo tanto, que en el expediente se indica que el CMPC es excesivamente inclusivo con respecto a los riesgos específicos que plantean las ventas de LCA en cuestión.⁵³⁶ Por lo tanto, consideramos que los Estados Unidos no han demostrado que el CMPC sea una tasa de actualización más razonable que el costo de la deuda de Airbus en este contexto.

6.259. Por último, recordamos que la Unión Europea ha propuesto el uso del índice de inflación de las LCA de Airbus como tasa de actualización subsidiaria al costo de la deuda.⁵³⁷ No obstante, recordamos también que la Unión Europea a) ha aplicado el costo de la deuda de Airbus como factor de actualización pertinente en su metodología de cálculo a lo largo del presente procedimiento, y b) ha aducido sistemáticamente que el concepto de imparcialidad impone que utilicemos el costo de la deuda de Airbus para asegurar la coherencia con el uso por el Árbitro de la diferencia DS316 del costo de la deuda de Boeing.⁵³⁸ En consecuencia, no examinamos en más detalle el uso del índice de inflación de las LCA de Airbus a los efectos de actualizar el valor de las pérdidas de ventas.

6.260. Por estas razones, constatamos que el costo de la deuda de Airbus en forma de tasas de rendimiento de los bonos de Airbus a 10 años en euros es un factor de actualización razonable para tener en cuenta los riesgos que asume Airbus en la producción y la entrega de LCA en las campañas

⁵³¹ Declaración inicial de los Estados Unidos en la reunión del Árbitro con las partes, párrafo 56; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 193-194 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.344).

⁵³² Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafo 202 (donde se hace referencia a Brealey, Myers y Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9ª edición, página 239 (Prueba documental USA-99)).

⁵³³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 411-418.

⁵³⁴ La Unión Europea afirma que el CMPC abarca riesgos como el riesgo de los accionistas respecto de los beneficios; el riesgo de que Airbus entre en quiebra; el riesgo de que un programa pueda no prosperar debido a la imposibilidad de desarrollar la aeronave; el riesgo de que el mercado quizás no pida tantas aeronaves como se preveía en el lanzamiento de un programa; los riesgos asociados con la fabricación y el suministro de la aeronave; los riesgos relativos al tipo de cambio; y riesgos de carácter político. La Unión Europea afirma además que construir una nueva instalación de producción o lanzar un nuevo programa de LCA son ejemplos de inversiones para los que sería adecuado utilizar el CPMC. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 413-414).

⁵³⁵ Señalamos que las pruebas aportadas por los Estados Unidos respaldan la suposición subyacente de la Unión Europea de que el costo de oportunidad del capital depende del uso que se dé al capital, en particular, del riesgo asociado con el proyecto en cuestión. (Véase Brealey, Myers y Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9ª edición, página 239 (Prueba documental USA-99)).

⁵³⁶ Al formular esta observación, no juzgamos la idoneidad de utilizar el CMPC para actualizar las corrientes de ingresos previstos en otros contextos.

⁵³⁷ La Unión Europea afirma que el índice de inflación de las LCA de Airbus también refleja la inflación y el riesgo correspondiente a cada proyecto. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 27, párrafo 114; y 75, sección A, del Árbitro).

⁵³⁸ Véanse, por ejemplo, la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396; y la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 17 del Árbitro, párrafo 85.

de ventas pertinentes sometidas a nuestra consideración. Por consiguiente, lo utilizaremos para retrotraer los precios de la fecha de entrega hipotéticos a las fechas del pedido pertinentes.

6.4.7.3 Expresión de los valores de las pérdidas de ventas sobre una base monetaria común

6.261. En la sección inmediatamente anterior, el Árbitro ha determinado cómo reajustará temporalmente de manera retroactiva los precios de entrega de las entregas hipotéticas derivadas de las pérdidas de ventas en relación con Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014 a los momentos de las pérdidas de ventas respectivas. Estos valores se han expresado hasta ahora en dólares EE.UU. de la fecha del pedido, dependiendo de la fecha en la que Airbus perdió cada venta, en consonancia con la metodología de la Unión Europea.

6.262. Sobre la base de lo que antecede, en esta sección, abordamos la siguiente etapa de la metodología de la Unión Europea, en que la Unión Europea convierte los valores en la fecha del pedido a dólares EE.UU. de 2015. La Unión Europea afirma que esta etapa es apropiada porque expresar los valores de las pérdidas de ventas sobre una base monetaria común permite su suma y su posterior división entre el número de meses del período de referencia y su multiplicación por 12 a fin de obtener un valor anualizado agregado de las pérdidas de ventas. A continuación, el valor se sumará al valor anualizado agregado de la amenaza de obstaculización para obtener el nivel máximo definitivo de suspensión anual. La Unión Europea aduce que la base monetaria común debe ser el valor en dólares EE.UU. expresado en el último año del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento (es decir, 2015), como "ha establecido firmemente el {Árbitro de la diferencia DS316}"⁵³⁹.

6.263. La Unión Europea propone realizar este reajuste prospectivo aplicando un factor de inflación a los valores de las pérdidas de ventas en la fecha del pedido, esto es, el índice de inflación de las LCA de Airbus. Según la Unión Europea, el índice de inflación de las LCA de Airbus recopila las tasas de incremento contractuales estándares de Airbus y, como tal, realiza el reajuste prospectivo desde la perspectiva de Airbus reflejando la mejor evaluación por los participantes de la rama de producción de las dinámicas de los costos en la rama de producción de LCA a lo largo del tiempo, según afectan a Airbus.⁵⁴⁰ La Unión Europea aduce que el uso del índice de inflación de las LCA de Airbus está respaldado por el enfoque que adoptó el Árbitro de la diferencia DS316 porque, al realizar un reajuste equivalente en función de la inflación, ese Árbitro se basó en las fórmulas de incremento contractuales [***] que figuraban en los contratos de Boeing pertinentes como la mejor manera de reflejar la evolución de los precios de las aeronaves de Boeing.⁵⁴¹ En consecuencia, al actualizar los valores en la fecha del pedido prospectivamente a 2015, la Unión Europea divide el promedio de los valores mensuales del índice de inflación de las LCA de Airbus de 2015 entre el índice de inflación de las LCA de Airbus del mes en que ocurrió cada pérdida de ventas en 2013 o 2014 y multiplica los valores de las pérdidas de ventas por esa ratio.⁵⁴²

6.264. Los Estados Unidos no discuten el reajuste prospectivo a 2015 que aplica la Unión Europea a los valores en la fecha del pedido de manera que refleje la perspectiva de Airbus para la finalidad última de determinar el nivel máximo de suspensión anual.⁵⁴³ No obstante, los Estados Unidos rechazan la propuesta de la Unión Europea de hacer este reajuste utilizando el índice de inflación de las LCA de Airbus. Según los Estados Unidos, una medida genérica de la inflación como el índice de

⁵³⁹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396.

⁵⁴⁰ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 102-103; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 72.

⁵⁴¹ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396. La Unión Europea observa que el Árbitro de la diferencia DS316 dijo que eligió la "ratio entre los [***] factores de aumento" porque ese "factor de aumento refleja [***] cambios en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas". (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 74 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.497). (no se reproduce el resalte)

⁵⁴² Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 396.

⁵⁴³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 172; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 69. Si bien los Estados Unidos propusieron en un principio expresar el valor de las pérdidas de ventas sobre una base común de dólares EE.UU. de 2014 "{al ser} 2014 el año en que se produjo la última pérdida de ventas", los Estados Unidos posteriormente revisaron su posición y convirtieron todos los valores en la fecha del pedido a dólares EE.UU. de 2015. (Véase, por ejemplo, Valor anualizado de los efectos desfavorables en dólares de 2015 (Revisión) (Prueba documental USA-105 (ICSS))).

precios al productor (IPP) de fabricación de aeronaves civiles (CA) "tiene más sentido" que una medida negociada y para clientes específicos.⁵⁴⁴ En opinión de los Estados Unidos, esto se debe a que el fin del reajuste en función de la inflación es simplemente reformular los efectos desfavorables como un valor real equivalente en un año futuro y, por lo tanto, sería más lógico utilizar una única tasa de inflación para todo el valor de los efectos desfavorables que factores de incremento contractuales [[***]] que pueden variar en el marco de cada pérdida de ventas.⁵⁴⁵ Con todo, los Estados Unidos reconocen que, si el Árbitro optara por recurrir también como el Árbitro de la diferencia DS316 a las tasas de incremento contractuales, "el uso del índice de inflación de las LCA de Airbus sería adecuado".⁵⁴⁶

6.265. El Árbitro observa que las partes coinciden en que el Árbitro, a fin de obtener un valor anualizado agregado de las pérdidas de ventas, debe reformular los valores en la fecha del pedido de las pérdidas de ventas en relación con Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014 sobre una base monetaria común utilizando un índice que refleje la perspectiva de Airbus. Estamos de acuerdo en que esta propuesta de reajuste es una etapa lógica para llegar a un valor anualizado agregado de las pérdidas de ventas a partir del cual se determinará un nivel máximo de suspensión anual.⁵⁴⁷ Las partes convienen además en que el dólar EE.UU. de 2015 es una base monetaria común adecuada para expresar los valores de las pérdidas de ventas. No vemos razón alguna para cuestionar este enfoque, siendo 2015 el último año del período de referencia. Señalamos además que este enfoque es coherente con la manera en que el Árbitro de la diferencia DS316 calculó el valor anualizado agregado de los efectos desfavorables utilizando un período de referencia de varios años (es decir, reajustando, desde el punto de vista de Boeing, todos los valores de los efectos desfavorables para expresarlos en dólares EE.UU. del último año del período de referencia).⁵⁴⁸

6.266. El único desacuerdo entre las partes en este contexto es qué índice utilizar para convertir los valores de las pérdidas de ventas expresados en dólares de los Estados Unidos de la fecha del pedido en valores en dólares EE.UU. de 2015. La Unión Europea propone el índice de inflación de las LCA de Airbus, mientras que los Estados Unidos defienden el uso del IPP de fabricación de CA.

6.267. Recordamos que la objeción de los Estados Unidos al uso del índice de inflación de las LCA de Airbus se basa en su opinión de que, dado que el reajuste en cuestión solo tiene por objeto mantener el valor real de los efectos desfavorables a lo largo del tiempo, se debe utilizar una medida única y genérica de la inflación para inflar todas las pérdidas de ventas, en lugar de factores de incremento contractuales diferentes [[***]] susceptibles de cambiar entre venta y venta.⁵⁴⁹ No vemos justificación alguna en la indicación de los Estados Unidos de que el uso del índice de inflación de las LCA de Airbus pudiera dar lugar a variaciones en las tasas de inflación aplicadas a cada pérdida de ventas, de modo que se produzca un efecto de inflación diferente en las diferentes partes de los efectos desfavorables. Recordamos que el índice de inflación de las LCA de Airbus es un índice de inflación que refleja las fórmulas de incremento de precios estándares de Airbus (de una manera que no [[***]]) y, por lo tanto, fija un único factor de incremento para cada mes de cada año entre la fecha de base y diciembre de 2019. De ello se desprende que cada pérdida de ventas se infla sobre la base del mismo índice de inflación, y no índices [[***]] potencialmente diferentes, como indican los Estados Unidos. En esa medida, dado que el índice de inflación de las LCA de Airbus cumple la interpretación de los Estados Unidos de que sería adecuado utilizar una medida única de la inflación para reajustar el valor real de los efectos desfavorables asociados a las tres pérdidas de

⁵⁴⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 123 (donde se hace referencia a Índices de Precios al Productor - Panorama general del programa, Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales (Prueba documental USA-11)). Véase también Datos relativos al IPP por rama de producción correspondientes a la fabricación de aeronaves - Aeronaves civiles, Sin ajustes estacionales (enero de 1986-marzo de 2019), Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales (Prueba documental USA-12).

⁵⁴⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 123-125; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 70. Los Estados Unidos explican que el uso de factores de incremento contractuales [[***]] puede dar lugar a que (la parte de las contramedidas que refleja) los efectos desfavorables cuantificados con respecto de una pérdida de ventas se inflen entre un año y el año siguiente más que la medida equivalente de otra pérdida de ventas. (Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 125).

⁵⁴⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 71.

⁵⁴⁷ Véase la sección 6.4.2 *supra*.

⁵⁴⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.493-6.495.

⁵⁴⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 123-125; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 70.

ventas, no nos convence la razón aducida por los Estados Unidos para utilizar el IPP de CA, en lugar del índice de inflación de las LCA de Airbus.

6.268. Señalamos, además, que el Árbitro de la diferencia DS316 también rechazó los argumentos de los Estados Unidos para utilizar el IPP de fabricación de CA a los efectos de la misma reformulación de valores. Tras indicar que los Estados Unidos habían presentado "principalmente justificaciones prácticas"⁵⁵⁰ para utilizar el IPP de fabricación de CA, el Árbitro de la diferencia DS316 consideró que, en la medida en que la inflación en este contexto se refiere a "valores relativos a las aeronaves de Boeing", "la mejor forma de reflejar la evolución de {los} precios es la [[***]] fórmula de aumento", que contiene una "ratio entre los [[***]] factores de aumento" que refleja "[[***]] cambios en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas".⁵⁵¹ En esencia, la misma lógica respalda el uso del índice de inflación de las LCA de Airbus como índice de inflación en el presente procedimiento. Al igual que la "ratio entre los [[***]] factores de aumento" utilizada en el arbitraje de la diferencia DS316, el índice de inflación de las LCA de Airbus es específico del punto de vista de los fabricantes de LCA pertinentes y tiene en cuenta los [[***]] cambios en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas. De hecho, el índice de inflación de las LCA de Airbus es más específico de la perspectiva de Airbus que el IPP de fabricación de CA, ya que sigue con más exactitud la evolución de los precios desde la perspectiva de Airbus (que, según convienen las partes, es la perspectiva que debe reflejar un índice de inflación adecuado).

6.269. A la luz de lo anterior, consideramos que el método de la Unión Europea de utilizar el índice de inflación de las LCA de Airbus para reformular los valores en la fecha del pedido de las pérdidas de ventas sobre una base común de dólares de 2015 es razonable. Así pues, respecto de las pérdidas de ventas en relación con Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014, y como propone la Unión Europea, multiplicaremos los valores de las pérdidas de ventas (expresados en dólares EE.UU. de la fecha del pedido) por las ratios de 2015 a 2013 y 2015-2014 de las cifras del índice de inflación de las LCA de Airbus pertinentes respectivamente a fin de expresar todos esos valores sobre la misma base monetaria de dólares EE.UU. de 2015 y, después, sumaremos esos valores individuales para determinar un valor agregado para las pérdidas de ventas.

6.4.7.4 Período de anualización

6.270. En sus últimas valoraciones de los efectos desfavorables, ambas partes proponen anualizar el valor agregado de las pérdidas de ventas a lo largo del período de referencia. Nos parece una metodología adecuada. Como se analiza en la sección 6.4.5.1 *supra*, la elección de un período de anualización adecuado debe realizarse tomando como referencia un período en el que se produzca el daño económico que se mide. En la presente diferencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento identificó que las pérdidas de ventas pertinentes (es decir, los acontecimientos económicos que valoramos en el presente contexto) se produjeron en el período posterior a la aplicación durante un período determinado, es decir, el período de referencia. Recordamos además que el Árbitro de la diferencia DS316 explicó de manera instructiva con cierto detalle por qué tiene sentido tanto jurídica como económicamente asignar temporalmente el valor de las pérdidas de ventas de LCA al período en el que fueron identificadas (en aquel caso y en nuestro caso, el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento respectivo).⁵⁵² Por consiguiente, no vemos razón alguna

⁵⁵⁰ El Árbitro de la diferencia DS316 abordó, aunque no le convencieron, los argumentos aducidos por los Estados Unidos para utilizar el IPP de fabricación de CA, entre otros, que dicho IPP 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; es improbable que sea objeto de manipulación por los participantes de la rama de producción; y tampoco es específico para las aerolíneas. (Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.496-6.497).

⁵⁵¹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.496-6.497. (no se reproduce la nota a pie de página) Señalamos que el texto que aparece entre corchetes en esta cita fue considerado ICC en la decisión del arbitraje de la diferencia DS316 y que la Unión Europea volvió a presentar la información como ICC en el presente procedimiento. (Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 74).

⁵⁵² Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, sección 6.3.3.2.1. En particular el Árbitro de la diferencia DS316 señaló que las "pérdidas de ventas" se produjeron durante el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento y además que "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

para cuestionar la propuesta de las partes de que anualizar el valor de las pérdidas de ventas a lo largo del período de referencia dará lugar a un nivel máximo de suspensión anual que sea proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.

6.4.8 Cuestiones técnicas relativas a la valoración de la amenaza de obstaculización

6.271. En esta parte de la decisión, abordamos aspectos técnicos de la metodología de la Unión Europea que son específicos de la valoración de los efectos desfavorables en forma de amenaza de obstaculización. Estos aspectos se refieren a lo siguiente: a) cómo reajustar temporalmente los precios de entrega hipotéticos de manera retroactiva al período de referencia; y b) el período o los períodos adecuados a lo largo de los cuales se deben anualizar los valores agregados de la amenaza de obstaculización en los dos mercados geográficos. A continuación, examinamos cada una de estas cuestiones sucesivamente.

6.4.8.2 Ajuste temporal de los valores en la fecha de entrega

6.272. En su metodología de valoración con respecto a la amenaza de obstaculización sobre la base de un enfoque "centrado en las entregas"⁵⁵³, la Unión Europea actualiza el valor de los precios de entrega hipotéticos de las entregas de LCA previstas para determinar su valor correspondiente al principio del período de referencia (que, según la Unión Europea, es enero de 2013). A continuación, agrega estos valores de enero de 2013 para determinar el valor de la amenaza de obstaculización en dólares de enero de 2013. La Unión Europea utiliza el costo de la deuda de Airbus (en forma de tasa de rendimiento de los bonos de Airbus a 10 años en euros de 2013) como factor de actualización para realizar este ejercicio de actualización.⁵⁵⁴

6.273. Los Estados Unidos también llevan a cabo un ejercicio de actualización en la metodología de valoración que proponen con respecto de la amenaza de obstaculización sobre la base de un enfoque centrado en las entregas. Los Estados Unidos aducen que en el procedimiento sobre el cumplimiento se constató la existencia de amenaza de obstaculización durante el período de referencia sobre la base de entregas de LCA cuya entrega estaba prevista para el futuro. Por lo tanto, según los Estados Unidos, el objetivo del ejercicio de actualización es determinar el valor previsto de estas entregas de LCA futuras durante el período de referencia. A estos efectos, los Estados Unidos actualizan el valor de los precios de entrega hipotéticos de las entregas de LCA previstas para determinar su valor previsto para Airbus en 2015 (es decir, el último año del período de referencia) y, posteriormente, agregan estos valores de 2015 para determinar el valor agregado de la amenaza de obstaculización en dólares de 2015. Los Estados Unidos sostienen que, como se propuso en el caso de las pérdidas de ventas, la tasa de actualización adecuada para determinar el valor previsto de las entregas futuras para Airbus es el CMPC de Airbus.⁵⁵⁵

6.274. El Árbitro recuerda que, al valorar la amenaza de obstaculización, valoramos las entregas hipotéticas de Airbus posteriores al período de referencia derivadas de las campañas de ventas de Fly Dubai 2008 y Delta Airlines 2011. Ambas partes están de acuerdo, y nosotros también, en que los valores en la fecha de entrega deben reajustarse temporalmente de manera retroactiva al período de referencia. Este reajuste nos permite expresar estos valores sobre una base común de dólares EE.UU. (ambas partes finalmente expresan los valores sobre la base de dólares EE.UU. de 2015), lo que nos permitirá calcular un valor agregado anualizado de la amenaza de obstaculización. El valor agregado anualizado de la amenaza de obstaculización, expresado sobre la base de dólares EE.UU. de 2015, puede sumarse después al valor agregado anualizado de las pérdidas de ventas para obtener un valor máximo de suspensión anual.

6.275. Por consiguiente, señalamos que cada parte propone realizar este reajuste temporal *retrotrayendo* los precios de la fecha de entrega al período de referencia (aunque a fechas distintas

bienes que se habrían comercializado si el proveedor que perdió la venta la hubiera obtenido". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.98).

⁵⁵³ Recordamos que la Unión Europea se refiere al enfoque que adopta a este respecto como un enfoque basado en la "amenaza de obstaculización", no como un enfoque "centrado en las entregas", por razones que se analizan en la nota 254 *supra*.

⁵⁵⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 269-270; y observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 290.

⁵⁵⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 92-94; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 129.

del período de referencia). Como se expone en la sección 6.4.7.1 *supra*, la actualización es necesaria en el contexto de las pérdidas de ventas para reflejar el riesgo y el costo que supone para Airbus la espera de percibir el pago entre el momento del pedido y el momento de la entrega. En otras palabras, y en términos más generales, la necesidad de actualizar surge cuando las corrientes de efectivo que se van a obtener, por ejemplo, de la conclusión de un contrato de ventas de LCA no coinciden temporalmente con la conclusión de ese contrato.

6.276. A la luz de la observación formulada *supra*, al valorar la amenaza de obstaculización, consideramos inadecuado reajustar los valores en la fecha de entrega de manera retroactiva al período de referencia mediante una actualización (es decir, utilizando un instrumento que refleje los riesgos y los costos que supone para Airbus la espera). Como se explica detalladamente en la sección 6.4.5.3, la constatación de efectos desfavorables que valoramos aquí -es decir, la amenaza de obstaculización- no se refería a un suceso que causó un daño económico a la Unión Europea en el período de referencia. Más bien, el componente de *amenaza* del efecto desfavorable nos dirige a un período futuro (es decir, posterior al período de referencia). Es en ese período futuro en el que se esperaba que se produjera el daño económico (es decir, la obstaculización evidenciada por las entregas de LCA de Boeing).⁵⁵⁶ En consonancia con la constatación de amenaza de obstaculización, por consiguiente, valoramos las entregas en los momentos en que se habrían realizado las entregas hipotéticas pertinentes de Airbus después del período de referencia. Como Airbus recibe todo el pago pendiente en el momento de la entrega, en ningún momento futuro en relación con la entrega se produce corriente de efectivo pertinente alguna asociada a la entrega. En consecuencia, no hay razón para tener en cuenta el riesgo y el costo que suponen para Airbus la espera de percibir esas corrientes de efectivo. En nuestra opinión, tanto el costo de la deuda de Airbus como el CMPC de Airbus son instrumentos que reflejan ese riesgo y ese costo.⁵⁵⁷ Por lo tanto, consideramos que ambos son herramientas inadecuadas para realizar el reajuste temporal de estos precios de entrega de manera retroactiva al período de referencia, ya que su uso sería incompatible con la naturaleza de las constataciones de amenaza que estamos valorando.

6.277. A la hora de seleccionar una herramienta adecuada para realizar este reajuste temporal, recordamos que, en el contexto de valorar la amenaza de obstaculización, la finalidad de reajustar temporalmente los precios de la fecha de entrega pertinentes de manera retroactiva al período de referencia es que podamos expresar sus valores sobre una base monetaria común entre sí y con respecto al valor de las pérdidas de ventas de manera que todos estos valores se puedan sumar. La agregación de valores sobre una base monetaria común nos permitirá determinar un nivel máximo de suspensión anual. Por consiguiente, recordamos que, en la sección 6.4.7.2 *supra*, ya hemos seleccionado el índice de inflación de las LCA de Airbus como herramienta adecuada para convertir los valores de las pérdidas de ventas de 2013 y 2014 en valores expresados en dólares EE.UU. de 2015. La finalidad de ese reajuste temporal es la misma que la del reajuste temporal que examinamos en la presente sección, es decir, expresar los valores en dólares EE.UU. de fechas diferentes sobre una base de dólares EE.UU. común, desde la perspectiva de Airbus. Por las mismas razones que expusimos en aquella sección, consideramos adecuado utilizar también en este contexto el índice de inflación de las LCA de Airbus para reajustar temporalmente los precios de entrega al período de referencia.

6.278. Por las razones expuestas, y en el contexto de valorar la amenaza de obstaculización, reajustaremos temporalmente los precios de la fecha de entrega hipotéticos pertinentes de manera retroactiva desde los momentos en que se habrían realizado las entregas al período de referencia mediante el índice de inflación de las LCA de Airbus. El uso de dicho índice es compatible con la naturaleza de las constataciones de amenaza que valoramos en este contexto. Elegimos el año 2015 como el año al que reajustar esos precios. De hecho, ambas partes, en sus últimas metodologías, expresan finalmente el valor de la amenaza de obstaculización en dólares EE.UU. de 2015 y señalamos, además, que 2015 es el año al que reajustaremos los valores de las pérdidas de ventas a fin de agregarlos. Por consiguiente, es adecuado reajustar los precios de entrega a 2015. En consecuencia, dividimos el promedio de los valores mensuales del índice de inflación de las LCA de

⁵⁵⁶ Esto contrasta con la valoración de las pérdidas de ventas, porque las pérdidas de ventas que se produjeron durante el período de referencia eran los sucesos económicos que valoramos por haber causado un daño económico a la Unión Europea (es decir, el momento en que Airbus perdió las ventas pertinentes).

⁵⁵⁷ Véase la sección 6.4.7.1 *supra*.

Airbus de 2015 entre el índice de inflación de las LCA de Airbus del mes al que asignamos cada entrega hipotética y multiplicamos el valor de la amenaza de obstaculización por esa ratio.⁵⁵⁸

6.4.8.3 Período(s) de anualización

6.279. Hemos concluido *supra* que, en nuestra valoración de la amenaza de obstaculización, solo valoraremos las entregas hipotéticas resultantes de la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 que habrían tenido lugar *tras* el final del período de referencia. Siendo así, las partes están en desacuerdo en cuanto al período de anualización de esos valores, es decir, el número de meses entre los que dividiremos el valor de dichas entregas antes de su multiplicación por 12 para obtener un valor anualizado de la amenaza de obstaculización.

6.280. La Unión Europea aduce que deberíamos utilizar el período de referencia como período de anualización para la valoración de la amenaza de obstaculización, incluido en el caso de que adoptemos un "enfoque centrado en las entregas".⁵⁵⁹ Esta posición parece generalmente basarse en la posición subyacente de la Unión Europea de que la amenaza de obstaculización que existía en el período de referencia comprendía todas las entregas futuras que no se entregaron en algún momento del período de referencia y, por lo tanto, el período de anualización adecuado para esta amenaza de obstaculización sería el período de referencia.⁵⁶⁰ La Unión Europea aduce tres argumentos más específicos en respaldo de esta posición.⁵⁶¹ En primer lugar, aduce que la anualización debe reflejar el valor medio anual de los efectos desfavorables y, dado que "el numerador correcto es el valor de la amenaza de obstaculización que surgió durante el período de referencia de {36 meses}", el denominador en el cálculo de la anualización debe ser el mismo período.⁵⁶² En segundo lugar, aduce que el Árbitro de la diferencia DS316 utilizó como período de referencia para valorar los efectos desfavorables el período de referencia de 25 meses que utilizó el Grupo Especial sobre el cumplimiento en dicha diferencia y anualizó los efectos desfavorables con respecto del mismo período de 25 meses y que, en aras de la imparcialidad, el presente Árbitro debe seguir el mismo enfoque.⁵⁶³ Por último, la Unión Europea aduce que los Estados Unidos no han demostrado que el enfoque de la Unión Europea sea incompatible con los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SMC.⁵⁶⁴

6.281. Los Estados Unidos aducen que, como período de anualización, debemos utilizar la duración del período en que se habrían realizado las entregas pertinentes posteriores al período de referencia en la situación hipotética. Los Estados Unidos afirman que lo esencial en la anualización es lograr una correspondencia entre el numerador (es decir, el número de entregas que dieron lugar a una amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU) y el denominador (es decir, el período durante el que estaba previsto que se realizasen estas entregas).⁵⁶⁵ En consecuencia, los Estados Unidos utilizan como denominador el momento en que se habría previsto que se realizasen las entregas hipotéticas de Airbus en el marco de las ventas de Delta Airlines 2011 y de Fly Dubai 2008 *después* de concluido el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento.⁵⁶⁶

⁵⁵⁸ Para facilitar los cálculos técnicos y tener en cuenta la incertidumbre relativa a los meses de entrega específicos de las entregas hipotéticas, después de determinar el número de entregas hipotéticas que se habrían realizado en un año civil dado, suponemos que todas las entregas hipotéticas se habrían realizado en julio de ese año, como proponen ambas partes en sus cálculos. Asimismo, señalamos que el Árbitro de la diferencia DS316 procedió del mismo modo en este contexto. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, nota 675).

⁵⁵⁹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 236 y 239.

⁵⁶⁰ Véanse el párrafo 6.95 y, más generalmente, la sección 6.4.5.3.2 *supra*.

⁵⁶¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 236 y 239.

⁵⁶² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 240-243 y 301.

⁵⁶³ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 244-248.

⁵⁶⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 248-250.

⁵⁶⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 115. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 35 del Árbitro, párrafo 110 (donde se indica que anualizar el valor de las entregas pertinentes con arreglo al número de años a lo largo de los cuales estaba previsto que se realizasen esas entregas es más adecuado cuando las entregas se realizan a lo largo de "múltiples años").

⁵⁶⁶ Suponiendo que el final del período de referencia es septiembre de 2015, los Estados Unidos señalan que las entregas hipotéticas de Airbus se habrían realizado en el [[***]], así como en [[***]]. En consecuencia, los Estados Unidos aducen que el valor previsto para 2015 de las entregas posteriores al período

6.282. El Árbitro observa que la duración de los períodos de anualización que proponen las partes es diferente.⁵⁶⁷ Por lo tanto, empezamos por examinar si el uso del período de referencia como período de anualización, que propone la Unión Europea, sería compatible con nuestro mandato. Para empezar, destacamos en este contexto qué es y qué no es el período de referencia. El período de referencia es un período durante el período posterior a la aplicación en el que el Grupo Especial sobre el cumplimiento identificó la existencia de efectos desfavorables y, más específicamente, formas de perjuicio grave. No discernimos nada sobre este ejercicio que indique que estaba previsto que ese período fuese también un período al que debía asignarse necesariamente el valor económico pertinente derivado de dichos efectos desfavorables a los efectos de determinar un nivel máximo de suspensión anual en el marco del artículo 7.10 del Acuerdo SMC. La tarea de realizar esa asignación y esas determinaciones no correspondía al Grupo Especial sobre el cumplimiento. Por consiguiente, no hay fundamento alguno para concluir que nuestra tarea de configurar un nivel de contramedidas "proporcionad{o}", en lo que respecta a la anualización, esté controlada *ipso facto* por la duración del período de referencia en todos los casos.

6.283. Por consiguiente, recordamos nuestra conclusión anterior de que nuestro mandato y la finalidad de las contramedidas imponen la conclusión de que la elección de un período de anualización adecuado debe realizarse tomando como referencia el período en que se produzca el daño económico que se calcula. Por consiguiente, observamos que las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto de la amenaza de obstaculización y la naturaleza de dicha amenaza indican que debemos valorar la amenaza de obstaculización tomando como referencia las entregas de LCA hipotéticas ocurrientes después del período de referencia y en los momentos en que tales entregas se habrían realizado.⁵⁶⁸ Así pues, el daño económico derivado de la amenaza de obstaculización se calcula con arreglo al valor de las entregas de LCA hipotéticas pertinentes en los momentos en que se habrían realizado. En lo que respecta a la amenaza de obstaculización, por lo tanto, consideramos que un período de anualización adecuado debería determinarse tomando como referencia el período en que se realizaron las entregas hipotéticas pertinentes que se están valorando. A la luz de esta conclusión, no vemos ningún modo de considerar el período de referencia por sí solo como ese período ya que durante ese período no se habría realizado ninguna entrega hipotética pertinente.⁵⁶⁹ Por consiguiente, no podemos aceptar que el período de referencia sea un período de anualización adecuado.⁵⁷⁰

6.284. Señalamos que esta conclusión es compatible con la forma en que el Árbitro de la diferencia DS316 valoró la obstaculización actual, a saber, valorando las entregas hipotéticas pertinentes en un período en el que se habrían realizado las entregas (en ese procedimiento, en el período de

de referencia en el marco de las dos campañas de ventas se dividiría entre [***]] para obtener un valor anualizado para las constataciones de amenaza de obstaculización. (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 96). Subsidiariamente, si el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento fuese 2013-2015, los Estados Unidos afirman que el valor de las entregas programadas el 1 de enero de 2016 o después de esa fecha se dividiría entre [***]] porque el numerador reflejaría las entregas realizadas durante [***]]. (Véanse las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 115).

⁵⁶⁷ La duración del período de referencia es de 36 meses. El número de meses durante los que se habrían realizado las entregas hipotéticas después del período de referencia en los mercados de los Estados Unidos y los EAU se considera ICSS, ya que se obtiene de los calendarios de entregas propuestos considerados ICSS que figuran en las ofertas definitivas de Airbus para las campañas de ventas de Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008.

⁵⁶⁸ Véase el párrafo 6.144 *supra*.

⁵⁶⁹ Esto contrasta con una situación que entrañe pérdidas de ventas, con respecto a la cual asignamos temporalmente el valor de las entregas resultantes al momento de la pérdida de ventas que tuvo lugar durante el período de referencia. Como se describe pormenorizadamente en el arbitraje de la diferencia DS316, tiene sentido jurídico actuar así porque la propia "pérdida de ventas" es el efecto desfavorable que tuvo lugar durante el período de referencia, pero también tiene sentido económico hacerlo porque "es razonable considerar 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". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.104) En el caso de la amenaza de obstaculización, el elemento de "amenaza" nos dirige temporalmente a *después* del período de referencia para identificar el suceso económico, a saber, la "obstaculización" en forma de entregas de LCA.

⁵⁷⁰ Observamos que no estamos ante un caso donde se constató la existencia de obstaculización actual durante el período de referencia y que luego se esperaba que continuase después del período de referencia en virtud de una constatación de amenaza *adicional*. No emitimos juicio alguno sobre el período de anualización adecuado en una situación tal.

referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento).⁵⁷¹ Por lo tanto, nuestro enfoque en cuanto a la anualización aporta coherencia a la forma en que se valoran la obstaculización *actual* y la *amenaza de* obstaculización (es decir, futura) y, al tiempo, tiene debidamente en cuenta los distintos períodos en los que pueden materializarse y resultar en un daño económico para el reclamante en forma de entregas.

6.285. Señalamos además que la Unión Europea observa que el Árbitro de la diferencia DS316 anualizó los efectos desfavorables en ese procedimiento con respecto del período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento y se refiere en particular a la afirmación por ese Árbitro de que "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". La Unión Europea aduce que esa afirmación evita en la práctica cualquier requisito de coherencia entre los períodos previstos en el numerador y el denominador de un ejercicio de anualización.⁵⁷² Discrepamos del argumento de la Unión Europea. La afirmación del Árbitro de la diferencia DS316 a que se hace referencia se formuló en el contexto de la resolución de una cuestión distinta, a saber, si la valoración por un árbitro de los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" identificados en un período pasado, expresada como un nivel máximo de suspensión anual, debe reflejar el valor de los efectos desfavorables causados por las subvenciones que *no* fueron identificados previamente por el Grupo Especial sobre el cumplimiento (específicamente, los efectos desfavorables que las subvenciones pertinentes puedan causar en el momento del procedimiento de arbitraje y en el futuro en relación con ese momento).⁵⁷³ Estamos de acuerdo con la conclusión del Árbitro de la diferencia DS316 en este contexto, a saber, que para la valoración no es necesario hacerlo en esas circunstancias.

6.286. En consonancia con esta conclusión, configuramos un nivel máximo de suspensión anual tomando solo como referencia los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento se determinó y no tomando como referencia los efectos desfavorables que la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington pueda causar ahora o en el futuro.⁵⁷⁴ Por último, aunque decidimos esta cuestión tomando como referencia lo que es admisible en el marco de nuestro mandato, señalamos también que nos preocupan las repercusiones sistémicas del enfoque propuesto por la Unión Europea en este contexto. El motivo es que el enfoque de la Unión Europea relativo a la asignación temporal del valor económico de la amenaza de perjuicio grave, así como de la anualización resultante, concede un papel importante a la duración del período de referencia. Por lo tanto, observamos que, según el enfoque de la Unión Europea, en dos diferencias en que todas las demás cuestiones sean iguales, podrían autorizarse niveles de contramedidas significativamente diferentes solo a raíz de la utilización de distintos períodos de referencia (ninguno relacionado temporalmente con el daño económico que se calcula) para identificar la misma amenaza de perjuicio grave. Dudamos que un resultado tal pueda

⁵⁷¹ Al proceder así, el Árbitro observó 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". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.495).

⁵⁷² Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 74 del Árbitro, párrafo 381 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.74).

⁵⁷³ De hecho, después de determinar que podía configurar un nivel máximo de suspensión anual sobre la base de los efectos desfavorables identificados en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento, el Árbitro de la diferencia DS316 aún expuso un examen de varias páginas sobre si sería adecuado desde un punto de vista jurídico y económico asignar temporalmente el valor de la pérdida de ventas a ese período de referencia. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, páginas 51-56). Es difícil discernir por qué habría sido necesario un examen tan extenso si el Árbitro había determinado anteriormente que todos los valores de efectos desfavorables se debían asignar *ipso facto* a ese período de referencia.

⁵⁷⁴ Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, anexo C-1 (donde se explica esta cuestión más detalladamente).

considerarse razonable desde un punto de vista jurídico o económico⁵⁷⁵, y nos preocupa la posibilidad de que este enfoque dé lugar a niveles de contramedidas arbitrarios y/o punitivos.⁵⁷⁶

6.287. Teniendo presentes estas observaciones, pasamos a determinar cuál es el período de anualización adecuado para la constatación de amenaza de obstaculización en los dos mercados geográficos pertinentes, es decir los Estados Unidos y los EAU.

a. Período de anualización para el mercado de los Estados Unidos

6.288. Con respecto al período de anualización relativo a la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los Estados Unidos, los Estados Unidos proponen que utilicemos un período que empieza al final del período de referencia y se extiende hasta el final del último año civil en que se habrían realizado las entregas hipotéticas de Airbus derivadas de la campaña de Delta Airlines 2011 (que es un [[***]]).⁵⁷⁷ La Unión Europea no ha propuesto un período de anualización alternativo (distinto del período de referencia, que ya hemos rechazado *supra* como período de anualización adecuado). El Árbitro considera que, en las circunstancias particulares del presente procedimiento, el enfoque relativo a la anualización propuesto por los Estados Unidos con respecto del mercado geográfico de los Estados Unidos es aceptable en el marco de nuestro mandato. Ese enfoque utiliza supuestamente el período que corresponde al período en que se habrían realizado las entregas pertinentes en la situación hipotética después del período de referencia.⁵⁷⁸ Recordamos, además, que la constatación de amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos se basó en las entregas previstas posteriores al período de referencia derivadas de la campaña de ventas de Delta Airlines 2011, específicamente. Además, el calendario de entregas propuesto por Airbus preveía una distribución temporal de las entregas que es [[***]] durante el período de entregas. Con todo, señalamos que utilizamos un período de anualización en este contexto que es [[***]] que el período propugnado por los Estados Unidos. Esto se debe a que el calendario de entregas de Airbus no prevé realmente que se realizasen entregas [[***]] el período de anualización propugnado por los Estados Unidos. Por consiguiente, utilizamos un período de anualización que se corresponde con el número de meses en que el calendario de entregas propuesto por Airbus preveía que se realizasen entregas, que sigue siendo un período [[***]].

b. Período de anualización para el mercado de los EAU

6.289. Con respecto al período de anualización relativo a la amenaza de obstaculización en el mercado geográfico de los EAU, los Estados Unidos proponen que utilicemos la totalidad del período posterior al período de referencia en que se habrían realizado las entregas hipotéticas de Airbus derivadas de las campañas de ventas de Delta Airlines 2011 y Fly Dubai 2008. El final de este período propuesto se basa aparentemente en el año de la última entrega hipotética de Airbus asociada con la campaña de ventas de Delta Airlines 2011, que es [[***]] la fecha de la última entrega hipotética de Airbus relacionada con la campaña de ventas de Fly Dubai 2008. Los Estados Unidos no han

⁵⁷⁵ Observamos además que, con arreglo al enfoque de la Unión Europea, en los casos en que se identifique una amenaza de perjuicio grave, pero no se especifique previamente el período en que esta se materializaría, el nivel de contramedidas podría a continuación ser modificado de forma significativa por árbitros que decidan valorar el mismo grado de daño con respecto de períodos de distinta duración posteriores al mismo período de referencia. La anualización de ese daño tomando como referencia el período en que se produzca podría mitigar esas posibles variaciones.

⁵⁷⁶ En general se reconoce que las medidas correctivas de la OMC no tienen por objeto ser "punitiva{s}". (Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - Lavadoras (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 1.17 (donde se citan las decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos I)*, párrafo 4.109); *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 5.8; y *Estados Unidos - EVE (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, párrafo 5.62 (donde se señala que, aunque en el marco de diferencias sobre subvenciones prohibidas el artículo 4.10 del Acuerdo SMC autoriza la adopción de contramedidas "apropiadas" que no sean "desproporcionadas", nada en ese artículo o en su contexto "sugiere una autorización para adoptar {contra}medidas manifiestamente punitivas"). Véase también la decisión del Árbitro, *Brasil - Aeronaves (artículo 22.6 - 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}").

⁵⁷⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 96; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 130.

⁵⁷⁸ Asimismo, señalamos que el número anualizado resultante de entregas posteriores al período de referencia se corresponde en general con el número medio anual de entregas previsto en el conjunto del calendario de entregas de Airbus.

presentado ninguna otra justificación para este período de anualización. Recordamos que las constataciones de amenaza de obstaculización formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento se expresaron como constataciones separadas para los mercados geográficos de los Estados Unidos y los EAU, sobre la base de pérdidas de ventas específicas y diferentes. Por lo tanto, no vemos razón alguna derivada de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento para anualizarlas tomando como referencia el mismo período. Por consiguiente, consideramos que, en las circunstancias del presente procedimiento, los Estados Unidos no han justificado adecuadamente que el período de anualización que han propuesto sea aceptable en el marco de nuestro mandato y, en consecuencia, nos abstemos de utilizarlo.

6.290. Observamos que ninguna de las partes presenta un método para anualizar el valor de la amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU que tome como referencia un período distinto de los que ya hemos rechazado. Por consiguiente, debemos elegir un período de anualización en el presente contexto que sea compatible con nuestra labor de determinar un nivel máximo de suspensión anual que sea "proporcionad{o}" al valor de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. Al seleccionar un período de anualización, establecemos primero lo que consideramos que son suposiciones fácticas pertinentes. En particular, señalamos que las entregas hipotéticas de Airbus ^{[[***]]} sobre la base de los calendarios de Airbus. En otras palabras, las entregas pertinentes se habrían realizado en un período de ^{[[***]]}. Además, señalamos que la presentación de las entregas hipotéticas de Airbus en la oferta definitiva de Fly Dubai 2008 no nos permite determinar con exactitud ^{[[***]]}.⁵⁷⁹ Sin embargo, señalamos que los Estados Unidos, en sus cálculos más actualizados concernientes al enfoque "centrado en las entregas" para valorar la amenaza de obstaculización, supone un número considerado ICSS de entregas hipotéticas de Airbus posteriores al período de referencia suponiendo aparentemente una distribución temporal uniforme de las entregas durante el número máximo de meses pertinentes en que se podrían haber realizado las entregas según el calendario de entregas propuesto por Airbus. A la luz de la incertidumbre indicada anteriormente acerca de las fechas exactas de las entregas hipotéticas de Airbus posteriores al período de referencia, consideramos que esta metodología es razonable y, en consecuencia, la adoptamos. Por consiguiente, suponemos el número considerado ICSS de entregas posteriores al período de referencia durante el mismo número de meses que el que los Estados Unidos parecen suponer en sus cálculos más recientes.

6.291. Una vez establecidas estas suposiciones razonables, pasamos a elegir un período de anualización adecuado. Como hemos indicado *supra*, hemos elegido un período de anualización para la amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos que se corresponde con el número de meses posteriores al período de referencia en que se habrían realizado las entregas hipotéticas pertinentes. A la luz de los hechos y las circunstancias del presente procedimiento, y a falta de indicaciones alternativas por las partes, consideramos adecuado adoptar el mismo método en este caso, es decir, elegir un período de anualización que se corresponda con el número de meses en los que se habrían realizado las entregas hipotéticas de Airbus que valoramos posteriores al período de referencia, que es un número de meses considerado ICSS. Esto nos lleva a dividir el valor total de todas las entregas posteriores al período de referencia entre el número de meses transcurridos entre el final del período de referencia y la última entrega hipotética y multiplicar este valor por 12 para obtener el valor anualizado.

6.292. Señalamos que este número de meses considerado ICSS es ^{[[***]]}. No obstante, en las circunstancias específicas del presente procedimiento, consideramos de todas formas que se trata de un período de anualización adecuado. Ambas partes han presentado maneras de anualizar los efectos desfavorables en el presente procedimiento respecto de períodos que no siempre han coincidido con un número entero de años. Asimismo, este método está en consonancia con la posición general de los Estados Unidos de que las entregas hipotéticas pertinentes deben anualizarse respecto del tiempo en que se habrían realizado. Además, señalamos que el número resultante de entregas anuales que se obtiene con esta metodología se corresponde en general con el número medio de entregas anuales previsto en el calendario de entregas propuesto por Airbus para la campaña de ventas de Fly Dubai 2008 en su conjunto, y con el número medio de entregas anuales posteriores al período de referencia en el mercado de los EAU si hubiésemos incluido las entregas de Fly Dubai 2014 en el cálculo de la amenaza de obstaculización. Por último, y en relación con lo

⁵⁷⁹ Señalamos que Boeing había entregado todas sus aeronaves en el marco de la campaña de ventas de Fly Dubai 2008 a finales del tercer trimestre del 2015. (Véanse 2RPQ - Actualización de la base de datos de Ascend (Prueba documental EU-75); y la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 204, 226, 322, 326 y 330). Véase también ^{[[***]]}.

anterior, señalamos que el período en que se habrían realizado las entregas pertinentes en el mercado de los EAU habría sido superior a [[***]] si hubiéramos valorado las entregas resultantes de la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 como amenaza de obstaculización, en lugar de valorar la campaña de ventas de Fly Dubai 2014 como una pérdida de ventas (como ambas partes propusieron).

a. Conclusión

6.293. Por las razones expuestas, en el contexto de valorar la amenaza de obstaculización y a la luz de las circunstancias específicas del presente procedimiento, anualizaremos el valor de las entregas hipotéticas de Airbus pertinentes posteriores al período de referencia en los mercados de los Estados Unidos y los EAU tomando como referencia el número de meses en que se habrían realizado esas entregas hipotéticas en cada mercado.

6.4.9 Resumen de las valoraciones técnicas de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado

6.294. En las secciones anteriores, hemos adoptado varias decisiones respecto de la metodología que consideramos adecuada para determinar un nivel máximo de suspensión anual. Teniendo en cuenta tales decisiones, resumimos en esta sección cómo determinaremos ese valor máximo. De conformidad con las constataciones que hemos formulado hasta ahora, seguimos un enfoque de tres etapas según el cual calculamos: a) un valor anualizado agregado para la pérdida significativa de ventas expresado en dólares EE.UU. de 2015; b) un valor anualizado agregado para la amenaza de obstaculización expresado en dólares EE.UU. de 2015; y c) un valor agregado resultado de la suma de esos dos valores. En las subsecciones siguientes, examinaremos cada una de estas etapas.

6.4.9.2 Valoración de la pérdida significativa de ventas

6.295. Como se ha señalado, en las secciones anteriores, hemos adoptado algunos aspectos de la metodología propuesta por la Unión Europea respecto de la valoración de la pérdida significativa de ventas, mientras que hemos realizado reajustes a otros aspectos. En la presente sección se resumen estas decisiones y se describe cómo determinaremos un valor anualizado agregado de los efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas.

6.296. Como se ha explicado en la sección 6.4.5.2, las constataciones de pérdida significativa de ventas se refieren a tres campañas de ventas separadas que tuvieron lugar durante el período de referencia, a saber: Icelandair 2013, Air Canada 2013 y Fly Dubai 2014. El valor de los efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas es igual a la suma de los valores de las LCA de Airbus que se habrían pedido y entregado si Airbus hubiese obtenido las campañas en la situación hipotética. A fin de calcular el valor de cada campaña de ventas, adoptamos un enfoque centrado en los pedidos, es decir, determinamos el valor total de cada campaña de ventas en el momento en que se perdieron los pedidos antes de reajustar esos valores sobre una base común en dólares EE.UU. de 2015.

6.297. Nos parece razonable suponer que, en la situación hipotética, Airbus habría obtenido las tres campañas de ventas y habría recibido pedidos por tantas LCA como Boeing realmente recibió en relación con cada campaña de ventas (sin incluir las opciones, se ejercieran o no).⁵⁸⁰ Nos basamos en las ofertas definitivas que presentó Airbus en las campañas de ventas respectivas para obtener los modelos para entregar, los calendarios de entregas y los precios netos en fábrica hipotéticos. En las campañas de ventas en las que las diferencias entre las ofertas definitivas de Airbus y los acuerdos de compra de Boeing exigen que se establezcan suposiciones adicionales respecto de a) determinadas fechas de entregas hipotéticas y b) los modelos de LCA que se habrían pedido, resolvemos la primera cuestión con la ayuda de los calendarios de entregas que figuran en los acuerdos de compra de Boeing y la segunda cuestión a la luz de los modelos que Airbus ofreció en sus ofertas definitivas pertinentes (véase la sección 6.4.6.3).

6.298. El valor de cada campaña de ventas es igual a la suma del valor actualizado de los precios netos en fábrica de Airbus (incluido [[***]]) e incrementado al momento de la entrega) de cada entrega hipotética asociada con esa campaña de ventas dada. Respecto de cada entrega, tenemos

⁵⁸⁰ Véanse las secciones 6.4.6.1 y 6.4.6.2 *supra*.

en cuenta el riesgo de cancelación y retrotraemos el precio de la fecha de entrega al momento del pedido como se indica a continuación:

$$\begin{aligned}
 & \text{Pérdida de ventas reajustada}_{\text{campana de ventas } i}^{\text{en USD de fecha del pedido o}} \\
 &= \sum_{\text{fecha de entrega } d \text{ modelo de LCA } m} \sum_{\text{campana de ventas } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d} \text{Precio neto en fábrica de Airbus}_{\text{campana de ventas } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d}^{\text{en USD de fecha de entrega } d} \\
 &\times \text{Número de aeronaves entregadas}_{\text{campana de ventas } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d} \\
 &\times \text{Tasa de supervivencia}_{\text{fecha de entrega } d} \\
 &\times \frac{1}{(1 + \text{Factor de actualización}_{\text{fecha del pedido o}})^{\text{fecha de entrega } d - \text{fecha del pedido o}}}
 \end{aligned} \tag{2}$$

donde

$$\text{Tasa de supervivencia}_{\text{fecha de entrega } d} = \begin{cases} 1 & \text{si fecha de entrega } d < \text{ene 2020} \\ (1 - \text{Tasa media de cancelación para pasillo único de Airbus}_{2003-2007})^{d - \text{Jul 2019}} & \text{else}^f \end{cases}$$

y $\text{Precio neto en fábrica de Airbus}_{\text{campana de ventas } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d}^{\text{en USD de fecha de entrega } d}$ se define en la ecuación (1) que figura en la sección 6.4.6.6 relativa a los precios de entrega hipotéticos.

6.299. Ajustamos el número de entregas hipotéticas a fin de reflejar las cancelaciones que se habrían producido antes de 2020 en la situación hipotética, como se describe en la sección 6.4.6.4. Esto afecta solo a una entrega de la campaña de Fly Dubai 2014 como se resume en el cuadro 1. Suponemos que todas las demás entregas hipotéticas de Airbus que estaba previsto que se realizaran antes de 2020 se habrían realizado.

Cuadro 1: Aeronaves pedidas y entregadas en la situación hipotética

Pérdida de ventas	Año del pedido	Número de aeronaves pedidas en la situación hipotética ⁵⁸¹	Número de aeronaves entregadas en la situación hipotética
Icelandair	2013	16	16
Air Canada	2013	61	61
Fly Dubai	2014	86	85

6.300. Reajustamos los precios de entrega hipotéticos de todos los pedidos que se habrían entregado en 2020 o posteriormente y que no se ven afectados por una cancelación anterior a 2020 mediante una tasa de supervivencia a fin de reflejar el riesgo de que estas entregas podrían cancelarse en el futuro hipotético. La tasa de supervivencia indica la probabilidad de que una entrega hipotética no se cancelará en la situación hipotética. Reconstruimos una tasa de supervivencia para todas las entregas hipotéticas previstas para 2020 y en adelante sobre la base del historial de la tasa media de cancelación de Airbus entre 2003 y 2007 correspondiente a las LCA de pasillo único (sección 6.4.6.4).

6.301. Una vez que hemos obtenido así los precios de entrega de las LCA hipotéticas pertinentes, retrotraemos estos precios de entrega al momento en que se perdió la campaña de ventas pertinente. El factor de actualización tiene en cuenta el hecho de que las corrientes monetarias asociadas con los pedidos resultantes de las campañas de ventas no coinciden desde el punto de vista temporal con el momento en que se realizan esos pedidos. El factor aborda los riesgos resultantes y armoniza la base monetaria de los valores de las entregas en la fecha del pedido. Como se analiza en la sección 6.4.7.1, utilizamos el costo medio de la deuda de Airbus en el año del pedido como factor de actualización adecuado.⁵⁸²

⁵⁸¹ Véase la sección 6.4.6.3 *supra* donde se expone una explicación detallada sobre la determinación del número de pedidos hipotéticos. Se recordará que, para obtener este número, basamos nuestro análisis en el número propuesto de pedidos en las ofertas definitivas de Airbus, considerado ICSS. En ese análisis, concluimos finalmente, no obstante, que debíamos utilizar el número de pedidos que coincidía con el número de pedidos en firme que figuraba en los acuerdos de compra de Boeing, que representan los números de esta columna.

⁵⁸² Como se menciona en la nota 558 *supra*, según proponen ambas partes en sus cálculos, para facilitar los cálculos y tener en cuenta la incertidumbre relativa a los meses de entrega específicos de las entregas

6.302. Tras obtener los valores reajustados de las pérdidas de ventas expresados en dólares EE.UU. de la fecha del pedido, procedemos a expresarlos sobre una base monetaria común para poder sumar los valores de las tres pérdidas de ventas. Las dos partes convienen en utilizar el año 2015 como base monetaria común. A tal efecto, utilizamos la media anual de los índices de inflación de las LCA de Airbus mensuales de 2015, como se describe en la sección 6.4.7.2, y calculamos la suma para generar un valor medio total de la pérdida significativa de ventas en dólares EE.UU. de 2015, como se indica a continuación:

$$\begin{aligned}
 & \text{Pérdidas de ventas reajustadas}^{\text{en USD de 2015}} \\
 &= \sum_{\text{campana de ventas } i} \text{Pérdida de ventas reajustada}^{\text{en USD de fecha del pedido o}}_{\text{campana de ventas } i} \\
 &\times \frac{\text{Índice de inflación de LCA de Airbus}_{2015}}{\text{Índice de inflación de LCA de Airbus}_{\text{fecha del pedido o}}}
 \end{aligned} \tag{3}$$

6.303. A la luz de la solicitud de la Unión Europea de imponer contramedidas sobre una base anual, anualizamos el valor de la pérdida significativa de ventas expresado en dólares EE.UU. de 2015. Anualizamos el valor agregado de las pérdidas de ventas expresado en dólares EE.UU. de 2015 con respecto a la duración del período de referencia que, según se ha determinado en la sección 6.4.7.3, fue de 36 meses desde octubre de 2012 a septiembre de 2015, como se indica a continuación:

$$\begin{aligned}
 & \text{Pérdidas de ventas anualizadas}^{\text{en USD de 2015}} \\
 &= \sum_{\text{campana de ventas } i} \text{Pérdida de ventas reajustada}^{\text{en USD de 2015}}_{\text{campana de ventas } i, \text{ fecha del pedido o}} \\
 &\times \frac{12}{\text{Duración del período de referencia}}
 \end{aligned} \tag{4}$$

6.304. El valor anualizado agregado resultante de la pérdida significativa de ventas expresado en dólares EE.UU. de 2015 es de USD [[***]].

6.4.9.3 Valoración de la amenaza de obstaculización

6.305. Como ha sucedido en la valoración de la pérdida significativa de ventas, en las secciones anteriores, hemos adoptado algunos aspectos de la metodología propuesta por la Unión Europea respecto de la valoración de la amenaza de obstaculización, mientras que hemos realizado reajustes a otros aspectos. En la presente sección se resumen estas decisiones y se describe cómo determinaremos el valor anualizado agregado de los efectos desfavorables en forma de amenaza de obstaculización.

6.306. El Grupo Especial sobre el cumplimiento constató la existencia de amenaza de obstaculización en dos mercados geográficos, esto es, los Estados Unidos y los EAU. Valoramos la amenaza de obstaculización en cada uno de estos mercados separadamente, pero seguimos la misma metodología en ambos casos. A continuación, expresamos el valor de la amenaza de obstaculización en cada mercado sobre una base monetaria común, anualizamos esos dos valores y los sumamos a fin de calcular un valor anualizado agregado final de los efectos desfavorables en forma de amenaza de obstaculización. La base monetaria común es el dólar EE.UU. de 2015, que se

hipotéticas, suponemos que todas las entregas hipotéticas se habrían realizado en julio de un año dado. Señalamos que el Árbitro de la diferencia DS316 procedió del mismo modo en este contexto. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, nota 675) En cuanto a las fechas de las campañas de ventas pertinentes, es decir, la fecha en la que Airbus habría obtenido los pedidos en la situación hipotética, la Unión Europea utiliza el mes exacto en que Boeing obtuvo realmente las campañas de ventas pertinentes, mientras que los Estados Unidos suponen en sus cálculos que todas las campañas de ventas habrían tenido lugar en julio del año pertinente. No discernimos nada irrazonable en el enfoque de la Unión Europea y, en consecuencia, lo adoptamos. Señalamos que, si bien el Árbitro de la diferencia DS316 supuso que todos los pedidos asociados con las pérdidas de ventas se habrían realizado en julio del año pertinente, se trataba de la metodología propuesta por los Estados Unidos en ese procedimiento, con respecto a la cual el Árbitro no observó ninguna objeción por parte de la Unión Europea. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, notas 350 y 675) Además señalamos que, aunque la presente decisión se distribuye después de julio de 2020, las últimas comunicaciones sustantivas de las partes se recibieron en marzo de 2020.

corresponde con el último año del período de referencia y con la base monetaria de la pérdida significativa de ventas, de manera que posteriormente podamos calcular un nivel máximo de suspensión anual sumando los valores anualizados agregados de la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización.

6.307. Valoramos la amenaza de obstaculización utilizando un enfoque centrado en las entregas.⁵⁸³ Esto es, y como se explicó en las secciones 6.4.5.3.2 y 6.4.5.3.3, valoramos las entregas hipotéticas que Airbus habría realizado si no hubiera sufrido obstaculización en los dos mercados geográficos después del período de referencia. Estas entregas hipotéticas habrían resultado de haber obtenido Airbus una campaña de ventas en cada mercado geográfico pertinente, esto es, la campaña de ventas de Delta Airlines 2011 en el mercado de los Estados Unidos y la campaña de ventas de Fly Dubai 2008 en el mercado de los EAU.

6.308. Para determinar los precios de entrega de las entregas pertinentes, seguimos las mismas etapas que para valorar las entregas derivadas de las pérdidas de ventas. Después, como se describe en la sección 6.4.8.1, reajustamos temporalmente de manera retroactiva los precios de entrega directamente a 2015 utilizando el índice de inflación de las LCA de Airbus. El valor agregado de la amenaza de obstaculización en cada mercado geográfico expresado en dólares EE.UU. de 2015 se obtiene así del siguiente modo:

$$\begin{aligned}
 & \text{Amenaza de obstaculización reajustada}_{\text{mercado geográfico } g}^{\text{en USD de 2015}} \\
 &= \sum_{\text{fecha de entrega } d, \text{ modelo de LCA } m} \sum_{\text{campaña de ventas } i} \text{Precio neto en fábrica de Airbus}_{\text{campaña de ventas } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d}^{\text{en USD de fecha de entrega } d} \\
 &\times \text{Número de aeronaves entregadas}_{\text{campaña de ventas } i, \text{ modelo de LCA } m, \text{ fecha de entrega } d} \\
 &\times \text{Tasa de supervivencia}_{\text{fecha de entrega } d} \times \frac{\text{Índice de inflación de LCA de Airbus}_{2015}}{\text{Índice de inflación de LCA de Airbus}_{\text{fecha de entrega } d}}.
 \end{aligned} \tag{5}$$

6.309. Como se describe en la sección 6.4.8.2, anualizamos el valor agregado de la amenaza de obstaculización en ambos mercados geográficos expresado en dólares EE.UU. de 2015 con respecto al momento en que se habrían realizado las entregas pertinentes, después del período de referencia. Después sumamos esos dos valores anualizados agregados a fin de obtener un valor anualizado agregado de las dos constataciones de amenaza de obstaculización como se indica a continuación:

$$\begin{aligned}
 & \text{Amenaza de obstaculización anualizada}_{\text{mercado geográfico } g}^{\text{en USD de 2015}} \\
 &= \sum_{\text{mercado geográfico } g} \frac{\text{Amenaza de obstaculización reajustada}_{\text{mercado geográfico } g}^{\text{en USD de 2015}}}{12} \\
 &\times \frac{1}{\text{Duración de las entregas}_{\text{campaña de ventas } i}}.
 \end{aligned} \tag{6}$$

El valor anualizado resultante de la amenaza de obstaculización expresado en dólares EE.UU. de 2015 es de USD [***].

6.4.9.4 Valor anualizado agregado de la pérdida significativa de ventas y de la amenaza de obstaculización en los dos mercados geográficos

6.310. En las dos subsecciones anteriores, hemos calculado los valores anualizados agregados de los efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas y de amenaza de obstaculización. A fin de obtener el nivel máximo de suspensión anual, por lo tanto, sumamos estos dos valores como se indica a continuación⁵⁸⁴:

⁵⁸³ Véase el párrafo 6.145 *supra*.

⁵⁸⁴ Señalamos el argumento formulado por los Estados Unidos varias veces en el presente procedimiento (más recientemente en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafos 98-105) de que las valoraciones de las diferentes constataciones relativas a los efectos desfavorables (es decir, la pérdida significativa de ventas y las dos constataciones de amenaza de obstaculización) no pueden sumarse simplemente para obtener un valor agregado cuando sus períodos de anualización son diferentes. Los Estados Unidos aducen que, puesto que las constataciones de pérdida significativa de ventas y de amenaza de obstaculización se basan en un "único fenómeno económico", su valor total en este caso debe ser un

EDCED anualizados^{en USD de 2015}

= **Amenaza de obstaculización anualizada**^{en USD de 2015}

+ **Pérdidas de ventas anualizadas**^{en USD de 2015}.

(7)

6.311. El valor total anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, expresado en dólares EE.UU. de 2015, asciende a USD 3.993.212.564. Nos referiremos a esta cuantía como el valor anualizado correspondiente a 2015.

6.5 Contramedidas proporcionadas al valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado

6.312. En la sección 6.4.9.3 *supra*, hemos determinado que el valor anualizado correspondiente a 2015 es de USD 3.993.212.564. Se recordará que la Unión Europea solicitó que reajustáramos el valor anualizado correspondiente a 2015 en función de la inflación registrada desde 2015 hasta abril de 2020 y, por lo tanto, expresáramos el nivel de suspensión anual en dólares EE.UU. de 2020 (el valor anualizado correspondiente a 2020). La Unión Europea también solicitó que se le autorice a reajustar el valor anualizado correspondiente a 2020 en función de la inflación que se registre en los años futuros, posteriores a 2020, en los que la Unión Europea aplicaría las contramedidas.

6.313. Se recordará además que, de conformidad con el artículo 7.10 del Acuerdo SMC, el nivel máximo de suspensión anual debe ser "proporcionad{o}" al valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado. Por consiguiente, debemos examinar si el nivel de las contramedidas propuesto por la Unión Europea es "proporcionad{o}" al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2015 que hemos calculado.

6.314. Abordamos estas dos cuestiones -el reajuste solicitado en función de la inflación registrada hasta 2020 y más allá, y el valor anualizado correspondiente a 2015 "proporcionad{o}"- en las secciones siguientes.

6.5.2 Ajuste del valor anualizado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado en función de la inflación registrada en dólares de abril de 2020 y de los años futuros en que se apliquen las contramedidas

6.315. La Unión Europea propuso en su documento sobre metodología calcular un "valor actual" de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado reajustando los precios de la fecha de entrega (de todas las entregas asociadas a la pérdida significativa de ventas y la amenaza de obstaculización) en función de la inflación registrada hasta abril de 2020, el mes en que la Unión Europea declaró que esperaba que el Árbitro emitiera su decisión.⁵⁸⁵ La Unión Europea propuso este reajuste "{p}" para impedir que la inflación afecte al valor real de las contramedidas debidas", y señaló que estará autorizada a imponer las contramedidas varios años después de concluido el plazo para

promedio ponderado de "los dos valores anuales" correspondientes a la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización. Señalamos que los Estados Unidos basan su argumento en el hecho de que de la misma subvención se derivan tipos de daño diferentes (pérdida de ventas y amenaza de obstaculización). (Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Árbitro, párrafo 101). No vemos por qué esto es pertinente en este contexto. Lo que valoramos no es la propia subvención, sino dos formas distintas de daño derivadas de esta; esto es, la pérdida de ventas y la amenaza de obstaculización. Las entregas que valoramos en cada caso se derivan de pedidos de LCA distintos, es decir, no coincidentes. Además, no vemos por qué la elección de los períodos de anualización debería afectar a estas consideraciones. La anualización armoniza a un año la duración de los períodos respecto de los cuales se han valorado las diferentes constataciones. Si bien la anualización lleva matemáticamente en un principio a denominadores diferenciados, señalamos que reducimos las fracciones al denominador común de uno antes de su suma. Dados el denominador común y la reformulación de todos los valores sobre una base monetaria común, no discernimos ningún motivo por el que no podamos agregar los valores por medio de una suma. En consecuencia, rechazamos el argumento formulado por los Estados Unidos.

⁵⁸⁵ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 8, 78, 97, 104, 138 y 158 y nota 146. En su documento sobre metodología, la Unión Europea realizó primero un reajuste temporal que pretendía expresar los efectos desfavorables en dólares de los Estados Unidos de abril de 2020, antes de reformular estos efectos desfavorables sobre una base anualizada. Sin embargo, en su comunicación escrita, la Unión Europea actualizó su metodología sobre el cálculo en varios aspectos, entre otros, invirtió el orden en que realizó el reajuste temporal y el ejercicio de anualización. (Véase, por ejemplo, la comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 396-400).

la aplicación.⁵⁸⁶ La Unión Europea realizó este reajuste sobre la base de modificaciones relativas en el valor del índice de inflación de las LCA de Airbus, es decir, multiplicando los precios de la fecha de entrega por una ratio de dicho índice correspondiente a abril de 2020 dividido entre el índice de inflación de las LCA de Airbus correspondiente al mes de la entrega en cuestión. Ese valor en dólares EE.UU. de abril de 2020 se dividiría entonces entre el número de meses del período de referencia y se multiplicaría por 12 a fin obtener el valor anualizado correspondiente a 2020.⁵⁸⁷

6.316. La Unión Europea también afirmó que el valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2020 debía reajustarse en función de la inflación respecto de todos los años posteriores en que las contramedidas podrían aplicarse, suponiendo que "los Estados Unidos no demuestren ... que han logrado el cumplimiento".⁵⁸⁸ La Unión Europea trató de aplicar este reajuste en función de la inflación multiplicando el valor anualizado correspondiente a 2020 por una ratio del índice de inflación de las LCA de Airbus del año en que se aplicarían las contramedidas, dividido entre el índice de inflación de las LCA de Airbus correspondiente a abril de 2020.⁵⁸⁹

6.317. La Unión Europea, posteriormente, revisó determinados aspectos de su metodología "en un esfuerzo por asegurar la coherencia entre los enfoques adoptados en {el arbitraje de la diferencia DS316} y los adoptados por el Árbitro{o} ... en el presente procedimiento".⁵⁹⁰ Por consiguiente, y reconociendo que el Árbitro de la diferencia DS316 rechazó las solicitudes de los Estados Unidos de reajustar el valor anualizado de los efectos desfavorables en función de la inflación registrada hasta el momento entonces actual y en los años futuros, la Unión Europea explicó que "ya no realiza más reajustes temporales en función de la inflación registrada hasta abril de 2020" ni "se propone reajustar el nivel de las contramedidas en función de la inflación subsiguiente".⁵⁹¹

6.318. En su comunicación escrita, los Estados Unidos no se opusieron específicamente a la determinación que hizo la Unión Europea del valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2020, pero impugnaron que utilizara el índice de inflación de las LCA de Airbus para dicha determinación. Los Estados Unidos adujeron que, en la medida en que este reajuste en función de la inflación sirve para establecer un valor real equivalente en un año futuro, no debe hacerse utilizando [[***]], sino más bien utilizando un índice de precios al productor específico para la fabricación de aeronaves civiles.⁵⁹² Los argumentos planteados por los Estados Unidos en este contexto son los mismos que los que analizamos *supra* en la sección 6.4.7.2 en relación con la reformulación de los efectos desfavorables sobre una base común de dólares EE.UU. de 2015. Aparentemente, los Estados Unidos no respondieron de manera específica a la solicitud de la Unión Europea de reajustar en función de la inflación el nivel de contramedidas correspondiente a cada año subsiguiente.

6.319. Posteriormente, los Estados Unidos revisaron su posición sobre la idoneidad de realizar reajustes en función de la inflación registrada hasta abril de 2020 a la luz de la decisión del Árbitro de la diferencia DS316 de no realizar esos reajustes y ahora sugieren que el Árbitro siga estas orientaciones.⁵⁹³ Los Estados Unidos se basan en la observación formulada por el Árbitro de la diferencia DS316 de que realizar un reajuste en función de la inflación para obtener un valor actual ni era necesario para preservar la eficacia de las contramedidas para cuya imposición solicitaban autorización los Estados Unidos ni está en consonancia con la inexistencia de esos reajustes en prácticamente todas las decisiones arbitrales anteriores en las que se ha adoptado una estructura de contramedidas similar.⁵⁹⁴

⁵⁸⁶ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 82.

⁵⁸⁷ Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafos 97-103.

⁵⁸⁸ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 408 y nota 578 a dicho párrafo; y documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 78 y notas 143 y 146.

⁵⁸⁹ Documento sobre metodología de la Unión Europea, nota 146.

⁵⁹⁰ Comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 394.

⁵⁹¹ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 85 del Árbitro, párrafo 458. Véase también la respuesta de la Unión Europea a las preguntas 39, párrafos 152-157; y 40, párrafos 158-159, del Árbitro.

⁵⁹² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 112-126.

⁵⁹³ Respuesta de los Estados Unidos a la preguntas 38-39 del Árbitro, párrafos 120-121.

⁵⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la preguntas 38-39 del Árbitro, párrafo 120 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafos 6.512-6.513). Los Estados Unidos afirman que las mismas consideraciones en cuanto a la idoneidad de los reajustes en función de la inflación registrada hasta abril de 2020 son aplicables con igual fuerza en el presente procedimiento. Por lo tanto, dado que no existen factores pertinentes que

6.320. El Árbitro señala que, al explicitar que su metodología de valoración revisada ya no tiene en cuenta la inflación registrada hasta el momento actual y en el futuro, la Unión Europea ha renunciado efectivamente a sus peticiones de que el Árbitro incluya esas etapas en la determinación del nivel máximo de suspensión anual. No vemos razón alguna para rechazar el nuevo enfoque relativo a la valoración que adopta la Unión Europea a este respecto. Consideramos que este enfoque es particularmente razonable en las circunstancias del presente procedimiento en el sentido de que está en consonancia con la decisión del Árbitro de la diferencia DS316 de no reajustar el valor del nivel máximo de suspensión anual en función de la inflación correspondiente al momento entonces actual y a los años subsiguientes.⁵⁹⁵

6.321. Así pues, decidimos no reajustar el nivel máximo de suspensión anual en función de la inflación registrada hasta el momento actual (2020) y en los años futuros en que se puedan aplicar las contramedidas.⁵⁹⁶

6.5.3 El valor anualizado correspondiente a 2015 "proporcionad{o}"

6.322. Recordamos que hemos calculado que el valor anualizado correspondiente a 2015 (es decir, el nivel máximo de suspensión anual) es de USD 3.993.212.564. La Unión Europea calcula que el valor anualizado correspondiente a 2015 es de USD 8.581.019.068.⁵⁹⁷ Por lo tanto, examinamos si el valor de USD 8.581.019.068 propuesto por la Unión Europea puede considerarse "proporcionad{o}" al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2015 que hemos calculado.

6.323. La expresión "proporcionadas al" que figura en el artículo 7.10 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.⁵⁹⁸ No obstante, la Unión Europea no solicita que se le permita adoptar contramedidas en la forma de un nivel máximo de suspensión anual superior al valor anualizado de los efectos desfavorables (tampoco percibimos justificación alguna para hacerlo en las circunstancias del presente procedimiento). Además, señalamos que el valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2015 calculado por nosotros (es decir, USD 3.993.212.564) es significativamente inferior al valor de la suspensión anual correspondiente a 2015 propuesto por la Unión Europea (es decir, USD 8.581.019.068), un valor que hemos determinado en la presente decisión que se

distingan la presente diferencia y el arbitraje de la diferencia DS316 respecto de esta cuestión, los Estados Unidos afirman que el Árbitro puede adoptar el mismo enfoque.

⁵⁹⁵ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.514 y 6.522. Señalamos que el Árbitro de la diferencia DS316, al menos en parte, formuló su decisión teniendo en cuenta la práctica de árbitros anteriores. (*Ibid.*, párrafo 6.512).

⁵⁹⁶ Además, cuestionaríamos el argumento de la Unión Europea de que el índice de inflación de las LCA de Airbus sería el índice de inflación adecuado para utilizar. Como se señala en la sección 6.1 *supra*, el índice de inflación de las LCA de Airbus es un índice recopilado por la Unión Europea sobre la base de las tasas de incremento contractuales de Airbus que representan cambios [[***]] en los costos de los materiales y la mano de obra resultantes de la inflación y otras variaciones económicas. (Documento sobre metodología de la Unión Europea, párrafo 101). Por lo tanto, el índice de inflación de las LCA de Airbus es específico del punto de vista de Airbus. Sin embargo, y como observó el Árbitro de la diferencia DS316, el valor que debería protegerse de la erosión por la inflación es el valor de las contramedidas, que, en el presente caso, puede imponer la Unión Europea sobre una gama posiblemente amplia de bienes y/o servicios importados de los Estados Unidos.

⁵⁹⁷ Señalamos que, a lo largo del procedimiento, la Unión Europea presentó varios métodos alternativos para calcular el nivel de suspensión anual que han dado lugar a diferentes niveles de suspensión anual. (Véase la nota 123 *supra*). Más recientemente, y a solicitud del Árbitro, la Unión Europea presentó una metodología en la que utiliza un enfoque centrado en los pedidos para calcular el valor de la pérdida significativa de ventas y un enfoque centrado en las entregas (es decir, un enfoque basado en la "amenaza de obstaculización") para calcular el valor de la amenaza de obstaculización (véase la sección 6.4.5.3.3 *supra*). Sobre la base de este enfoque, la Unión Europea calculó que el valor anualizado correspondiente a 2015 era de USD [[***]] (excluido el valor de los efectos desfavorables relativos a la investigación y desarrollo en 2004-2006). (Véanse 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-85 (ICSS)); y 2RPQ - Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-77 (ICSS))). Señalamos, por tanto, que en esta subsección aunque fuésemos a utilizar el valor de USD [[***]] en lugar del valor de USD 8.581.019.068, llegaríamos a la misma conclusión con respecto al valor anualizado correspondiente a 2015 "proporcionad{o}".

⁵⁹⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 5.4 (donde se hace referencia a la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos II*), párrafos 4.35-4.39). Véase también la sección 6.4.5.1 *supra*.

derivó de una metodología en ocasiones errónea. 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 3.993.212.564 a USD 8.581.019.068, en nuestra opinión, excedería en mucho cualquier grado de discrepancia admisible. En consecuencia, no podemos aceptar la cifra de USD 8.581.019.068 como el valor anualizado correspondiente a 2015 "proporcionad{o}".⁵⁹⁹

6.324. Por tanto, no percibimos que sea necesario ni esté justificado, en las circunstancias particulares del presente procedimiento, establecer el valor de la suspensión anual correspondiente a 2015 en un nivel superior al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2015 que hemos establecido. En consecuencia, determinamos que el valor anualizado correspondiente a 2015 "proporcionad{o}" y, por lo tanto, el nivel máximo de suspensión anual es de USD 3.993.212.564.

7 LA ALEGACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 22.3 DEL ESD (RETORSIÓN CRUZADA)

7.1. Cabe recordar que la Unión Europea solicita autorización para adoptar contramedidas en el marco del GATT de 1994 y del Acuerdo SMC, así como del AGCS.⁶⁰⁰ En su solicitud, la Unión Europea señala que es impracticable e ineficaz para la Unión Europea suspender concesiones u otras obligaciones solo en el sector de las mercancías por un valor de hasta USD 12.000 millones aproximadamente. En la solicitud de la Unión Europea también se declara que, habida cuenta del grado y la naturaleza de los efectos desfavorables y el perjuicio grave, las circunstancias son "suficientemente graves" en el sentido del artículo 22.3 c) del ESD.⁶⁰¹ Por consiguiente, la Unión Europea solicita autorización para imponer contramedidas consistentes en una o más de las siguientes alternativas:

- a. suspensión de concesiones arancelarias y otras obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 respecto de una lista de productos estadounidenses que se establecerá oportunamente;
- b. suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco del Acuerdo SMC; y
- c. en el marco del AGCS, suspensión de compromisos horizontales o sectoriales incluidos en la Lista refundida de compromisos específicos de la Unión Europea, suplementada para incorporar las Listas individuales de compromisos específicos de sus Estados miembros, con respecto a todos los sectores principales identificados en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios.⁶⁰²

7.2. En respuesta, los Estados Unidos alegaron que la Unión Europea no siguió los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 al considerar qué contramedidas adoptar.⁶⁰³ Por consiguiente, los Estados Unidos se reservaron el derecho de presentar una alegación ante el Árbitro en el sentido de que la Unión Europea no había seguido los principios y procedimientos

⁵⁹⁹ Véase la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.505-6.509 (donde se resuelve de manera similar la misma cuestión).

⁶⁰⁰ Véase la sección 1.20 *supra*.

⁶⁰¹ El artículo 22.3 c) del ESD 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{.}

⁶⁰² Recurso de la Unión Europea al párrafo 2 del artículo 22 del ESD y al párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, WT/DS353/17.

⁶⁰³ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS353/19.

establecidos en el artículo 22.3. Corresponde a los Estados Unidos establecer una presunción de que la Unión Europea no siguió los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3.⁶⁰⁴

7.3. Los Estados Unidos no plantearon ninguna alegación en ese sentido al amparo del artículo 22.3 en su comunicación escrita ni en su declaración oral. Dado que los Estados Unidos no presentaron 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 el régimen de la OMC mientras no se haya probado lo contrario.⁶⁰⁵ Por lo tanto, a nuestro parecer, la solicitud de una parte reclamante al amparo del artículo 22.3 c) se debe considerar compatible con el ESD mientras no se pruebe lo contrario.⁶⁰⁶ En consecuencia, no se ha demostrado que la solicitud de retorsión cruzada formulada por la Unión Europea sea incompatible con el artículo 22.3 c) del ESD.

8 CONCLUSIÓN

8.1. Por las razones expuestas *supra*, el Árbitro concluye lo siguiente:

- a. en relación con el artículo 7.10 del Acuerdo SMC y el artículo 22.6 del ESD, el nivel de las contramedidas "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado" asciende a USD 3.993.212.564 al año; y
- b. en relación con el artículo 22.3 del ESD, los Estados Unidos no han demostrado que la Unión Europea no siguiera los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD al determinar que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del comercio de mercancías y que las circunstancias son suficientemente graves.

8.2. Por lo tanto, la Unión Europea puede solicitar la autorización del OSD para adoptar contramedidas con respecto a los Estados Unidos a un nivel que no exceda, en total, de USD 3.993.212.564 anuales. Estas contramedidas pueden adoptar las formas enumeradas en los puntos 1)-3) del penúltimo párrafo del documento WT/DS353/17, a las que también se hace referencia en el párrafo 7.1.a.-c. *supra*.

⁶⁰⁴ Decisiones del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 7.3; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículo 22.6 - Estados Unidos II), párrafo 5.55; *Estados Unidos - Juegos de azar* (artículo 22.6 - Estados Unidos), párrafo 2.27; y *CE - Banano III (Ecuador)* (artículo 22.6 - CE), párrafo 59.

⁶⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157.

⁶⁰⁶ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 7.5.