



13 de octubre de 2020

(20-7037)

Página: 1/74

Original: inglés

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

RECURSO DE LOS ESTADOS UNIDOS AL ARTÍCULO 22.6 DEL ESD

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

Addendum

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

El presente *addendum* contiene los anexos A a C de la decisión del Árbitro, que figura en el documento WT/DS353/ARB.

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

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 A-1

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL ÁRBITRO

Adoptado el 8 de julio de 2019

Aspectos generales

1. 1) En el presente procedimiento, el Árbitro seguirá las disposiciones pertinentes del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"). Además, se aplicará el Procedimiento de trabajo que se expone a continuación.
- 2) El Árbitro se reserva el derecho de modificar el presente procedimiento cuando sea necesario, tras consultar con las partes.

Confidencialidad

2. 1) Las deliberaciones del Árbitro y los documentos que se hayan sometido a su consideración tendrán carácter confidencial. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al Árbitro por otro Miembro a la que este haya designado como tal.
- 2) Ninguna de las disposiciones del ESD ni del presente Procedimiento de trabajo impedirá a una parte hacer públicas sus posiciones.
- 3) Si una parte presenta una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al Árbitro, también facilitará, a petición de un Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público.
- 4) Las partes tratarán la información comercial confidencial y la información comercial sumamente sensible de conformidad con los procedimientos establecidos en el Procedimiento de trabajo adicional del Árbitro en relación con la información comercial confidencial y la información comercial sumamente sensible.

Comunicaciones

3. 1) Antes de celebrarse la reunión sustantiva del Árbitro con las partes, la Unión Europea presentará al Árbitro y a los Estados Unidos una comunicación en la que explique los fundamentos de su solicitud, con inclusión del método y los datos en que se apoya, de conformidad con el calendario que haya adoptado el Árbitro.
- 2) Cada parte en la diferencia presentará también al Árbitro una comunicación escrita en la que exponga los hechos del caso y sus argumentos, con arreglo al calendario adoptado por el Árbitro.
 - a. A fin de facilitar un desarrollo eficiente del presente procedimiento, las comunicaciones escritas mencionadas en el calendario del Árbitro (la comunicación escrita de la Unión Europea en la que se explican los fundamentos de su solicitud (documento sobre la metodología), la comunicación escrita de los Estados Unidos y la comunicación escrita de la Unión Europea) no excederán de 125 páginas (interlineado sencillo, tamaño de letra 10) o de 160 páginas (interlineado sencillo, tamaño de letra 12) cada una. Este límite no incluye las pruebas documentales que acompañen a las comunicaciones escritas.
 - b. El Árbitro podrá conceder una ampliación de este límite de páginas previa solicitud de una parte. Las partes presentarán dicha solicitud de conformidad con el procedimiento para la notificación de documentos establecido en el párrafo 21 *infra* y a más tardar siete días (una semana natural) antes de que finalice el plazo de presentación de la

comunicación en cuestión. En la solicitud se incluirá el número de páginas adicionales que solicita la parte para la comunicación en cuestión y se explicarán las circunstancias que a su juicio justifican que se supere el límite de páginas en el número de páginas especificado. El Árbitro se pronunciará sobre dicha solicitud con prontitud.

3) El Árbitro podrá invitar a las partes a que presenten otras comunicaciones a lo largo del procedimiento, incluso en relación con cualquier solicitud de resolución preliminar, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 *infra*.

Resoluciones preliminares

4. 1) Si cualquiera de las partes considera que el Árbitro debe dictar, antes de emitir la decisión, una resolución de que determinadas cuestiones no se han sometido debidamente a la consideración del Árbitro, se aplicará el procedimiento descrito a continuación. Se admitirán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente.
 - a. Cada parte presentará cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tenga para hacerlo. La otra parte presentará su respuesta a la solicitud en un momento que determinará el Árbitro a la luz de la solicitud.
 - b. El Árbitro podrá dictar una resolución preliminar sobre las cuestiones planteadas en esa solicitud de resolución preliminar antes, durante o después de la reunión sustantiva, o podrá aplazar una resolución respecto de las cuestiones planteadas en una resolución preliminar hasta que comunique su decisión a las partes.
 - c. En caso de que el Árbitro considere oportuno dictar una resolución preliminar antes de emitir su decisión, podrá exponer los motivos de su resolución en el momento de formular la resolución o posteriormente, en su decisión.
- 2) Este procedimiento se entiende sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar otros tipos de resoluciones preliminares o procedimentales a lo largo del procedimiento de arbitraje, así como del procedimiento que pueda seguir el Árbitro con respecto a esas solicitudes.

Pruebas

5. 1) Cada parte presentará al Árbitro todas las pruebas a más tardar en la reunión sustantiva, salvo por lo que respecta a las pruebas necesarias a los efectos de las réplicas, las respuestas a las preguntas o las observaciones sobre las respuestas de la otra parte. Se admitirán otras excepciones previa justificación suficiente.
 - 2) Cuando se admitan pruebas nuevas previa justificación suficiente, el Árbitro concederá a la otra parte un plazo adecuado para que formule observaciones sobre las nuevas pruebas presentadas.
6. 1) Cuando el idioma original de una prueba documental o de una parte de esta no sea un idioma de trabajo de la OMC, la parte que la aporte presentará simultáneamente una traducción de la prueba documental o de la parte pertinente al idioma de trabajo de la OMC en que se redacte la comunicación. El Árbitro podrá conceder prórrogas prudenciales para la traducción de las pruebas documentales previa justificación suficiente.
 - 2) Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse sin demora por escrito, de preferencia no más tarde de la comunicación o la reunión (lo que ocurra antes) siguientes a la comunicación que contenga la traducción de que se trate. Las objeciones irán acompañadas de una explicación detallada de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.
7. 1) Para facilitar el mantenimiento del expediente de la diferencia y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones, las partes numerarán consecutivamente sus pruebas documentales a lo largo de toda la diferencia, indicando el nombre del Miembro que aporta la prueba y el número de cada prueba documental en su portada. Las pruebas documentales presentadas por la Unión Europea deben numerarse EU-1, EU-2, etc. Las presentadas por los

Estados Unidos deben numerarse USA-1, USA-2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con una comunicación fue numerada XXX-5, la primera prueba documental en relación con la siguiente comunicación se numeraría XXX-6.

2) Cada parte facilitará una lista actualizada de las pruebas documentales (en formato Word o Excel) junto con cada una de sus comunicaciones, declaraciones orales y respuestas a las preguntas.

3) Si una parte presenta un documento que ya haya sido presentado como prueba documental por la otra parte, deberá explicar por qué presenta de nuevo ese documento.

4) En la medida en que una parte considere que el Árbitro debería tener en cuenta un documento que ya se haya presentado como prueba documental en las actuaciones anteriores del Grupo Especial, debe presentarlo de nuevo como prueba a los efectos del presente procedimiento. En su lista de pruebas documentales, debe hacer referencia al número que tenía la prueba documental inicial en el procedimiento del Grupo Especial inicial (OP) y en el procedimiento del Grupo Especial del artículo 21.5 (CP), cuando proceda (por ejemplo, XXX-1 (XXX-21-OP), XXX-2 (XXX-11-CP)).

Guía Editorial

8. A fin de facilitar la labor del Árbitro, se invita a las partes a que redacten sus comunicaciones de conformidad con la Guía Editorial de la OMC para las comunicaciones (se facilita una copia electrónica de la misma).

Preguntas

9. El Árbitro podrá formular preguntas a las partes en cualquier momento del procedimiento, incluso:

- a. enviando una lista de preguntas por escrito antes de la reunión, o una lista de los temas que se proponga abordar en las preguntas orales durante la reunión. El Árbitro podrá formular preguntas distintas o adicionales en la reunión; y
- b. formulando preguntas orales a las partes durante la reunión, y por escrito después de la reunión, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 16 *infra*.

Reunión sustantiva

10. El Árbitro llevará a cabo sus deliberaciones a puerta cerrada. El Árbitro podrá abrir al público su reunión sustantiva con las partes, con sujeción a procedimientos apropiados que adoptará después de consultar a estas.

11. Las partes solo estarán presentes en las reuniones cuando el Árbitro las invite a comparecer.

12. 1) Cada parte tiene derecho a determinar la composición de su propia delegación en las reuniones con el Árbitro.

2) Cada parte será responsable de todos los miembros de su delegación y se asegurará de que cada miembro de dicha delegación actúe de conformidad con el ESD y con el presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta a la confidencialidad del procedimiento y las comunicaciones de las partes.

13. Cada parte facilitará al Árbitro y a la otra parte la lista de los miembros de su delegación, a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra), tres días hábiles antes del primer día de la reunión con el Árbitro.

14. Las partes deben formular cualquier petición de servicios de interpretación al Árbitro con la mayor antelación posible, de preferencia en la etapa de organización, a fin de que haya tiempo suficiente para garantizar la disponibilidad de intérpretes.

15. Se celebrará una reunión sustantiva con las partes.
16. La reunión sustantiva del Árbitro con las partes se desarrollará como sigue:
 - a. El Árbitro invitará a los Estados Unidos a formular una declaración inicial a fin de que presenten su argumentación en primer lugar. A continuación, el Árbitro invitará a la Unión Europea a exponer su opinión al respecto. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Árbitro y a la otra parte una versión escrita provisional de su declaración. En caso de que se requiera interpretación, cada parte facilitará copias adicionales para los intérpretes.
 - b. Una vez concluidas las declaraciones iniciales, el Árbitro dará a cada parte la oportunidad de formular observaciones o hacer preguntas a la otra parte.
 - c. Seguidamente, el Árbitro podrá formular preguntas a las partes.
 - d. Una vez finalizadas las preguntas, el Árbitro concederá a cada parte la oportunidad de formular una breve declaración final, que los Estados Unidos formularán en primer lugar. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Árbitro y a la otra parte en la reunión una versión escrita provisional de su declaración final, en la medida de lo posible.
 - e. Tras la reunión:
 - i. Cada parte presentará una versión escrita final de su declaración inicial, a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) del primer día hábil posterior a la reunión. Al mismo tiempo, las partes también deben presentar una versión escrita final de toda declaración final que hayan pronunciado en la reunión.
 - ii. Cada parte enviará por escrito, en el plazo establecido por el Árbitro antes del final de la reunión, cualquier pregunta a la otra parte respecto de la que desee recibir una respuesta escrita.
 - iii. El Árbitro enviará por escrito, en el plazo establecido por el Árbitro antes del final de la reunión, cualquier pregunta a las partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita.
 - iv. Cada parte responderá por escrito a las preguntas formuladas por el Árbitro, y a cualquier pregunta formulada por la otra parte, en el plazo establecido por el Árbitro antes del final de la reunión.

Parte expositiva y resúmenes

17. La exposición de los argumentos de las partes en la decisión del Árbitro estará constituida por resúmenes facilitados por las partes, que se adjuntarán como adiciones a la decisión. Esos resúmenes no se utilizarán de ningún modo en sustitución de las comunicaciones de las partes en el examen del asunto por el Árbitro.
18. Cada parte facilitará un resumen integrado, en el que se reseñarán los hechos y argumentos presentados al Árbitro en sus comunicaciones y declaraciones y, en la medida de lo posible, sus respuestas a las preguntas y las observaciones correspondientes posteriores a la reunión sustantiva.
19. Los resúmenes integrados se limitarán a un máximo de 15 páginas cada uno.
20. El Árbitro podrá solicitar a las partes que faciliten resúmenes de los hechos y argumentos expuestos en cualquier otra comunicación presentada al Árbitro a cuyo respecto no se haya establecido un plazo en el calendario.

Notificación de documentos

21. Se aplicará el siguiente procedimiento respecto de la notificación de documentos a todos los documentos presentados por las partes a lo largo del procedimiento (incluidas las pruebas documentales):

- a. Cada parte presentará todos los documentos al Árbitro entregándolos al Registro de Solución de Diferencias (despacho Nº 2047).
- b. Cada parte entregará al Árbitro una (1) copia impresa de todos los documentos que presente al Árbitro a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de las fechas límite fijadas por el Árbitro. El encargado del Registro de Solución de Diferencias pondrá un sello en los documentos con la fecha y hora de su presentación. La versión impresa presentada al Registro de Solución de Diferencias constituirá la versión oficial a los efectos de los plazos de presentación y del expediente de la diferencia.
- c. Cada parte presentará asimismo dos CD-ROM o dos DVD al Registro de Solución de Diferencias al entregar las versiones impresas, cada uno de los cuales contendrá una copia electrónica de todos los documentos que presente al Árbitro, de preferencia en formato Microsoft Word y PDF.
- d. Además, se invita a las partes a presentar todos los documentos a través del Registro Digital de Solución de Diferencias (RDSD) en las 24 horas posteriores al plazo de presentación de las versiones impresas. En caso de que las partes tuvieran alguna pregunta o dificultad técnica referente al RDSD, se las invita a que consulten la Guía del Usuario del RDSD (de la cual se facilita una copia electrónica) o a ponerse en contacto con el Registro de Solución de Diferencias en DSRegistry@wto.org.
- e. Cada parte facilitará directamente a la otra parte los documentos que presente al Árbitro. Una parte podrá presentar sus documentos a la otra parte solo en un CD-ROM o DVD, a no ser que la parte que los reciba haya solicitado previamente una copia impresa. Cada parte, en el momento de la presentación de cada documento al Árbitro, confirmará por escrito que se han proporcionado copias a las partes, según proceda.
- f. Cada parte presentará sus documentos al Registro de Solución de Diferencias y proporcionará copias a la otra parte a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de las fechas límite fijadas por el Árbitro.
- g. Todas las comunicaciones del Árbitro a las partes se harán por correo electrónico.

Corrección de errores materiales en las comunicaciones

22. El Árbitro podrá conceder a las partes autorización para corregir errores materiales en cualquiera de sus comunicaciones (como la numeración de los párrafos o los errores tipográficos). Toda solicitud a tal efecto debe mencionar la naturaleza de los errores que habrán de corregirse y debe formularse rápidamente tras la presentación de la comunicación en cuestión.

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")

Adoptado el 8 de julio de 2019 y modificado el 9 de octubre de 2020

I. DISPOSICIÓN GENERAL

El siguiente procedimiento se aplica a toda la información comercial confidencial ("ICC") y la información comercial sumamente sensible ("ICSS") que obra en el expediente del arbitraje. Este procedimiento no entraña la reducción de los derechos y obligaciones de las partes en relación con la solicitud, divulgación o mantenimiento de la confidencialidad de cualquier información dentro del ámbito del Acuerdo SMC¹ y el ESD.²

II. DEFINICIONES

A los efectos del presente procedimiento:

1. Por "**personas autorizadas**" se entiende los representantes o asesores externos de una parte designados de conformidad con el presente procedimiento.
2. Por "**Árbitro**" se entiende el Árbitro de la diferencia DS353 en el marco del artículo 22.6 del ESD.
3. Por "**información comercial confidencial**" o "**ICC**" se entiende toda información comercial que una parte haya "designado como ICC", figure o no en un documento facilitado por un organismo público o privado, por no ser por otra razón de dominio público y cuya divulgación pueda perjudicar, a juicio de la parte, a quienes están en el origen de ella. Cada parte actuará de buena fe y con moderación al designar información como ICC, y se esforzará por designar información como ICC únicamente en el caso de que su divulgación perjudique a quienes están en el origen de ella.
4. Por "**terminación del procedimiento de arbitraje**" se entiende el primer hecho que se produzca de los que a continuación se indican:
 - a) la fecha de distribución de la decisión del Árbitro; o
 - b) de conformidad con el artículo 3.6 del ESD, se notifica al OSD una solución mutuamente convenida.
5. Por "**designada como ICC**" se entiende:
 - a) en el caso de la información impresa, el texto que figura entre corchetes en negrita en un documento que ostente claramente la indicación "INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL" y el nombre de la parte que ha comunicado la información;
 - b) en el caso de la información electrónica, los caracteres que figuran entre corchetes en negrita (o con un encabezamiento entre corchetes en negrita en cada página) en un fichero electrónico que ostente la indicación "INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL", tenga un nombre de fichero que contenga las letras "ICC" y se conserve en un soporte informático con una etiqueta que lleve la indicación

¹ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC").

² Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD").

"INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL" y que indique el nombre de la parte que ha comunicado la información; y

- c) en el caso de la información comunicada oralmente, la que el orador haya declarado "información comercial confidencial" antes de comunicarla.³
- d) En el caso de que cualquiera de las partes se oponga a la designación de información como ICC de conformidad con los apartados 0 a 0 c) del párrafo 5, el Árbitro resolverá la diferencia. Si el Árbitro no acepta la designación de información como ICC, la parte que la haya comunicado podrá designarla como no-ICC o retirarla. En caso de retiro de la información, el Árbitro la destruirá o la devolverá a la parte que la haya comunicado. Cada parte podrá en cualquier momento designar como no-ICC información que haya designado anteriormente como ICC.

Lo dispuesto en este párrafo se aplicará a todas las comunicaciones, incluidas las pruebas documentales, presentadas por una parte.

6. Por "**designada como ICSS**" se entiende:

- a) en el caso de la información impresa, el texto que figura entre corchetes dobles en negrita en un documento que ostente claramente la indicación "INFORMACIÓN COMERCIAL SUMAMENTE SENSIBLE" y el nombre de la parte que ha comunicado la información;
- b) en el caso de la información electrónica, los caracteres que figuran entre corchetes dobles en negrita (o con un encabezamiento entre corchetes dobles en negrita en cada página) en un fichero electrónico que ostente la indicación "INFORMACIÓN COMERCIAL SUMAMENTE SENSIBLE", tenga un nombre de fichero que contenga las letras "ICSS" y se conserve en un soporte informático con una etiqueta con la indicación "INFORMACIÓN COMERCIAL SUMAMENTE SENSIBLE" y que indique el nombre de la parte que ha comunicado la información; y
- c) en el caso de la información comunicada oralmente, la que el orador haya declarado "información comercial sumamente sensible" antes de comunicarla.⁴

Lo dispuesto en este párrafo se aplicará a todas las comunicaciones, incluidas las pruebas documentales, presentadas por una parte.

7. Por "**información electrónica**" se entiende cualquier información conservada en forma electrónica (incluida, pero no exclusivamente, la información codificada en numeración binaria).

8. Por "**información comercial sumamente sensible**" o "**ICSS**" se entiende cualquier información comercial contenida o no en un documento facilitado por un organismo público o privado que una parte ha "designado como ICSS" porque no es por otra razón de dominio público y su divulgación podría, a juicio de la parte, causar un perjuicio excepcional a quienes están en su origen. Cada parte actuará de buena fe y con la máxima moderación al designar información como ICSS. Cada parte podrá en cualquier momento designar como no-ICC/ICSS o como ICC información que haya designado anteriormente como ICSS.

- a) Podrán ser designadas como ICSS las siguientes categorías de información:
 - i) la información que indique el precio de venta o de oferta efectivo de los productos o servicios⁵ de cualquier fabricante de grandes aeronaves civiles (LCA) y, con

³ Si un orador omite por error una declaración previa en ese sentido, esa omisión no afectará a la designación de la ICC de que se trate.

⁴ Si un orador omite por error una declaración previa en ese sentido, esa omisión no afectará a la designación de la ICSS de que se trate.

⁵ Esta categoría comprende (pero no exclusivamente) la información sobre los precios de los LCA considerados individualmente, los precios por plaza o la información que permita determinar, calcular o reflejar el costo de explotación por plaza de un LCA; los precios negociados u ofrecidos por el armazón; todas las concesiones ofrecidas o convenidas por un fabricante de LCA, incluida la financiación, las piezas de repuesto,

excepción de lo previsto en el inciso 0 del apartado 0 del párrafo 8 *infra*, cualesquiera gráficos u otras representaciones de los datos que reflejen el movimiento de los precios, las tendencias en materia de fijación de precios o los precios efectivos de un modelo o de una familia de LCA;

- ii) la información recopilada o proporcionada en el contexto de las campañas de venta de LCA;
 - iii) la información relativa a las previsiones comerciales, los análisis, los planes empresariales y las determinaciones del valor accionario/patrimonial elaborados por constructores de LCA, consultores, bancos de inversión o el Banco Europeo de Inversiones, con respecto a productos LCA; o
 - iv) la información relativa a los costos de producción de un fabricante de LCA, incluidos, pero no exclusivamente, los datos relativos a la fijación de los precios por los proveedores.
- b) Cada parte podrá también designar como ICSS otras categorías de información comercial que no sea por otra razón de dominio público y cuya divulgación pueda, a juicio de la parte, causar un perjuicio excepcional a quienes están en el origen de ella.
- c) Cada parte designará como ICSS la información descrita en el apartado 0 del párrafo 8 que corresponda a LCA producidos por un fabricante de LCA cuya sede esté dentro de la jurisdicción territorial de cualquiera de las partes.
- d) No podrán ser designadas como ICSS las siguientes categorías de información:
- i) los datos agregados relativos a la fijación de precios para un determinado modelo o familia de LCA en un mercado concreto que esté indizado (es decir, que no refleje los precios efectivos sino los movimientos de precios a partir de una base de 100 para un año determinado). Esos datos serán considerados ICC;
 - ii) las conclusiones jurídicas generales basadas en ICSS (por ejemplo, cuando la ICSS demuestra la subvaloración de precios por parte de un constructor). Estas conclusiones no serán consideradas ICC ni ICSS;
 - iii) los contratos relativos al otorgamiento de ayuda o inversiones reembolsables para emprender proyectos y los documentos de evaluación de los proyectos correspondientes, distintos de la información descrita en el apartado a) del párrafo 8;
 - iv) los términos y condiciones de los préstamos, distintos de la información descrita en el apartado 0 del párrafo 8; y
 - v) los acuerdos intergubernamentales y decisiones de las autoridades públicas distintos de la información descrita en el apartado 0 del párrafo 8.
- e) No podrá designarse información como ICSS por la simple razón de que esté sujeta al secreto bancario o a la norma de confidencialidad entre banquero y cliente.
- f) En el caso de que cualquiera de las partes se oponga a la designación de información como ICSS de conformidad con los apartados a) a e) del párrafo 8, el Árbitro resolverá la diferencia. Si el Árbitro no acepta la designación de información como ICSS, la parte que la haya comunicado podrá designarla como ICC, como no-ICC/ICSS o retirarla. En caso de retiro de la información, el Árbitro la destruirá o la devolverá a la parte que

el mantenimiento, la formación de los pilotos, el valor de los activos y otras garantías, las opciones de recompra, los acuerdos de recomercialización u otras formas de apoyo al crédito. Comprenderá asimismo la información sobre la fijación de los precios efectivos en relación con un número cualquiera de ofertas y de precios concernientes a los LCA considerados individualmente (incluidas las concesiones) agregados por modelos o por cualquier otra categoría.

la haya comunicado. Cada parte podrá en cualquier momento designar como no-ICC/ICSS o como ICC información que haya designado anteriormente como ICSS.

9. Por "**personas autorizadas con respecto a la ICSS**" se entiende las personas autorizadas designadas expresamente por las partes como personas que tienen el derecho de acceso a la ICSS (conforme al procedimiento establecido en la sección IV).

10. Por "**sitio ICSS**" se entiende una sala que debe estar cerrada con llave cuando no esté ocupada y a la que solo podrán acceder las personas autorizadas con respecto a la ICSS, situada:

- a) para la ICSS comunicada por los Estados Unidos, en los locales de: i) la Misión de los Estados Unidos ante la Unión Europea en Bruselas y ii) la oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales en Washington D.C.;
- b) para la ICSS comunicada por la Unión Europea, en los locales de i) la Delegación de la Unión Europea ante los Estados Unidos en Washington D.C. y ii) la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea en Bruselas;

11. Por "**CD bloqueado**" se entiende un CD-ROM no regrabable.

12. Por "**asesor externo**" se entiende un asesor jurídico o cualquier otro asesor de una parte que:

- a) asesora a una parte en el curso de la diferencia;
- b) no es un empleado, directivo o agente de una entidad ni de la filial de una entidad que fabrique LCA, sea proveedor de una entidad que fabrique LCA, o proporcione servicios de transporte aéreo; y
- c) está sometido a un código exigible de conducta profesional que incluya la obligación de proteger la información confidencial, o ha sido contratado por otro asesor externo que asuma la responsabilidad del cumplimiento del presente procedimiento y esté sometido a un código de conducta profesional de esa naturaleza.

A los efectos del presente párrafo, el asesor jurídico externo que represente a un constructor de LCA con sede en el territorio de una de las partes en el marco de estas actuaciones y los asesores externos contratados por aquel para proporcionar asesoramiento con respecto a estas actuaciones no se consideran agentes de una entidad comprendidos en el apartado 0.

13. Por "**parte**" se entiende la Unión Europea o los Estados Unidos.

14. Por "**ICC de parte**" se entiende ICC comunicada inicialmente por una parte.

15. Por "**representante**" se entiende un empleado de una parte.

16. Por "**ordenador portátil sellado**" se entiende un ordenador portátil que tiene las características (de dotación lógica y de dotación física) que la parte que comunica ICSS considera necesarias para la protección de esa información, a condición de que esté equipado con una dotación lógica que permita la búsqueda y la impresión de esa ICSS de conformidad con las disposiciones de la sección VI. Sin embargo, la ICSS no podrá ser modificada en el ordenador portátil sellado.

17. Por "**lugar seguro**" se entiende un lugar que ha de mantenerse cerrado con llave cuando no esté ocupado y al que solo podrán acceder las personas autorizadas, situado:

- a) en el caso de la Unión Europea, en las oficinas del equipo jurídico para la OMC del Servicio Jurídico de la Comisión Europea (Rue de la Loi 200, Bruselas, Bélgica), las oficinas de la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea (Rue de la Loi 170, Bruselas, Bélgica), las oficinas de la Misión Permanente de la Unión Europea ante las Organizaciones Internacionales en Ginebra (Rue du Grand-Pré 66, 1202 Ginebra, Suiza), y otros tres lugares adicionales especificados de conformidad con el apartado c);

- b) en el caso de los Estados Unidos, en las oficinas del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales (600 17th Street, NW, y 1724 F Street, NW, Washington D.C., Estados Unidos), la Misión de los Estados Unidos ante la Organización Mundial del Comercio (11, route de Pregny, 1292 Chambésy, Suiza), y otros tres lugares adicionales especificados de conformidad con el apartado c); y
- c) tres lugares que no sean una oficina de la administración pública designados por cada parte para ser utilizados por sus asesores externos, siempre que esos lugares se hayan comunicado a la otra parte y al Árbitro, y que la otra parte no haya puesto objeciones a la designación del sitio de que se trata dentro de los 10 días siguientes a la comunicación.
- d) El Árbitro podrá resolver las objeciones que se formulen al amparo del apartado c).
18. Por "**ordenador autónomo**" se entiende un ordenador que no está conectado a una red.
19. Por "**impresora autónoma**" se entiende una impresora que no está conectada a una red.
20. Por "**comunicación**" se entiende cualquier información escrita, electrónica o comunicada oralmente al Árbitro, incluida, pero no exclusivamente, la correspondencia, las comunicaciones escritas, las pruebas documentales, las declaraciones orales y las respuestas a las preguntas formuladas.
21. Por "**personas autorizadas de la OMC**" se entiende los miembros del Árbitro y las personas empleadas o designadas por la Secretaría que hayan sido autorizadas por ella para trabajar en relación con la diferencia (incluidos los traductores e intérpretes, así como los transcritores que estén presentes en las reuniones del Árbitro que afecten a ICC y/o ICSS).
22. Por "**Normas de Conducta de la OMC**" se entiende las Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, adoptadas por el OSD el 3 de diciembre de 1996 (WT/DSB/RC/1).

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

23. El presente procedimiento se aplica a toda la ICC e ICSS recibida por una persona autorizada y por personas autorizadas de la OMC con motivo del arbitraje.
24. Salvo que en él se disponga expresamente lo contrario, el presente procedimiento no se aplica al trato dado a su propia ICC e ICSS por una parte.
25. El Árbitro es consciente de que la Unión Europea puede tener necesidad de comunicar información que clasifica a nivel interno como "secreta UE", "reservada UE" o "confidencial UE". En la medida de lo posible, el Árbitro aplicará procedimientos para la protección de esa información clasificada en caso de que alguna de las partes informe a la Secretaría de que comunicará información clasificada de esa naturaleza y no haya designado ya esa información como ICC o ICSS. En tales casos, la parte que comunique esa información clasificada propondrá procedimientos apropiados para su protección.

IV. DESIGNACIÓN DE PERSONAS AUTORIZADAS

26. A las 12 h (mediodía) del **12 de julio de 2019** a más tardar, cada parte facilitará a la otra y al Árbitro una lista de los nombres y títulos de todos los representantes y asesores externos que necesitan tener acceso a la ICC comunicada por la otra parte y que desea que sean designados como personas autorizadas, indicando además el personal de oficina o de apoyo que tendría acceso a la ICC. En esa lista, cada parte indicará qué personas autorizadas necesitarán tener acceso a la ICSS comunicada por la otra parte y que desea que sean designadas como personas autorizadas con respecto a la ICSS. Cada parte puede designar nuevas personas autorizadas, y excluir o sustituir a personas autorizadas, presentando modificaciones de su lista de personas autorizadas a la otra parte y al Árbitro.

27. Cada parte limitará cuanto sea posible el número de personas autorizadas. Cada parte no podrá designar en total más de 30 representantes y 20 asesores externos como "personas autorizadas con respecto a la ICSS".

28. Las personas autorizadas de la OMC tendrán acceso a la ICC. El Director General de la OMC, o la persona que este haya designado, facilitará a las partes y al Árbitro una lista de las personas autorizadas de la OMC e indicará cuáles de esas personas tendrán acceso además a la ICSS.

29. A menos que una parte se oponga a la designación de un asesor externo de la otra parte, el Árbitro designará a esas personas como personas autorizadas. Una parte podrá también formular una objeción dentro del plazo de los 10 días siguientes a aquel en el que haya tenido conocimiento de información de la que no disponía en el momento de la presentación de una lista de conformidad con el párrafo 26 y que indique que la designación de una persona no es apropiada. Si una parte formula una objeción, el Árbitro se pronunciará sobre ella en un plazo de 10 días hábiles.

30. Las objeciones podrán basarse en la no conformidad con la definición de "asesor externo" o en cualquier otra razón convincente, incluidos los conflictos de interés.

31. Las partes, el Director General de la OMC, o la persona que este haya designado, podrán en cualquier momento proponer modificaciones de sus listas, con sujeción a los límites globales establecidos en el párrafo 27 y a las objeciones formuladas con respecto a la adición de nuevas personas autorizadas de conformidad con los párrafos 29 y 30. Toda modificación u objeción de esa naturaleza hecha por una parte deberá presentarse al Árbitro y comunicarse a la otra parte en el mismo día. Toda modificación de la lista de personas autorizadas de la OMC deberá comunicarse sin dilación a las partes.

V. ICC

32. Solo las personas autorizadas y las personas autorizadas de la OMC podrán tener acceso a la ICC comunicada en el presente procedimiento. Las personas autorizadas y las personas autorizadas de la OMC solo utilizarán la ICC a los efectos de la presente diferencia. Ninguna persona autorizada ni persona autorizada de la OMC divulgará ICC o permitirá que se divulgue a ninguna persona que no sea otra persona autorizada o una persona autorizada de la OMC. Estas obligaciones se aplican indefinidamente.

33. Una parte no hará más de una copia de cualquier ICC comunicada por la otra parte por cada lugar seguro previsto para esa parte en el párrafo 17.

34. Las partes podrán incorporar ICC a memorandos internos destinados a su uso exclusivo por personas autorizadas. Todos los memorandos y la ICC que contengan ostentarán las indicaciones que se establecen en el párrafo 5.

35. La ICC comunicada de conformidad con el presente procedimiento no será copiada, distribuida ni retirada del lugar seguro, salvo que sea necesario para la comunicación al Árbitro.

36. El tratamiento que ha de darse a cualquier ICC en las comunicaciones de una parte al Árbitro se regirá por las disposiciones del presente párrafo, que en caso de conflicto prevalecerán sobre las demás disposiciones del Procedimiento de trabajo (incluido el presente procedimiento) relativas a la ICC.

- a) Las partes podrán incorporar ICC a las comunicaciones al Árbitro, con las indicaciones que se señala en el párrafo 5. En casos excepcionales, las partes podrán incluir ICC en un apéndice adjunto a una comunicación.
- b) La parte que presente una comunicación o un apéndice con ICC presentará también, en un plazo que ha de fijar el Árbitro, una versión en la que se haya omitido toda la ICC. Esta versión recibirá el nombre de "versión no-ICC". Sin embargo, una parte no está obligada a presentar una "versión no-ICC" de una prueba documental que contenga ICC, a menos que el Árbitro le ordene expresamente que lo haga.

-
- c) Las versiones no-ICC serán suficientes para permitir una comprensión razonable de su contenido. Para preparar una versión de esa naturaleza:
- i) Una parte podrá pedir a la parte que haya comunicado inicialmente la ICC, tan pronto como sea posible, que indique con precisión las partes de documentos que contienen ICC que podrían incluirse en la versión no-ICC, y si ello es necesario para permitir una comprensión razonable del contenido de la información, presentar un resumen no-ICC suficientemente detallado para conseguir ese objetivo.
 - ii) Al recibir esa petición, la parte que haya comunicado inicialmente la ICC indicará, lo más pronto posible, con precisión las partes de documentos que contienen ICC que podrían ser incluidas en la versión no-ICC, y, si ello es necesario para permitir una comprensión razonable del contenido de la información, facilitará un resumen no-ICC suficientemente detallado para conseguir ese objetivo.
 - iii) El Árbitro resolverá todo desacuerdo acerca de si la parte que comunicó inicialmente la ICC no ha indicado con suficiente precisión las partes de los documentos que contienen ICC que podrían ser incluidas en la versión no-ICC ni ha facilitado, en caso necesario, un resumen no-ICC suficientemente detallado para permitir una comprensión razonable del contenido de la información, y podrá adoptar las medidas apropiadas para hacer que se respeten las disposiciones del presente párrafo.
- d) La Unión Europea podrá designar las oficinas personales de cuatro de sus personas autorizadas, como máximo, como lugares seguros adicionales al único efecto de conservar las versiones ICC de las comunicaciones de las partes al Árbitro y de hacer posible su examen. Todas las medidas de protección aplicables a la ICC de conformidad con el presente procedimiento, incluidas las normas relativas a la conservación establecidas en el párrafo 39, serán aplicables a esas comunicaciones. Las pruebas documentales ICC adjuntas a las comunicaciones no podrán conservarse ni ser examinadas en esos lugares seguros adicionales. La UE comunicará al Árbitro y a la parte reclamante la dirección (comprendido el número de sala) de cada uno de los lugares seguros adicionales.

37. No se hará de ningún documento que contenga ICC un número de copias superior al requerido por las personas autorizadas. Se evitará siempre que sea posible hacer copias electrónicas. Esos documentos solamente podrán transmitirse electrónicamente utilizando un correo electrónico seguro o por medio de una comunicación electrónica cifrada. Si una parte facilita al Árbitro un documento original que no puede ser transmitido electrónicamente, entregará el día de la presentación una copia de ese documento en uno de los lugares seguros indicados en el párrafo 17. Las partes designarán uno de los lugares seguros indicados en el párrafo 17 a tal efecto.

38. Una parte que desee comunicar ICC, o remitirse a ella, en una reunión del Árbitro, informará de ello al Árbitro y a la otra parte. El Árbitro excluirá de la reunión a las personas que no sean personas autorizadas o personas autorizadas de la OMC mientras dure la comunicación y el examen de la ICC.

39. Las personas autorizadas y las personas autorizadas de la OMC conservarán la ICC únicamente en receptáculos seguros cerrados o en ordenadores o sistemas informáticos que impidan a las personas no autorizadas el acceso a dichos documentos. En el caso de ICC comunicada al Árbitro, esos receptáculos seguros cerrados se mantendrán en los locales de la Secretaría de la OMC, con la excepción de que los miembros del Árbitro podrán mantener una copia de todos los documentos e información pertinentes que contengan ICC en su lugar de residencia. Esos documentos e información se conservarán en receptáculos seguros cerrados cuando no se utilicen. La ICC será protegida de manera apropiada contra la indiscreción y la curiosidad indebida en el momento de la consulta y solo se transmitirán en sobre doble cerrado y reforzado. Todos los documentos de trabajo (proyectos de comunicación, hojas de trabajo, etc.) que contengan ICC serán triturados o quemados, cuando ya no se necesiten, conforme a la práctica normal de los Gobiernos con respecto a la destrucción de documentos sensibles.

40. El Árbitro no divulgará ICC en su decisión, pero podrá hacer declaraciones o inferir conclusiones que se basen en datos extraídos de la ICC. Antes de que el Árbitro haga pública su decisión, dará a las partes la oportunidad de cerciorarse de que la decisión no contiene ninguna información que hayan designado como ICC.

VI. ICSS

41. Salvo que se disponga lo contrario *infra*, la ICSS estará sujeta a todas las restricciones establecidas en la sección V que se aplican a la ICC.

42. La ICSS se comunicará al Árbitro en forma electrónica, por medio de CD bloqueados o de dos ordenadores portátiles sellados que puedan conectarse a monitores de 19 a 21 pulgadas, o en una copia impresa, para que puedan tener acceso a ella las personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS. Toda la ICSS se conservará en una caja fuerte con combinación situada en un sitio seguro que se designe en los locales de la Secretaría de la OMC. Todos los ordenadores que haya en esa sala serán autónomos, es decir, no estarán conectados a una red. Podrá utilizarse una impresora autónoma para hacer copias en papel de cualquier ICSS. Esas copias impresas se harán en papel de color distinto y se marcarán de conformidad con el párrafo 6. Las copias impresas se conservarán en una caja fuerte con combinación en el sitio seguro designado indicado *supra*, o serán destruidas al término de la sesión de trabajo pertinente. La ICSS no se extraerá de ese sitio seguro designado, salvo en forma de notas manuscritas que solamente podrán ser utilizadas, en el marco de sesiones de trabajo celebradas en los locales de la Secretaría de la OMC, por personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS, y serán destruidas cuando dejen de ser utilizadas. Además, los documentos que contengan ICSS pueden ser extraídos, si están almacenados en un ordenador portátil sellado suministrado por la parte que haya presentado la información, si están almacenados en CD bloqueados suministrados por la parte que haya presentado la información, o si están almacenados en un ordenador autónomo en el que se haya guardado ICSS de conformidad con el párrafo 47, en la medida en que sea necesario para las sesiones de trabajo del Árbitro y de las personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS, con sujeción a las siguientes condiciones:

- a) que el ordenador portátil sellado, CD bloqueado u ordenador portátil autónomo en el que se haya guardado ICSS de conformidad con el párrafo 47 permanezca en los locales de la OMC en todo momento;
- b) que el ordenador portátil sellado, CD bloqueado u ordenador portátil autónomo en el que se haya guardado ICSS de conformidad con el párrafo 47 esté en todo momento bajo custodia directa y exclusiva de una persona autorizada de la OMC designada de conformidad con el párrafo 28 como persona que también tiene derecho de acceso a la ICSS;
- c) que la persona autorizada de la OMC encargada de la custodia exclusiva y directa del ordenador portátil sellado, CD bloqueado u ordenador portátil autónomo en el que se haya guardado ICSS de conformidad con el párrafo 47 se asegure de que no se cree de ningún modo reproducción alguna de ningún tipo de información almacenada en el ordenador portátil sellado, CD bloqueado u ordenador portátil autónomo en el que se haya guardado ICSS de conformidad con el párrafo 47;
- d) que la información contenida en los CD bloqueados solo sea visualizada o procesada utilizando un ordenador autónomo que no esté conectado a una red ni pueda ser conectado a una red. Cuando no estén siendo utilizados, dichos ordenadores autónomos serán conservados en recipientes seguros cerrados en los locales de la Secretaría de la OMC; y
- e) que, al concluir la sesión de trabajo pertinente, el ordenador portátil sellado, CD bloqueado u ordenador autónomo en el que se haya guardado ICSS de conformidad con el párrafo 47 sea restituido de inmediato a la caja fuerte con combinación del sitio seguro designado al que se ha hecho referencia *supra*.

Toda sesión de trabajo en la que se trate de ICSS que tenga lugar fuera del sitio seguro designado al que se ha hecho referencia *supra* únicamente tendrá lugar en los espacios de trabajo personales (situados en los locales de la Secretaría de la OMC) de personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS, o, en el caso de reuniones internas del Árbitro y/o de personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS, únicamente en salas de reunión cerradas situadas en los locales de la Secretaría de la OMC. Durante todas esas sesiones de trabajo, y con respecto a todos los espacios en que tengan lugar tales sesiones de trabajo, se tendrá siempre especial cuidado en garantizar la seguridad de la ICSS.

43. Cada parte conservará una copia adicional (electrónica o impresa) de la ICSS que comunique a la OMC para que las personas autorizadas con respecto a la ICSS que actúen en nombre de la otra parte puedan tener acceso a ella en los sitios ICSS indicados en el párrafo 10. Podrá utilizarse una impresora autónoma para hacer copias en papel de cualquier ICSS. Esas copias se harán en papel de color distinto. Las copias se conservarán en una caja de seguridad en el sitio ICSS correspondiente, o serán destruidas al término de la sesión de trabajo pertinente.

44. Salvo que se disponga lo contrario en el presente procedimiento, la ICSS no será conservada, transmitida o copiada en forma escrita o electrónica.

45. Las personas autorizadas con respecto a la ICSS pueden examinar la ICSS en el ordenador portátil sellado mantenido por la otra parte o, en el caso de la ICSS comunicada en CD bloqueados, en un ordenador autónomo, únicamente en una sala designada en uno de los sitios ICSS indicados en el párrafo 10, o el sitio seguro designado en los locales de la Secretaría de la OMC a que se hace referencia en el párrafo 42, a menos que las partes convengan otra cosa. Las salas designadas estarán a disposición de las personas autorizadas con respecto a la ICSS de las 9 a las 17 h durante los días hábiles oficiales en el sitio ICSS de que se trate. El sitio seguro designado a que se hace referencia en el párrafo 42 estará a disposición de las personas autorizadas con respecto a la ICSS previo acuerdo con la Secretaría de la OMC. Las personas autorizadas con respecto a la ICSS no podrán introducir en esa sala ningún dispositivo de grabación o transmisión electrónica. Las personas autorizadas con respecto a la ICSS no podrán sacar ICSS de esa sala, excepto en forma de notas manuscritas o de datos agregados generados en un ordenador autónomo. En uno y otro caso, las notas o la información en cuestión se utilizarán exclusivamente a efectos de la presente diferencia en relación con la que ha sido comunicada la ICSS. Cada persona que examine la ICSS en el sitio ICSS o el sitio seguro designado indicado en el párrafo 42 hará una anotación y firmará en un registro en el que se identificará la ICSS que la persona ha examinado; cabe también la posibilidad de que ese registro se genere de forma automática. Cada parte conservará, para el sitio ICSS dentro de su territorio a que se hace referencia en el párrafo 10, ese registro hasta transcurrido un año desde la terminación del procedimiento de arbitraje. En el caso del sitio seguro designado a que se hace referencia en el párrafo 42, la Secretaría de la OMC conservará ese registro hasta transcurrido un año desde la terminación del procedimiento de arbitraje. A la entrada y a la salida de la sala, los asesores externos que sean personas autorizadas con respecto a la ICSS podrán ser sometidos a medidas de control apropiadas.

46. Ninguna persona autorizada con respecto a la ICSS ni persona autorizada de la OMC designada de conformidad con el párrafo 28 como persona que también tiene derecho de acceso a la ICSS revelará esa información a ninguna persona que no sea otra persona autorizada con respecto a la ICSS o persona autorizada de la OMC designada de conformidad con el párrafo 28 como persona que también tiene derecho de acceso a la ICSS, y en tal caso únicamente a los efectos de la presente diferencia. Esta obligación se aplica indefinidamente.

47. La ICSS solo podrá procesarse en ordenadores autónomos. Las personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS pueden crear archivos electrónicos que contengan ICSS y pueden guardar esos archivos en un ordenador autónomo que no esté conectado a una red ni pueda ser conectado a una red. Ningún archivo electrónico que contenga ICSS será transmitido electrónicamente, ya sea por correo electrónico, facsímil, o de otro modo.

48. Una parte que desee comunicar ICSS o remitirse a ella en una reunión del Árbitro informará de ello al Árbitro y a la otra parte. El Árbitro excluirá de la reunión mientras dure la comunicación y el examen de la ICSS a las personas que no sean personas autorizadas con respecto a la ICSS o

personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS.

49. Toda la ICSS se conservará en una caja de seguridad en el sitio ICSS correspondiente o de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 42.

50. El tratamiento de cualquier ICSS en las comunicaciones de una parte al Árbitro se regirá por las disposiciones del presente párrafo, que prevalecerán en caso de conflicto con las demás disposiciones del Procedimiento de trabajo (incluido el presente procedimiento) relativas a la ICSS.

- a) La ICSS podrá incorporarse a un apéndice de la comunicación de una parte separado que será comprensible en sí mismo, pero no al cuerpo de esta. Se denominará al documento que contenga la ICSS "apéndice con la versión ICSS íntegra".
- b) La parte que presente un apéndice que contenga ICSS presentará además, dentro de un plazo que habrá de ser establecido por el Árbitro, una versión que omita toda la ICSS. Se denominará a esta versión "apéndice en versión expurgada".
- c) A petición de una parte, la información contenida en el apéndice en versión expurgada podrá tratarse como ICC, de conformidad con las disposiciones de la sección V.
- d) Los apéndices en versión expurgada serán suficientes para permitir una comprensión razonable de su contenido. Con el fin de preparar un apéndice de esa naturaleza:
 - i) Una parte podrá solicitar que la parte que comunicó inicialmente la ICSS indique, tan pronto como sea posible, con precisión las partes de los documentos que contienen ICSS que podrían ser incluidas en el apéndice en versión expurgada y, si ello es necesario para permitir una comprensión razonable del contenido de la información, facilite un resumen no-ICSS suficientemente detallado para lograr ese objetivo.
 - ii) A la recepción de esa petición, la parte que comunicó inicialmente la ICSS, indicará, tan pronto como sea posible, con precisión las partes de los documentos que contienen ICSS que podrían ser incluidas en el apéndice en versión expurgada y, si ello es necesario para permitir una comprensión razonable del contenido de la información, presentará un resumen no-ICSS suficientemente detallado para lograr ese objetivo.
 - iii) El Árbitro resolverá cualquier desacuerdo acerca de si la parte que comunicó inicialmente la ICSS no ha indicado con suficiente precisión las partes de los documentos que contienen ICSS que podrían ser incluidas en el apéndice en versión expurgada y no ha facilitado, en caso necesario, un resumen no-ICSS suficientemente detallado para permitir una comprensión razonable del contenido de la información, y podrá adoptar las medidas apropiadas para hacer que se cumplan las disposiciones del presente párrafo.
- e) El apéndice con la versión ICSS íntegra se conservará en un sitio ICSS y en el sitio seguro designado a que se hace referencia en el párrafo 42, según proceda, en un CD bloqueado. Si ello no fuera viable, la parte podrá conservarlo en un receptáculo de seguridad cerrado en un sitio seguro en un CD bloqueado.
- f) El CD bloqueado que contenga el apéndice con la versión ICSS íntegra llevará una etiqueta con la indicación "VERSIÓN ÍNTEGRA DEL APÉNDICE ICSS DE LA COMUNICACIÓN" e indicará el nombre de la parte que comunicó la ICSS. Además, el propio apéndice ICSS se presentará con un encabezamiento entre corchetes dobles en negrita en cada página en un fichero electrónico con la indicación "VERSIÓN ÍNTEGRA DEL APÉNDICE ICSS DE LA COMUNICACIÓN". El fichero electrónico que contenga el apéndice ICSS tendrá un nombre de fichero que contenga las letras "ICSS".
- g) La parte facilitará una copia del apéndice con la versión ICSS íntegra al Árbitro (por conducto de la persona autorizada de la OMC identificada por el Árbitro) y

dos copias a la otra parte en dos CD bloqueados. El apéndice con la versión ICSS íntegra no será transmitido por correo electrónico. Las partes se pondrán de antemano de acuerdo sobre el nombre de la persona autorizada que ha de recibir los CD bloqueados.

- h) La parte iniciará la transmisión de los CD bloqueados que contienen el apéndice con la versión ICSS íntegra a más tardar en la fecha en que vence el plazo fijado para la comunicación correspondiente, y, al mismo tiempo, proporcionará al Árbitro y a la otra parte la prueba de que lo ha hecho.
- i) Con una antelación máxima de un día hábil con respecto a una reunión del Árbitro con las partes, una parte podrá, exclusivamente en su Misión Permanente en Ginebra, utilizar el CD bloqueado para preparar como máximo una copia en papel del apéndice con la versión ICSS íntegra para cada persona autorizada con respecto a la ICSS que tenga previsto asistir a esa reunión del Árbitro. Todas las versiones en papel preparadas de conformidad con este apartado serán recogidas por la parte de que se trate y destruidas inmediatamente después de la terminación de la reunión.
- j) Las personas autorizadas de la OMC designadas de conformidad con el párrafo 28 como personas que también tienen derecho de acceso a la ICSS podrán, exclusivamente en los locales de la OMC, preparar versiones en papel del apéndice con la versión ICSS íntegra para una reunión del Árbitro con las partes, y/o una reunión interna, e inmediatamente antes de la reunión. Cuando no se utilicen, estas versiones en papel se conservarán en un receptáculo cerrado en el sitio seguro designado a que se hace referencia en el párrafo 42. Todas las versiones en papel preparadas de conformidad con este apartado serán destruidas después de la terminación del procedimiento de arbitraje tal como se define en el párrafo 4.
- k) Se insta a las partes a presentar versiones de las pruebas documentales que contienen ICSS de las que se haya suprimido toda la ICSS. Se denominará a esas pruebas documentales "pruebas documentales en versión expurgada de ICSS". Esas pruebas documentales podrán contener ICC.
 - i) Una parte podrá facilitar al Árbitro las pruebas documentales en versión expurgada de ICSS que haya preparado y dar traslado de ellas a la otra parte de conformidad con los procedimientos aplicables, en el momento en que dé traslado de la comunicación a la que corresponde la prueba documental.
 - ii) Si la parte que presenta la prueba documental no aporta la prueba documental en versión expurgada de ICSS, una persona autorizada con respecto a la ICSS en representación de la otra parte podrá preparar una prueba documental en versión expurgada de ICSS de la prueba documental de que se trate.
 - iii) Las pruebas documentales en versión expurgada de ICSS podrán ser preparadas por una persona autorizada con respecto a la ICSS, en un sitio ICSS, suprimiendo la ICSS que figura en la prueba documental (identificada por dobles corchetes) y procediendo a imprimir o fotocopiar el documento así obtenido que no contiene ninguna ICSS. La supresión de la ICSS en el documento resultante será verificada por una persona autorizada a tal fin por la parte que haya presentado la(s) prueba(s) documental(es) de que se trate. El documento resultante que no contiene ICSS (pero que podrá contener ICC) constituirá la prueba documental en versión expurgada de ICSS de esa prueba documental, y podrá ser retirada del sitio ICSS.
 - iv) Las partes colaborarán en el mayor grado posible para que pueda disponerse de los elementos necesarios, incluidas impresoras, fotocopadoras y medios físicos para suprimir texto de un documento, para que sea posible la preparación de pruebas documentales en versión expurgada de ICSS, incluida una persona autorizada con respecto a la ICSS a los fines de la verificación prevista en el inciso iii) *supra*. Las pruebas documentales en versión expurgada de ICSS pueden ser preparadas por personas autorizadas con respecto a la ICSS, previa petición,

durante los períodos en que pueda disponerse de la sala designada en el sitio ICSS pertinente.

- v) El Árbitro resolverá cualquier desacuerdo que se derive de la aplicación de este apartado y podrá adoptar medidas apropiadas para hacer cumplir las disposiciones del presente párrafo.
- l) El Árbitro se reserva el derecho de modificar, después de haber celebrado consultas con las partes, las disposiciones del presente párrafo en cualquier momento, para adaptarse a las situaciones que se produzcan durante las reuniones del Árbitro, y con ocasión de la preparación de la decisión.

51. El Árbitro no divulgará ICSS en su decisión, pero podrá formular declaraciones o inferir conclusiones que estén basadas en datos extraídos de la ICSS. Antes de que el Árbitro haga pública su decisión, dará a las partes la oportunidad de cerciorarse de que la decisión no contiene ninguna información que hayan designado como ICSS.

VII. RESPONSABILIDAD DEL CUMPLIMIENTO

52. Corresponde a cada parte asegurarse de que las personas autorizadas por ella respetan el presente procedimiento para proteger la ICC y la ICSS comunicada por cada parte, así como los códigos obligatorios de conducta profesional a los que están sujetas las personas autorizadas por ella u otros asesores externos. Las personas autorizadas de la OMC cumplirán el presente procedimiento para proteger la ICC y la ICSS comunicada por una parte. Estas personas se rigen por las Normas de Conducta de la OMC. Conforme a lo previsto en las Normas de Conducta de la OMC, las pruebas de incumplimiento de estas Normas se podrán someter a la presidencia del OSD o al Director General de la OMC, o a la persona que este designe, según proceda, para la adopción de las medidas adecuadas de conformidad con lo dispuesto en la sección VIII de dichas Normas.

VIII. PROCEDIMIENTOS ADICIONALES

53. Después de celebrar consultas con las partes, el Árbitro podrá aplicar otros procedimientos adicionales que considere necesarios para proporcionar una protección adicional a la confidencialidad de la ICC o la ICSS o de otros tipos de información no abarcados expresamente por el presente procedimiento.

54. Con el consentimiento de ambas partes, el Árbitro podrá no aplicar cualquier parte del presente procedimiento. Esta "inaplicación" se hará constar expresamente por escrito y será firmada por un representante de cada una de las partes.

IX. DEVOLUCIÓN Y DESTRUCCIÓN

55. Con la excepción de lo previsto en el párrafo 56 que sigue a continuación, después de la terminación del procedimiento de arbitraje, según se define en el párrafo 4, y dentro de un plazo que deberá establecer el Árbitro, las personas autorizadas de la OMC y las partes (así como todas las personas autorizadas) procederán a destruir todos los documentos (incluida la documentación electrónica) u otros registros que contengan ICC o a devolverlos a la parte que los haya presentado. Al mismo tiempo, las personas autorizadas de la OMC y las partes destruirán o devolverán toda documentación electrónica que contenga ICSS, así como todo registro mecanografiado o manuscrito de esta.

56. La Secretaría de la OMC conservará una copia en papel y una versión electrónica de la decisión del Árbitro que contenga ICC, y una versión electrónica de todos los documentos que contengan ICC (a excepción de los documentos destruidos o devueltos de conformidad con el párrafo 55 inmediatamente anterior por contener ICSS) presentados al Árbitro. La decisión y los documentos que contengan ICC a que se hace referencia en la frase precedente se registrarán en CD bloqueados, que deberán conservarse en receptáculos sellados en un armario cerrado en los locales de la Secretaría de la OMC.

57. El disco duro de todos los ordenadores autónomos que se hayan utilizado para almacenar ICSS en cualquier momento y todos los soportes de seguridad utilizados para esos ordenadores serán destruidos dentro del plazo establecido por el Árbitro de conformidad con el párrafo 55.

ANEXO A-3**PROCEDIMIENTO DE TRABAJO ADICIONAL PARA LA REUNIÓN
SUSTANTIVA CON EL ÁRBITRO**

Adoptado el 6 de diciembre de 2019

1. Durante la reunión con las partes, podrán acceder a la sala las siguientes personas: a) el Árbitro; y b) todas las personas autorizadas, las personas autorizadas con respecto a la ICSS y las personas autorizadas de la OMC. El Árbitro invitará a los Estados Unidos a que formulen en primer lugar su declaración oral inicial íntegra y, a continuación, dará la palabra a la Unión Europea para que formule la suya. Las declaraciones orales serán grabadas en vídeo para su posterior visionado, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5 *infra*.
 2. La ICC o ICSS incluida en los textos de las declaraciones orales iniciales facilitados al Árbitro y a la otra parte durante la reunión y antes de que se formulen las declaraciones orales iniciales figurará entre corchetes, de conformidad con el procedimiento relativo a la ICC/ICSS. Además, cuando una parte incluya ICSS en su declaración oral inicial, antes de formular la declaración facilitará a cada miembro del Árbitro y a la otra parte sendas copias en papel de color en las que la ICSS figure entre corchetes dobles. Este documento estará sujeto a las mismas normas de confidencialidad que un apéndice ICSS de una comunicación escrita.
 3. Durante la reunión, se cumplirán en todo momento los párrafos 38 y 48 del procedimiento relativo a la ICC/ICSS. Además, en ese contexto, si, en cualquier momento de su declaración oral inicial una parte tiene intención de comunicar ICC o ICSS, solicitará que la grabación de vídeo se interrumpa durante el fragmento pertinente de la declaración, y acto seguido se reanudará la grabación. La parte que solicite la interrupción de la grabación de vídeo indicará también cuándo ha finalizado el fragmento que contiene ICC o ICSS, a fin de que se pueda reanudar la grabación. Se invita a las partes a pronunciar en primer lugar el fragmento de su declaración oral inicial que no contenga ICC o ICSS y, a continuación, antes de pronunciar el segundo fragmento de su declaración que contenga la ICC o ICSS, pedir que se interrumpa la grabación de vídeo.
 4. Al término de ambas declaraciones orales iniciales, el Árbitro preguntará a las partes si pueden confirmar que no se ha comunicado ninguna ICC o ICSS en los fragmentos de la declaración oral inicial grabados en vídeo. Si cada una de las partes lo confirma, se procederá a la proyección de la cinta de vídeo con arreglo al programa. Si alguna de las partes, dentro del plazo que establecerá el Árbitro, solicita examinar la cinta después de la reunión, se invitará a ambas partes a asistir al examen en los locales de la OMC y a una hora conveniente después de la reunión, acompañadas por uno varios representantes de la Secretaría encargados de la edición. Las partes deberán estar preparadas para indicar al representante o representantes de la OMC qué fragmento de la declaración oral inicial es motivo de preocupación, y en la medida de lo posible deberán circunscribir el examen a esos fragmentos de la cinta de vídeo. Si alguna de las partes considera que un fragmento específico de la cinta debe suprimirse por contener ICC o ICSS, el fragmento se suprimirá.
 5. La proyección del vídeo de las declaraciones orales iniciales de las partes tendrá lugar en la fecha que establecerá el Árbitro tras consultar a las partes. Podrán asistir a ella funcionarios de los Miembros y de los observadores de la OMC y, previo registro en la Secretaría, periodistas acreditados, representantes acreditados de organizaciones no gubernamentales y otras personas interesadas, incluidos miembros del público a título particular. La Secretaría de la OMC publicará un aviso en el sitio web de la Organización, al menos cuatro semanas antes de la fecha de la proyección pública, para informar al público de la proyección. El aviso contendrá un enlace a través del cual sea posible registrarse en la Secretaría de la OMC para asistir a la proyección.
-

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 B-1**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA****I. INTRODUCCIÓN**

1. Más de 14 años después de que la Unión Europea ("UE") solicitara la celebración de consultas en la presente diferencia, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento estuvieron de acuerdo con la UE en que los Estados Unidos ("EE.UU.") no habían puesto aún sus subvenciones a Boeing incompatibles con las normas de la OMC en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la Organización. Aunque los Estados Unidos *afirmaron* que habían adoptado medidas para cumplir las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento no estuvieron de acuerdo con esa afirmación. El Órgano de Apelación mantuvo inalterada la *totalidad* de las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento a favor de la UE; rechazó *cada una* de las apelaciones de los Estados Unidos; y estuvo de acuerdo con las apelaciones *adicionales* de la UE.

2. La UE solicitó, por lo tanto, al Grupo Especial encargado del arbitraje que reanudara su labor de conformidad con lo previsto en los artículos 7.10 y 7.9 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("*Acuerdo SMC*"). En virtud de esas disposiciones, la UE tiene el derecho de solicitar y obtener autorización para imponer contramedidas de un nivel "proporcionad{o}" a los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", hasta que los Estados Unidos obtengan una constatación de cumplimiento "confirmad{a} de manera multilateral" (o las Partes hallen una solución mutuamente convenida).¹ La UE ha elaborado una metodología que valora los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado y que llega a una cuantía anual de las contramedidas que es "proporcionada{" al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, como prescriben los artículos 7.10 y 7.9. La metodología de la UE es, además, plenamente compatible con la aplicada por el Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316.²

3. Los Estados Unidos no han satisfecho la carga que les corresponde de demostrar que la metodología de la UE es "incompatible" con los artículos 7.10 y 7.9. De hecho, muchos de los argumentos formulados por los Estados Unidos en el presente procedimiento son en sí mismos incompatibles con los artículos 7.10 y 7.9. Algunos de ellos implican incluso que el informe del Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316 es incompatible con las normas de la OMC, cuando siguió exactamente la misma metodología que la UE adopta en el presente asunto.

4. De ello se sigue que el Grupo Especial encargado del arbitraje y, a su vez, el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD"), deben autorizar las contramedidas propuestas por la UE. Esas contramedidas se basan en las "constataciones precisas"³ de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado derivados de subvenciones de los Estados Unidos que actúan, *en primer lugar*, a través de un mecanismo causal basado en los efectos en los precios (sección II); y, *en segundo lugar*, a través de un mecanismo causal basado en los efectos tecnológicos (sección III). La UE resume la aplicación técnica de su metodología en la sección IV.

II. LA VALORACIÓN DE LOS "EFECTOS DESFAVORABLES CUYA EXISTENCIA SE HA{} DETERMINADO" DERIVADOS DE SUBVENCIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS QUE ACTÚAN A TRAVÉS DE UN MECANISMO CAUSAL BASADO EN LOS EFECTOS EN LOS PRECIOS

5. Las Partes están de acuerdo en que los "efectos desfavorables cuya existencia se ha{} determinado" derivados de subvenciones de los Estados Unidos que actúan a través de un mecanismo causal basado en los efectos en los precios son: i) tres "pérdidas de ventas" (a saber, la

¹ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52.

² La UE introdujo ciertos reajustes en su metodología inicial para reflejar la posterior decisión arbitral formulada en la diferencia DS316.

³ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículos 22.6 y 7.10 - Estados Unidos)*, párrafo 4.49.

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) que tuvieron lugar en el período posterior a la aplicación; y ii) la "amenaza de obstaculización" en los mercados de los Estados Unidos y los EAU, respectivamente, con respecto a la cual los informes sobre el cumplimiento se basaron, entre otras cosas, en constataciones intermedias sobre dos ventas (a saber, la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011 y la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008) que tuvieron lugar antes del final del plazo para la aplicación.⁴ Sin embargo, las Partes no están de acuerdo con respecto a la manera de valorar esos efectos desfavorables. Mientras que la UE adopta una metodología que valora los efectos desfavorables de una manera compatible con los artículos 7.10 y 7.9 del *Acuerdo SMC*, con las constataciones adoptadas y con la decisión adoptada en la diferencia DS316, los Estados Unidos piden al Grupo Especial encargado del arbitraje que se aparte de ese enfoque de varias maneras, importantes y erróneas, en lo que concierne a: i) las tres pérdidas de ventas (sección II.A); y ii) la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU (sección II.B).

A. Pérdidas de ventas

6. Para valorar las tres "pérdidas de ventas" en el período posterior a la aplicación, la UE adopta una metodología que es compatible con los artículos 7.10 y 7.9 del *Acuerdo SMC* y las constataciones adoptadas, y reproduce el enfoque del Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316. Los Estados Unidos piden, sin embargo, al Grupo Especial encargado del arbitraje que se aparte de ese enfoque al menos de tres maneras erróneas (sección II.A.1, sección II.A.2 y sección II.A.3).

1. Los Estados Unidos no han demostrado que el Grupo Especial encargado del arbitraje deba reducir el valor de las pérdidas de ventas por una "probabilidad" de que Boeing hubiera obtenido no obstante esas ventas

7. La metodología de la UE opera sobre la base de que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto sobre negocios y actividades ("B&O"), Airbus, en lugar de Boeing, habría obtenido las tres ventas en cuestión.⁵ De hecho, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron que, por "efecto de la subvención", en el sentido del artículo 6.3 del *Acuerdo SMC*, Airbus "no ha{bía} obtenido"⁶ esas ventas, por lo que se determinó que se trataba de "perdidas de ventas".⁷

8. En cambio, los Estados Unidos piden al Grupo Especial encargado del arbitraje que "modifi{que}" e "invalide" esas constataciones adoptadas.⁸ Pese a las constataciones expresas, los Estados Unidos aducen que, de no haber existido las subvenciones, Airbus habría tenido "a lo sumo" una "posibilidad de obtener" cada venta.⁹ Según los Estados Unidos, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe, por lo tanto, "incorporar la *probabilidad* de que Boeing hubiera realizado no obstante las ventas pertinentes en la situación hipotética".¹⁰ En concreto, sobre la base de un "modelo" propuesto por primera vez en el presente procedimiento, los Estados Unidos sostienen que, de no haber existido la reducción del tipo del impuesto B&O, Airbus seguía teniendo una posibilidad [[***]] de perder cada una de las "perdidas de ventas".¹¹

9. El argumento de los Estados Unidos: i) es erróneo desde el punto de vista *interpretativo* (sección II.A.1.a); ii) es erróneo desde el punto de vista *fáctico*, habida cuenta de las constataciones específicas sobre el cumplimiento (sección II.A.1.b); y iii) está basado en una *metodología* que ni es adecuada para su fin, ni es fiable (sección II.A.1.c).¹²

⁴ Véanse, por ejemplo, el documento sobre metodología de la UE, párrafos 40-48; y la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 3.

⁵ Así como las dos ventas subyacentes a las constataciones de amenaza de obstaculización (véase la sección II.B *infra*).

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.331; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1214, 1220.

⁷ Véase, por ejemplo, el documento sobre metodología de la UE, párrafos 72-77. Véase la nota 14 *infra*.

⁸ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.210.

⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 84. (sin resalte en el original)

¹⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 84. (sin resalte en el original)

¹¹ Véase el anexo de la comunicación escrita de los Estados Unidos

¹² Véase, por ejemplo, la comunicación escrita de la UE, párrafos 16-124.

- a. *El argumento de los Estados Unidos de que Boeing habría realizado no obstante las ventas "perdidas" es erróneo desde el punto de vista interpretativo*

10. Como explicó el Órgano de Apelación, las "ventas 'perdidas'" son "las ventas que los proveedores {es decir, Airbus} del Miembro reclamante {es decir, la UE} 'no han obtenido' y que, en su lugar, han sido obtenidas por los proveedores {es decir, Boeing} del Miembro demandado {es decir, los Estados Unidos}".¹³ Con respecto a cada una de las ventas en cuestión, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento concluyeron que Airbus "no hab{ía} obtenido" la venta por "efecto de la subvención", en el sentido del artículo 6.3 c) del Acuerdo SMC.¹⁴

11. Los Estados Unidos aducen que seguiría habiendo una probabilidad [[***]] de que Boeing hubiera obtenido no obstante las ventas perdidas, lo que habría dado lugar a un valor actual neto de la "pérdida de ventas" en cuestión de "0 dólares".¹⁵ El enfoque de los Estados Unidos "invalida", por lo tanto, las constataciones adoptadas de que las ventas en cuestión fueron "perdidas" por "efecto de la subvención". En particular, la "pérdida de ventas" ya no sería el "efecto de la subvención".¹⁶ Ello está en contradicción directa con las constataciones adoptadas, que establecen que, como cuestión de derecho, la "pérdida de ventas" es "el efecto de la subvención".

12. Los Estados Unidos afirman que su enfoque está justificado a la luz del criterio de relación causal aplicable. Según los Estados Unidos, de la confirmación por el Órgano de Apelación del criterio de relación causal (a saber, que la subvención debe "contribuir" como "causa auténtica y sustancial" a las pérdidas de ventas para que estas sean el "efecto de la subvención") se sigue que el valor de las pérdidas de ventas de Airbus cuya existencia determinaron los órganos resolutorios sobre el cumplimiento debe reducirse por una probabilidad de que Boeing las hubiera obtenido no obstante en la situación hipotética.

13. El argumento de los Estados Unidos es un *non sequitur*. O se satisfacía el criterio de relación causal o no se satisfacía. Como el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la pérdida de ventas, se satisfacía el criterio de relación causal, y se constató, como cuestión de derecho, que la venta resultó ser una "pérdida de ventas" causada por las subvenciones. Dicho de otro modo, la pérdida de ventas es "el efecto de la subvención", en el sentido del artículo 6.3 c). Estas son las constataciones adoptadas que las Partes han de aceptar y que el Grupo Especial encargado del arbitraje ha de valorar.

14. El razonamiento de los Estados Unidos también tiene amplias repercusiones sistémicas para el mandato de los grupos especiales encargados de arbitrajes. Implica que, "salvo que un grupo especial/el Órgano de Apelación constate 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 debe evaluar el grado de contribución de una subvención a ese fenómeno de perjuicio grave".¹⁷ Sin embargo, la evaluación del grado de contribución de una subvención a un fenómeno del mercado -como la pérdida de ventas- implica reconsiderar las constataciones sobre la relación causal formuladas por órganos resolutorios anteriores. Por consiguiente, el argumento de los Estados Unidos implica que, en la mayoría de los casos, determinar qué constituye un nivel de contramedidas "proporcionad{o}" exigiría que un grupo especial encargado del arbitraje reconsiderara precisamente las constataciones sobre la relación causal ya formuladas. De conformidad con su mandato, no puede hacer tal cosa.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.331. (sin resalte en el original) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1214, 1220.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.404, 9.404 (nota 3329), 9.406, 9.406 (nota 3335), 9.438, 9.443, 9.446 (nota 3375), 11.8 c), 11.8 d); e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.476, 5.477, 5.526, 6.13.

¹⁵ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 49 (párrafo 34) y 13 (párrafos 58-59) del Grupo Especial encargado del arbitraje.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la declaración inicial de la UE, párrafos 20-37.

¹⁷ Pregunta 13 del Grupo Especial encargado del arbitraje. (con resalte en el original)

- b. *El argumento de los Estados Unidos de que Boeing habría realizado no obstante las ventas "perdidas" es erróneo desde el punto de vista fáctico, habida cuenta de las constataciones específicas sobre el cumplimiento*

15. Además, las constataciones específicas en que se basa la determinación última de la existencia de "pérdida de ventas" también eliminan cualquier fundamento para la afirmación de los Estados Unidos de que existe una probabilidad [[***]] de que Boeing hubiera obtenido no obstante las ventas en cuestión.¹⁸

16. *En primer lugar*, el argumento de la "probabilidad" de los Estados Unidos caracteriza erróneamente las constataciones sobre el cumplimiento relativas a las diferencias en los precios netos entre las ofertas de Airbus y Boeing.¹⁹ A juicio de los Estados Unidos, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron que la cuantía de la subvención "no {era} necesariamente suficiente para cubrir las diferencias observadas entre los precios netos ofrecidos por Airbus y Boeing".²⁰ Sin embargo, con respecto a cada una de las tres pérdidas de ventas surgidas durante el período de referencia relativo al cumplimiento, la afirmación de los Estados Unidos queda contradicha directamente por las constataciones explícitas de los órganos resolutorios sobre el cumplimiento según las cuales la subvención por aeronave *colmaba completamente* la diferencia entre los precios netos de las ofertas de Airbus y Boeing.²¹ Con arreglo a sus propios términos, el argumento de los Estados Unidos debe ser desestimado, por lo tanto, en lo que concierne a las tres pérdidas de ventas surgidas durante el período de referencia relativo al cumplimiento.

17. *En segundo lugar*, y lo que es más importante, con respecto a las cinco pérdidas de ventas²², los órganos resolutorios sobre el cumplimiento no basaron la constatación sobre la relación causal en una comparación de los precios netos. Los Estados Unidos hacen caso omiso -como hicieron ante el Órgano de Apelación²³- del hecho de que los órganos resolutorios sobre el cumplimiento entendieron correctamente que los precios netos no son determinantes, habida cuenta de la necesidad de tener en cuenta el valor de *diferencias distintas del precio* entre las dos ofertas por medio de una evaluación del valor actual neto ("VAN").²⁴ Después de evaluar todos los factores, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron que las cinco ventas eran todas ellas sensibles a los precios, en el sentido de que "no había otros factores, distintos del precio, que expliquen por qué Boeing logró obtener la venta".²⁵ De hecho, en el caso de dos pérdidas de ventas (a saber, las relacionadas con Fly Dubai 2008 y Fly Dubai 2014), los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron que *los Estados Unidos ni siquiera habían aducido algún factor distinto del precio* que pudiera explicar por qué Boeing logró obtener esas ventas.²⁶ Con respecto a las tres ventas restantes, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que "Boeing parecía estar sometida a una presión especial para reducir sus precios con objeto de obtener ventas, y *no hubo factores distintos de los precios que explicaran por qué Boeing logró obtener la venta*".²⁷ Estas constataciones contradicen directamente la afirmación de los Estados Unidos de que las constataciones adoptadas "dejan abierta la posibilidad de que un comprador pueda haber

¹⁸ Véase también la comunicación escrita de la UE, párrafos 44-86.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, la declaración inicial de los Estados Unidos, párrafo 21; y la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 44, 86.

²⁰ Declaración inicial de los Estados Unidos, párrafo 21.

²¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.402. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.474.

²² En el caso de la venta a Delta Airlines de 2011 y la venta a Fly Dubai de 2008, la constatación de "pérdida de ventas" fue una constatación intermedia que los órganos resolutorios sobre el cumplimiento utilizaron para constatar la existencia de efectos desfavorables en forma de "amenaza de obstaculización".

²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.510-5.512.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.473. Véanse también Declaración de K. Rao, 7 de octubre de 2015 (**Prueba documental EU-33-ICSS**), citada en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.399, 9.402; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.473, 5.510, 5.511, 5.515, 5.517, 5.520, 5.523.

²⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.383. (sin resalte en el original)

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.461.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.461. (sin resalte en el original)

determinado que la totalidad de la oferta de Boeing, incluida la calidad de sus productos y de los servicios conexos, era preferible a la de Airbus, incluso con un precio que no hubiera resultado afectado por la subvención".²⁸ Los órganos resolutorios sobre el cumplimiento han desestimado explícitamente la pertinencia de tales factores distintos de los precios.

18. *En tercer lugar*, las constataciones adoptadas relativas al papel de una evaluación de las diferencias entre los VAN eliminan la probabilidad de que Boeing hubiera obtenido alguna de las cinco ventas en cuestión. Los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron que la subvención por aeronave "supera *efectivamente* la diferencia entre los VAN que las pruebas de que disponemos indican que puede ser determinante de los resultados de campañas de ventas de aeronaves de pasillo único", incluidas las cinco ventas sensibles a los precios.²⁹ Como esas cinco ventas eran sensibles a los precios, las diferencias entre los VAN de las dos ofertas competidoras eran pequeñas y estaban comprendidas dentro de un intervalo en el que las subvenciones cambian el resultado de cada campaña.³⁰ Dicho de otro modo, las constataciones adoptadas relativas a las pruebas de los VAN establecen que, de no haber existido la subvención, Airbus, en lugar de Boeing, habría obtenido las cinco ventas sensibles a los precios.

19. Por todas las razones expuestas *supra*, los órganos resolutorios sobre el cumplimiento de la presente diferencia cerraron por completo la vía a una reevaluación de la relación causal. La situación en el presente asunto no es distinta de la que se dio en la diferencia DS316, en la que el Grupo Especial encargado del arbitraje aceptó que se había cerrado la vía a una reevaluación de la constatación relativa a la relación causal.³¹

c. *El argumento de los Estados Unidos de que Boeing habría obtenido no obstante las ventas "perdidas" se basa en una metodología que ni es adecuada para su fin, ni es fiable*

20. Por último, y en cualquier caso, la UE ha explicado con detalle que el modelo de los Estados Unidos no es adecuado para su fin y no es fiable. A lo largo de los procedimientos, los Estados Unidos han omitido por completo responder a ninguna de las críticas de la UE.

21. *En primer lugar*, el modelo de los Estados Unidos no es adecuado para su fin. Ningún modelo de la familia de "modelos de utilidad aleatorios", a la que pertenece el modelo de los Estados Unidos, puede predecir el resultado de un conjunto de *ventas individuales* tomadas de un grupo *no aleatorio* de observaciones. Tales modelos solo pueden hacer predicciones *medias* para el conjunto del mercado, y no se pueden utilizar para predecir el resultado de *ninguna* venta *individual*, ni, menos aún, el resultado de ventas que sean claramente *distintas de la media*, como las *ventas particularmente sensibles a los precios* en cuestión.³²

22. *En segundo lugar*, el modelo no es fiable. El modelo está erróneamente especificado, ya que no refleja las realidades básicas del mercado de grandes aeronaves civiles ("LCA"), en particular muchos factores pertinentes relacionados con la demanda y con la oferta. Además, la aplicación del modelo está viciada, porque hay parámetros fundamentales que están especificados erróneamente. Por último, hay datos fundamentales, necesarios para hacer operativo el modelo que son inadecuados para el objeto de que se trata (por ejemplo, datos de costos y márgenes) o bien son incompatibles entre sí (por ejemplo, los criterios cuantitativos diferentes empleados para los precios de las LCA de Boeing y de Airbus, respectivamente), lo que hace imposible que el modelo produzca predicciones fiables.³³

²⁸ Anexo de la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 2.

²⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.402 (con resalte en el original); e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.473, 5.510, 5.511, 5.515, 5.517, 5.520, 5.523.

³⁰ Véanse Declaración de K. Rao, 7 de octubre de 2015 (**Prueba documental EU-33-ICSS**), citada en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.399, 9.402; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.473, 5.510, 5.511, 5.515, 5.517, 5.520, 5.523.

³¹ Véase, por ejemplo, la decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.79, 6.104, 6.200, 6.211, 6.213, 6.477.

³² Véase la comunicación escrita de la UE, párrafos 94-111.

³³ Véase la comunicación escrita de la UE, párrafos 112-123.

2. Los Estados Unidos no han demostrado que la UE se basara en un número de aeronaves equivocado

23. La metodología de la UE valora el número de aeronaves de Boeing que ya se han entregado, y que deben entregarse en el futuro, en las ventas en cuestión. La metodología de la UE reproduce la adoptada por el Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316, que los propios Estados Unidos habían considerado, en la diferencia DS316, compatible con los artículos 7.10 y 7.9 del *Acuerdo SMC*, las constataciones adoptadas y las necesidades relacionadas con la demanda en el mercado de LCA.³⁴ Sin embargo, los Estados Unidos piden al Grupo Especial encargado del arbitraje que se aparte de ese enfoque y se base, en cambio, en el número de entregas de aeronaves propuesto en las ofertas definitivas de Airbus. Los Estados Unidos se equivocan.

24. *En primer lugar*, el enfoque de la UE es compatible con las constataciones adoptadas. Como en la diferencia DS316, las constataciones de efectos desfavorables adoptadas se basan en el número de entregas de *Boeing* realizadas y previstas en cada una de las ventas en cuestión.³⁵ Es decir, el número de entregas de aeronaves que el fabricante perdedor -en este caso, Airbus- "perdió" como consecuencia de la subvención es igual al número de aeronaves objeto del pedido del fabricante ganador, en este caso Boeing.

25. *En segundo lugar*, el enfoque de la UE es compatible con las necesidades de demanda demostradas de las aerolíneas clientes. El Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316 decidió basarse en el número de entregas de Airbus, habida cuenta de "la sustituibilidad de los modelos de Boeing y Airbus competidores más próximos y la demostrada demanda por parte de los clientes del número especificado de aeronaves que constituyeron la pérdida de ventas".³⁶ Exactamente las mismas consideraciones relativas a la demanda están presentes cuando una venta la pierde Airbus, en lugar de Boeing.³⁷

26. *En tercer lugar*, el enfoque de la UE es compatible con el enfoque empleado en la diferencia DS316. La pregunta del Grupo Especial encargado del arbitraje sobre si podría, no obstante, apartarse del enfoque empleado en la diferencia DS316 puso de manifiesto una aparente interpretación errónea de la decisión adoptada en esa diferencia.³⁸ Como en la diferencia DS316, en el presente procedimiento no se dispone de "*pruebas directas de los resultados de negociaciones {de Airbus} en la situación hipotética*".³⁹ De hecho, por definición, nunca se dispondrá de "pruebas directas" de los números de entregas que Airbus habría logrado en la situación hipotética si hubiera obtenido las ventas en cuestión, *porque se trata de una situación hipotética*. En realidad, al hacer referencia a la ausencia de "*pruebas directas de los resultados de negociaciones*", el Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316 no se estaba refiriendo a la ausencia de **ofertas definitivas**, porque: i) las ofertas definitivas de *Boeing no faltaban* en el expediente de las actuaciones del Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316; y ii), lo que es más importante, las ofertas definitivas constituyen *propuestas reales* de negociación, no resultados de negociación *hipotéticos*. Es importante observar que las Partes están de acuerdo en que las ofertas definitivas siguen siendo objeto de negociaciones ulteriores, que pueden tener por objeto también el número de aeronaves comprendidas. En tales circunstancias, es el acuerdo de compra de *Boeing* el que demuestra, de manera más directa, lo que la aerolínea realmente adquirió de Boeing, en lo que se refiere al número de aeronaves y, por lo tanto, no adquirió de Airbus. En consecuencia, la prueba más directa del número de entregas hipotéticas es el acuerdo de compra de Boeing, no la oferta definitiva de Airbus. En consonancia con el enfoque empleado en la diferencia DS316, el Grupo

³⁴ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.221 (nota 377).

³⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.381 (cuadro 12), 9.406, apéndice 2 (ICSS) (Iceland Air, título anterior al párrafo 245; Fly Dubai, título anterior al párrafo 266). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.472, 5.480, 5.498 (nota 1117).

³⁶ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.221 (nota 377).

³⁷ Véanse el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 9.247-9.248; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.459.

³⁸ Pregunta 9 del Grupo Especial encargado del arbitraje, *donde se cita* la decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.263.

³⁹ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.263. (sin resalte en el original)

Especial encargado del arbitraje debe basarse, por lo tanto, en los acuerdos de compra reales de Boeing para identificar los números de entregas.

3. Los Estados Unidos no han demostrado que la UE utilizara un período de referencia equivocado para anualizar el valor de las tres pérdidas de ventas en cuestión

27. Por último, para expresar el nivel de las contramedidas como valor anual, la metodología de la UE distribuye el valor total de las tres pérdidas de ventas a lo largo del período de referencia de 33 meses utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento, es decir, entre enero de 2013 y septiembre de 2015. Al proceder así, la metodología de la UE garantiza, como debe, la coherencia entre el numerador (es decir, el valor total de los efectos desfavorables durante el período de referencia) y el denominador (es decir, el *mismo* período de referencia, a lo largo del cual se distribuye el valor total de los efectos desfavorables). Este enfoque reproduce el adoptado por el Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316, es compatible con los artículos 7.10 y 7.9, y se rige por los principios básicos de la lógica y las matemáticas.

28. Los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron la existencia de efectos desfavorables durante un "*período de referencia circunscrito temporalmente*"⁴⁰ de 33 meses.⁴¹ Para obtener un valor medio *anual* de una cuantía total que se obtiene de un período distinto de 12 meses (a saber, el período de referencia de 33 meses), la cuantía total debe anualizarse sobre la base del *mismo* período (es decir, el período de referencia de 33 meses), y no sobre la base de un período diferente. De otra forma, el denominador no logra el fin para el que está destinado, que es *anualizar* una cuantía total obtenida a lo largo de un período distinto de un año, para "obtener el valor *anual* medio" de esta.⁴²

29. Aunque los Estados Unidos están de acuerdo en que es necesario que haya coherencia entre el numerador y el denominador⁴³, piden al Grupo Especial encargado del arbitraje que distribuya las pérdidas de ventas, no a lo largo del período de referencia de 33 meses (como dicta la lógica), sino a lo largo de un período mucho más largo de 105 meses (8,75 años), que supuestamente refleja "*las pruebas incluidas en el numerador*".⁴⁴ Los Estados Unidos se equivocan.

30. *En primer lugar*, dado un numerador que consta del valor de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia de 33 meses se ha determinado, el enfoque de los Estados Unidos de distribuir los efectos desfavorables a lo largo de un período diferente (105 meses) crea una disparidad entre el numerador (es decir, los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia se ha determinado) y el denominador (es decir, la anualización a lo largo de un período mucho más largo de 105 meses), y debe ser rechazado. Para el numerador, los Estados Unidos aceptan, como deben, que el período de referencia relativo al cumplimiento *no* fue, ciertamente, de 105 meses, sino mucho más breve (33 meses o, según los Estados Unidos, 36 meses).⁴⁵ Ya solo sobre esa base, y habida cuenta del requisito de coherencia, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe rechazar el argumento de los Estados Unidos en que se emplea un período de anualización de 105 meses (es decir, el denominador).⁴⁶

⁴⁰ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.46. (sin resalte en el original)

⁴¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.432 (nota 3368). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 5.480. Los Estados Unidos están de acuerdo en el punto final del período de referencia, es decir, septiembre de 2015. Véase, por ejemplo, la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 100, 111, 133.

⁴² Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.475. (sin resalte en el original)

⁴³ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 35 (párrafo 107), 74 (párrafo 124) del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁴⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 74 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafos 124, 126. (sin resalte en el original)

⁴⁵ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 (párrafo 98), 71 (párrafo 115), 33 (párrafo 105), 35 (párrafo 110), 37 (párrafo 117) del Grupo Especial encargado del arbitraje; y comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 36.

⁴⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 74 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 124.

31. *En segundo lugar*, el enfoque de los Estados Unidos también es incompatible con la práctica de grupos especiales encargados de arbitrajes anteriores, incluido el de la diferencia DS316, que seleccionaron "períodos de corta duración inmediatamente posteriores al momento en que la parte demandada debía haber cumplido sus obligaciones, o períodos que abarcaban ese momento".⁴⁷ Al abarcar 8,75 años, más de 5,5 de los cuales son *anteriores* al final del plazo para la aplicación, el enfoque de los Estados Unidos es incompatible con esa orientación.

32. *En tercer lugar*, los Estados Unidos afirman que su enfoque está justificado porque, en su opinión, "es evidente que las cinco pérdidas de ventas en cuestión tuvieron lugar a lo largo del período de 105 meses".⁴⁸ En el presente asunto, los Estados Unidos tergiversan el sentido de "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Las constataciones adoptadas *no* atañen a efectos desfavorables en forma de cinco pérdidas de ventas a lo largo de 105 meses. Antes bien, las constataciones adoptadas atañen a i) tres pérdidas de ventas, y ii) la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU, y cada una de ellas surgió *durante* el período de referencia de 33 meses.

33. *En cuarto lugar*, los propios Estados Unidos reconocen que, si se adoptara el llamado enfoque basado en la "amenaza de obstaculización" para los mercados de los Estados Unidos y los EAU, las tres pérdidas de ventas **no** deberían distribuirse a lo largo de 105 meses, sino a lo largo del período de referencia mucho más breve de 33 meses (o 36 meses, según los Estados Unidos).⁴⁹ El hecho de que los Estados Unidos admitan esta proposición pone de manifiesto que su propio enfoque desafía a la lógica. Según el enfoque de los Estados Unidos, exactamente las *mismas* tres pérdidas de ventas se valoran de forma fundamentalmente diferente según la forma en que el Grupo Especial encargado del arbitraje decida valorar tipos *distintos y adicionales* de efectos desfavorables (es decir, la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU). De hecho, según cuál sea el método de valoración de los *otros* efectos desfavorables, el valor anual de las *mismas* tres pérdidas de ventas se *reduciría en casi un 70%*.

34. *En quinto lugar*, y por último, el enfoque de los Estados Unidos es ilógico por otra razón. Según el enfoque de los Estados Unidos, el nivel *total* de las contramedidas sería *superior* si *no* hubiera existido constatación de amenaza de obstaculización. En concreto, resultan unas contramedidas superiores en i) una situación hipotética con solo tres pérdidas de ventas (que deben anualizarse a lo largo de un período de 33 meses o, a juicio de los Estados Unidos, de 36 meses), que en ii) una situación hipotética con tres pérdidas de ventas *y* constataciones de amenaza de obstaculización (que, a juicio de los Estados Unidos, deben anualizarse a lo largo de un período de 105 meses). Por consiguiente, según el enfoque de los Estados Unidos, el nivel de las contramedidas habría sido *superior* si los órganos resolutorios sobre el cumplimiento hubieran constatado *menos* efectos desfavorables, a saber, solo tres pérdidas de ventas, *sin* amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU.

B. Amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU

35. Con respecto a la valoración de la "amenaza de obstaculización" en los mercados de los Estados Unidos y los EAU, las Partes estuvieron de acuerdo en que, habida cuenta de las constataciones adoptadas, podría utilizarse el enfoque basado en las "pérdidas de ventas" expuesto *supra*. En concreto, para valorar la amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos, las Partes acordaron valorar la pérdida de ventas en relación con Delta Airlines 2011.⁵⁰ Para valorar la amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU, las Partes acordaron valorar la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2008 (incluidas las entregas que tuvieron lugar *antes* del período de referencia).⁵¹ El desacuerdo de las Partes a este respecto se limitó a las mismas tres cuestiones tratadas en el contexto de la valoración de las tres "pérdidas de ventas". Por las razones explicadas

⁴⁷ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.56.

⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 35 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 109.

⁴⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 98.

⁵⁰ Comunicación escrita de la UE, párrafos 248-250; comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 105; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁵¹ Comunicación escrita de la UE, párrafos 283, 284, 390; comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 148 (nota 171), 105; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 30 (párrafo 87); 31 (párrafos 89-92) del Grupo Especial encargado del arbitraje.

supra, los Estados Unidos no demostraron que el enfoque de la UE sea incompatible con los artículos 7.10 y 7.9 (véanse las secciones II.A.1, II.A.2 y II.A.3, *supra*).

36. No obstante, el Grupo Especial encargado del arbitraje pidió a las Partes que adoptaran un enfoque diferente. El Grupo Especial encargado del arbitraje sugirió el empleo de un enfoque "centrado en las entregas", que definió como un enfoque que valora las "entregas", en lugar de un enfoque basado en las "pérdidas de ventas", "que valora las pérdidas de ventas subyacentes en el momento en que se produjeron".⁵² La expresión "centrado en las entregas" no caracteriza adecuadamente, sin embargo, un enfoque alternativo apropiado, porque da a entender erróneamente que el Grupo Especial encargado del arbitraje valoraría una constatación de obstaculización *actual* (o real), mientras que el Grupo Especial encargado del arbitraje está obligado, según las constataciones adoptadas, a valorar una constatación de *amenaza* de obstaculización. La UE emplea, por lo tanto, la expresión "enfoque basado en la amenaza de obstaculización".

37. La valoración de la amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos debe reflejar las constataciones precisas en que se basó la constatación de "amenaza de obstaculización", es decir, la transacción en el marco de Delta Airlines 2011 correspondiente a 100 aeronaves (y 30 opciones de aeronaves, para las que valen los mismos argumentos). Análogamente, la valoración de la amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU debe reflejar las constataciones precisas en que se basó la constatación de "amenaza de obstaculización", es decir, la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 correspondiente a 50 aeronaves (junto con las otras cuestiones a las que se hace referencia en los informes sobre el cumplimiento). A este respecto, es pertinente lo siguiente:

- a) en el caso de la transacción en el marco de Delta Airlines 2011, como cuestión de hecho, todas las entregas tuvieron lugar ya sea *durante* el período de referencia o *después* de ese período. En consecuencia, para valorar la amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe valorar la amenaza relativa a todas las entregas resultantes de la transacción en el marco de Delta Airlines 2011, puesto que todas las entregas tuvieron lugar *durante* o *después* del período de referencia; y
- b) en el caso de la transacción en el marco de Fly Dubai 2008, como cuestión de hecho, todas las entregas tuvieron lugar ya sea *antes* o *después* el período de referencia. Para valorar la amenaza de obstaculización en el mercado de los EAU, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe valorar, por lo tanto, la amenaza relativa a las entregas resultantes de la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 que tuvieron lugar *durante* el período de referencia.

38. Por consiguiente, *con sujeción a las condiciones a) a c) enunciadas infra*, la UE convendría en que, si el Grupo Especial encargado del arbitraje adoptara un auténtico enfoque basado en la "amenaza de obstaculización", según se expone *infra*, no necesitaría valorar las entregas de la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 que tuvieron lugar *antes* del inicio del período de referencia. Las condiciones conexas al acuerdo de la UE son las siguientes:

- a) el Grupo Especial encargado del arbitraje debe valorar la totalidad de la amenaza de obstaculización surgida en el período de referencia (es decir, el numerador)⁵³;
- b) debe anualizar el valor de esa amenaza a lo largo del período de referencia (es decir, el denominador); y
- c) debe rechazar el argumento de los Estados Unidos de que existe una probabilidad de que, en la situación hipotética, Boeing hubiera realizado no obstante algunas de esas entregas.

⁵² Pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁵³ La amenaza de obstaculización abarca la amenaza relativa a las entregas en etapas más tardías del período de referencia o después del período de referencia.

39. Los Estados Unidos discrepan de cada uno de los elementos del cálculo, pero no demuestran que el enfoque de la UE sea incompatible con los artículos 7.10 y 7.9 del *Acuerdo SMC*, como se explica *infra*.⁵⁴

1. Los Estados Unidos no han demostrado que la inclusión de la amenaza relativa a las entregas futuras, ya sea durante o después del período de referencia, sea incompatible con los artículos 7.10 y 7.9 del Acuerdo SMC

a. El enfoque de la UE es compatible con las constataciones adoptadas y con los artículos 7.10 y 7.9 del *Acuerdo SMC*.

40. Al "atribuir un valor"⁵⁵ a la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe valorar la *totalidad* de la amenaza de obstaculización *surgida en* el período de referencia. Cualquier enfoque que prescinda de una parte del valor de la amenaza relativa a las entregas *surgida en* el período de referencia sería incompatible con los artículos 7.10 y 7.9, y constituiría una infracción inadmisibles del mandato del Grupo Especial encargado del arbitraje, que está delimitado por las constataciones adoptadas multilateralmente por los Miembros de la OMC por conducto del OSD.

41. Los órganos resolutorios sobre el cumplimiento formularon "constataciones precisas"⁵⁶ en relación con la existencia de "amenaza de obstaculización" en esos mercados. Esas constataciones: i) se basaron en transacciones de venta específicas anteriores al período de referencia, y ii) reflejaban las particularidades de la rama de producción de LCA (en la que existe normalmente un significativo intervalo temporal de algunos años entre el pedido y la entrega). Es decir, cuando Boeing obtuvo y Airbus perdió las transacciones en cuestión (el 25 de agosto en el caso de la transacción en el marco de Delta Airlines 2011; y el 4 de julio de 2008 en el caso de la transacción en el marco de Fly Dubai 2008), fue el hecho de que se hubieran perdido esas transacciones lo que dio lugar a la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU, respectivamente. Dicho de otro modo, el pedido contractual creó la amenaza de obstaculización. Es por esta razón por la que la obstaculización entró en situación de amenaza -es decir, "*claramente prevista e inminente*"⁵⁷- con efecto a partir de la fecha en que se concluyó el contrato de Boeing. De hecho, como constató el Grupo Especial sobre el cumplimiento, "debido a que Airbus perdió la campaña de ventas dirigida a Delta Airlines en 2011 {es decir, el 25 de agosto de 2011} ... sus importaciones de LCA de pasillo único en el mercado de los Estados Unidos **se verán obstruidas, dificultadas o contenidas en esa medida** {es decir, con respecto a 100 aeronaves}".⁵⁸ Sobre esa base, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que existía una amenaza de obstaculización en el mercado de los Estados Unidos. Análogamente, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se apoyó expresamente en los "**pedidos** realizados por Fly Dubai en 2008 ... **de 50**"⁵⁹ LCA de Boeing, que Airbus perdió el 4 de julio de 2008, para constatar la existencia de una "amenaza" de obstaculización en el mercado de los EAU.

42. Los Estados Unidos aceptan que el contrato creó la amenaza de obstaculización y explican que, a consecuencia de las "*pérdidas de ventas*" en el período anterior a la aplicación, "*las entregas asociadas a los pedidos perdidos resultan entonces obstaculizadas*", lo que da lugar a "*la amenaza de obstaculización en el período posterior a la aplicación*".⁶⁰

43. Se sigue de esas constataciones, y de la opinión convenida de las Partes con respecto a ellas, que la perspectiva temporal correcta, y la adoptada por los órganos resolutorios sobre el

⁵⁴ La UE ha abordado el argumento erróneo de los Estados Unidos relativo a la probabilidad en la sección II.A.1 *supra*.

⁵⁵ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.210.

⁵⁶ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículos 22.6 y 7.10 - Estados Unidos)*, párrafo 4.49.

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1171. (sin resalte en el original)

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.437 (las cursivas figuran en el original; sin negritas en el original).

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.443. (sin resalte en el original)

⁶⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafos 101-102. (sin resalte en el original)

cumplimiento, es que la amenaza de obstaculización surgió en la fecha del pedido. En las constataciones de los órganos resolutorios sobre el cumplimiento se consideró entonces el futuro en relación con ese punto temporal y, en la medida en que es jurídicamente pertinente, el comienzo del período de referencia (1 de enero de 2013). La amenaza de obstaculización estuvo, en esa medida, presente en el período de referencia. No se discute que, al comienzo del período de referencia, no se había entregado ninguna de las aeronaves asociadas a la transacción en el marco de Delta Airlines 2011, y que no se había entregado aproximadamente la mitad de las asociadas con la transacción en el marco de Fly Dubai 2008. Todas esas aeronaves deben ser valoradas, por lo tanto, como la amenaza de obstaculización surgida en el período de referencia.

b. Los Estados Unidos caracterizan erróneamente el enfoque de la UE y las constataciones adoptadas

44. En su intento de refutar el enfoque de la UE, los Estados Unidos caracterizan erróneamente tanto el enfoque de la UE como las constataciones adoptadas.

45. *En primer lugar*, el Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró la existencia de los efectos desfavorables *surgidos en* el período de referencia; es decir, *en cualquier momento* durante ese período (por ejemplo, en el momento de la pérdida de ventas en relación con Air Canada de 2013 (11 de diciembre de 2013)).⁶¹ Al proceder así, el Grupo Especial sobre el cumplimiento no tomó "una instantánea de la situación del mercado"⁶² en el primer día del período de referencia. Antes bien, en consonancia con su mandato, el Grupo Especial sobre el cumplimiento determinó la presencia del perjuicio grave, y de la amenaza de perjuicio grave, que *surgió en cualquier momento durante* ese período. Por consiguiente, los Estados Unidos incurren en error al caracterizar la posición de la UE y, por extensión, las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento, en el sentido de que analizan una "instantánea de la situación del mercado"⁶³ en el primer día del período de referencia.

46. *En segundo lugar*, los Estados Unidos piden a continuación al Grupo Especial encargado del arbitraje que admita la tesis errónea de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento adoptó una instantánea de la situación del mercado en el *último* día del plazo para el cumplimiento (es decir, el 30 de septiembre de 2015). De nuevo, los Estados Unidos se equivocan. Al formular sus constataciones de amenaza de obstaculización, el Grupo Especial sobre el cumplimiento *no* se situó (*ni* tenía que situarse) exclusivamente al *final* del período de referencia (30 de septiembre de 2015), y *no* consideró (*ni* tenía que considerar) los datos sobre las entregas reales que se produjeron *durante* el período de referencia (del 1 de enero de 2013 al 30 de septiembre de 2015) separadamente de los datos sobre las entregas en situación de amenaza *después* del período de referencia (es decir, después del 30 de septiembre de 2015). El Grupo Especial sobre el cumplimiento tampoco determinó a continuación que surgiera una amenaza de obstaculización en el período de referencia exclusivamente por referencia a las entregas objeto de amenaza *después* del período de referencia. Cualquier aseveración de esa naturaleza estaría en contradicción con las constataciones realmente formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en este caso concreto.

47. Además, si el Grupo Especial sobre el cumplimiento hubiera tomado el final del período de referencia (30 de septiembre de 2015) como punto de vista temporal, no podría haberse apoyado en los "pedidos realizados por Fly Dubai en 2008 ... de 50"⁶⁴ LCA de Boeing como base para una constatación de amenaza de obstaculización, ya que *todas* las entregas realizadas en el marco de esa transacción tuvieron lugar *antes* del final del período de referencia (es decir, *antes* del 1 de octubre de 2015). El hecho de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento se apoyara explícitamente en la transacción en el marco de Fly Dubai 2008 confirma, por lo tanto, que la "amenaza" de obstaculización incluye la amenaza relativa a las entregas surgida en cualquier momento durante el período de referencia.⁶⁵

⁶¹ Véase, por ejemplo, la declaración inicial de la UE, párrafo 106.

⁶² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 107.

⁶³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 107.

⁶⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.443. (sin resalte en el original)

⁶⁵ Véase también la respuesta de la UE a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafos 221-226.

48. *En tercer lugar*, en la caracterización errónea que los Estados Unidos hacen de la posición de la UE también podría estar implícita la suposición de que una amenaza debe existir *a lo largo de la totalidad del* período de referencia, y no debe haberse materializado como (supuesta) obstaculización actual durante el período de referencia. La afirmación de los Estados Unidos es, de nuevo, incorrecta. Dado que los órganos resolutorios sobre el cumplimiento constataron que había surgido una amenaza de obstaculización "en" el período de referencia, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe valorar ese efecto desfavorable. El Grupo Especial encargado del arbitraje no queda exonerado de su obligación de valorar esa amenaza de obstaculización porque el Miembro demandado afirma, *ante el Grupo Especial encargado del arbitraje*, que algunas entregas tuvieron lugar durante el período de referencia, que esas entregas podrían haber constituido una obstaculización actual y que ello debe reducir los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.

49. Desde el punto de vista jurídico y fáctico, es perfectamente posible que hechos y pruebas concretos puedan respaldar constataciones de dos tipos diferentes de efectos desfavorables. En la presente diferencia, los hechos y pruebas relativos a las transacciones perdidas respaldaban plenamente las constataciones de amenaza de obstaculización para todas las aeronaves pertinentes, con independencia de si estaba previsto que las entregas tuvieran lugar en etapas más tardías del período de referencia o después del período de referencia.⁶⁶ Al mismo tiempo, los hechos y pruebas con respecto a las entregas durante el período de referencia podrían haber respaldado, como afirman los Estados Unidos, una constatación separada de obstaculización (aunque los órganos resolutorios sobre el cumplimiento no formularon tales constataciones). Sin embargo, la afirmación de los Estados Unidos de que lo hacen no puede, como cuestión de derecho, reducir los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado (amenaza de obstaculización surgida en el período de referencia).

c. *El enfoque de los Estados Unidos es incompatible con los artículos 7.10 y 7.9 del Acuerdo SMC y con las constataciones adoptadas*

50. Habida cuenta de las constataciones adoptadas, los Estados Unidos no pueden satisfacer la carga que les corresponde de demostrar que la inclusión de las amenazas relativas a las entregas durante y después del período de referencia como parte de la amenaza de obstaculización surgida *durante* el período de referencia es incompatible con los artículos 7.10 y 7.9. No obstante, la UE va más allá y explica que el enfoque alternativo de los Estados Unidos es incompatible con los artículos 7.10 y 7.9.

i. *El enfoque de los Estados Unidos "invalid{a}" y "modifica{" las constataciones adoptadas*

51. Los Estados Unidos no explican de qué manera su posición es compatible con las "constataciones precisas"⁶⁷ de amenaza de obstaculización. En lugar de ello, señalan una única nota en la que el Grupo Especial sobre el cumplimiento declaró, lo que no resulta sorprendente, que las alegaciones de amenaza "exigen necesariamente pruebas de entregas futuras previstas".⁶⁸

52. De esa nota no se sigue que la amenaza relativa a las entregas futuras quede parcialmente invalidada con respecto a las entregas que tienen lugar en etapas más tardías del período de referencia, simplemente porque esas entregas *también* podrían haber servido de base para una constatación de obstaculización actual. El Grupo Especial sobre el cumplimiento no formuló una constatación de obstaculización actual, como los Estados Unidos parecen admitir. De hecho, incluso los Estados Unidos pretenden hallar solo un "*indic{io}*"⁶⁹ de respaldo en esa nota. En realidad, la

⁶⁶ Esto se complementó con ciertas observaciones adicionales formuladas con respecto al mercado de los EAU (las cuales, según convienen las Partes, no reducen la amenaza de obstaculización resultante de la transacción en el marco de Fly Dubai 2008). Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 (párrafo 102), 31 (párrafo 90) del Grupo Especial encargado del arbitraje; y comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 105.

⁶⁷ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (artículos 22.6 y 7.10 - Estados Unidos), párrafo 4.49.

⁶⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 (párrafos 84-85) (*donde se cita* el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.432 (nota 3368)); 69 (párrafo 107) del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁶⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 85. (sin resalte en el original)

nota indica simplemente que la "amenaza" tiene que ver con el futuro, contemplado desde el punto de vista temporal pertinente. Con arreglo a los hechos del presente asunto, ese punto es la fecha de las transacciones perdidas y, por extensión, el comienzo del período de referencia.

53. Así pues, el hecho de que las alegaciones de amenaza "exi{jan} *necesariamente* pruebas de entregas futuras previstas" no significa que las pruebas de una amenaza relativa a las entregas en etapas más tardías del período de referencia no sean pertinentes para establecer la existencia de una amenaza de obstaculización surgida en el período de referencia. Habida cuenta de los hechos y de las constataciones concretas en cuestión, el punto de vista temporal correcto pone de manifiesto que las pruebas de entregas futuras previstas *durante* el período de referencia constituyen necesariamente una prueba de amenaza.

ii. *El enfoque de los Estados Unidos exige que el Grupo Especial encargado del arbitraje acepte dos proposiciones erróneas y rebase su mandato*

54. Para aceptar el enfoque de los Estados Unidos, el Grupo Especial encargado del arbitraje no solo tendría que hacer caso omiso de las constataciones adoptadas; además tendría que aceptar dos proposiciones erróneas, cada una de las cuales le exige rebasar su mandato. Los Estados Unidos piden al Grupo Especial encargado del arbitraje que convenga en que, "si el Grupo Especial sobre el cumplimiento hubiera considerado que las entregas durante el período de referencia respaldaban unas constataciones de perjuicio grave, habría formulado constataciones de obstaculización *actual*, y no de *amenaza* de obstaculización" (**primera proposición**).⁷⁰ Los Estados Unidos se equivocan.

55. *En primer lugar*, y ante todo, el Grupo Especial encargado del arbitraje no tiene permitido situarse en la posición del Grupo Especial sobre el cumplimiento y especular con que, en calidad de grupo especial sobre el cumplimiento, podía haber constatado la existencia de obstaculización durante el período de referencia (constatación que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no formuló). El Grupo Especial encargado del arbitraje tampoco puede, sobre esa base errónea, reducir el daño abarcado por la amenaza de obstaculización rechazando valorar las entregas que tuvieron lugar subsiguientemente más tarde durante el período de referencia.

56. *En segundo lugar*, aunque no forma parte del mandato del Grupo Especial encargado del arbitraje especular con lo que el Grupo Especial sobre el cumplimiento *habría o podría haber* constatado, no hay ningún fundamento para suponer que, en relación con las entregas durante el período de referencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento "habría formulado constataciones de obstaculización *actual* y no de *amenaza* de obstaculización".⁷¹ Como se ha señalado, los hechos y las pruebas pueden respaldar constataciones de dos tipos diferentes de efectos desfavorables. La cuestión no es, por lo tanto, si una o la otra constatación habría sido apropiada. En este caso, las constataciones de "amenaza" eran especialmente adecuadas porque reflejaban la amenaza de *todas* las entregas pertinentes. En cambio, una constatación de obstaculización habría sido demasiado limitada para reflejar la "*medida*" en que las transacciones en cuestión "*cont{uvieron}*" las LCA de Airbus, porque, por su propia naturaleza, se habría circunscrito a las entregas durante el período de referencia relativo al cumplimiento (y no se habría referido a las entregas posteriores al período de referencia, que también amenazaban con obstaculizar las importaciones de LCA de Airbus).⁷² Es decir, la constatación de amenaza se atenía a la causa profunda, a saber, la pérdida de transacciones antes del período de referencia.

57. *En tercer lugar*, aunque no forma parte del mandato del Grupo Especial encargado del arbitraje especular con respecto a las razones por las que el Grupo Especial sobre el cumplimiento formuló constataciones de amenaza de obstaculización, la UE observa que el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató explícitamente que existía una amenaza de obstaculización, sobre la base de las entregas previstas para ser realizadas en el futuro, con independencia de que fuera en etapas más tardías durante el período de referencia o después del período de referencia. Como se ha señalado, esa constatación fue particularmente adecuada, habida cuenta de los hechos y pruebas

⁷⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 (párrafo 85) (con resalte en el original); 69 (párrafo 109) del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁷¹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 66 (párrafo 85) (con resalte en el original); 69 (párrafo 109) del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁷² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 9.437. (con resalte en el original)

que el Grupo Especial sobre el cumplimiento tenía ante sí. No era necesario que el Grupo Especial sobre el cumplimiento formulara una constatación adicional de que las entregas durante el período de referencia *también* darían lugar a una obstaculización actual: una constatación basta, y una constatación se formuló en este caso particular.

58. *En cuarto lugar*, y por último, si el Grupo Especial sobre el cumplimiento hubiera adoptado la posición de los Estados Unidos (*quod non*) y hubiera constatado la existencia de una "amenaza" *únicamente* en relación con las entregas posteriores al período de referencia, habría estado obligado a formular una constatación de obstaculización *adicional* para abarcar las entregas *durante* el período de referencia. Si la amenaza relativa a las entregas *durante* el período de referencia no hubiera estado abarcada por las constataciones de amenaza de obstaculización del Grupo Especial sobre el cumplimiento, este no habría hecho una evaluación objetiva, de conformidad con el artículo 11 del ESD, de la totalidad del asunto que se le había sometido. En lugar de ello, en consonancia con su obligación de hacer una evaluación objetiva, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la amenaza de obstaculización incluye la amenaza relativa a las entregas previstas para ser realizadas durante el período de referencia, así como la amenaza relativa a las entregas posteriores al período de referencia. El mandato del Grupo Especial encargado del arbitraje no comprende la adopción de una lectura de las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento que implique una constatación de que este incumplió la obligación que le impone el artículo 11 del ESD.

59. Además, los Estados Unidos piden al Grupo Especial encargado del arbitraje que acepte la proposición errónea de que "solo puede haber constataciones de amenaza de obstaculización si no hay obstaculización actual" (**segunda proposición**).⁷³ Los Estados Unidos se equivocan.

60. En el asunto *Estados Unidos - Algodón*, en el que los Estados Unidos se apoyan al aducir su proposición errónea, el Órgano de Apelación constató explícitamente que "una alegación de perjuicio grave *puede referirse a una situación distinta* de aquella a la que se refiere una alegación de amenaza de perjuicio grave" y que, 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".⁷⁴ Por consiguiente, el Órgano de Apelación *no* excluyó la posibilidad de que, en circunstancias concretas, una alegación de perjuicio grave actual (por ejemplo, obstaculización) *pueda referirse a la misma situación que una amenaza de perjuicio grave* (por ejemplo, amenaza de obstaculización); y que una alegación de amenaza de perjuicio grave *pueda también abarcar el mismo escenario que una alegación de perjuicio grave actual y prever una medida correctiva al respecto*. El Órgano de Apelación tampoco excluyó que, como cuestión de derecho, pueda haber una superposición entre las pruebas que podrían servir de base para establecer una alegación de "amenaza" de obstaculización y una alegación de obstaculización actual. Con arreglo a los hechos del presente asunto, las constataciones de amenaza de obstaculización "*abarca{ban} ... y prev{eían} una medida correctiva*" para el daño económico resultante de las entregas en situación de amenaza durante el período de referencia.⁷⁵

61. Por último, y en cualquier caso, no corresponde al Grupo Especial encargado del arbitraje decidir, sobre la base de algún concepto generalizado de "amenaza", si la caracterización de la amenaza de obstaculización que hizo el Grupo Especial sobre el cumplimiento fue o no, a su juicio, adecuada. Los órganos resolutorios sobre el cumplimiento se han pronunciado definitivamente sobre la caracterización de la transacción como una amenaza de obstaculización surgida en el período de referencia, y el OSD ha adoptado esas constataciones. Esas constataciones son definitivas y deben ser aceptadas por el Grupo Especial encargado del arbitraje.

2. Los Estados Unidos no han demostrado que la UE utilizara un período de referencia equivocado para anualizar la amenaza de obstaculización

62. En consonancia con el enfoque que aplica a las tres pérdidas de ventas, la metodología de la UE distribuye el valor total de la amenaza de obstaculización en los mercados de los Estados Unidos y los EAU a lo largo del período de referencia de 33 meses, para obtener un nivel anual de

⁷³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 108. (sin resalte en el original)

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 21.5 - Brasil)*, párrafo 244. (sin resalte en el original)

⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 21.5 - Brasil)*, párrafo 244. (sin resalte en el original)

contramedidas. Como se ha explicado *supra*⁷⁶, este enfoque reproduce el adoptado en la diferencia DS316, es compatible con los artículos 7.10 y 7.9 y, se rige por los principios básicos de la lógica y las matemáticas.

63. Los Estados Unidos están de acuerdo, *en primer lugar*, en que se constató la existencia de una "amenaza" de obstaculización en el "período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento"⁷⁷; y, *en segundo lugar*, en que, con arreglo al enfoque basado en la amenaza de obstaculización, "el objetivo sería valorar la amenaza de obstaculización que existía *durante el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento*".⁷⁸ Así pues, las Partes están de acuerdo en que el valor del numerador es el valor de "la amenaza de obstaculización que existía *durante el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento*"⁷⁹, que, según estableció la UE, se extiende a lo largo de 33 meses. Para lograr la coherencia entre el numerador y el denominador (obligatoria a juicio de ambas Partes), la UE anualiza la amenaza de obstaculización a lo largo del *mismo* período de referencia de 33 meses.

64. Sin embargo, los Estados Unidos no están de acuerdo con el enfoque de la UE. Los Estados Unidos no anualizan el valor de la amenaza de obstaculización a lo largo del *mismo* período de referencia (es decir, el denominador), sino a lo largo de un período conceptual y temporalmente *diferente*, a saber, los *años de entrega posteriores al período de referencia*. No resulta claro cómo pueden los Estados Unidos adoptar ese enfoque, dado que aceptan que en el período de referencia surgió una amenaza y que esta debe ser anualizada a lo largo del mismo período (véase el párrafo 63). De hecho, ya solo esa disparidad significa que el enfoque de los Estados Unidos no es compatible con los artículos 7.10 y 7.9. No obstante, aun cuando el enfoque de los Estados Unidos fuera apropiado (*quod non*), su aplicación al mercado de los EAU debe, no obstante, ser rechazada porque exagera artificialmente el denominador al combinar la amenaza de obstaculización en ese mercado con la amenaza de obstaculización distinta del mercado de los Estados Unidos, pese a que se trata de efectos desfavorables *distintos*, que tienen lugar en mercados *distintos* (y, con arreglo al razonamiento de los Estados Unidos, a lo largo de períodos distintos).

III. LA VALORACIÓN DE LOS "EFECTOS DESFAVORABLES CUYA EXISTENCIA SE HA DETERMINADO" DERIVADOS DE LAS SUBVENCIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS QUE ACTÚAN A TRAVÉS DE UN MECANISMO CAUSAL BASADO EN LOS EFECTOS TECNOLÓGICOS

65. El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que los Estados Unidos otorgaron subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos incompatibles con las normas de la OMC que causan, a través de un mecanismo casual basado en los efectos tecnológicos, efectos desfavorables relacionados con determinadas LCA de doble pasillo.⁸⁰ En el procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no habían retirado las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en cuestión ("subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos").⁸¹ Además, dando la razón a la UE, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que los Estados Unidos habían eliminado los efectos desfavorables causados por esas subvenciones.⁸² En consecuencia, no hay una constatación adoptada multilateralmente de que los Estados Unidos hayan alcanzado el "cumplimiento sustantivo" con respecto a los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos en cuestión.⁸³ En cambio, *sí* hay una constatación adoptada multilateralmente, formulada en el procedimiento inicial, de que las subvenciones para investigación

⁷⁶ Véanse los párrafos 27-34 *supra*.

⁷⁷ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 35 (párrafo 110); 33 (párrafo 105); 37 (párrafo 117) del Grupo Especial encargado del arbitraje; y comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 36, 109, 111.

⁷⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 94. (sin resalte en el original)

⁷⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 94. (sin resalte en el original)

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.1797, 7.1854 a), 8.3 a) i); e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1126, 1127, 1350 d) i).

⁸¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafo 11.7 a).

⁸² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - UE)*, párrafos 5.386-5.421, 6.11.

⁸³ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52. Véase también, *ibid.*, párrafos 6.49 (incluida la nota 148), 6.53, 6.54.

y desarrollo aeronáuticos en cuestión causan efectos desfavorables por medio de un mecanismo causal basado en los efectos tecnológicos, y una consiguiente recomendación del OSD multilateral que exige a los Estados Unidos que retiren esas subvenciones o eliminen sus efectos desfavorables.

66. Para no reducir las obligaciones de los Estados Unidos ni los derechos de la UE, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe basarse en "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" en el procedimiento inicial para valorar los efectos desfavorables causados por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos. La metodología de la UE valora, por lo tanto, las constataciones iniciales de pérdida de ventas sobre la base del mismo enfoque basado en las "pérdidas de ventas" que aplicó a la valoración de los efectos desfavorables causados por subvenciones que actúan a través de un mecanismo causal basado en los efectos en los precios. La autorización de contramedidas sobre esa base constituye el único medio de que la UE induzca a los Estados Unidos a que pongan en conformidad sus subvenciones incompatibles con las normas de la OMC, como prescribe la recomendación multilateral del OSD, emanada del procedimiento inicial, que no ha sido satisfecha.

A. La asignación de las cargas en el procedimiento sobre el cumplimiento no impide a la UE solicitar y obtener autorización para imponer contramedidas

67. Los Estados Unidos no han aducido que el enfoque basado en las "pérdidas de ventas" sería inapropiado en este contexto. Además, los Estados Unidos aceptan que no existe ninguna constatación multilateral de que hayan cumplido la recomendación del OSD relativa a sus subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos. No obstante, los Estados Unidos sostienen que la UE tiene vedado solicitar y obtener autorización para imponer contramedida *alguna*.

68. Los Estados Unidos adujeron inicialmente que la UE tenía vedado hacer tal cosa porque, al ser el reclamante, le correspondía la carga de la prueba en el procedimiento sobre el cumplimiento.⁸⁴ Sin embargo, ante el peso de los argumentos, los Estados Unidos concedieron que la asignación de la carga de la prueba en el procedimiento sobre el cumplimiento subyacente no es pertinente para decidir si la UE está autorizada a adoptar contramedidas.⁸⁵

69. Fundamentalmente, las Partes están de acuerdo, por lo tanto, en que el Grupo Especial encargado del arbitraje debe decidir sobre una cuestión inédita, no abordada aún por grupos especiales encargados de arbitrajes anteriores. Esa cuestión es: ¿qué parte soporta las consecuencias⁸⁶ de la ausencia de una constatación de cumplimiento en el procedimiento sobre el cumplimiento?

70. ¿Es el reclamante, en este caso la UE, el que soporta esas consecuencias, en circunstancias en que esa parte:

- a) en el **procedimiento inicial**, *demonstró satisfactoriamente* que el demandado otorga subvenciones que causan efectos desfavorables para sus intereses y dio lugar así a una recomendación del OSD de que el demandado retirara la subvención o adoptara las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables;
- b) en el **procedimiento sobre el cumplimiento**, *demonstró satisfactoriamente* que el demandado no había retirado las subvenciones incompatibles con las normas de la OMC;
- c) en el **procedimiento sobre el cumplimiento**, *demonstró satisfactoriamente* ante el Órgano de Apelación que el Grupo Especial sobre el cumplimiento había incurrido en error al constatar que los efectos desfavorables de las subvenciones incompatibles con las normas de la OMC habían sido eliminados; y,

⁸⁴ Véase, por ejemplo, la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 55, 56, 57, 69, 70, 71.

⁸⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 47 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 31. Véanse también la declaración inicial de la UE, párrafos 130-135; y las observaciones de la UE sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 47 del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁸⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 45 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 24.

- d) ante el **Grupo Especial encargado del arbitraje**, presentó pruebas que demuestran que las subvenciones no retiradas siguen causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación?

71. ¿O es el reclamante, en este caso los Estados Unidos, el que soporta esas consecuencias, en circunstancias en que:

- a) en el **procedimiento inicial**, se constató que concedía subvenciones incompatibles con las normas de la OMC causantes de efectos desfavorables para los intereses comerciales del reclamante;
- b) por consiguiente, tras el **procedimiento inicial**, el OSD le requirió que retirara esas subvenciones o adoptara las medidas apropiadas para eliminar sus efectos desfavorables;
- c) en el **procedimiento sobre el cumplimiento**, se constató que no había retirado las subvenciones declaradas causantes de efectos desfavorables;
- d) en el **procedimiento sobre el cumplimiento**, el Grupo Especial sobre el cumplimiento declaró que había eliminado los efectos desfavorables, en una constatación que fue revocada por el Órgano de Apelación, por lo que sigue sujeta a la recomendación del OSD de retirar las subvenciones o adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables;
- e) ante el **Grupo Especial encargado del arbitraje**, afirma unilateralmente, no obstante, que ha eliminado todos los efectos desfavorables causados por las subvenciones no retiradas en el período posterior a la aplicación; y,
- f) ante el **Grupo Especial encargado del arbitraje**, no aborda, ni mucho menos refuta, las pruebas del reclamante que demuestran que las subvenciones no retiradas siguen causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación?

72. Los Estados Unidos mantienen que la UE debe soportar esas consecuencias porque los Estados Unidos afirman que han logrado el cumplimiento con respecto a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos. En concreto, a juicio de los Estados Unidos, "cuando la parte demandada inicial afirma que ha eliminado los efectos desfavorables o retirado la subvención"⁸⁷, la posición por defecto es que se ha logrado el cumplimiento, aun cuando el Órgano de Apelación haya revocado las constataciones de cumplimiento en el procedimiento sobre el cumplimiento y no haya ninguna constatación de cumplimiento "confirmad{a} de manera multilateral".⁸⁸⁸⁹ A juicio de los Estados Unidos, es "**requisito previo**" para autorizar contramedidas que la parte reclamante haya obtenido una constatación positiva de incumplimiento en el período posterior a la aplicación.⁹⁰ Según los Estados Unidos, como la "UE no obtuvo esa constatación previamente requerida", el Grupo Especial encargado del arbitraje no tiene permitido valorar unas contramedidas conexas.⁹¹

73. La posición de los Estados Unidos es incompatible con los artículos 7.10 y 7.9 del *Acuerdo SMC* y con las constataciones del Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316 (sección III.B). Aun cuando el Grupo Especial encargado del arbitraje no estuviera de acuerdo, la UE ha demostrado en cualquier caso el incumplimiento en el período posterior a la aplicación (sección III.C).

⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 2 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 9. (sin resalte en el original)

⁸⁸ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52.

⁸⁹ Declaración inicial de los Estados Unidos, párrafos 11, 12; comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 74, sección III; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 2 (párrafos 7, 9), 3, 4 del Grupo Especial encargado del arbitraje.

⁹⁰ Declaración inicial de los Estados Unidos, párrafo 11. (sin resalte en el original) *Ibid.*, párrafo 12.

⁹¹ Declaración inicial de los Estados Unidos, párrafo 12.

B. Los Estados Unidos incurren en error al aducir que una constatación de incumplimiento en el período posterior a la aplicación es un "requisito previo" para autorizar contramedidas

74. *En primer lugar*, los Estados Unidos piden de hecho al Grupo Especial encargado del arbitraje que reescriba los artículos 7.10 y 7.9. Los Estados Unidos afirman que los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" previstos en el artículo 7.10 (y el artículo 7.9) son "aquellos 'cuya existencia se haya determinado' **después del plazo {para la aplicación} de seis meses**".⁹² Sin embargo, 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 "como requisito previo para imponer contramedidas".⁹³ En lugar de ello, el artículo 7.9 simplemente establece una condición de activación para que un Miembro reclamante solicite y obtenga autorización para imponer contramedidas. En concreto, el "OSD concederá ... autorización" para adoptar contramedidas "{e}n caso de que el Miembro {demandado} 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".

75. No hay nada en el artículo 7.9 que exija que la condición de activación haya de satisfacerse por medio de una *constatación* de incumplimiento después de concluido el plazo para la aplicación. De hecho, los *propios* Estados Unidos aceptan que una constatación de incumplimiento no es un "requisito previo" para imponer contramedidas, *si se reconoce el incumplimiento*.⁹⁴ Es importante observar que la cuestión de **cuándo** se permite al Miembro reclamante obtener autorización para imponer contramedidas (de la manera definida en la cláusula introductoria del artículo 7.9) es diferente de la cuestión de **qué** cuantía de contramedidas un Miembro reclamante tiene derecho a solicitar y **qué** efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado deberá valorar el Grupo Especial encargado del arbitraje (definidos por la expresión "{e}l grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" de los artículos 7.10 y 7.9). Cuando estas cuestiones se separan debidamente, es evidente que el Grupo Especial encargado del arbitraje no "presupondría" que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, como alegan los Estados Unidos. Antes bien, una vez satisfecha la condición de activación prevista en el artículo 7.9, el Grupo Especial encargado del arbitraje debe establecer un valor para los "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", como prescribe el mandato que le impone el artículo 7.10.

76. En las presentes circunstancias, la condición de activación prevista en el artículo 7.9 se ha satisfecho en virtud de la revocación por el Órgano de Apelación de la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que los Estados Unidos habían logrado el cumplimiento en relación con las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos. En virtud de la revocación formulada por el Órgano de Apelación, las recomendaciones del OSD adoptadas multilateralmente emanadas del procedimiento inicial "siguen siendo operativas"⁹⁵ y constituyen una base válida para solicitar y obtener contramedidas hasta que un futuro órgano resolutorio emita una constatación de cumplimiento "confirmad{a} de manera multilateral"⁹⁶ (o se llegue a una solución mutuamente convenida).

77. Pasando a la valoración requerida, las únicas "constataciones precisas"⁹⁷ de efectos desfavorables "cuya existencia se haya determinado" derivados de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos son las formuladas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, en las que el Grupo Especial encargado del arbitraje se puede

⁹² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 9. (sin resalte en el original)

⁹³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 11.

⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 12.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE (artículo 21.5 - CE II)*, párrafo 7.36. *Ibid.*, párrafos 7.40-7.43, 7.52. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (artículo 21.5 - CE II)*, párrafos 83, 94-96.

⁹⁶ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52.

⁹⁷ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículos 22.6 y 7.10 - Estados Unidos)*, párrafo 4.49.

basar.⁹⁸ De hecho, aunque los Estados Unidos aducen, erróneamente, que la expresión "cuya existencia se haya determinado" del artículo 7.10 (y el artículo 7.9) hace referencia, como cuestión de derecho, a los efectos desfavorables cuya existencia *en el período posterior a la aplicación* se haya determinado⁹⁹, reconocen en última instancia que esa expresión no excluye, como cuestión de derecho, que un grupo especial encargado de un arbitraje se base en los efectos desfavorables cuya existencia *antes* del final del plazo para la aplicación hayan determinado los órganos resolutorios *iniciales*.¹⁰⁰

78. *En segundo lugar*, como confirmó el Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316, a falta de una constatación de cumplimiento "confirmad{a} de manera multilateral"¹⁰¹, la posición por defecto no es el *cumplimiento* -como aducen los Estados Unidos-, sino la expresada por la recomendación de los Miembros constituidos colectivamente en OSD, es decir, el *incumplimiento*. Los Estados Unidos no pueden convertir la *ausencia* de una constatación de cumplimiento en una constatación positiva de que *han* cumplido la recomendación del OSD, basándose únicamente en su propia *aseveración unilateral* de cumplimiento. De hecho, que el Grupo Especial encargado del arbitraje aceptara la posición de los Estados Unidos significaría aceptar la proposición insostenible de que, sobre la base de una aseveración *unilateral* de cumplimiento, una recomendación del OSD *adoptada multilateralmente* de que se ponga en conformidad una medida incompatible con las normas de la OMC resulta superflua y carente de efectos jurídicos, incluso cuando no existe una determinación multilateral de que "el problema" se haya "solucionado".¹⁰²

79. *En tercer lugar*, y por último, si el Grupo Especial encargado del arbitraje denegara el derecho de la UE a imponer contramedidas en las presentes circunstancias, "invalid{aría}" y "modificar{ía}" de hecho tanto 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, como las recomendaciones de cumplimiento del OSD adoptadas multilateralmente emanadas del procedimiento inicial, que "siguen siendo operativas"¹⁰³ como consecuencia de la revocación formulada por el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento. En la situación contemplada por los Estados Unidos, el Grupo Especial encargado del arbitraje establecería erróneamente un valor para los "efectos desfavorables cuya existencia se ha{} determinado" *como si el Órgano de Apelación hubiera confirmado la constatación de cumplimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento*, satisfaciendo y agotando de esa manera la recomendación del OSD de que los Estados Unidos se pongan en conformidad.

C. En cualquier caso, la UE ha demostrado el incumplimiento en el período posterior a la aplicación

80. Subsidiariamente, si el Grupo Especial encargado del arbitraje no estuviera de acuerdo con la posición de la UE de que una constatación de incumplimiento en el período posterior a la aplicación no es un requisito previo en virtud del artículo 7.9, la UE ha establecido, en cualquier caso, el incumplimiento previamente requerido, al menos de dos formas.

81. *En primer lugar*, en el procedimiento sobre el cumplimiento, la UE demostró el incumplimiento después de concluido el plazo para la aplicación con respecto a la subvención en forma de reducción del tipo del impuesto B&O. Es decir, la UE demostró satisfactoriamente que, 14 años después de que la UE hubiera solicitado la celebración de consultas en la presente diferencia, 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.

82. *En segundo lugar*, ante el Grupo Especial encargado del arbitraje, la UE ha demostrado el incumplimiento después de concluido el plazo para la aplicación con respecto a las subvenciones

⁹⁸ Véase el documento sobre metodología de la UE, párrafos 171-174. Véase también la comunicación escrita de la UE, sección III.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 9. (sin resalte en el original)

¹⁰⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 12.

¹⁰¹ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.52.

¹⁰² Véase la nota 95 *supra*.

¹⁰³ Véase la nota 95 *supra*.

para investigación y desarrollo aeronáuticos. Los Estados Unidos aceptan que "cabe sostener que un Miembro reclamante inicial podría establecer el incumplimiento después de concluido el plazo prudencial por medio de argumentos y pruebas *en un arbitraje en virtud del artículo 22.6 del ESD y el artículo 7.10 del Acuerdo SMC*".¹⁰⁴ La UE ha establecido la existencia de tal incumplimiento ante el presente Grupo Especial encargado del arbitraje¹⁰⁵, mientras que los Estados Unidos ***han declinado expresamente abordar, más aún refutar***, las pruebas y argumentos de la UE. En tales circunstancias, si el Grupo Especial encargado del arbitraje considerara que el artículo 7.9 exige una demostración del incumplimiento en el período posterior a la aplicación en relación con las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos (*quod non*), debe concluir, sobre la base de las pruebas y argumentos incuestionados de la UE que tiene ante sí, que los Estados Unidos no han adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos. Si adoptara una decisión distinta, ello significaría que el Grupo Especial encargado del arbitraje ha abonado los argumentos de los Estados Unidos, con lo que infringiría su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto. Como ha explicado el Órgano de Apelación, al hacer una evaluación *objetiva* de conformidad con el artículo 11 del ESD, un órgano resolutorio "no puede atribuirse la función de refutar la alegación (o la defensa) cuando la propia parte demandada (o la parte reclamante) no lo ha hecho".¹⁰⁶

83. En resumen, con independencia de la interpretación de los artículos 7.10 y 7.9 que adopte el Grupo Especial encargado del arbitraje, no hay ninguna base para denegar el derecho de la UE a una autorización de contramedidas "proporcionadas" destinadas a "inducir al cumplimiento {por los Estados Unidos}"¹⁰⁷ de la recomendación del OSD relativa a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos.

IV. APLICACIÓN TÉCNICA DEL ENFOQUE DE LA UE

84. Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, la UE valora los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado de la siguiente manera. En primer lugar, para valorar las "pérdidas de ventas" causadas por las subvenciones de los Estados Unidos que actúan a través de un mecanismo causal basado en los efectos en los precios (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), la UE aplica las siguientes etapas:

- a) **Determinar los números y calendarios de entregas hipotéticas:** en consonancia con el enfoque adoptado en la diferencia DS316¹⁰⁸, la UE determina los números y calendarios de entregas hipotéticas utilizando el número y el ritmo de las entregas de *Boeing* en las pérdidas de ventas en cuestión. Si el Grupo Especial encargado del arbitraje basara los números y calendarios de entregas hipotéticas en las ofertas definitivas de Airbus (lo que no debería hacer)¹⁰⁹, tendría que utilizar no solo los pedidos en firme, sino también **[***]** el número de LCA de Boeing realmente vendidas.¹¹⁰
- b) **Introducir reajustes para tener en cuenta las cancelaciones originadas por factores relacionados con la demanda:** en consonancia con el enfoque adoptado en la diferencia DS316¹¹¹, la UE reduce los números de entregas hipotéticas en correspondencia con las entregas que también habrían sido canceladas en la situación

¹⁰⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 13. (sin resalte en el original)

¹⁰⁵ Véanse la comunicación escrita de la UE, párrafos 359-360 (notas 477-479) y las pruebas y argumentos citados en esta. Véanse también la comunicación escrita de la UE, párrafo 358 (nota 476); y la declaración inicial de la UE, párrafo 141 ("la UE señaló explícitamente que, previa petición, está dispuesta a aportar las pruebas documentales subyacentes en breve plazo").

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 282. (sin resalte en el original)

¹⁰⁷ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 5.2.

¹⁰⁸ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.221 (incluida la nota 377).

¹⁰⁹ Véanse, por ejemplo, la declaración inicial de la UE, párrafos 39-62; y las respuestas de la UE a las preguntas 8, 9, 54.

¹¹⁰ Véanse la comunicación escrita de la UE, párrafos 228-229; y la declaración inicial de la UE, párrafo 50.

¹¹¹ Véase la decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafos 6.225, 6.478.

hipotética. Las Partes están de acuerdo en que una única LCA (un 737-800 NG, parte de la transacción en el marco de Fly Dubai 2014) fue cancelada por factores relacionados con la demanda que habrían existido igualmente en la situación hipotética.¹¹²

- c) **Determinar el precio de entrega hipotético para cada año de entrega previsto:** la UE selecciona los precios netos en fábrica apropiados y los factores de incremento apropiados, reflejados en las respectivas ofertas definitivas de Airbus. La UE demostró (y los Estados Unidos reconocieron)¹¹³ que no hay ninguna justificación para excluir [[***]].¹¹⁴
- d) **Realizar un reajuste a la baja para tener en cuenta el riesgo de futuras cancelaciones:** en consonancia con el enfoque adoptado en la diferencia DS316¹¹⁵, la UE refleja el riesgo de cancelación de futuras entregas originado por factores relacionados con la demanda. Para cada entrega pendiente, la UE reajusta el precio de entrega hipotético teniendo en cuenta la tasa de supervivencia futura estimada, que es una función de las tasas de cancelación previstas. El sustituto más fiable, sólido y pertinente para el riesgo de futuras cancelaciones para Airbus se obtiene a partir de las *cancelaciones reales* que Boeing experimentó en las cinco transacciones de LCA de pasillo único sensibles a los precios en cuestión, expresadas como fracción del total de las entregas de Boeing efectuadas hasta la fecha en esas transacciones (es decir, el 0,40%).¹¹⁶
- e) **Efectuar un reajuste retroactivo temporal utilizando el costo de la deuda de Airbus como tasa de actualización:** a continuación, la UE efectúa un reajuste retroactivo para expresar cada precio de entrega hipotético de Airbus (modificado por su riesgo de futuras cancelaciones, de haberlo) en términos del precio de entrega en el momento en que se perdió la venta, es decir, en dólares EE.UU. del año del pedido. La UE sigue de nuevo el enfoque de la diferencia DS316 y aplica el costo de la deuda de Airbus como factor de actualización.¹¹⁷ Los Estados Unidos no han demostrado que este enfoque sea incompatible con los artículos 7.10 y 7.9; en cualquier caso, la UE ha demostrado que el enfoque alternativo propuesto por los Estados Unidos (es decir, utilizar como tasa de actualización el costo medio ponderado del capital de Airbus) es una tasa de actualización inferior en las presentes circunstancias y fue debidamente rechazado por el Grupo Especial encargado del arbitraje de la diferencia DS316.¹¹⁸
- f) **Expresar los valores de las pérdidas de ventas según una "base común" (dólares de 2015):** en consonancia con el enfoque empleado en la diferencia DS316¹¹⁹, la UE convierte los valores en dólares EE.UU. de 2013 y 2014 en dólares EE.UU. de 2015, para expresar todas las pérdidas de ventas según una "base común". El factor utilizado para efectuar este reajuste a futuro es el índice de inflación de las LCA de Airbus, que está basado en las tasas de incremento contractuales de Airbus y, por lo tanto, refleja [[***]] cambios en los costos de manos de obra y materiales resultantes de la inflación y otros cambios económicos.¹²⁰

¹¹² Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 20 (párrafo 80); 57 (párrafo 55); 60 (párrafo 66) del Grupo Especial encargado del arbitraje; la comunicación escrita de la UE, párrafo 216; e Historial de cancelaciones de pedidos en las campañas de ventas de LCA de pasillo único y de doble pasillo en cuestión (**Prueba documental EU-46-ICC**).

¹¹³ Véase la carta dirigida por los Estados Unidos al Presidente, de fecha 4 de febrero de 2020.

¹¹⁴ Véanse, por ejemplo, las observaciones de la UE sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafos 427-430.

¹¹⁵ Véase la decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafos 6.237-6.241, 6.484.

¹¹⁶ Véase la respuesta de la UE a la pregunta 61 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafo 177 (nota 187).

¹¹⁷ Decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafos 6.352-6.354.

¹¹⁸ Véase la observación de la UE sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 75 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafos 407-413.

¹¹⁹ Véase la decisión del Grupo Especial encargado del arbitraje, *CE - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafos 6.495-6.497.

¹²⁰ Véase el documento sobre metodología de la UE, párrafo 101.

- g) **Determinar el valor agregado *anualizado* de los efectos desfavorables derivados de las pérdidas de ventas en cuestión:** la UE divide el valor total entre 33 (el número de meses del período de referencia) y multiplica el resultado por 12, para generar una cuantía de efectos desfavorables anuales derivados de las tres pérdidas de ventas.

85. El valor anualizado correspondiente a 2015 de esos efectos desfavorables es de USD [[***]] miles de millones (sobre la base de los calendarios de entregas de Boeing) y de USD [[***]] miles de millones (sobre la base de los calendarios de entregas de Airbus).¹²¹

86. *En segundo lugar*, para valorar la "amenaza de obstaculización" en los mercados de los Estados Unidos y los EAU causada por las subvenciones de los Estados Unidos que actúan a través de un mecanismo causal basado en los efectos en los precios, la UE aplica las etapas descritas *supra* (en el párrafo 84) a las transacciones en el marco de Delta Airlines 2011 y de Fly Dubai 2008, respectivamente, con dos diferencias. *En primer lugar*, para aplicar un enfoque basado en la *amenaza* de obstaculización en el marco de la etapa a), el Grupo Especial encargado del arbitraje debe valorar la amenaza relativa a las entregas *durante* y *después* del período de referencia, pero no es necesario que valore las entregas que ocurrieron *antes* del período de referencia.¹²² *En segundo lugar*, para realizar el reajuste retroactivo temporal en el marco de un enfoque basado en la amenaza de obstaculización (etapa e)), la UE no actualiza los precios de entrega en términos del año del pedido, sino del comienzo del período de referencia (enero de 2013).¹²³ El valor anualizado correspondiente a 2015 de esos efectos desfavorables es de USD [[***]] miles de millones (sobre la base de los calendarios de entregas de Boeing) y de USD [[***]] miles de millones (sobre la base de los calendarios de entregas de Airbus).¹²⁴

87. *En tercer lugar*, y por último, para valorar las "pérdidas de ventas" que fueron causadas por subvenciones de los Estados Unidos que actúan a través de un mecanismo basado en los efectos tecnológicos (es decir, la pérdida de ventas en relación con Qantas 2005; la pérdida de ventas en relación con Ethiopian Airlines 2005; la pérdida de ventas en relación con Icelandair 2005; y la pérdida de ventas en relación con Kenya Airways 2006), la UE aplica las etapas descritas *supra* (en el párrafo 84), con una diferencia. Para determinar el valor agregado *anualizado* de los efectos desfavorables (etapa g)), la UE divide el valor total entre la duración del período de referencia inicial (es decir, 36 meses), en lugar del período de referencia relativo al cumplimiento (es decir, 33 meses). El valor anualizado correspondiente a 2015 de esos efectos desfavorables es de USD [[***]] miles de millones (sobre la base de los calendarios de entregas de Boeing) y de USD [[***]] miles de millones (sobre la base de los calendarios de entregas de Airbus).¹²⁵

88. La UE solicita, por lo tanto, al Grupo Especial encargado del arbitraje y, a su vez, al OSD, que autoricen un nivel anual de contramedidas por dichas cuantías.

¹²¹ 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 pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (**Prueba documental EU-85-ICSS**).

¹²² En relación con las condiciones que es necesario cumplir en el marco de un auténtico enfoque basado en la "amenaza de obstaculización", véase el párrafo 38, *supra*.

¹²³ Véase la respuesta de la UE a la pregunta 66 del Grupo Especial encargado del arbitraje, párrafos 269, 270.

¹²⁴ 2RPQ - Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Boeing (**Prueba documental EU-76-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**).

¹²⁵ 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de doble pasillo - Calendarios de entregas de Boeing (**Prueba documental EU-86-ICSS**); y 2RPQ - Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de doble pasillo - Calendarios de entregas de Airbus (**Prueba documental EU-87-ICSS**).

ANEXO B-2**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LOS ESTADOS UNIDOS****1 INTRODUCCIÓN****I. Marco jurídico de la evaluación de las contramedidas propuestas por la UE**

1. De conformidad con el artículo 7.10 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("Acuerdo SMC"), la labor del Árbitro consiste en "determinar{} si las contramedidas {propuestas por la UE} son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". El *Oxford English Dictionary* define "degree" (grado) como "the relative intensity, extent, or amount of a quality, attribute, or action" (la intensidad, el alcance o la cuantía relativos de una cualidad, atributo o acción) y "nature" (naturaleza) como "inherent or essential quality of constitution of a thing" (cualidad o constitución inherente o esencial de una cosa). En la diferencia *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (artículo 22.6 - *Estados Unidos II*), el Árbitro consideró que el sentido corriente de esos términos en el artículo 7.10 estaba en consonancia con esas definiciones.

2. La determinación del grado y naturaleza de los efectos desfavorables requiere una indagación específica para cada caso en la que se trate de comprender las constataciones causales y la justificación del procedimiento subyacente. El Árbitro de la diferencia *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (artículo 22.6 - *Estados Unidos II*) indicó que "'proporcionadas' connota fundamentalmente una 'correspondencia' entre dos elementos", pero que "'proporcionadas' no sugiere que sea necesaria una igualdad exacta o precisa entre los dos elementos que han de compararse, es decir, en el presente caso, las contramedidas propuestas y el 'grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado'". El Árbitro continuó señalando que, por consiguiente, "'proporcionadas' connota un grado de equivalencia menos preciso que la correspondencia numérica exacta". Además, como se explica en la sección II, en las circunstancias del presente caso, la frase "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" se refiere a los determinados en los informes del procedimiento sobre el cumplimiento adoptados por el OSD.

II. La UE solicita indebidamente contramedidas para medidas en relación con las cuales la UE no obtuvo constataciones de incompatibilidad con las normas de la OMC en el procedimiento sobre el cumplimiento

3. La UE solicita indebidamente contramedidas para las subvenciones para investigación y desarrollo anteriores a 2007 que actuaban a través de un mecanismo causal basado en los efectos tecnológicos. No hay base para ninguna contramedida en lo que respecta a las medidas en materia de investigación y desarrollo. En el procedimiento sobre el cumplimiento, la UE alegó que las subvenciones para investigación y desarrollo anteriores a 2007, que actuaban a través de un mecanismo causal basado en los efectos tecnológicos, seguían causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Sin embargo, en los informes del procedimiento sobre el cumplimiento que se han adoptado no se formula ninguna constatación en ese sentido.

4. Pese a no haber obtenido la constatación de incompatibilidad con las normas de la OMC que buscaba, la UE solicita al Árbitro que determine que se debe autorizar a la UE a que adopte contramedidas proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia constató el Grupo Especial inicial en lo que respecta a las subvenciones para investigación y desarrollo anteriores a 2007 para su período de referencia 2004-2006. La UE trata de justificarlo señalando la incapacidad indicada en el informe de apelación sobre el cumplimiento de completar el análisis sobre determinadas cuestiones planteadas en el procedimiento sobre el cumplimiento, lo cual es, claramente, un error.

5. El artículo 7.9 autoriza las contramedidas únicamente "{e}n caso de que el Miembro no haya adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención ni la haya retirado". *No se puede* presumir que una subvención de la que se ha constatado que causa efectos desfavorables en un procedimiento inicial -antes de cualquier plazo prudencial- sigue causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Por consiguiente, si no hay un acuerdo entre las partes, la parte reclamante inicial tiene que **establecer** que cualquier subvención de ese tipo que no haya sido retirada sigue efectivamente causando efectos desfavorables en el período

posterior a la aplicación; se trata de un requisito previo para imponer contramedidas en virtud del artículo 7.9.

6. Además, las constataciones de efectos desfavorables en un período de referencia inicial se basan en argumentos y pruebas pertinentes para ese período. Aunque esas constataciones pueden servir de punto de partida para analizar la persistencia de los efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación, desde luego no pueden servir de base sin más para presuponer el incumplimiento una vez finalizado el plazo prudencial. Por consiguiente, como se observó en el informe de apelación sobre el cumplimiento en la presente diferencia:

{A}unque las constataciones iniciales de efectos desfavorables necesariamente sirven como punto de partida del análisis en el procedimiento sobre el cumplimiento, corresponde al Miembro reclamante establecer de nuevo mediante argumentos y pruebas si los fenómenos que determinan los tipos específicos de perjuicio grave del procedimiento inicial persisten en el período posterior a la aplicación y, en su caso, en qué medida.

7. También es significativo que la UE no respalde en informes anteriores su interpretación errónea de los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SMC. Su único recurso consiste en citar en repetidas ocasiones la declaración del Árbitro de la diferencia DS316 según la cual "*sigue habiendo una justificación válida para autorizar* contramedidas '*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*". Sin embargo, esa declaración proporciona la justificación para autorizar contramedidas anuales, y no indica que un Miembro pueda recurrir a contramedidas sin demostrar el incumplimiento en el período posterior a la aplicación. Por consiguiente, la declaración relativa a la "justificación válida" no respalda el intento de la UE de dejar de lado la declaración del Árbitro de la diferencia DS316 relativa al "fin esencial" de un arbitraje.

8. Por último, cabe señalar que la metodología de la UE es incompatible con las posiciones que ha adoptado anteriormente. Concretamente, la UE ha mantenido con anterioridad que, cuando una parte considera que ha logrado el cumplimiento después de que se haya constatado la incompatibilidad con las normas de la OMC en un procedimiento inicial, es esa situación posterior de supuesto cumplimiento la que rige la suspensión de concesiones u otras obligaciones (incluidas las contramedidas en el marco del Acuerdo SMC), no la situación inicial que dio lugar a la adopción de los informes en los que se constataron las incompatibilidades con las normas de la OMC. La UE también ha sostenido que un árbitro en el marco del artículo 22.6 del ESD no puede siquiera evaluar la compatibilidad con las normas de la OMC de las medidas en el período posterior a la aplicación, es decir, la situación fáctica revisada.

9. Sobre la base de esas posiciones previas, la UE no podría siquiera tener la posibilidad de demostrar que las medidas en materia de investigación y desarrollo anteriores a 2007 (o cualesquiera otras medidas, aparte de la reducción del tipo del impuesto B&O de Washington) siguen causando efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Además, si la UE mantiene aunque solo sea la primera posición -que las contramedidas no se pueden basar en la situación fáctica evaluada en el procedimiento inicial, sino que se tienen que basar en la compatibilidad con las normas de la OMC de las medidas en la nueva situación que se dé en el período posterior a la aplicación-, no podría basarse en las constataciones del procedimiento inicial que cita.

III. La metodología de la UE parte indebidamente de la base de que Airbus habría obtenido todas las campañas sensibles a los precios de no ser por la reducción del tipo del impuesto B&O de Washington

10. La metodología de la UE parte de una premisa inválida, a saber, que, de no ser por la subvención, Airbus habría obtenido todas las campañas de ventas sensibles a los precios en las que se basaron las constataciones de efectos desfavorables en el procedimiento sobre el cumplimiento. La UE aduce que "las constataciones adoptadas demuestran que, en la situación hipotética, no hay probabilidad de que Boeing hubiera obtenido no obstante las ventas perdidas en cuestión". Sin embargo, las constataciones adoptadas no demuestran tal cosa.

11. En realidad, los Estados Unidos presentaron una apelación justamente sobre esa base, aduciendo que, como no se había establecido que Airbus habría obtenido las campañas de ventas sensibles a los precios de no ser por la subvención, no había base para constatar que la pérdida de ventas fuese el efecto de la subvención en el sentido de los artículos 5 y 6.3 del Acuerdo SMC. La UE, al basarse en *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 21.5 - Brasil)*, adujo que la relación causal de no ser por era demasiado exigente y que la inexistencia de una relación causal de no ser por no era determinante en lo que respecta a la cuestión de si la subvención cumplía el criterio de una relación causal auténtica y sustancial. El informe de apelación sobre el cumplimiento coincidía con la UE: en él se constataba que, aunque Boeing hubiera obtenido una venta en la situación hipotética al mantener una ventaja en materia de precios, eso no impide constatar que la pérdida de la venta fue el efecto de la subvención en el sentido de los artículos 5 y 6.3 del Acuerdo SMC.

12. Sin embargo, en la presente etapa de arbitraje, la UE aduce exactamente lo contrario: que constatar la existencia de relación causal en el sentido del artículo 6.3 -es decir, constatar que la pérdida de ventas es "el efecto de" la subvención- significa necesariamente que, de no ser por la subvención, Airbus habría obtenido las campañas de ventas pertinentes en la situación hipotética. Dar un vuelco al arbitraje y partir de la premisa de que, de no ser por la subvención, Airbus habría obtenido con seguridad todas las campañas sensibles a los precios no reflejaría las constataciones formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento.

13. Las constataciones no aclararon qué productor habría obtenido una campaña de ventas sensible a los precios determinada de no haber habido subvención, al igual que las constataciones de pérdida de ventas no aclararon si algunas entregas asociadas a esas ventas habrían sido canceladas. Por consiguiente, al tomar en consideración de manera probabilística la incertidumbre intrínseca a las constataciones de existencia de relación causal, la metodología de los Estados Unidos refleja las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento. No invalida ninguna constatación porque no hubo constataciones de relación causal de no ser por.

14. La metodología utilizada por los Estados Unidos toma en consideración la probabilidad de que Airbus obtuviera pedidos en campañas sensibles a los precios si no hubiera habido una reducción del tipo del impuesto B&O. Como sigue habiendo una probabilidad complementaria de que Boeing obtuviese una campaña de ventas sensible a los precios en la situación hipotética si no hubiera habido subvención, el nivel de los efectos desfavorables de la subvención no puede ser la totalidad de los ingresos derivados de cada una de las campañas de ventas sensibles a los precios, sino que hay que reducir el valor de cada campaña para reflejar la probabilidad de que Boeing la hubiese obtenido en la situación hipotética.

15. La metodología utilizada por los Estados Unidos incorpora un criterio económico uniforme para valorar un resultado económico cuando hay incertidumbre al calcular un "valor previsto". La metodología valora la probabilidad de que Airbus hubiera obtenido una venta en una campaña sensible a los precios si, al no haber subvención, Boeing hubiera aumentado su precio en 1,99 millones de dólares por aeronave. Con arreglo a este enfoque, el valor de un resultado en el que Airbus obtuviese una campaña sensible a los precios es el valor actual neto ("VAN") íntegro de la aeronave encargada en esa campaña. Análogamente, el VAN de un resultado en el que Airbus no obtuviese una campaña sensible a los precios, aunque no hubiera habido subvención, es 0 dólares. El valor previsto es, sencillamente, el promedio ponderado de esos dos resultados de acuerdo con la probabilidad de que Airbus obtuviera una venta en una campaña sensible a los precios si no hubiera subvención. De este modo, los Estados Unidos presentan un enfoque económico para valorar los efectos desfavorables que refleja los diversos resultados hipotéticos intrínsecos a las constataciones adoptadas en el procedimiento sobre el cumplimiento.

16. La UE acusa a los Estados Unidos de invalidar las constataciones del procedimiento sobre el cumplimiento que establecen que: 1) "no hubo factores distintos de los precios que explicaran por qué Boeing logró obtener la venta"; y 2) la cuantía de la subvención por aeronave supera "la diferencia entre los VAN que las pruebas de que disponemos indican que puede ser determinante de los resultados de campañas de ventas". Sin embargo, los argumentos de los Estados Unidos no invalidan ninguna de esas constataciones.

17. En primer lugar, la constatación de que "no hubo factores distintos de los precios que explicaran por qué Boeing logró" obtener la venta formaba parte de la determinación de que una campaña de ventas concreta era sensible a los precios. La constatación contraria, que un factor distinto de los precios explicó el éxito de Boeing, significaba que algún factor distinto de los precios

era tan significativo que no había fundamento para considerar que la diferencia entre los precios hecha posible por las subvenciones era un factor causal auténtico y sustancial. Sin embargo, la constatación de que ningún factor distinto de los precios **explicaba** el resultado sin tener en cuenta el precio no significaba que todos los factores distintos de los precios careciesen por completo de pertinencia.

18. Además, la UE interpreta erróneamente la pertinencia de los factores distintos de los precios en el argumento de los Estados Unidos. De acuerdo con la interpretación errónea que hace la UE del argumento de los Estados Unidos, Boeing habría obtenido no obstante las cinco campañas de ventas en cuestión "como resultado de factores distintos de los precios". Sin embargo, como reconoce la UE en otra parte, la posición de los Estados Unidos es que Boeing podría haber obtenido campañas sensibles a los precios en la situación hipotética sobre la base de "la totalidad de la oferta de Boeing", que incluiría factores relativos a los precios y factores distintos de los precios. Desde luego, los Estados Unidos no aducen que Boeing fuese a obtener campañas de ventas sensibles a los precios sobre la base exclusivamente de factores distintos de los precios.

19. En segundo lugar, los Estados Unidos no tratan de invalidar la constatación relativa a la diferencia entre los VAN que, según indicaban las pruebas, puede ser determinante para los resultados de campañas de ventas, ni pretenden hacer caso omiso de esa constatación. Al contrario de lo que sostiene la UE, las pruebas relativas al VAN, y las referencias a dichas pruebas que se hacen en el informe de apelación sobre el cumplimiento, **respaldan** la posición de los Estados Unidos. Como indica la UE, hay pruebas de que la cuantía de la subvención de 1,99 millones de dólares excede de la magnitud de la diferencia entre los VAN "que **podría** cambiar el resultado" de una campaña de ventas de aeronaves de pasillo único sensible a los precios. Los Estados Unidos no han hecho caso omiso de esas pruebas, sino que han subrayado que se trataba de pruebas genéricas, no relativas a una campaña específica. Tales pruebas indicaban lo reducida que **podía** ser una diferencia entre los VAN, no lo reducida que fue en alguna de las campañas de ventas pertinentes.

20. Además, la utilización que se hace en el informe de apelación sobre el cumplimiento de las pruebas relativas al VAN generalizadas también pone de relieve que se consideró necesario únicamente determinar que la cuantía de la subvención por aeronave era lo suficientemente grande como para ser un factor auténtico y sustancial, independientemente de si era lo suficientemente grande como para darle la vuelta al resultado de una campaña de ventas concreta. Considerar que una subvención que modificaba el precio de venta de Boeing en 1,99 millones de dólares **podía** darle la vuelta a una campaña de ventas sensible a los precios y constatar que esa subvención les **dio** la vuelta a determinadas campañas son cosas distintas. Es importante señalar que la utilización de pruebas de lo que **podía** o no darle la vuelta a una campaña de ventas sensible a los precios refuerza la incertidumbre que el enfoque de los Estados Unidos toma en consideración y socava la certeza reflejada en el enfoque de la UE.

IV. La metodología de la UE parte indebidamente de la base de que Airbus habría vendido el mismo número de aeronaves que Boeing si hubiese obtenido una campaña de ventas concreta

21. El cálculo de la UE incorpora indebidamente el número de pedidos y los calendarios de entrega de Boeing en la valoración de las pérdidas de ventas de Airbus. Se basa en la oferta definitiva de Airbus en las campañas de ventas perdidas para establecer los modelos que habría vendido Airbus en la situación hipotética y los precios hipotéticos, pero no tiene en cuenta el número de aeronaves pedidas en firme que Airbus incluyó en esos pedidos definitivos, sino que se basa en el número de pedidos en firme de las ventas de *Boeing* que efectivamente se produjeron. De conformidad con las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento, la oferta definitiva de Airbus -incluido el número de aeronaves vendidas- representa la oferta que el cliente habría escogido si efectivamente hubiera elegido a Airbus si no hubiese habido subvención. Por consiguiente, el cálculo de las contramedidas se debe basar en el número de pedidos en firme ofrecidos por Airbus en su oferta definitiva, no en el número de pedidos en firme que obtuvo Boeing.

22. Las campañas de ventas son un proceso iterativo en el que los fabricantes trabajan con el cliente para comprender sus necesidades de planificación de la flota, y tratan de componer la mejor oferta posible, teniendo en cuenta su interés en maximizar sus beneficios. Por su propia naturaleza, y en cada caso, la oferta definitiva de Airbus se compone de diversos elementos (por ejemplo, el modelo, el precio por aeronave, la cantidad de pedidos en firme, el calendario de entregas, etc.) que

a juicio de Airbus le daban las mayores posibilidades de obtener nuevos pedidos del cliente en cuestión de entre las opciones que estaba dispuesto a suscribir.

23. La UE aduce que "las ventas que Boeing realmente obtuvo como resultado de las subvenciones estadounidenses en litigio en la presente diferencia 'representan' pérdidas de ventas para Airbus, del mismo modo que las ventas que Airbus obtuvo como resultado de las subvenciones en litigio en la diferencia DS316 'representaron' pérdidas de ventas para Boeing". La UE se equivoca.

24. En la diferencia DS316, los informes sobre el cumplimiento adoptados utilizaron una situación hipotética significativamente diferente del mundo real y significativamente diferente de la situación hipotética adoptada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento en el presente procedimiento. En la situación hipotética de la diferencia DS316, Airbus no habría ofrecido el modelo pertinente que competía con determinados modelos de Boeing porque ese modelo de Airbus *no habría existido y*, por consiguiente, Boeing habría obtenido todos los pedidos pertinentes y habría hecho todas las entregas pertinentes (en el caso de obstaculización actual) de no existir la subvención. No había información obvia del mundo real que hubiera podido probar la competencia hipotética en la que la aeronave pertinente de Airbus no existía. En cambio, era mucho más fiable suponer que las preferencias del cliente en el mundo real reflejarían las preferencias del cliente en la situación hipotética. En otras palabras, en la situación hipotética de la diferencia DS316, mientras las preferencias del cliente, es decir, las presiones ejercidas por la demanda, eran razonablemente fiables, los factores relacionados con la oferta eran particularmente poco fiables, ya que la naturaleza de la competencia en la situación hipotética habría diferido enormemente de la competencia observada en el mundo real.

25. Las constataciones, la situación hipotética aplicable y las pruebas disponibles en la presente diferencia son significativamente diferentes. En primer lugar, no se ha constatado que en la situación hipotética no habría habido ofertas de LCA de Boeing en las campañas de ventas, sino que las constataciones adoptadas indican que Boeing habría presentado una oferta para las ventas, si bien con precios superiores en una cuantía no especificada de hasta 1,99 millones de dólares por aeronave. Por consiguiente, la situación hipotética debe entrañar ofertas competidoras entre Boeing y Airbus casi idénticas a las que realmente se presentaron, con la única diferencia de que los precios de la oferta de Boeing habrían sido ligeramente superiores. Si el cliente hubiese elegido a Airbus en la situación hipotética teniendo en cuenta el precio más elevado de Boeing, el cliente habría elegido la oferta definitiva real de Airbus.

26. En segundo lugar, al contrario de lo que alega la UE, *hay* "una distinción probatoria entre el presente procedimiento y el procedimiento en la diferencia DS316". Concretamente, en la diferencia DS316 hubo algunas pérdidas de ventas y entregas para las que Boeing ni siquiera presentó una oferta. Sin embargo, a pesar de ello se formularon constataciones de efectos desfavorables aun en casos en los que Boeing no presentó una oferta formal debido a la situación hipotética planteada en esa diferencia -a saber, que si no hubiera habido subvención, la aeronave pertinente de Airbus no existiría-. Por el contrario, en la presente diferencia, Airbus sí presentó una oferta definitiva en las cinco campañas de ventas pertinentes, y cada una de esas ofertas definitivas figura en el expediente sometido al Árbitro.

27. Por consiguiente la UE incurre en error al afirmar que "las circunstancias en la diferencia DS316 y en el presente procedimiento son en gran medida idénticas". En la medida en que Airbus habría obtenido una campaña en la situación hipotética, lo habría hecho sobre la base de las condiciones que realmente ofreció -incluido el número de pedidos en firme que se comprometió a suministrar a cada cliente-.

V. La UE incluye de manera injustificada opciones de aeronaves adicionales en su valoración de las contramedidas

28. Según la UE, si el Árbitro basase el número y los calendarios de entregas en las ofertas definitivas de Airbus, "debería tener en cuenta todas las condiciones de la oferta incluidas en esos documentos de propuesta" e "incluir las opciones de LCA que figuran en las ofertas definitivas de Airbus en los cálculos de los efectos desfavorables derivados de las pérdidas de ventas". Sencillamente, no cabe deducir que, si los números y calendarios de entregas de pedidos en firme hipotéticos se toman de las ofertas definitivas de Airbus, haya que considerar que las opciones

propuestas por Airbus equivalen a un pedido en firme y, por tanto, haya que incluirlas en el cálculo de las contramedidas.

29. El Grupo Especial sobre el cumplimiento estableció una distinción clara entre los pedidos en firme y las opciones. Rechazó el intento de la UE de demostrar la existencia de una amenaza de pérdida de ventas al considerar las opciones "pedidos en firme a la espera de su materialización", constatando que "{n}o 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". Por consiguiente, independientemente de si las ofertas definitivas de Airbus incluyen la proposición de opciones o de si una venta real de Boeing incluía opciones, incluir el valor de las opciones haría que las contramedidas no fueran proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.

30. Esto es cierto a pesar de la referencia de la UE a "la necesidad expresa de la aerolínea del número específico de aeronaves de Boeing efectivamente encargado". El hecho de que una aerolínea hiciera un pedido de un número específico de aeronaves de Boeing no significa que Airbus hubiera podido vender y hubiera vendido el mismo número de aeronaves de Airbus, como demuestran los documentos de las ofertas definitivas de Airbus. Por consiguiente, no hay razones para añadir las opciones propuestas al número de pedidos en firme que propuso Airbus.

31. También carece de validez la afirmación de la UE de que "las opciones de LCA forman parte integrante de los acuerdos de compra de LCA". Son muchas las cosas que forman parte integrante de los acuerdos de compra de LCA, pero eso no significa que todas sean lo mismo. Como reconoció el Grupo Especial sobre el cumplimiento, un pedido en firme y una opción son dos cosas diferentes, y el Grupo Especial excluyó a esta última de los efectos desfavorables respecto de los que las contramedidas deben ser proporcionadas.

32. Los productores de LCA tratan de conseguir una corriente fiable de pedidos en firme que pueda servir de base a un proceso de producción fluido y eficaz, en lugar de oscilaciones volátiles entre períodos de mayor y menor producción, que son costosos e ineficientes. Al mismo tiempo, los productores de LCA reconocen que "no todos los pedidos y compromisos (como las opciones) se materializarán conforme a lo previsto: algunas fechas de entrega pueden retrasarse o adelantarse, algunas opciones nunca llegan a ejercerse y, en casos menos habituales, es posible que se cancelen algunos pedidos en firme". Por consiguiente, los productores de LCA llevan a cabo complejas prácticas de "gestión del horizonte", por ejemplo reservar o comprometer en exceso los períodos de entrega.

33. Además, una opción -como connota el propio término- da al cliente el derecho a ejercerla o *no* ejercerla. En este último caso, el cliente puede decidir que no necesita encargar más aeronaves antes de que expire la opción. Además, aunque un cliente necesite más aeronaves, puede optar por no ejercer las opciones, sino iniciar otra campaña entre Boeing y Airbus, lo que le permite obtener concesiones adicionales de los productores o bien modificar las condiciones sobre la base de otras prioridades.

34. Además, la decisión de ejercer una opción suele verse influida por la experiencia del cliente con la explotación de la aeronave que ha recibido en virtud de los pedidos en firme de la campaña de ventas inicial. En particular, como las LCA son productos diferenciados, una experiencia positiva con un modelo determinado de Boeing no significa necesariamente que vaya a tener una experiencia hipotética positiva similar con un modelo dado de Airbus. En este sentido, las opciones representan nuevas decisiones posteriores del cliente *después* de que se haya obtenido o perdido una venta. Aunque Airbus hubiera tenido la capacidad de satisfacer un pedido realizado mediante el ejercicio de una opción, eso no significa que el cliente hubiera ejercido necesariamente la opción.

35. El carácter especulativo de las opciones fue una de las razones por las que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no constató que las opciones en litigio equivalieran a supuestas pérdidas de pedidos en firme, de ahí que no se incluyeran las opciones en los efectos desfavorables cuya existencia se determinó. Solo por ese motivo, sería inadecuado valorar las opciones al calcular el nivel máximo de las contramedidas, ya que hacerlo haría que dichas contramedidas excediesen de lo que es proporcionado a los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. Además, la

proposición de que se puede tratar a las opciones exactamente de la misma manera que a los pedidos en firme contradice directamente el razonamiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento.

VI. La metodología de la UE no tiene debidamente en cuenta el riesgo de cancelación

36. Los Estados Unidos consideran que a cada entrega hipotética se le debe asignar un riesgo probabilístico de cancelación, y que el valor de esa entrega se debe reajustar en consonancia. Como las entregas, aunque estén previstas para una fecha ya pasada, son hipotéticas, no hay certeza sobre si habrían sido (o no) entregadas. A diferencia del modelo o número hipotético de aeronaves de Airbus, para los que existe la prueba de la oferta definitiva de Airbus, ni en la oferta definitiva de Airbus ni en ningún otro documento hay una indicación equivalente de cuántas aeronaves se habrían cancelado después de un pedido en firme, ni de cuándo se habrían producido esas cancelaciones.

37. La UE hace totalmente caso omiso de ese factor y sencillamente presupone que, si en una oferta definitiva de Airbus estaba previsto que una entrega se hubiera hecho a fecha de hoy, necesariamente tendría que haberse entregado en la situación hipotética. No hay base para suponer tal cosa. De hecho, como reconocen ambas partes, en realidad se produjeron cancelaciones relacionadas con esos pedidos que es preciso tener en cuenta.

38. Una manera de enfocar el problema sería considerar una tasa de supervivencia específica para Airbus y aplicarla a cada entrega hipotética. De ese modo, se haría caso omiso de la experiencia de Boeing en el mundo real en lo que respecta a las entregas derivadas de esas campañas de ventas.

39. Hay buenos motivos para pensar que la experiencia de Airbus en la situación hipotética podría haber sido diferente de la experiencia real de Boeing. En primer lugar, esas aeronaves son productos diferenciados. La evaluación que haga un cliente en relación con los aspectos económicos de la aeronave de un fabricante puede diferir de la evaluación que haga de, incluso, el modelo competidor más próximo del otro fabricante. En segundo lugar, en ocasiones las cancelaciones pueden obedecer a factores correspondientes al vendedor, o al menos verse influidas por esos factores. Los retrasos en la capacidad de entregar un modelo son un ejemplo obvio. Sin embargo, factores menos obvios también pueden influir en las decisiones de cancelación, como los problemas a la hora de satisfacer las expectativas en materia de fiabilidad mecánica o eficiencia en el consumo de combustible, que pueden afectar a las previsiones económicas de explotación de una aeronave desde el punto de vista de un cliente. En tercer lugar, las consecuencias contractuales de la cancelación por el comprador pueden ser distintas. Desde un punto de vista puramente jurídico, la penalización contractual en un contrato puede ser menor que en la oferta del competidor. Además, una aerolínea puede tener una relación más antigua y mejor con un fabricante, lo que a su vez puede llevarle a creer que el fabricante será más flexible a la hora de aceptar una cancelación a corto plazo cuando esa cancelación le interese al cliente desde un punto de vista financiero. Todas esas razones parecen indicar que, por el mero hecho de que se cancelase o no una aeronave de Boeing, no es seguro que la aeronave de Airbus hubiese tenido el mismo fin si Airbus hubiese obtenido la campaña en la situación hipotética.

40. Por otra parte, hay motivos para creer que la experiencia de Boeing en el mundo real ofrece elementos probatorios de lo que habría sucedido en la situación hipotética. Si se trata de una cancelación imputable exclusivamente, o incluso principalmente, al cliente, es evidente que sería pertinente para evaluar la probabilidad de cancelación en la situación hipotética. Esta prueba de las preferencias de los clientes atañe específicamente a las entregas asociadas a las campañas de ventas pertinentes. Por el contrario, una tasa de cancelación genérica de Airbus no sería específica para las preferencias de los clientes concretos que participaron en las campañas de ventas pertinentes.

41. Los Estados Unidos consideran que ambos enfoques podrían ser razonables en estas circunstancias, es decir, que, para llegar a una tasa de cancelación teórica, sería razonable que el Árbitro se basase de manera más general en la experiencia de Airbus, que refleja factores relacionados con la oferta que influyen en las cancelaciones, o en la experiencia de Boeing en esas ventas específicas, que en parte refleja factores relacionados con la demanda.

42. Sin embargo, por razones de cautela, la tasa incorporada en el cálculo revisado más reciente de los Estados Unidos se basa en la experiencia real de Boeing de las cancelaciones conocidas y la tasa de Airbus para cualesquiera futuras entregas aún no canceladas.

VII. La metodología de la UE no utiliza el factor de actualización adecuado

43. La UE aboga erróneamente por utilizar el costo de la deuda de Airbus, en lugar de su costo medio ponderado del capital (CMPC), como factor de actualización a los fines de evaluar los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. Esa posición se basa, en parte, en que en la diferencia DS316 el Árbitro utilizó el costo de la deuda; sin embargo, el Árbitro en esa diferencia reconoció que el CMPC era superior al costo de la deuda como factor de actualización: sencillamente, no pudo resolver determinados problemas probatorios que no se dan en el presente procedimiento. Por consiguiente, como este Árbitro tiene las pruebas necesarias, debe utilizar el CMPC en lugar del costo de la deuda.

44. Los Estados Unidos están de acuerdo en que tanto el CMPC como el costo de la deuda dependen del riesgo que los inversores asocian con una empresa y sus inversiones. Como medidas del riesgo global ligado a la actividad empresarial, las tasas reflejarían los riesgos a los que se enfrenta la empresa, incluidos, entre otros, el riesgo de cancelación, el riesgo de que haya problemas en el diseño o el rendimiento de una aeronave, la aparición de costos superiores a los previstos y la fluctuación de la demanda. El CMPC sigue siendo la mejor tasa de actualización para los flujos de caja previstos, ya que el CMPC representa el costo de oportunidad de las inversiones alternativas en proyectos dentro de la empresa.

45. La UE hace una serie de afirmaciones -a menudo sin fundamento- para justificar la utilización del costo de la deuda en lugar del CMPC como tasa de actualización del valor de los pagos futuros relativos a las aeronaves. Al evaluar esas afirmaciones, es importante tener presente la finalidad de una tasa de actualización.

46. A nivel conceptual, una tasa de actualización se aplica para tener en cuenta el valor temporal del dinero, lo cual refleja el costo de oportunidad del dinero. En resumen, la tasa de actualización se aplica porque un dólar el día de mañana no vale tanto como un dólar a fecha de hoy. Esto se puede aplicar en el caso de determinadas corrientes de entrega de LCA, ya que esas corrientes de entrega generarán ingresos para los fabricantes de aeronaves en varios momentos futuros. Por consiguiente, una entrega prevista para dentro de 10 años que vaya a generar 10 millones de dólares en el momento de la entrega no vale 10 millones de dólares a fecha de hoy; vale menos de esa cantidad. El valor a fecha de hoy es la cantidad de dinero que el fabricante de la aeronave tendría que invertir hoy para que, al cabo de 10 años, dicho fabricante tenga 10 millones de dólares dentro de 10 años, es decir, en el momento de la entrega prevista.

47. En la práctica, el valor actual del ingreso futuro se determina calculando la cantidad de dólares en dólares de hoy que permitiría obtener la cantidad futura partiendo de la base de una tasa de rendimiento específica. En el ejemplo *supra*, se mediría estableciendo qué cantidad de dinero en dólares de hoy en día daría lugar a 10 millones de dólares dentro de 10 años, partiendo de la base de un rendimiento específico de la inversión. Por tanto, la tasa de actualización correcta refleja ese rendimiento de la inversión que se toma como base. Los Estados Unidos han utilizado el CMPC de Airbus porque el CMPC representa el rendimiento mínimo que los inversores en Airbus exigen a la empresa que obtenga por su inversión, medido con arreglo al promedio ponderado del costo de la deuda y el costo de los recursos propios para la empresa. En otras palabras, una empresa siempre puede obtener un beneficio igual a su CMPC utilizando el efectivo disponible para reembolsar proporcionalmente su deuda y devolver capital a los accionistas (por medio de dividendos o recompras).

48. Es fundamental no perder de vista que, para tener en cuenta el riesgo de cancelación, hay que aplicar una tasa de actualización *además de* una tasa de cancelación. En el ejemplo *supra*, aunque se actualicen los 10 millones de dólares que habría recibido el fabricante de aeronaves, hay que aplicar una tasa de cancelación para calcular el valor actual neto correcto. Ello se debe a que el fabricante de aeronaves solo recibirá los 10 millones de dólares si el pedido no se cancela. Si el pedido se cancela, el fabricante recibirá 0 dólares. Si hay un 5% de probabilidades de que se cancele el pedido, el fabricante de aeronaves esperaría recibir 0 dólares el 5% de las veces y 10 millones de dólares el 95% de las veces. Esto significa que el valor previsto en 10 años para la entrega de la aeronave es de 9,5 millones de dólares. Para llegar al valor previsto de la venta a fecha de hoy, hay que tener en cuenta *además* el valor temporal del dinero aplicando una tasa de actualización.

49. El costo de la deuda no mide correctamente el costo de oportunidad del dinero, ya que solo refleja un uso alternativo posible: la reducción de deuda. Esas consideraciones por sí solas demuestran el error en que incurre la UE al defender que la tasa de actualización debe basarse exclusivamente en el costo de la deuda.

VIII. Valoración de la amenaza

A. Enfoque basado en la pérdida de ventas

50. La posición fundamental de los Estados Unidos en lo que respecta a la valoración de la amenaza es que, como las constataciones de amenaza de obstaculización se basan íntegramente, desde un punto de vista de la relación causal, en las constataciones de pérdida de ventas, la mejor manera de valorar esos efectos desfavorables es siguiendo el mismo enfoque aplicado a las constataciones de pérdida significativa de ventas, esto es, calculando un valor actual neto de la aeronave que Airbus habría vendido en la situación hipotética.

51. Con arreglo a este enfoque, las cinco campañas de ventas sensibles a los precios (las tres en las que se basó la constatación de pérdida significativa de ventas y las dos en las que se basó la constatación de amenaza de obstaculización) se valoran de manera idéntica. Una vez que se han reajustado esos valores a una base común en dólares de 2015, el valor resultante se tiene que analizar a lo largo de los 105 meses, o 8,75 años, en los que tuvieron lugar. Si se aplica de ese modo, el enfoque basado en la pérdida de ventas reflejaría adecuadamente el grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado, a saber, que las campañas que dan lugar a efectos desfavorables se producen aproximadamente una vez cada 21 meses.

52. El cálculo tendría que incluir todas las entregas resultantes de cada campaña para reflejar con exactitud el grado de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado. Sin embargo, no habría base para incluir la venta de Fly Dubai 2014 en la valoración de la amenaza de obstaculización si ya se estuviera valorando en la valoración de la pérdida significativa de ventas. Eso sería, literalmente, un cómputo doble, esto es, contar dos veces exactamente las mismas aeronaves. Además, como se ha indicado *supra*, la inclusión por la UE de opciones en el enfoque basado en la pérdida de ventas carece de fundamento. Por consiguiente, independientemente de si las ofertas definitivas de Airbus incluyen propuestas de opciones o de si una venta real de Boeing incluía opciones, cuantificarlas haría que las contramedidas no fueran proporcionadas a los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.

B. Enfoque centrado en las entregas

53. Si el Árbitro decide utilizar un enfoque "centrado en las entregas" para valorar las constataciones de amenaza de obstaculización, debería incluir únicamente las entregas que se realicen en el *futuro*, después de concluido el período de referencia del procedimiento sobre el cumplimiento. El Grupo Especial sobre el cumplimiento tomó en consideración las tendencias de las cuotas de mercado correspondientes a los datos relativos a las entregas a lo largo de un período "que abarca tanto antes como después del período de referencia de 2013-2015 que utilizamos en otras partes de nuestras constataciones". El Grupo Especial sobre el cumplimiento comprendió la necesidad de "discernir la existencia de tendencias claras", señalando que ese enfoque "es especialmente importante para las alegaciones de la Unión Europea de amenaza de desplazamiento y obstaculización, que exigen necesariamente pruebas de entregas futuras previstas". En otras palabras, para la amenaza de obstaculización -esto es, una obstaculización que es inminente, pero aún no se ha materializado-, el Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró necesario establecer tendencias claras sobre la base de pruebas de entregas futuras previstas.

54. Por consiguiente, como indica el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, las constataciones de amenaza de obstaculización reflejan entregas *futuras*, no entregas realizadas antes del período de referencia y durante dicho período. (Si el Grupo Especial sobre el cumplimiento hubiera considerado que las entregas durante el período de referencia respaldaban unas constataciones de existencia de un perjuicio grave, habría formulado constataciones de obstaculización *actual*, y no de *amenaza* de obstaculización). En consecuencia, si se utiliza un enfoque "centrado en las entregas", en el cálculo de los efectos desfavorables solo se deben incluir las entregas que tuvieron lugar después del período de referencia.

55. Con arreglo a ese enfoque, las entregas incluidas en esa valoración se deben limitar a las entregas incluidas en las ofertas definitivas de las campañas de Fly Dubai 2008 y Delta Airbus 2011, que estaba previsto que se realizasen después de concluido el período de referencia. Como la pérdida de ventas en relación con Fly Dubai 2014 se ha incluido en la valoración de la pérdida significativa de ventas, no se puede incluir también en la valoración de la amenaza de obstaculización, ya que valorar dos veces las mismas entregas de una misma campaña de ventas -es decir, incluirlas en las valoraciones tanto de la pérdida significativa de ventas como de la amenaza de obstaculización- sería computar doblemente esas entregas.

56. Además, por los motivos indicados *supra*, en lo que respecta a las constataciones de amenaza de obstaculización, no se debe incluir en la valoración de los efectos desfavorables ninguna entrega que según las ofertas definitivas de Airbus hubiera debido producirse antes de que empezase el período de referencia, ya que, al formular constataciones de *amenaza* de obstaculización, el Grupo Especial sobre el cumplimiento concluyó que la obstaculización aún no se había materializado. Por consiguiente, las entregas hipotéticas de Airbus previstas antes del período de referencia o durante el período de referencia no se deben incluir en ninguna valoración de amenaza de obstaculización centrada en las entregas.

57. El objetivo sería valorar la amenaza de obstaculización que existía durante el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento, cuyo último año fue 2015. Sin embargo, como lo que se constató fue la existencia de amenaza, las entregas pertinentes eran entregas futuras, esto es, posteriores al período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento. En consecuencia, el objetivo sería calcular el valor previsto de 2015 de esas entregas futuras desde la perspectiva de Airbus. Por tanto, el CMPC de Airbus sigue siendo la tasa de actualización adecuada.

58. Anualizar las entregas ligadas a las constataciones de amenaza de obstaculización es relativamente sencillo. Sin embargo, harán falta cálculos anualizados separados para valorar la pérdida significativa de ventas y calcular la amenaza de obstaculización. El cálculo del promedio ponderado es el mejor enfoque en caso de que sea preciso combinar esas dos cifras anuales, pero no es idóneo y es inferior a otros enfoques para valorar los efectos desfavorables, lo cual refuerza la justificación de la utilización del enfoque estadounidense basado en la pérdida de ventas.

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

ANEXO C-1**COMUNICACIÓN DEL ÁRBITRO A LAS PARTES RELATIVA AL CALENDARIO Y EL PROCEDIMIENTO DE TRABAJO, DE FECHA 8 DE JULIO DE 2019**

Se adjuntan a la presente comunicación el procedimiento de trabajo y los procedimientos relativos a la ICC y la ICSS adoptados por el Árbitro el 8 de julio de 2019, así como un proyecto de calendario revisado para este arbitraje. El Árbitro ha tenido muy en cuenta las observaciones presentadas por las partes, en la reunión de organización y posteriormente por escrito el 1 de julio de 2019, al culminar el procedimiento de trabajo y los procedimientos relativos a la ICC y la ICSS.

El Árbitro ha accedido a celebrar una reunión sustantiva abierta, como le solicitaron las partes, y se pondrá en contacto con ellas más adelante para proponerles un procedimiento con miras a dicha reunión. El Árbitro toma asimismo nota de la sugerencia de los Estados Unidos de que adopte los mismos procedimientos para la reunión abierta que adoptó el Árbitro de la diferencia DS316.

En lo que respecta al proyecto de calendario revisado, después de considerar atentamente la carta de la Unión Europea de 25 de junio de 2019, así como las observaciones presentadas por las partes en la reunión de organización y posteriormente por escrito el 1 de julio de 2019, el Árbitro desea señalar lo siguiente:

- El Árbitro ha tomado cuidadosamente en consideración las modificaciones al calendario propuestas por la Unión Europea, de conformidad con las cuales la reunión con las partes se celebraría en diciembre de 2019, en lugar de en febrero de 2020.
- El Árbitro es plenamente consciente de lo importante que es para la Unión Europea que el calendario del presente procedimiento no amplíe el desfase que hay con el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316. El Árbitro también tiene en cuenta que sus miembros, todos ellos designados recientemente, necesitan un plazo adecuado para conocer a fondo los antecedentes de la diferencia, leer atentamente las comunicaciones de las partes, examinar todas las pruebas pertinentes antes de la reunión y poder demostrarlo en la reunión. Ese nivel de preparación es necesario para que los miembros del Árbitro contribuyan de manera sustancial a la calidad del informe del Árbitro; además, a juicio del Árbitro, es lo que las partes esperan de él.
- Asimismo, el Árbitro considera que esa preparación es esencial para que las actuaciones se puedan llevar a cabo con la mayor celeridad posible.
- A tal fin, el Árbitro considera que es preferible dar a ambas partes un plazo adecuado para elaborar comunicaciones escritas concisas en las que identifiquen claramente las cuestiones pertinentes, así como todos los datos pertinentes sobre las cuestiones de hecho, con miras a poder examinarlos en profundidad en la reunión. El Árbitro espera que de ese modo se minimice la necesidad de hacer demasiadas preguntas o varias rondas de preguntas después de la reunión y que, en general, el proceso sea más eficiente y oportuno.
- Por consiguiente, el Árbitro no está de acuerdo con la Unión Europea en que, para no ampliar el desfase con el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316, haya que celebrar la reunión con las partes en la semana del 16 de diciembre de 2019. Antes bien, el Árbitro considera que, muy probablemente, acelerar la elaboración de las comunicaciones de las partes y la preparación de la reunión por el Árbitro provoque demoras en etapas posteriores del proceso, que se podrían evitar con un plazo de preparación adecuado antes de la reunión.
- Dicho esto, después de considerar la disponibilidad de los miembros del Árbitro y consultarlo con la Secretaría, el Árbitro ha decidido que sería posible adelantar dos semanas la fecha de la reunión sin comprometer indebidamente la capacidad del Árbitro de prepararse adecuadamente para la reunión. Por consiguiente, el Árbitro propone revisar las fechas de la reunión con las partes y fijarla para la última semana de enero de 2020 (a saber, los días 28-30 de enero). A este respecto, el Árbitro señala que los Estados Unidos han solicitado que el Árbitro proponga primero las fechas alternativas y permita a las partes presentar observaciones. Por consiguiente, se solicita a las partes que indiquen a más tardar el 9 de julio de 2019, antes del cierre de las oficinas, si las fechas propuestas del 28 al 30 de enero de 2020 les plantean algún problema.

ANEXO C-2**COMUNICACIÓN DEL ÁRBITRO A LAS PARTES RELATIVA A DETERMINADA
INFORMACIÓN COMERCIAL SUMAMENTE SENSIBLE,
DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2020**

El Árbitro ha recibido la carta de los Estados Unidos de fecha 27 de enero de 2020, en la que los Estados Unidos se oponen a que la Unión Europea incluya determinada ICSS en las respuestas de la Unión Europea al primer conjunto de preguntas del Árbitro a las partes y, sobre la base de esa objeción, solicitan que el Árbitro adopte varias medidas. El Árbitro ha recibido además una carta de la Unión Europea de fecha 31 de enero de 2020, en la que se explican las circunstancias que rodean la inclusión de la ICSS pertinente en sus respuestas a las preguntas. Por último, el Árbitro ha recibido la carta de los Estados Unidos de fecha 4 de febrero de 2020 en la que declaran que, teniendo en cuenta las explicaciones de la Unión Europea, retiran la objeción que figuraba en la carta anterior de los Estados Unidos. Por consiguiente, el Árbitro toma nota de que la carta de los Estados Unidos de 4 de febrero de 2020 invalida en la práctica la objeción de los Estados Unidos y la consiguiente solicitud de medidas del Árbitro que figuraban en su carta de 27 de enero de 2020. El Árbitro considera, en consecuencia, innecesario pronunciarse sobre la objeción de los Estados Unidos y la consiguiente solicitud de medidas del Árbitro, y, por tanto, declina pronunciarse al respecto.

Además, el Árbitro recuerda que la Unión Europea, en su carta de 31 de enero de 2020, alegó que los Estados Unidos comprometieron los derechos de debido proceso de la Unión Europea, ya que los Estados Unidos "privaron al {Árbitro} y a la Unión Europea de la posibilidad de mantener en la audiencia un intercambio exhaustivo de puntos de vista sobre las cuestiones abarcadas por las preguntas 23 y 26 {de las preguntas del Árbitro a las partes}", y solicitó que el Árbitro 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".¹ El Órgano de Apelación ha explicado que, "{c}omo regla general, el debido proceso exige que se conceda a cada parte una oportunidad válida para formular observaciones sobre los argumentos y las pruebas presentados por la otra".² Dicha oportunidad tiene que ser "válida en el sentido de que esa parte pueda defenderse suficientemente".³ No alcanzamos a ver de qué modo se ha privado a la Unión Europea de una oportunidad válida para formular observaciones sobre alguna cuestión concreta sometida al Árbitro en relación con los temas abarcados en las preguntas 23 y 26. En particular, las objeciones de la Unión Europea se refieren al hecho de que los Estados Unidos no trataron debidamente en la audiencia, a juicio de la Unión Europea, las respuestas de la propia Unión Europea a las preguntas 23 y 26 en lo relativo a la cuestión del [[***]]. Sin embargo, la Unión Europea no identifica ningún caso en el que se le haya privado de una oportunidad de responder a cualesquiera argumentos o pruebas que los Estados Unidos hayan presentado en el presente procedimiento en este contexto. Asimismo, señalamos que la Unión Europea tuvo la oportunidad de formular observaciones sobre las cuestiones presentadas por el Árbitro en las preguntas 23 y 26 en sus respuestas a esas preguntas, y que tendrá una nueva oportunidad de presentar sus observaciones sobre las cuestiones relacionadas con el [[***]] una vez que haya presentado el Árbitro su segundo conjunto de preguntas a las partes.

¹ Carta de la Unión Europea de 31 de enero de 2020, página 5.

² Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 270. Según el Órgano de Apelación, el debido proceso está además intrínsecamente vinculado con las ideas de equidad, imparcialidad y los derechos de las partes a ser oídas y a que se les conceda una oportunidad adecuada de llevar adelante sus alegaciones, exponer sus defensas y demostrar los hechos en el contexto de un procedimiento llevado a cabo de manera equilibrada y ordenada, de acuerdo con normas establecidas. (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 147).

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

El Árbitro ha recibido la carta de los Estados Unidos de 10 de febrero de 2020 y la respuesta de la Unión Europea de 12 de febrero de 2020 acerca de los plazos para presentar las respuestas al segundo conjunto de preguntas del Árbitro y las observaciones a dichas respuestas.

Tras haber examinado cuidadosamente el contenido de dichas cartas y las circunstancias pertinentes, el Árbitro accede a la solicitud de prórroga formulada por los Estados Unidos, y revisa los correspondientes plazos como sigue: i) el plazo para responder al segundo conjunto de preguntas escritas del Árbitro pasa a ser el 2 de marzo de 2020; y ii) el plazo para presentar las observaciones a dichas respuestas pasa a ser el 16 de marzo de 2020. Se adjunta una copia del calendario revisado.

El Árbitro considera que, en último término, prorrogar el plazo hará que las respuestas a sus preguntas sean más exhaustivas y meditadas, y se fundamenten en pruebas adecuadas. No obstante, el Árbitro tiene en cuenta las observaciones de la Unión Europea en el sentido de que tales prórrogas no deben retrasar de manera considerable el presente procedimiento de arbitraje. El Árbitro señala en consonancia que no cree que esa prórroga retrase de manera considerable el conjunto de su labor. Asimismo, el Árbitro señala que no tiene previsto acceder a más prórrogas y tiene la intención de completar su labor en el presente procedimiento sin retrasos considerables. A tal fin, el Árbitro recuerda a cada parte que debe hacer todo lo posible para respetar las fechas establecidas en el calendario modificado en el presente documento.

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**

Como sabrán las partes, en su comunicación de 14 de marzo de 2020 a los Jefes de Delegación de la OMC, el Director General de la OMC ordenó al personal de la OMC trabajar desde su domicilio a partir del 16 de marzo de 2020.

En dicha comunicación, el Director General también indicó al personal de la OMC que, a partir del 16 de marzo de 2020, el acceso a las instalaciones de la OMC quedaría limitado exclusivamente a determinado personal esencial designado, es decir, el personal cuya presencia en el Centro William Rappard (CWR) sea necesaria para que puedan continuar las funciones esenciales de la OMC y, en particular, las funciones necesarias para apoyar al personal que trabaje desde su domicilio. El 16 de marzo de 2020, el Grupo de Trabajo Especial sobre Salud establecido en la OMC para luchar contra el coronavirus concedió excepcionalmente al personal de la Secretaría que asiste al Árbitro en el presente procedimiento acceso limitado al CWR únicamente para facilitar la presentación de nuevos documentos ICSS y su depósito en una ubicación segura en la sede de la OMC, permitir el acceso a los representantes de las partes y examinar esa ICSS en nombre del Árbitro.

Sin embargo, desde que se establecieron las restricciones iniciales de acceso al CWR, la situación relativa a la COVID-19 en Ginebra (y Suiza en general) se ha agravado cada vez más. Las directrices del Grupo de Trabajo Especial sobre Salud se han revisado para restringir aún más el personal autorizado a trabajar en el CWR. Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre Salud ha subrayado que no se puede obligar a ningún funcionario a trabajar en el CWR en las actuales circunstancias. Además, el 26 de marzo se prorrogaron las disposiciones relativas al trabajo desde el domicilio hasta finales de abril de 2020.

En este contexto, el Árbitro desea avisar a los representantes de las partes de que la situación actual afecta al acceso del personal de la Secretaría al CWR por motivos relacionados con la ICSS desde este momento y hasta finales de abril. El Árbitro informará a las partes a finales de abril sobre las novedades que pueda haber a este respecto.

El Árbitro es consciente del carácter sensible de los documentos ICSS y de la necesidad de salvaguardias especiales para preservar su confidencialidad, y propone las siguientes disposiciones alternativas habida cuenta de las restricciones extraordinarias para trabajar desde el CWR que se han aplicado en respuesta a la pandemia de COVID-19.

El Árbitro considera que, para que el personal de la Secretaría que asiste al Árbitro en el presente procedimiento pueda tener el mismo acceso que el que tendría normalmente a la ICSS guardada en la sede de la OMC trabajando en dicha sede, habría que autorizar temporalmente a esos funcionarios a acceder a la ICSS y guardarla en sus domicilios. Esa autorización, por lo tanto, permitiría guardar la ICSS en lugares y de maneras diferentes a los previstos en los procedimientos de trabajo adicionales relativos a la protección de la información comercial confidencial y la información comercial sumamente sensible (procedimientos relativos a la ICC y la ICSS) mientras siga en vigor la prohibición de trabajar en la sede de la OMC.

Concretamente, habría que autorizar a cada uno de los cinco funcionarios de la Secretaría que asisten al Árbitro, enumerados *infra*, para que se llevasen a su domicilio uno de los dos ordenadores portátiles sellados facilitados por la Unión Europea y uno de los ordenadores autónomos habilitados por la OMC en los que se habrían creado y guardado ficheros electrónicos con la ICSS de los Estados Unidos y la ICSS de la Unión Europea. Asimismo, habría que autorizar a esos funcionarios a que trabajasen individualmente con la ICSS y a que almacenasen la ICSS en sus respectivos domicilios en esos ordenadores portátiles sellados y ordenadores autónomos. Por último, también habría que autorizar a los funcionarios de la Secretaría a examinar los documentos ICSS entre sí y con el Árbitro utilizando métodos de comunicación seguros, como Skype for Business.

Los funcionarios de la Secretaría a que se hace referencia *supra* son los siguientes: [[se omite]]

El Árbitro solicita a las partes que comuniquen si estarían de acuerdo en levantar las restricciones a las que está sujeto el personal de la Secretaría que trabaja con ICSS en su domicilio en consonancia con lo detallado *supra*, a fin de permitir al Árbitro y al personal de la Secretaría aplicar las disposiciones alternativas expuestas *supra*.

El Árbitro está dispuesto a tomar en consideración otras disposiciones que propongan de mutuo acuerdo las partes para que el personal de la Secretaría que asiste al Árbitro pueda trabajar con la ICSS desde su domicilio y respetar los protocolos de distanciamiento social actualmente vigentes en Suiza.

El Árbitro agradecería recibir las opiniones de las partes a más tardar el **miércoles 8 de abril de 2020 a las 17 h.**

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**

El Árbitro ha recibido las respuestas de las partes de 8 de abril de 2020 a la comunicación del Árbitro de 1 de abril de 2020, en la que solicitaba a las partes que diesen su opinión sobre las disposiciones alternativas relativas al acceso a la ICSS y su depósito mientras estén en vigor las actuales restricciones de acceso al Centro William Rappard (CWR) de la OMC.

El Árbitro toma nota de que las partes no están de acuerdo en esta cuestión, por lo que señala que, por el momento, no aplicará las disposiciones alternativas propuestas relativas al acceso a la ICSS y su depósito.

El Árbitro y el personal de la Secretaría que asiste al Árbitro seguirán trabajando y prevén seguir haciéndolo mientras se mantengan en vigor las actuales restricciones al acceso al CWR. El Árbitro recuerda que el 26 de marzo se prorrogaron las vigentes disposiciones relativas al trabajo desde el domicilio hasta finales de abril de 2020. El Árbitro señala que informará a las partes sobre las novedades a este respecto tan pronto como sea posible después de esa fecha. Asimismo, informa a las partes que hará todo lo posible por minimizar cualquier retraso ocasionado por la pandemia de COVID-19.

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**

El Árbitro desea informar a las partes las novedades relativas a las restricciones al acceso del personal de la Secretaría al Centro William Rappard (CWR) de la OMC. La Secretaría ha informado al Árbitro que, el 24 de abril de 2020, el Grupo de Trabajo Especial sobre Salud de la OMC anunció que está previsto que el personal pueda volver gradualmente al CWR a partir del 11 de mayo de 2020. Aunque el Grupo de Trabajo sobre Salud está redactando los procedimientos concretos que regularán esa vuelta gradual, el Árbitro tiene entendido que, mientras dure la primera fase, que empezará el 11 de mayo de 2020, como máximo se permitirá que el 20% del personal de cada División trabaje en el CWR.

El Árbitro y el personal de la Secretaría que asiste al Árbitro han seguido trabajando en este procedimiento desde la última comunicación del Árbitro a las partes, y tienen previsto seguir haciéndolo mientras se mantengan en vigor las actuales restricciones de acceso al CWR. El Árbitro prevé que, a partir del 11 de mayo de 2020, la vuelta gradual a la que se ha hecho referencia *supra* vaya permitiendo progresivamente a los funcionarios que asisten al Árbitro acceder a la ICSS guardada en una ubicación segura en la sede de la OMC y trabajar con dicha información. El Árbitro presentará información actualizada a las partes a finales de mayo de 2020 a más tardar en relación con las novedades en lo que respecta al acceso al CWR.

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**

1.1. 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 sobre negocios y actividades (B&O). En dicha carta, los Estados Unidos solicitan 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" (la Comunicación adicional), 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".¹ La Unión Europea respondió a la solicitud de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2020. Los Estados Unidos presentaron una réplica a la respuesta de la Unión Europea el 22 de mayo de 2020. Se invitó a la Unión Europea a que presentara nuevas observaciones sobre la réplica de los Estados Unidos, pero declinó la invitación.

1.2. En apoyo a su solicitud de autorización para presentar la Comunicación adicional, los Estados Unidos remiten al párrafo 5.1) del Procedimiento de trabajo del Árbitro, que autoriza a presentar pruebas después de la reunión sustantiva, en la medida en que sea necesario a los efectos de las réplicas o, excepcionalmente, previa justificación suficiente. Los Estados Unidos aducen que la Comunicación adicional aporta pruebas de descargo y argumentos fundamentales y que, en cualquier caso, hay justificación suficiente para autorizar a los Estados Unidos a que presenten la Comunicación adicional.

1.3. Los Estados Unidos sostienen que las nuevas pruebas y los argumentos conexos que figuran en su Comunicación adicional se centran en la eliminación por el estado de Washington de la reducción del tipo del impuesto B&O con efecto a partir del 1 de abril de 2020.² Los Estados Unidos aducen que ese hecho se produjo después de la más reciente comunicación sustantiva de las partes, que fue la presentación de las observaciones formuladas por las partes sobre las respuestas de la otra parte al segundo conjunto de preguntas del Árbitro el 16 de marzo de 2020. Según los Estados Unidos, la mayor parte de la solicitud de contramedidas presentada por la Unión Europea se basa en la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington. Los Estados Unidos consideran que la eliminación de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington a partir del 1 de abril de 2020 es de vital importancia para los objetivos del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el ESD) y para la evaluación por el Árbitro de la solicitud de contramedidas formulada por la Unión Europea al amparo del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (el Acuerdo SMC), ya que, según los Estados Unidos, la eliminación de una medida incompatible con las normas de la OMC afecta necesariamente al nivel de contramedidas autorizadas. En los argumentos que presentan en apoyo de la Comunicación adicional, los Estados Unidos señalan expresamente que "no piden al Árbitro que formule constatación alguna acerca del cumplimiento".³

1.4. La Unión Europea aduce que el Árbitro debe rechazar la solicitud de autorización formulada por los Estados Unidos para presentar la Comunicación adicional por tres motivos principales. En primer lugar, la Unión Europea aduce que la solicitud está fuera de plazo, ya que la medida en cuestión se

¹ Carta de los Estados Unidos al Árbitro, de fecha 13 de mayo de 2020.

² Los Estados Unidos afirman que el proyecto de ley se promulgó el 25 de marzo de 2020, si bien el tratamiento fiscal revisado entró en vigor el 1 de abril de 2020. (Carta de los Estados Unidos al Árbitro, de fecha 13 de mayo de 2020).

³ Carta de los Estados Unidos al Árbitro, de fecha 22 de mayo de 2020. (con resalte en el original) Véanse también la carta de los Estados Unidos al Árbitro, de fecha 13 de mayo de 2020; y la Comunicación adicional. Observamos que los Estados Unidos, en una comunicación al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), indicaron que la eliminación de la reducción del tipo del impuesto B&O significa que "los Estados Unidos han puesto sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo SMC y en consecuencia han aplicado plenamente las recomendaciones del OSD en la presente diferencia". (Comunicación de los Estados Unidos, WT/DS353/34, párrafo 3).

promulgó el 25 de marzo de 2020 y los Estados Unidos han esperado casi 50 días para solicitar autorización para presentar la Comunicación adicional. En segundo lugar, la Unión Europea aduce que el objeto de la solicitud de los Estados Unidos (es decir, la supuesta eliminación de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington) no es pertinente para el mandato del Árbitro en el marco de los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SMC. Esto es así, en opinión de la Unión Europea, porque su derecho a aplicar contramedidas en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington se basa en el valor de los "efectos desfavorables cuya existencia se ha{ } determinado" en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento, y no tiene como referencia la situación actual. En tercer lugar, la Unión Europea aduce que la decisión del Árbitro de aceptar información una vez finalizada la etapa informativa debe tener en cuenta la exigencia de garantizar una "pronta solución" de la diferencia, en particular a la luz de la naturaleza expeditiva del procedimiento de arbitraje y, sobre todo, a la luz de las "circunstancias específicas del presente asunto", en el que el Árbitro ya ha reconocido la importancia que tiene para la Unión Europea que el calendario del presente procedimiento no amplíe el desfase que hay con el procedimiento de arbitraje del asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)* (el procedimiento de arbitraje de la diferencia DS316).⁴

1.5. El Árbitro señala que el contenido de la Comunicación adicional de los Estados Unidos consiste efectivamente en una objeción a la solicitud de contramedidas presentada por la Unión Europea en forma de una suspensión anual en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington. La expresión "suspensión anual" hace referencia a una situación en la que un árbitro "establec{e} un nivel máximo único de contramedidas o de suspensión de concesiones u otras obligaciones que la parte reclamante est{á} autorizada a imponer anualmente".⁵ Eso es lo que la Unión Europea solicita en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington, es decir, la Unión Europea solicita al Árbitro: a) que calcule un nivel máximo único de contramedidas sobre la base del valor de los efectos de la medida en un período del pasado inmediatamente posterior al momento en que los Estados Unidos debían haber cumplido (es decir, el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento); y b) que autorice a la Unión Europea a imponer ese valor máximo anualmente.⁶

1.6. Los Estados Unidos no habían impugnado hasta ahora ese planteamiento general. Ahora, los Estados Unidos solicitan al Árbitro que constate que, debido a la supuesta eliminación de la reducción del tipo del impuesto B&O, "la UE no tiene *actualmente* derecho a imponer contramedidas de ninguna cuantía en tanto se mantenga el retiro del tipo preferencial", si bien "el Árbitro puede hacer explícito que la UE tendría derecho a imponer contramedidas en el nivel determinado por el Árbitro en caso de que, en el futuro, el estado de Washington aplique un tipo del impuesto B&O a la fabricación y venta al por mayor o al por menor de aeronaves que sea inferior al tipo del impuesto B&O normal, aplicable con carácter general".⁷

1.7. Al examinar la solicitud de los Estados Unidos en este contexto, recordamos que el Árbitro que examinó el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)* (el Árbitro de la diferencia DS316) explicó en detalle la justificación jurídica de la suspensión anual, con carácter general y específicamente en lo que respecta a su compatibilidad con el mandato de un árbitro en el marco del artículo 7.10 en circunstancias esencialmente similares a las que concurren en el presente caso. En ese procedimiento, como en efecto sucede en este caso, la cuestión pertinente sometida al Árbitro era "si {el Árbitro} puede aceptar contramedidas en forma de suspensión anual a un nivel que refleje el nivel de los efectos desfavorables cuya existencia en el período de referencia {utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento} se ha determinado".⁸ El Árbitro de la diferencia DS316 respondió afirmativamente, analizando dos subcuestiones clave:

⁴ Carta de la Unión Europea al Árbitro, de fecha 20 de mayo de 2020 (donde se hace referencia, entre otros documentos, a la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*).

⁵ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.3.

⁶ La Unión Europea solicita al Árbitro que sume esa cuantía a una cuantía separada calculada en lo que respecta a los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 para dar lugar a un único nivel global de suspensión anual. Las cuestiones relativas a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 se examinarán en la decisión del Árbitro venidera.

⁷ Comunicación adicional de los Estados Unidos, párrafo 11. (con resalte en el original; no se reproducen las comillas internas ni la nota de pie de página)

⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.42.

a) si el *nivel* máximo de contramedidas (en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones) se podía determinar razonablemente sobre la base de los efectos de las subvenciones pertinentes durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento; y, en tal caso, b) si era razonable permitir que el nivel máximo se mantuviese indefinidamente (es decir, la *duración* del nivel máximo de suspensión). A nuestro juicio, se trata de análisis instructivos y directamente pertinentes para el asunto que nos ocupa. Por consiguiente, examinamos ese razonamiento clave del Árbitro y lo aplicamos a las presentes circunstancias.

1.8. En consecuencia, observamos que cabe interpretar que la Comunicación adicional de los Estados Unidos constituye una objeción al método general propuesto por la Unión Europea de determinar el *nivel* máximo de contramedidas (en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones). En lo que se refiere a esta cuestión, el Árbitro de la diferencia DS316 explicó que, en lo que respecta a "la cuestión de qué es lo que determina el nivel de contramedidas que puede autorizarse", "{n}uestro mandato de conformidad con el párrafo 10 del artículo 7 consiste en determinar si las 'contramedidas' propuestas son 'proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado'".⁹ El Árbitro señaló que, en el contexto de esa diferencia, la frase "efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado" requería una referencia "a las constataciones sobre efectos desfavorables formuladas en el procedimiento sobre el cumplimiento que constituyen el fundamento para que el OSD autorice a los Estados Unidos a que adopten contramedidas".¹⁰ El Árbitro de la diferencia DS316 también subrayó que en ningún momento después del final de ese período de referencia se había determinado la existencia de efectos desfavorables.¹¹ El período de referencia utilizado en el precedente procedimiento sobre el cumplimiento, como en el presente caso, también fue inmediatamente posterior al plazo en que el demandado tenía que haber logrado el cumplimiento. Por consiguiente, se consideró que la valoración de los efectos de las subvenciones en ese período de referencia estaba en consonancia con "el fin esencial de un procedimiento de arbitraje{, a saber,} determinar el daño que se inflige a la parte reclamante a causa de ese incumplimiento {de la parte demandada}".¹² En consecuencia, el Árbitro de la diferencia DS316 indicó que determinar el *nivel* máximo de contramedidas con respecto a los efectos de las subvenciones pertinentes en el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento era compatible con el mandato del árbitro en el marco del artículo 7.10.¹³ Estamos de acuerdo.

1.9. En el presente arbitraje, el mandato del Árbitro consiste en valorar "los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". La Unión Europea considera que los "efectos desfavorables cuya existencia se ha{ } determinado" en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O son los identificados en el procedimiento sobre el cumplimiento, específicamente en el período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento mediante análisis de hechos concretos. Los Estados Unidos no plantean ninguna objeción concreta a este planteamiento general, y aparentemente aceptan incluso en la Comunicación adicional que el Árbitro puede determinar un nivel máximo (distinto de cero) de contramedidas calculado tomando como referencia el valor de los efectos desfavorables identificados en el procedimiento sobre el cumplimiento. No vemos ningún motivo para cuestionar el planteamiento de la Unión Europea en este contexto, ya que no se ha hecho ningún análisis sobre la presencia de efectos desfavorables pertinentes en relación con ningún período posterior al período de referencia utilizado en el procedimiento sobre el cumplimiento.¹⁴ El período de referencia relativo al cumplimiento también fue inmediatamente posterior al plazo en que los Estados Unidos debían haber logrado el cumplimiento, por lo que los efectos desfavorables identificados en ese período representan el daño causado a la Unión Europea por el incumplimiento

⁹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.43.

¹⁰ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.43.

¹¹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.44.

¹² Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.56. Véase también la decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.57.

¹³ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (artículo 22.6 - UE), párrafo 6.46.

¹⁴ Los únicos otros efectos desfavorables que se ha identificado que han sido causados por la reducción del tipo del impuesto B&O en la presente diferencia son los que el Grupo Especial inicial determinó que habían sido causados por la reducción del tipo del impuesto B&O en el período de referencia inicial (es decir, 2004-2006). Ninguna de las partes aboga por calcular un nivel de contramedidas tomando como referencia esos efectos desfavorables, y no vemos ningún motivo para hacerlo teniendo en cuenta las circunstancias.

de los Estados Unidos. Por consiguiente, no vemos ninguna razón para calcular el nivel máximo de contramedidas en lo que respecta a la reducción del tipo del impuesto B&O tomando como referencia cualquier cosa que no sea el valor de los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia relativo al cumplimiento se determinó. El valor de esos efectos desfavorables, de acuerdo con el nivel de contramedidas propuesto ahora por los Estados Unidos, sería de cero. No podemos aceptar que la "eliminación" de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington que según se afirma se ha producido en 2020 afecte al nivel de contramedidas que la Unión Europea está autorizada a adoptar.

1.10. Asimismo, señalamos que, en la medida en que su solicitud se refiere al *nivel* de contramedidas, los Estados Unidos parecen abogar por una manera de modificar el nivel de contramedidas con carácter prospectivo dependiendo de la condición jurídica de la medida pertinente. Sin embargo, los Estados Unidos podrían haber propuesto ese tipo de enfoque en cualquier momento durante la etapa informativa del presente arbitraje. Los Estados Unidos no lo hicieron, y solo ahora han decidido hacerlo.¹⁵

1.11. En consecuencia, en la medida en que los Estados Unidos se oponen a la manera general en la que la Unión Europea propone determinar el *nivel* máximo de suspensión anual, la solicitud de los Estados Unidos carece de fundamento sustantivo y está fuera de plazo.

1.12. Somos conscientes de que también cabe interpretar que, en su Comunicación adicional, los Estados Unidos se oponen a la propuesta de la Unión Europea de que se mantenga indefinidamente el nivel máximo de contramedidas (es decir, la *duración* del nivel máximo de suspensión). El Árbitro de la diferencia DS316 también examinó "la cuestión del período durante el que se pueden imponer contramedidas a{1} nivel {determinado valorando los efectos desfavorables cuya existencia durante el período de referencia del Grupo Especial sobre el cumplimiento se ha determinado}".¹⁶ En ese contexto, el Árbitro explicó que los artículos pertinentes del ESD¹⁷ estaban en consonancia con la explicación del Órgano de Apelación de que "la autorización para mantener la suspensión anual en cuestión solo quedaría sin efecto una vez confirmado, mediante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC o una solución mutuamente convenida, el cumplimiento sustantivo de la parte demandada".¹⁸ Es decir, "la situación de cumplimiento multilateral formal por parte de la parte demandada es lo que justifica el mantenimiento de la suspensión anual al nivel autorizado previamente y no la idea de que el nivel autorizado refleje correctamente los efectos pertinentes de las medidas de la parte demandada con el paso del tiempo".¹⁹

1.13. Por consiguiente, observamos que es posible que en la práctica los Estados Unidos estén pidiendo al Árbitro que limite la *duración* del nivel máximo de suspensión anual al período en el que la reducción del tipo del impuesto B&O (o quizá una medida de sustitución) esté legalmente en vigor. Sin embargo, si se interpreta de ese modo, la solicitud de los Estados Unidos es superflua, ya que, como se ha explicado, es la situación de cumplimiento del demandado lo que determina la duración del nivel máximo de suspensión anual, y, según han indicado explícitamente, los Estados Unidos *no*

¹⁵ Por ejemplo, los Estados Unidos podrían haber propuesto en su comunicación escrita que el nivel de contramedidas variase con la condición jurídica de la medida en cuestión, aunque no hubiese habido un cambio en esa condición jurídica que los Estados Unidos considerasen pertinente.

¹⁶ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.48.

¹⁷ El Árbitro citó los artículos 22.2, 22.6 y 22.8 del ESD en este contexto. (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, nota 147).

¹⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.51 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, sección IV.E) "Dicho de otro modo ... en espera de dicha confirmación, la suspensión anual puede seguir vigente durante un período determinado, aunque los efectos pertinentes de las medidas destinadas al cumplimiento más recientes se valorasen de hecho como inexistentes por haberse alcanzado el cumplimiento sustantivo. En nuestra opinión, esto además respalda la idea de que la situación de cumplimiento multilateral formal por parte de la parte demandada es lo que justifica el mantenimiento de la suspensión anual al nivel autorizado previamente y no la idea de que el nivel autorizado refleje correctamente los efectos pertinentes de las medidas de la parte demandada con el paso del tiempo". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.51).

¹⁹ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.51. "{U}na suspensión anual puede mantenerse en vigor al nivel autorizado hasta que un órgano resolutorio de la OMC constata que la parte demandada ha alcanzado el cumplimiento sustantivo o las partes hayan llegado a otra solución". (Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.53).

solicitan al Árbitro que determine que los Estados Unidos han logrado el cumplimiento de ninguna manera pertinente.²⁰

1.14. En consecuencia, en la medida en que los Estados Unidos se puedan oponer a la manera en que la Unión Europea propone determinar la *duración* de la suspensión anual, la solicitud de los Estados Unidos es superflua.²¹

1.15. Observamos que, recientemente, dos árbitros han rechazado solicitudes similares de demandados utilizando un razonamiento similar que resulta instructivo. En el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), los Estados Unidos revisaron la medida pertinente tras el primer procedimiento sobre el cumplimiento, y alegaron que el Árbitro debía determinar un nivel de suspensión tomando como referencia los efectos de la nueva medida revisada, en lugar de la medida que existía en el momento en que expiró el plazo prudencial para el cumplimiento.²² El Árbitro rechazó la solicitud de los Estados Unidos y, en cambio, determinó un nivel máximo de suspensión anual correspondiente a los efectos de la medida que existía en el momento en que expiró el plazo prudencial para el cumplimiento utilizando un período de referencia próximo a ese momento. Según el Árbitro, esto se justificaba porque el texto del artículo 22.6 del ESD exige al árbitro que evalúe el nivel de anulación o menoscabo causado por la medida inicial incompatible con las normas de la OMC (en el caso de que no se haya adoptado una medida destinada al cumplimiento posteriormente) o por una medida destinada al cumplimiento incompatible con las normas de la OMC posterior, que existía en el momento de la expiración del plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.²³

1.16. En el asunto *Estados Unidos - Métodos antidumping (China)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), el Árbitro se abstuvo de excluir de su evaluación del nivel de anulación o menoscabo una orden antidumping que había sido revocada tras la expiración del plazo prudencial para el cumplimiento, basándose en que hacerlo sería incompatible con su mandato, ya que "estaría pasando por alto la anulación o el menoscabo causado por la no aplicación por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD ... para la fecha de expiración del plazo prudencial".²⁴ El Árbitro citó la decisión arbitral de *Estados Unidos - Atún II (México)*, a la que hemos aludido inmediatamente *supra*, en apoyo de su razonamiento.²⁵

1.17. Asimismo, observamos que los Estados Unidos aducen que la decisión arbitral adoptada en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*) respalda su enfoque. Consideramos que esa decisión arbitral no es procedente en este contexto. En ese procedimiento, el Árbitro, actuando en el marco del artículo 22.7 del ESD, determinó una manera prospectiva para que las Comunidades Europeas reajustaran el nivel de la suspensión de concesiones a lo largo del tiempo tomando como referencia los casos de determinadas aplicaciones de la medida pertinente que se constató que era incompatible "en sí" con las normas de la OMC.²⁶ En ese arbitraje se consideró que era apropiado porque, en particular, no se había demostrado que hubiera casos pertinentes de aplicación de la medida en la fecha en que el Árbitro publicó su decisión, lo que dio lugar a un nivel inicial de suspensión nulo.²⁷ En resumen, aún no había pasado nada pertinente que hubiera podido evaluar el Árbitro. Por consiguiente, el arbitraje de la diferencia *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* se refería a hechos y circunstancias sustancialmente diferentes de los hechos y

²⁰ Carta de los Estados Unidos al Árbitro, de fecha 22 de mayo de 2020. Véase también la Comunicación adicional de los Estados Unidos, nota 1. Tampoco ha habido una solución mutuamente convenida entre las partes.

²¹ Los Estados Unidos citan los artículos 3.7, 22.4 y 22.8 del ESD y los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SMC en apoyo de sus argumentos. No vemos nada en esas disposiciones que ponga en cuestión nuestro análisis.

²² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 3.4.

²³ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 3.24.

²⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Métodos antidumping (China)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafo 3.10.

²⁵ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Métodos antidumping (China)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), nota 49.

²⁶ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafos 6.14-6.17 y 7.8.

²⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (artículo 22.6 - *Estados Unidos*), párrafos 6.5 y 6.11.

circunstancias a los que nos enfrentamos en este caso. No se refería a la suspensión anual ni a si esta era adecuada en general o específicamente en el marco del artículo 7.10 del Acuerdo SMC.

1.18. Por último, recordamos que en muchas diferencias en las que ha habido procedimientos de arbitraje se acabó otorgando al reclamante una suspensión anual; un ejemplo de ello son los dos arbitrajes realizados en el marco del artículo 7.10 del Acuerdo SMC: los procedimientos de arbitraje de la diferencia DS316 y de la diferencia *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (artículo 22.6 - Estados Unidos II)*. El Árbitro del primero de esos procedimientos explicó 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".²⁸ Por consiguiente, determinar un nivel máximo de suspensión anual en la manera general solicitada por la Unión Europea es una práctica aceptada.

1.19. Por las razones que anteceden, consideramos que la Comunicación adicional de los Estados Unidos carece de fundamento sustantivo, está fuera de plazo y/o es superflua. De ese modo, constatamos que la Comunicación adicional no es necesaria a los efectos de las réplicas y que no hay justificación suficiente para aceptarla en este momento. En consecuencia, se rechaza la solicitud de autorización para presentar la Comunicación adicional formulada por los Estados Unidos.

²⁸ Decisión del Árbitro, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 22.6 - UE)*, párrafo 6.56. (no se reproducen las notas de pie de página)

ANEXO C-8

COMUNICACIÓN DEL ÁRBITRO A LAS PARTES, DE FECHA 26 DE JUNIO DE 2020

El Árbitro acusa recibo de la carta de la Unión Europea de 22 de junio de 2020, en la que se formulan objeciones respecto de la indicación dada por el Árbitro en su comunicación de 17 de junio de 2020 en relación con su mejor estimación del momento en que prevé entregar su decisión a las partes.

El Árbitro asegura rotundamente a las partes que los miembros del Árbitro y el personal de la Secretaría que asiste al Árbitro han actuado en todo momento con la dedicación, integridad y objetividad que corresponde a sus funciones en el presente procedimiento. Pese a las múltiples dificultades derivadas de la pandemia de COVID-19, que han perjudicado sus métodos de trabajo y afectado profundamente a sus lugares de trabajo, familias, comunidades y países, el Árbitro y el personal de la Secretaría que lo asiste continúan trabajando diligentemente para cumplir el mandato del Árbitro en el presente procedimiento. El Árbitro es muy consciente de la importancia que tiene para la Unión Europea que el presente procedimiento se lleve a cabo de la manera más expeditiva posible.

ANEXO C-9**COMUNICACIÓN DEL ÁRBITRO A LAS PARTES EN LA QUE SOLICITA AUTORIZACIÓN
PARA EXAMINAR DETERMINADA ICSS DE LA UE,
DE FECHA 5 DE AGOSTO DE 2020**

Como las partes saben, la pandemia de COVID-19 sigue dificultando en gran medida los viajes internacionales. Teniendo en cuenta esas dificultades, y de cara a las últimas etapas del presente procedimiento, el Árbitro está considerando opciones para celebrar las últimas reuniones internas a distancia. Con miras a facilitar ese modo de reunión, por la presente el Árbitro pregunta si la Unión Europea concedería, con carácter temporal, al Árbitro y a otras personas aprobadas de la OMC que están también autorizadas a acceder a la ICSS, permiso para examinar *oralmente* determinada ICSS, exclusivamente a los fines de las reuniones internas del Árbitro que se celebrarán por medio de Skype for Business durante el período comprendido entre el 24 de agosto y el 30 de septiembre de 2020. Por el momento, la solicitud del Árbitro se refiere únicamente a la siguiente documentación ICSS:

- Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Árbitro, párrafos 392-393 y 405-406 (incluida la nota 425); y Declaración de [[***]], de 25 de febrero de 2020 ("*Airbus' use of discount rates*") (Prueba documental EU-78-ICSS)).
- Calendarios de entregas propuestos en la oferta definitiva de Airbus en la campaña de ventas de Fly Dubai 2008 (Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2008, [[ICSS]] (Prueba documental EU-5-ICSS, página 7 (información contenida en las columnas "*Aircraft Rank*" y "*Delivery Period*")) y en la campaña de ventas de Delta Airlines 2011 (Oferta definitiva a Delta Airlines, [[ICSS]] (Prueba documental EU-4-ICSS, página 26)).

El Árbitro observa que el Procedimiento de trabajo adicional para la protección de la información comercial confidencial y la información comercial sumamente sensible (Procedimiento relativo a la ICC/ICSS) permite que una parte "trat{e} ... su propia ICC e ICSS"¹ como estime apropiado (salvo que en el procedimiento se disponga lo contrario) y, en consecuencia, permite que las partes autoricen al Árbitro y al personal de la Secretaría designado a examinar dicha documentación de la manera descrita *supra* en lo que concierne a su propia ICSS. El Árbitro considera, por lo tanto, que, si la Unión Europea respondiera favorablemente a la solicitud del Árbitro, permitir que este examine dicha documentación de la manera descrita *supra* mantiene el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS y la protección que este otorga a la ICC y la ICSS inalterados.

El Árbitro solicita que la Unión Europea informe de si accede a conceder el permiso temporal al que se hace referencia *supra* antes del cierre de las oficinas del viernes 14 de agosto de 2020.

¹ Párrafo 24 del Procedimiento relativo a la ICC/ICSS.

ANEXO C-10**COMUNICACIÓN DEL ÁRBITRO A LAS PARTES EN LA QUE SOLICITA AUTORIZACIÓN
PARA EXAMINAR DETERMINADA ICSS ADICIONAL DE LA UE,
DE FECHA 19 DE AGOSTO DE 2020**

1.1. El Árbitro acusa recibo de la carta de la Unión Europea de fecha 10 de agosto de 2020, que se refiere a la comunicación del Árbitro de 5 de agosto de 2020. El Árbitro toma nota también de su comunicación de 17 de junio de 2020, la carta de la Unión Europea de 22 de junio de 2020 y la respuesta del Árbitro a esa carta, de 26 de junio de 2020.

1.2. En su comunicación de 17 de junio de 2020, el Árbitro indicó que la fecha más temprana posible en que preveía facilitar la decisión a las partes (con objeto de garantizar una adecuada expurgación de la ICC/ICSS) era a finales de septiembre de 2020. El Árbitro informa que ahora prevé facilitar la decisión a las partes con ese objeto para finales de septiembre de 2020 a más tardar. La solicitud del Árbitro con miras a obtener una autorización para examinar determinada ICSS durante todo el período hasta la entrega de la decisión a las partes para la revisión de la ICC/ICSS, se formuló para atender cualquier necesidad imprevista de examinar ICSS que, de otra manera, podría retrasar su labor.

1.3. A ese respecto, el Árbitro solicita adicionalmente a la Unión Europea autorización para examinar (de la misma manera y durante el mismo período a los que se hace referencia en la comunicación del Árbitro de 5 de agosto de 2020) la siguiente ICSS de la UE:

1. Número propuesto de pedidos en firme (y modelos de LCA de Airbus asociados) en las siguientes campañas de ventas:
 - a. Campaña de ventas de Fly Dubai 2008 (Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2008, **[[ICSS]]** (Prueba documental EU-5 (ICSS), página 7, cláusula 3.1.1));
 - b. Campaña de ventas de Air Canada 2013 (Oferta definitiva a Air Canada, **[[ICSS]]** (Prueba documental EU-3 (ICSS), página 37, cláusula 2.1));
 - c. Campaña de ventas de Icelandair 2013 (Oferta definitiva a Icelandair, **[[ICSS]]** (Prueba documental EU-8 (ICSS), página 7, cláusula 3.1)); y
 - d. Campaña de ventas de Fly Dubai 2014 (Oferta definitiva en relación con Fly Dubai 2014, **[[ICSS]]** (Prueba documental EU-6 (ICSS), página 5, cláusula 1.1, y páginas 9-10, cláusula 3.1.1)).
2. Valores numéricos de los efectos desfavorables que figuran específicamente en las siguientes pruebas documentales:
 - a. 2RPQ – Valoración de las pérdidas de ventas de aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-85 (ICSS), hoja de cálculo "*Total Adverse Effects*");
 - b. Valoración actualizada de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único (Prueba documental EU-60 (ICSS), hoja de cálculo "*Total Adverse Effects*"); y
 - c. 2RPQ – Valoración de la amenaza de obstaculización para las aeronaves de pasillo único - Calendarios de entregas de Airbus (Prueba documental EU-77 (ICSS), hoja de cálculo "*Total Adverse Effects*").
3. Examen expositivo (con exclusión de las notas de pie de página) que figura en el apéndice 2 (ICSS) del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento (Prueba documental EU-65 (ICSS), párrafos 160-166 (con exclusión de la primera frase del párrafo 163 y la última frase del párrafo 164) y 266-271 (con exclusión de la segunda frase del párrafo 270)).

1.4. En el caso de que el Árbitro formule una solicitud subsiguiente en relación con cualquier otra ICSS de la UE, lo hará antes del cierre de las oficinas del lunes 31 de agosto de 2020.

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**

Recordarán que el 28 de septiembre de 2020 el Árbitro facilitó a las partes con antelación copias de la versión que no contiene ICC y la versión que contiene ICC de la decisión relativa a la diferencia *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 22.6 - Estados Unidos)*, así como un CD-ROM con los cálculos ICSS del Árbitro.

Se informó a las partes de que, en ese momento, los documentos podían contener ICC y/o ICSS y de que los documentos se facilitaron antes de la distribución de la decisión con la finalidad expresa de que las partes pudieran comprobar su contenido para asegurarse de que no se divulgara inadvertidamente ICC o ICSS en la versión pública de la decisión. Se trataba de un procedimiento que el Árbitro estableció en el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS específicamente con el fin de proteger la información confidencial de las partes a los efectos de la presente diferencia.

En consecuencia, y tal como se explicaba en la carta de presentación que acompañaba a esa documentación, el Árbitro indicó expresamente que la totalidad del texto de la decisión del Árbitro, incluidas las cifras y la información no designadas como ICC, debe seguir siendo estrictamente confidencial hasta que se distribuya la versión pública de la decisión.

El Árbitro tuvo conocimiento de noticias de prensa en que constaba la cuantía de las contramedidas, publicadas en las primeras horas del 30 de septiembre de 2020, así como de noticias publicadas en otros medios de comunicación el mismo 30 de septiembre de 2020 y en fechas posteriores. La lista de las noticias de prensa de las que el Árbitro tiene actualmente conocimiento figura adjunta a la presente carta.

En su comunicación de 2 de octubre de 2020, los Estados Unidos hicieron referencia a un artículo de prensa de Bloomberg del 30 de septiembre de 2020 y declararon que ninguna de sus personas autorizadas "filtró el contenido del informe confidencial". Asimismo, pidió al Árbitro que investigara la fuente de esa filtración y adoptara las medidas oportunas.

En su comunicación de 6 de octubre de 2020, la Unión Europea expresó también una preocupación similar por la filtración y afirmó que la filtración apareció inicialmente en un artículo de Reuters del 30 de septiembre de 2020. La Unión Europea declaró que ninguna de sus personas autorizadas ni ningún miembro de su delegación (estuviesen o no autorizados con respecto a la ICC/ICSS) "fue la fuente de la filtración".

Los miembros del Árbitro han afirmado rotundamente que, en todos los momentos pertinentes, i) han tratado la decisión, incluida la ICC/ICSS en ella contenida, de conformidad con el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS, y ii) en todos los demás aspectos, han tratado la decisión del Árbitro como estrictamente confidencial.

Asimismo, el Árbitro ha solicitado al Director de la División de Asuntos Jurídicos de la OMC que pregunte a todos los funcionarios de la Secretaría de la OMC que tuvieran acceso al proyecto de decisión (todos aquellos incluidos en la lista de personas autorizadas de la OMC que figura en la carta adjunta). Todas esas personas han afirmado rotundamente que, en todos los momentos pertinentes, i) han tratado la decisión, incluida la ICC/ICSS en ella contenida, de conformidad con el Procedimiento relativo a la ICC/ICSS, y ii) en todos los demás aspectos, han tratado la decisión del Árbitro como estrictamente confidencial.

El Árbitro considera que, si todas las personas que tenían acceso a la decisión la hubiesen tratado efectivamente en todos los aspectos como estrictamente confidencial, sencillamente no es posible que la cuantía de las contramedidas se hubiera comunicado a alguna persona que estuviese autorizada a comunicarla a un periodista para su publicación en un artículo de prensa.

El Árbitro condena el hecho de que no se haya respetado la estricta confidencialidad del contenido de su decisión. El Árbitro considera que esas acciones socavan en última instancia la integridad del proceso de solución de diferencias y el necesario respeto del principio de buena fe, un elemento fundamental y necesario para participar en un procedimiento de esta naturaleza.
