



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

RECURSO DE LOS ESTADOS UNIDOS AL PÁRRAFO 5  
DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

AB-2016-6

*Informe del Órgano de Apelación*

*ICC suprimida donde se indica [ICC]*

---

**ÍNDICE**

	<u>Página</u>
<b>1 INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>13</b>
1.1 Procedimiento inicial .....	13
1.2 Procedimiento sobre el cumplimiento .....	15
1.2.1 Procedimiento del Grupo Especial .....	15
1.2.2 Procedimiento de apelación y cuestiones de procedimiento .....	18
<b>2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES.....</b>	<b>24</b>
<b>3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES .....</b>	<b>24</b>
<b>4 CUESTIONES PLANTEADAS EN APELACIÓN .....</b>	<b>24</b>
<b>5 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN.....</b>	<b>27</b>
5.1 Párrafo 5 del artículo 21 del ESD: las medidas relativas al Mühlenberger Loch y al aeropuerto de Bremen.....	27
5.1.1 Las constataciones del Grupo Especial .....	28
5.1.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de formular una constatación sobre si la Unión Europea había "retirado" las medidas relativas al Mühlenberger Loch y al aeropuerto de Bremen .....	30
5.2 Párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC .....	35
5.2.1 Las constataciones del Grupo Especial .....	35
5.2.2 Argumentos formulados en apelación .....	36
5.2.3 La cuestión de si la apelación de los Estados Unidos está comprendida en el alcance del examen en apelación .....	39
5.2.4 El criterio jurídico establecido en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.....	45
5.2.5 La alegación formulada en apelación por los Estados Unidos .....	48
5.2.6 Conclusión .....	53
5.3 Beneficio .....	54
5.3.1 Tipo deudor para empresas.....	54
5.3.1.1 Las constataciones del Grupo Especial .....	55
5.3.1.2 Exposición general de la jurisprudencia pertinente relativa al análisis del beneficio.....	61
5.3.1.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al no identificar debidamente el "tipo deudor para empresas" .....	64
5.3.1.4 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al rechazar el rendimiento pertinente del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB .....	73
5.3.1.5 La apelación condicional de la Unión Europea .....	78
5.3.1.5.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al incluir el promedio de rendimiento del bono de EADS durante seis meses en su determinación del tipo deudor para empresas.....	78
5.3.1.5.2 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al incluir el promedio de rendimiento del bono de EADS durante seis meses en su determinación del tipo deudor para empresas .....	81

	<u>Página</u>
5.3.1.6 Conclusión sobre las constataciones del Grupo Especial relativas al tipo deudor para empresas.....	85
5.3.2 Prima de riesgo para proyectos específicos .....	86
5.3.2.1 Las constataciones del Grupo Especial .....	88
5.3.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial cometió un error jurídico al no establecer una prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB sobre la base de los riesgos asociados al proyecto A350XWB.....	92
5.3.2.2.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no llevar a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado y adoptar la referencia más adecuada .....	93
5.3.2.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no efectuar ajustes del punto de referencia para velar por la comparabilidad.....	98
5.3.2.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.....	101
5.3.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las diferencias de riesgo que pueden afectar a la prima de riesgo para proyectos específicos .....	105
5.3.2.3.1 Riesgo del programa.....	106
5.3.2.3.1.1 Riesgo de desarrollo .....	106
5.3.2.3.1.2 Riesgo de mercado y comparación del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado .....	115
5.3.2.3.1.3 Conclusión global sobre el riesgo del programa .....	119
5.3.2.3.2 Riesgo de los contratos.....	120
5.3.2.3.2.1 La cuestión de si el Grupo Especial no comparó correctamente las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A380.....	120
5.3.2.3.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial omitió comparar las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380 .....	124
5.3.2.3.3 El precio del riesgo .....	126
5.3.2.3.4 Conclusión global con respecto a la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las diferencias de riesgo que pueden afectar a la prima de riesgo para proyectos específicos .....	129
5.3.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial adoptó erróneamente una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB .....	130
5.3.2.4.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al adoptar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB .....	130
5.3.2.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al adoptar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB .....	132
5.3.2.5 Conclusión sobre las constataciones del Grupo Especial relativas a la prima de riesgo para proyectos específicos .....	134

	<u>Página</u>
5.3.3 Conclusiones generales sobre las constataciones del Grupo Especial relativas al "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.....	136
5.4 Párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC .....	137
5.4.1 Introducción.....	137
5.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.....	139
5.4.2.1 Alegaciones y argumentos en apelación .....	139
5.4.2.2 Interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.....	141
5.4.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la "vida" <i>ex ante</i> de determinadas subvenciones de AEP/FEM había expirado - apelación condicional de los Estados Unidos .....	148
5.4.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su constatación relativa al reembolso de la contribución financiera - apelación condicional de la Unión Europea .....	157
5.5 La apelación consiguiente formulada por la Unión Europea al amparo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC .....	158
5.6 Artículos 5 y 6, y párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC: efectos desfavorables .....	160
5.6.1 Producto similar no subvencionado .....	163
5.6.1.1 Constataciones formuladas en el procedimiento inicial .....	163
5.6.1.2 Argumentos formulados ante el Grupo Especial y constataciones del Grupo Especial en el procedimiento sobre el cumplimiento.....	165
5.6.1.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación .....	168
5.6.1.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de abordar los argumentos planteados por la Unión Europea .....	170
5.6.1.4.1 La relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC.....	172
5.6.1.5 Conclusión .....	175
5.6.2 Los mercados de productos pertinentes .....	175
5.6.2.1 Argumentos formulados ante el Grupo Especial y constataciones del Grupo Especial .....	175
5.6.2.2 Alegaciones formuladas en apelación.....	184
5.6.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.....	184
5.6.2.3.1 Mercado de LCA de pasillo único.....	189
5.6.2.3.2 Mercado de LCA de doble pasillo .....	194
5.6.2.3.3 Mercado de VLA .....	198
5.6.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.....	205
5.6.2.5 Artículo 11 del ESD .....	206
5.6.2.6 Conclusión general.....	210
5.6.3 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en las LCA de Airbus.....	210
5.6.3.1 Introducción.....	210
5.6.3.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial.....	213
5.6.3.2.1 Constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en las aeronaves A320, A330 y A380 .....	214

	<u>Página</u>
5.6.3.2.2 Constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas en el A350XWB.....	216
5.6.3.2.2.1 Constataciones sobre los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB en el A350XWB .....	217
5.6.3.2.2.2 Constataciones sobre los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el A350XWB .....	220
5.6.3.3 Relación causal en el marco del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.....	221
5.6.3.4 Las constataciones formuladas en el procedimiento inicial y su pertinencia para el presente procedimiento sobre el cumplimiento .....	223
5.6.3.5 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación .....	227
5.6.3.5.1 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 en el A380 .....	229
5.6.3.5.2 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB .....	234
5.6.3.5.2.1 La evaluación por el Grupo Especial de los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB.....	236
5.6.3.5.2.2 La evaluación por el Grupo Especial de los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 .....	246
5.6.3.5.2.3 Conclusión sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el A350XWB.....	248
5.6.3.6 Conclusión general.....	248
5.6.4 Pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización.....	251
5.6.4.1 Introducción.....	251
5.6.4.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial.....	253
5.6.4.2.1 Constataciones sobre la pérdida de ventas significativa.....	254
5.6.4.2.2 Constataciones sobre desplazamiento y obstaculización .....	256
5.6.4.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación .....	258
5.6.4.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del "desplazamiento" y la "obstaculización" .....	262
5.6.4.5 La cuestión de si el Grupo Especial no examinó la "proximidad de la competencia" .....	266
5.6.4.6 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones de pérdida de ventas significativa y "desplazamiento y/u obstaculización" .....	267
5.6.4.6.1 El conjunto de datos examinado por el Grupo Especial .....	267
5.6.4.6.2 Mercado de LCA de pasillo único.....	269
5.6.4.6.3 El mercado de LCA de doble pasillo.....	272
5.6.4.6.3.1 Pérdida de ventas significativa .....	272
5.6.4.6.3.2 "Desplazamiento y/u obstaculización" .....	276
5.6.4.6.4 El mercado de VLA .....	279
5.6.4.6.4.1 Pérdida de ventas significativa .....	279
5.6.4.6.4.2 Desplazamiento y/u obstaculización.....	281
5.6.4.7 La solicitud de los Estados Unidos de que se complete el análisis jurídico en relación con el "desplazamiento y/u obstaculización" .....	285

---

	<u>Página</u>
5.6.4.8 Conclusión general .....	288
5.6.4.8.1 El mercado de LCA de pasillo único.....	288
5.6.4.8.2 El mercado de LCA de doble pasillo.....	289
5.6.4.8.3 El mercado de VLA .....	291
<b>6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES.....</b>	<b>293</b>
6.1 Párrafo 5 del artículo 21 del ESD - las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen .....	293
6.2 Párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC .....	293
6.3 Beneficio .....	294
6.3.1 El cálculo del tipo deudor general para empresas .....	294
6.3.2 El cálculo de la prima de riesgo para proyectos específicos.....	295
6.4 Párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC .....	297
6.5 Apelaciones condicionales al amparo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC .....	297
6.6 Apelación consiguiente de la Unión Europea al amparo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.....	298
6.7 Artículos 5 y 6 y párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC - efectos desfavorables .....	298
6.7.1 Producto similar no subvencionado .....	298
6.7.2 Los mercados de productos pertinentes .....	299
6.7.3 "Efectos producto" de la subvenciones de AEP/FEM para las LCA de Airbus .....	299
6.7.4 Pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización.....	301
6.7.4.1 El mercado de LCA de pasillo único .....	301
6.7.4.2 El mercado de LCA de doble pasillo .....	302
6.7.4.3 El mercado de VLA .....	304

**ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME**

<b>Abreviatura</b>	<b>Descripción</b>
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
AEP/FEM	"ayuda para emprender proyectos" o "financiación por los Estados miembros"
Aérospatiale	fabricante aeroespacial francés, Aérospatiale Société Nationale Industrielle
BAE Systems	British Aerospace Systems
BAII	beneficios antes de intereses e impuestos
comunicación sobre el cumplimiento	Comunicación de la Unión Europea de fecha 1º de diciembre de 2011, WT/DS316/17
DARE	desarrollo e incremento de la excelencia
declaración complementaria de Mourey	Christophe Mourey, Vicepresidente Superior para Contratos, Airbus, "Supplemental statement on current competitive conditions in the LCA industry", 12 de diciembre de 2012 (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
declaración de Bair	Declaración de Michael Bair, "Products and Competition in the LCA Industry" (16 de agosto de 2012) (Prueba documental USA-339 presentada al Grupo Especial (ICC))
declaración de Mourey	Christophe Mourey, Vicepresidente Superior para Contratos, Airbus, "Statement on Current Competitive Conditions in the LCA Industry", 4 de julio de 2012 (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC))
declaración de Schneider	Declaración de Larry Schneider, Vicepresidente Superior de Desarrollo de Productos, División de aeronaves comerciales de Boeing, "The Relevance of Prior Commercial Aircraft Experience to Existing Model Improvements and New Aircraft Developments", 17 de octubre de 2012 (Prueba documental USA-354 presentada al Grupo Especial (ICC))
declaración de Williams	Declaración de Tom Williams, Vicepresidente Ejecutivo de Programas, Airbus SAS, 17 de mayo de 2013 (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC))
declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB	Oficina del Ingeniero Jefe del A350XWB y de Futuros Proyectos, Airbus, "Declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB", 3 de julio de 2012 (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
declaración sobre la producción del A350XWB	Declaración de Philippe Launay sobre la producción del A350XWB, 14 de enero de 2013 (Prueba documental EU-129 (ICC/ICSS))
Deutsche Airbus	fabricante aeroespacial alemán, Deutsche Airbus GmbH
EADS	European Aeronautic Defence and Space Company N.V. (Compañía Europea de Aeronáutica, Defensa y Espacio)
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
evaluación del Reino Unido	Una evaluación escrita del Gobierno del Reino Unido sobre la justificación de la solicitud de Airbus de AEP/FEM para el A350XWB
exposición del estudio de viabilidad del A350XWB	"Presentation to the EADS Board", [ICC] y "A350XWB Business Case: Assumptions, Sensitivities and Limitations, Presentation to EADS BoD - status", 2 de noviembre de 2006
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
Grupo Especial	Grupo Especial que entendió en el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento
Grupo Especial inicial	Grupo Especial que entendió en el procedimiento inicial
I+D	investigación y desarrollo
I+DT	investigación y desarrollo tecnológico
ICC	información comercial confidencial
ICSS	información confidencial sumamente sensible

Abreviatura	Descripción
informe de amortización de PwC	PricewaterhouseCoopers, "Analysis of the expected life of subsidies to Airbus conferred by Member State Financing Loans, Capital contributions and regional development grants as found in the WTO dispute DS316", 29 de noviembre 2011 y 2 de julio de 2012 (Prueba documental EU-5 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
informe del Grupo Especial	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS316/RW
informe del Grupo Especial inicial	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/R
informe Dorman	Gary J. Dorman, NERA, <i>The Effect of Launch Aid on the Economics of Commercial Airline Programs</i> , 6 de noviembre de 2006 (Prueba documental US-70 presentada al Grupo Especial inicial (ICC))
informe Jordan	Dr. James Jordan, NERA Economic Consulting, "Comparison of A350 XWB LA/MSF Interest Rates with Market Benchmarks", 18 de octubre de 2012 (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
LCA	grandes aeronaves civiles
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010
RCI	rendimiento del capital invertido
réplica del ingeniero jefe del A350XWB	Declaración de Gordon McConnell, Michel Lacabanne, Chantal Fualdes, François Cerbelaud y Burkhard Domke, ingenieros jefes del A350XWB, 13 de diciembre de 2012 (Prueba documental EU-128 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
respuesta de Jordan	Dr. James Jordan, NERA Economic Consulting, "Reply to Professor Whitelaw's Response to Jordan Report", 20 de mayo de 2013 (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
respuesta de Whitelaw a Jordan	Profesor Robert Whitelaw, "Response to Dr Jordan's report on the benefits of MSF", 13 de diciembre de 2012 (Prueba documental EU-121 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))
solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento presentada por los Estados Unidos	solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS316/23
SSNIP	aumento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios
TRI	tasa de rentabilidad interna
USDOC	Departamento de Comercio de los Estados Unidos
VLA	aeronaves de muy gran tamaño



## ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Australia - Salmón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , <a href="#">WT/DS18/AB/R</a> , adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , <a href="#">WT/DS332/AB/R</a> , adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Canadá - Aeronaves</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , <a href="#">WT/DS70/AB/R</a> , adoptado el 20 de agosto de 1999
<i>Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS70/AB/RW</a> , adoptado el 4 de agosto de 2000
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , <a href="#">WT/DS139/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS142/AB/R</a> , adoptado el 19 de junio de 2000
<i>Canadá - Energía renovable/ Canadá - Programa de tarifas reguladas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable/Canadá - Medidas relativas al programa de tarifas reguladas</i> , <a href="#">WT/DS412/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS426/AB/R</a> , adoptados el 24 de mayo de 2013
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , <a href="#">WT/DS276/AB/R</a> , adoptado el 27 de septiembre de 2004
<i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , <a href="#">WT/DS321/AB/R</a> , adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>CE - Accesorios de tubería</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , <a href="#">WT/DS219/AB/R</a> , adoptado el 18 de agosto de 2003
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , <a href="#">WT/DS135/AB/R</a> , adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Determinadas cuestiones aduaneras</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras</i> , <a href="#">WT/DS315/AB/R</a> , adoptado el 11 de diciembre de 2006
<i>CE - Elementos de fijación (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China</i> , <a href="#">WT/DS397/AB/R</a> , adoptado el 28 de julio de 2011
<i>CE - Embarcaciones comerciales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales</i> , <a href="#">WT/DS301/R</a> , adoptado el 20 de junio de 2005
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)</i> , <a href="#">WT/DS26/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS48/AB/R</a> , adoptado el 13 de febrero de 1998
<i>CE - Preferencias arancelarias</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo</i> , <a href="#">WT/DS246/AB/R</a> , adoptado el 20 de abril de 2004
<i>CE - Productos avícolas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas</i> , <a href="#">WT/DS69/AB/R</a> , adoptado el 23 de julio de 1998
<i>CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India - Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS141/AB/RW</a> , adoptado el 24 de abril de 2003
<i>CE - Sardinas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas</i> , <a href="#">WT/DS231/AB/R</a> , adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>CE - Subvenciones a la exportación de azúcar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar</i> , <a href="#">WT/DS265/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS266/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS283/AB/R</a> , adoptado el 19 de mayo de 2005
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , <a href="#">WT/DS316/AB/R</a> , adoptado el 1º de junio de 2011

<b>Título abreviado</b>	<b>Título completo y referencia</b>
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , <a href="#">WT/DS316/R</a> , adoptado el 1º de junio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación <a href="#">WT/DS316/AB/R</a>
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS316/RW</a> y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 22 de septiembre de 2016
<i>Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS207/AB/RW</a> , adoptado el 22 de mayo de 2007
<i>China - Materias primas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas</i> , <a href="#">WT/DS394/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS395/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS398/AB/R</a> , adoptados el 22 de febrero de 2012
<i>China - Partes de automóviles</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles</i> , <a href="#">WT/DS339/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS340/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS342/AB/R</a> , adoptados el 12 de enero de 2009
<i>China - Publicaciones y productos audiovisuales</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento</i> , <a href="#">WT/DS363/AB/R</a> , adoptado el 19 de enero de 2010
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , <a href="#">WT/DS431/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS432/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS433/AB/R</a> , adoptados el 29 de agosto de 2014
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Grupo Especial, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , <a href="#">WT/DS431/R</a> y Add.1 / <a href="#">WT/DS432/R</a> y Add.1 / <a href="#">WT/DS433/R</a> y Add.1, adoptados el 29 de agosto de 2014, confirmados por los informes del Órgano de Apelación <a href="#">WT/DS431/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS432/AB/R</a> / <a href="#">WT/DS433/AB/R</a>
<i>China - Tubos de altas prestaciones (Japón)/China - Tubos de altas prestaciones (UE)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes del Japón/China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes de la Unión Europea</i> , <a href="#">WT/DS454/AB/R</a> y Add.1 / <a href="#">WT/DS460/AB/R</a> y Add.1, adoptados el 28 de octubre de 2015
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas</i> , <a href="#">WT/DS75/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS84/AB/R</a> , adoptado el 17 de febrero de 1999
<i>Corea - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos</i> , <a href="#">WT/DS98/AB/R</a> y Corr.1, adoptado el 12 de enero de 2000
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , <a href="#">WT/DS213/AB/R</a> , adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Acero al carbono (India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India</i> , <a href="#">WT/DS436/AB/R</a> , adoptado el 19 de diciembre de 2014
<i>Estados Unidos - Acero inoxidable (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México</i> , <a href="#">WT/DS344/AB/R</a> , adoptado el 20 de mayo de 2008
<i>Estados Unidos - Acero laminado en caliente</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón</i> , <a href="#">WT/DS184/AB/R</a> , adoptado el 23 de agosto de 2001
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , <a href="#">WT/DS267/AB/R</a> , adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , <a href="#">WT/DS267/R</a> y Add.1 a Add.3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación <a href="#">WT/DS267/AB/R</a>

<b>Título abreviado</b>	<b>Título completo y referencia</b>
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS267/AB/RW</a> , adoptado el 20 de junio de 2008
<i>Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero</i> , <a href="#">WT/DS350/AB/R</a> , adoptado el 19 de febrero de 2009
<i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China</i> , <a href="#">WT/DS379/AB/R</a> , adoptado el 25 de marzo de 2011
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS384/AB/RW</a> / <a href="#">WT/DS386/AB/RW</a> , adoptados el 29 de mayo de 2015
<i>Estados Unidos - EVE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"</i> , <a href="#">WT/DS108/AB/R</a> , adoptado el 20 de marzo de 2000
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS108/AB/RW</a> , adoptado el 29 de enero de 2002
<i>Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina</i> , <a href="#">WT/DS268/AB/R</a> , adoptado el 17 de diciembre de 2004
<i>Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS268/AB/RW</a> , adoptado el 11 de mayo de 2007
<i>Estados Unidos - Gluten de trigo</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas</i> , <a href="#">WT/DS166/AB/R</a> , adoptado el 19 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , <a href="#">WT/DS353/AB/R</a> , adoptado el 23 de marzo de 2012
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación) - Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS353/RW</a> y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 9 de junio de 2017
<i>Estados Unidos - Hilados de algodón</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán</i> , <a href="#">WT/DS192/R</a> , adoptado el 5 de noviembre de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación <a href="#">WT/DS192/AB/R</a>
<i>Estados Unidos - Incentivos fiscales</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles</i> , <a href="#">WT/DS487/AB/R</a> y Add.1, adoptado el 22 de septiembre de 2017
<i>Estados Unidos - Incentivos fiscales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles</i> , <a href="#">WT/DS487/R</a> y Add.1, adoptado el 22 de septiembre de 2017, modificado por el informe del Órgano de Apelación <a href="#">WT/DS487/AB/R</a>
<i>Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea</i> , <a href="#">WT/DS296/AB/R</a> , adoptado el 20 de julio de 2005
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , <a href="#">WT/DS285/AB/R</a> , adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000</i> , <a href="#">WT/DS217/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS234/AB/R</a> , adoptado el 27 de enero de 2003

<b>Título abreviado</b>	<b>Título completo y referencia</b>
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , <a href="#">WT/DS257/AB/R</a> , adoptado el 17 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS277/AB/RW</a> , adoptado el 9 de mayo de 2006, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , <a href="#">WT/DS320/AB/R</a> , adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China</i> , <a href="#">WT/DS449/AB/R</a> y Corr.1, adoptado el 22 de julio de 2014
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China</i> , <a href="#">WT/DS449/R</a> y Add.1, adoptado el 22 de julio de 2014, modificado por el informe del Órgano de Apelación <a href="#">WT/DS449/AB/R</a>
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")</i> , <a href="#">WT/DS294/AB/R</a> , adoptado el 9 de mayo de 2006, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS294/AB/RW</a> y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009
<i>Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero</i> , <a href="#">WT/DS248/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS249/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS251/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS252/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS253/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS254/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS258/AB/R</a> , <a href="#">WT/DS259/AB/R</a> , adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>Guatemala - Cemento I</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México</i> , <a href="#">WT/DS60/AB/R</a> , adoptado el 25 de noviembre de 1998
<i>Indonesia - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , <a href="#">WT/DS54/R</a> , <a href="#">WT/DS55/R</a> , <a href="#">WT/DS59/R</a> , <a href="#">WT/DS64/R</a> , adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y Corr.4
<i>Japón - Manzanas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas</i> , <a href="#">WT/DS245/AB/R</a> , adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>Japón - Productos agrícolas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas</i> , <a href="#">WT/DS76/AB/R</a> , adoptado el 19 de marzo de 1999
<i>México - Impuestos sobre los refrescos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas</i> , <a href="#">WT/DS308/AB/R</a> , adoptado el 24 de marzo de 2006
<i>México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , <a href="#">WT/DS132/AB/RW</a> , adoptado el 21 de noviembre de 2001
<i>Perú - Productos agropecuarios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Perú - Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios</i> , <a href="#">WT/DS457/AB/R</a> y Add.1, adoptado el 31 de julio de 2015
<i>República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos</i> , <a href="#">WT/DS302/AB/R</a> , adoptado el 19 de mayo de 2005

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO  
ÓRGANO DE APELACIÓN

**Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD**

Unión Europea, *Apelante/Apelado*  
Estados Unidos, *Otro apelante/Apelado*

Australia, *Tercero participante*  
Brasil, *Tercero participante*  
Canadá, *Tercero participante*  
China, *Tercero participante*  
Corea, *Tercero participante*  
Japón, *Tercero participante*

AB-2016-6

Sección del Órgano de Apelación:

Ramírez-Hernández, Presidente de la Sección  
Bhatia, Miembro  
Van den Bossche, Miembro

## 1 INTRODUCCIÓN

1.1. La Unión Europea y los Estados Unidos apelan, cada uno, respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*<sup>1</sup> (informe del Grupo Especial). El Grupo Especial fue establecido el 13 de abril de 2012 de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) para examinar una reclamación formulada por los Estados Unidos<sup>2</sup> con respecto a la supuesta falta de aplicación por la Unión Europea<sup>3</sup> y algunos de sus Estados miembros de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en el procedimiento inicial relativo al asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*.<sup>4</sup>

### 1.1 Procedimiento inicial

1.2. En el procedimiento inicial de la presente diferencia, los Estados Unidos alegaron que las Comunidades Europeas y algunos de sus Estados miembros -a saber, Alemania, España, Francia y el Reino Unido- habían causado, mediante la utilización de subvenciones específicas, efectos desfavorables a los intereses de los Estados Unidos en forma de perjuicio grave en el sentido del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).<sup>5</sup> Cada una de estas medidas guardaba relación con el diseño y el

<sup>1</sup> WT/DS316/RW, 22 de septiembre de 2016.

<sup>2</sup> Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS316/23 (solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento presentada por los Estados Unidos).

<sup>3</sup> La Unión Europea sustituyó y sucedió a las Comunidades Europeas a partir del 1º de diciembre de 2009. En consecuencia, en el presente informe, solo nos referimos a las Comunidades Europeas en relación con los hechos que tuvieron lugar durante el procedimiento del Grupo Especial inicial. En el resto de los casos, nos referimos a la Unión Europea.

<sup>4</sup> Las recomendaciones y resoluciones del OSD fueron el resultado de la adopción por el OSD, el 1º de junio de 2011, del informe del Órgano de Apelación, WT/DS316/AB/R, y del informe del Grupo Especial, WT/DS316/R, sobre el asunto *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*. En el presente informe, denominamos "Grupo Especial inicial" al Grupo Especial que examinó la reclamación inicial presentada por los Estados Unidos e "informe del Grupo Especial inicial" a su informe.

<sup>5</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.5 y 3.1-3.3.



desarrollo por Airbus de grandes aeronaves civiles (LCA), que son el producto en cuestión en la presente diferencia.<sup>6</sup>

1.3. El Grupo Especial, establecido el 20 de julio de 2005, constató que las siguientes subvenciones específicas, relacionadas con la producción y el desarrollo de LCA, eran incompatibles con el apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC: i) la "ayuda para emprender proyectos" o la "financiación por los Estados miembros" (AEP/FEM) para los modelos de LCA de Airbus A300, A310, A320, A330, A330-200, A340, A340-500/600 y A380<sup>7</sup>; ii) las "aportaciones de capital" proporcionadas por los Gobiernos de Alemania y de Francia en relación con la restructuración empresarial de los fabricantes aeroespaciales de Alemania, Deutsche Airbus GmbH (Deutsche Airbus), y de Francia, Aérospatiale Société Nationale Industrielle (Aérospatiale)<sup>8</sup>; iii) determinadas medidas de infraestructura y relacionadas con la infraestructura proporcionadas por las autoridades alemanas y españolas a Airbus en forma, entre otras cosas, de donaciones para desarrollo regional<sup>9</sup>; y iv) determinada financiación para investigación y desarrollo tecnológico (I+DT) concedida a Airbus para proyectos de I+DT relacionados con LCA en los que participó Airbus.<sup>10</sup>

1.4. Además, el Grupo Especial inicial constató que los Estados Unidos habían establecido que las AEP/FEM para el A380 concedidas por Alemania, España y el Reino Unido constituían subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 a dicha disposición del Acuerdo SMC.<sup>11</sup>

1.5. En apelación, el Órgano de Apelación revocó la constatación formulada por el Grupo Especial inicial de que los contratos de AEP/FEM de Alemania, España y el Reino Unido para el A380 constituían subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC; no obstante, no pudo completar el análisis jurídico con respecto al párrafo 1 a) del artículo 3 porque en el expediente del Grupo Especial no figuraban constataciones fácticas o hechos indiscutidos suficientes.<sup>12</sup> El Órgano de Apelación también revocó o modificó algunos otros aspectos de las constataciones del Grupo Especial inicial<sup>13</sup> y completó el análisis jurídico cuando había en el expediente constataciones fácticas o hechos indiscutidos suficientes para ello. Con respecto a las cuestiones relacionadas con las subvenciones y los efectos desfavorables, el Órgano de Apelación completó el análisis jurídico y, en última instancia, concluyó lo siguiente: i) la utilización de las medidas de AEP/FEM impugnadas había causado efectos desfavorables a los intereses de los Estados Unidos; y ii) las aportaciones de capital y las medidas de infraestructura (pero no las subvenciones para I+DT) que el Grupo Especial inicial había constatado que

<sup>6</sup> El producto en cuestión es el mismo tanto en el procedimiento inicial y como en el procedimiento sobre el cumplimiento. El Grupo Especial inicial y el Grupo Especial han establecido una distinción entre las LCA y las aeronaves (regionales) más pequeñas o de las aeronaves militares, y han definido las LCA del siguiente modo: {G}randes aeronaves (de peso superior a 15.000 kg) de "fuselaje y alas", con motores turbofan debajo de alas bajas, y destinadas al vuelo subsónico. Las LCA están diseñadas para el transporte de 100 o más pasajeros y/o una carga proporcional a lo largo de las diversas rutas en las que prestan servicio empresas de transporte aéreo de pasajeros y de carga. Las LCA están incluidas en el epígrafe 8802.40 de la clasificación arancelaria del Sistema Armonizado ("Aviones y demás aeronaves, de peso en vacío superior a 15.000 kg").

(Informe del Grupo Especial, párrafo 1.32. Véase también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.1).

<sup>7</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.2 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.290 a) i)-vii), 7.482-7.496 y 8.1 a) i)).

<sup>8</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.2 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1245-7.1249, 7.1302, 7.1323-7.1326, 7.1380-7.1384, 7.1414 y 8.1 c) y d)).

<sup>9</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.2 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1049-7.1053, 7.1097, 7.1100-7.1101, 7.1134, 7.1137-7.1139, 7.1191, 7.1205-7.1211, 7.1244 y 8.1 b) i)-iv)).

<sup>10</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.2 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1427-7.1456, 7.1459-1480, 7.1608 y 8.1 e)).

<sup>11</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.3 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.689 y 8.1 a) ii)).

<sup>12</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.7 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1414 j) y 1415 b)).

<sup>13</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.7 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1414 a), c), d) i)-ii), e) ii), g), i), j), k) y s), y 1415 b)).

constituían subvenciones específicas "complementaron y suplementaron" los efectos de las medidas de AEP/FEM impugnadas.<sup>14</sup>

1.6. El Órgano de Apelación confirmó la recomendación hecha por el Grupo Especial inicial de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC y recomendó que el OSD pidiera a la Unión Europea que pusiera las medidas declaradas incompatibles con el Acuerdo SMC en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de ese Acuerdo.<sup>15</sup>

1.7. El 1º de junio de 2011, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial inicial, modificado por el informe del Órgano de Apelación.<sup>16</sup>

## 1.2 Procedimiento sobre el cumplimiento

### 1.2.1 Procedimiento del Grupo Especial

1.8. Tras la adopción del informe del Grupo Especial inicial y el informe del Órgano de Apelación, la Unión Europea informó al OSD el 1º de diciembre de 2011 en una comunicación sobre el cumplimiento de que había "adoptado las medidas apropiadas" para poner sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y que había logrado así "la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones del OSD".<sup>17</sup> La Unión Europea se refirió, entre otras cosas, a lo siguiente: "a) el reembolso y/o la terminación de la AEP/FEM; b) el aumento de las tasas y los arrendamientos relativos al apoyo a infraestructuras en conformidad con los principios de mercado; y c) asegurarse de que las aportaciones de capital y las subvenciones de ayuda regional ha{bía}n ... 'terminado' y ya no p{odía}n causar efectos desfavorables".<sup>18</sup> La Unión Europea facilitó más información sobre las medidas que había adoptado y los eventos intermedios ocurridos en el mercado, que a su juicio le habían permitido lograr el cumplimiento, en un documento de dos páginas compuesto por 36 párrafos numerados adjunto a su comunicación sobre el cumplimiento.<sup>19</sup>

1.9. El 9 de diciembre de 2011, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con la Unión Europea y los cuatro Estados miembros, alegando que la Unión Europea no había cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.<sup>20</sup> El 30 de marzo de 2012, los Estados Unidos solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD con el mandato uniforme.<sup>21</sup> El OSD estableció el Grupo Especial el 13 de abril de 2012.<sup>22</sup>

1.10. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que las subvenciones pertinentes que han causado efectos desfavorables, según se constató en el procedimiento inicial, seguían causando efectos desfavorables y que, al acordar conceder a Airbus AEP/FEM para la familia de aeronaves A350XWB<sup>23</sup>, los cuatro Estados miembros han "continuado e incluso ampliado" la

<sup>14</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.7 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1414 e) iv), g), l), m), p), q) y r)). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1414 s).

<sup>15</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1416 y 1418.

<sup>16</sup> Acta de la reunión del OSD celebrada el 1º de junio de 2011, WT/DSB/M/297.

<sup>17</sup> Comunicación presentada por la Unión Europea de fecha 1º de diciembre de 2011, WT/DS316/17 (Comunicación sobre el cumplimiento), párrafo 5.

<sup>18</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.6 (donde se cita la comunicación sobre el cumplimiento, párrafo 4).

<sup>19</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.6 (donde se cita la comunicación sobre el cumplimiento, párrafo 4). Las 36 "medidas" identificadas por la Unión Europea se describen y explican más detalladamente en los párrafos 6.8-6.42 del informe del Grupo Especial.

<sup>20</sup> WT/DS316/19 y Corr.1.

<sup>21</sup> WT/DS316/23.

<sup>22</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 1.13.

<sup>23</sup> En el informe del Grupo Especial, párrafos 6.225-6.267, figura una descripción detallada de las medidas de AEP/FEM para el A350XWB. Las medidas de AEP/FEM para el A350XWB no están abarcadas por las recomendaciones y resoluciones del OSD. Ante el Grupo Especial inicial, los Estados Unidos habían impugnado la supuesta concesión de AEP/FEM para el modelo A350 original, pero el Grupo Especial inicial consideró que, a julio de 2015, las pruebas analizadas indicaban que no había un compromiso claro por parte de los Gobiernos de los cuatro Estados miembros de conceder AEP/FEM para el A350 en condiciones de reembolso concentrado

subvención de las actividades de Airbus relacionadas con LCA, lo que causa "efectos desfavorables adicionales" en el sentido del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>24</sup> Sobre esta base, los Estados Unidos afirmaron que la Unión Europea y los cuatro Estados miembros no habían "adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" o "retirar la subvención" en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos también alegaron que las medidas de AEP/FEM para el A350XWB y el A380 son subvenciones prohibidas a la exportación y/o subvenciones prohibidas para la sustitución de importaciones, en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

1.11. El Grupo Especial distribuyó su informe a los Miembros de la OMC el 22 de septiembre de 2016. Los aspectos fácticos del procedimiento del Grupo Especial se resumen detalladamente en los párrafos 1.17 a 1.32 del informe del Grupo Especial.

1.12. El Grupo Especial formuló las siguientes constataciones en su informe:

- a. Solo dos de las 36 supuestas "'medidas' destinadas a cumplir" notificadas por la Unión Europea en su comunicación sobre el cumplimiento (medidas 28 y 29) constituyen "acciones" relacionadas con el grado de subvención en curso de LCA de Airbus. Las 34 "medidas" restantes constituyen "una *aseveración de hechos* o una *presentación de argumentos*" encaminadas a respaldar la teoría de la Unión Europea del cumplimiento".<sup>25</sup>
- b. Las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, así como las alegaciones de subvención prohibida formuladas por los Estados Unidos contra las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 al amparo del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC y las alegaciones de "amenaza de desplazamiento y obstaculización" de las importaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC están comprendidas en el alcance del presente procedimiento sobre el cumplimiento. Las alegaciones de subvención prohibida formuladas por los Estados Unidos contra las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC no están comprendidas en el alcance del presente procedimiento sobre el cumplimiento.<sup>26</sup>
- c. Los Estados Unidos demostraron que las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB son subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC.<sup>27</sup>
- d. Los Estados Unidos no demostraron que las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB sean subvenciones a la exportación prohibidas y/o subvenciones prohibidas para la sustitución de importaciones en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, y que las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 sean subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido de los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>28</sup>
- e. Con respecto al párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la Unión Europea demostró que la "vida" *ex ante* de i) las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320 y A330/A340; ii) las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340; y iii) las subvenciones en forma de aportación de capital "expiró" antes del 1º de junio de 2011. La "vida" *ex ante* de las subvenciones de Francia de AEP/FEM para el A330-200

al final del período, dependiente del éxito y a tipos de intereses inferiores a los del mercado. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.314).

<sup>24</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.3 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 1).

<sup>25</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.a.i-ii. (las cursivas figuran en el original)

<sup>26</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.b.i-iv.

<sup>27</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.c.i.

<sup>28</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.c.ii-iii.



y las subvenciones de España y Francia de AEP/FEM para el A340-500/600 "expiró", respectivamente en **[ICC]** y **[ICC]**. La "vida" *ex ante* de cinco de las subvenciones en forma de donaciones para el desarrollo regional no "expirará" hasta algún momento entre 2054 y 2058, mientras que la de las otras dos "expiró" en torno a 2014.<sup>29</sup>

- f. La Unión Europea no demostró que la "supuesta privatización parcial de Aérospatiale en 1999, las transacciones conducentes a la creación de {European Aeronautic Defence and Space Company N.V. (EADS)} en 2000 y la venta de {British Aerospace Systems' (BAE Systems)} a EADS en 2006 de su participación del 20% en el capital de Airbus SAS fueran 'eventos intermedios' que dieran lugar a la 'extinción' del beneficio de todas las subvenciones en litigio en el presente procedimiento otorgadas antes de esas transacciones".<sup>30</sup>
- g. Las subvenciones pertinentes identificadas en el apartado e. anterior han "expirado" porque "el período total durante el que se esperaba que su 'valor previsto' se 'materializara' ha transcurrido sin que se haya producido ningún 'evento intermedio'".<sup>31</sup>
- h. Con respecto al párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el hecho de que la "vida" *ex ante* de determinadas subvenciones "'expirase' *pasivamente*" antes del final del plazo para la aplicación no equivale al "retiro" de esas subvenciones a los efectos del párrafo 8 del artículo 7. Por consiguiente, la Unión Europea "no ... cumpli-ó} la obligación de 'retirar{ } la subvención' a los efectos del párrafo 8 del artículo 7".<sup>32</sup>
- i. La Unión Europea no estableció que las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo de los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC debían ser rechazadas sobre la base de que el producto "similar" de los Estados Unidos no es "no subvencionado" en el sentido de los párrafos 4 y 5 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>33</sup>
- j. Los Estados Unidos presentaron sus alegaciones relativas a los efectos desfavorables con respecto a "mercados de productos de LCA debidamente definidos", a saber, los mercados mundiales de i) LCA de pasillo único; ii) LCA de doble pasillo; y iii) aeronaves de muy gran tamaño (VLA).<sup>34</sup>
- k. Los "efectos *directos* e *indirectos* de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB combinadas siguen siendo una causa 'auténtica y sustancial' de la presencia actual en el mercado de las familias ... A320, A330 y A380, ya se utilicen las hipótesis 'plausibles' o las hipótesis 'improbables' adoptadas en el procedimiento inicial en relación con los efectos de las mismas subvenciones en el período de 2001 a 2006 como punto de partida del análisis".<sup>35</sup> Los "efectos *directos* e *indirectos* de las subvenciones de AEP/FEM combinadas", a excepción de las subvenciones de AEP/FEM para el A300 y el A310, son una causa "'auténtica y sustancial' de la presencia actual en el mercado de la familia ... A350XWB, ya se utilicen las hipótesis 'plausibles' o las hipótesis 'improbables' adoptadas en el procedimiento inicial en relación con los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el período de 2001 a 2006 como punto de partida del análisis".<sup>36</sup>

<sup>29</sup> El Grupo Especial constató que el hecho de que una o más de las subvenciones impugnadas en el presente procedimiento sobre el cumplimiento pueda haber dejado de existir antes del 1º de junio de 2011 no significa *ipso facto* que la Unión Europea y los cuatro Estados miembros no tengan una obligación de cumplimiento según lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC en relación con esas subvenciones. El Grupo Especial además rechazó los argumentos de la Unión Europea sobre la "extracción" de las subvenciones, que habían sido rechazados por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.i-v).

<sup>30</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.vi.

<sup>31</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.vii.

<sup>32</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.viii-ix. (las cursivas figuran en el original)

<sup>33</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.x.

<sup>34</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xi.

<sup>35</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xii. (las cursivas figuran en el original)

<sup>36</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiii. (las cursivas figuran en el original)

- l. Con respecto al párrafo 3 del artículo 6 y el apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC, los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM, identificadas en el apartado k. anterior, son una causa "auténtica y sustancial" del desplazamiento y/u obstaculización de las importaciones de un producto "similar" de los Estados Unidos en los mercados de LCA de pasillo único, LCA de doble pasillo y de VLA de la Unión Europea, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 6, lo que constituye un perjuicio grave en el sentido del apartado c) del artículo 5. Los efectos "producto" son también una causa "auténtica y sustancial" del desplazamiento y/u obstaculización de las exportaciones" de los mercados de i) LCA de pasillo único de Australia, China y la India; ii) LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur; y iii) VLA de Australia, China, Corea, los Emiratos Árabes Unidos y Singapur, en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6, lo que constituye un perjuicio grave en el sentido del apartado c) del artículo 5. Además, estos efectos "producto" son una causa "auténtica y sustancial" de pérdida de ventas significativa en los mercados mundiales de LCA de pasillo único, LCA de doble pasillo y de VLA, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6, lo que constituye un perjuicio grave en el sentido del apartado c) del artículo 5.<sup>37</sup>
- m. Los efectos de las subvenciones que no son AEP/FEM combinadas (es decir, subvenciones en forma de aportación de capital y determinadas donaciones para desarrollo regional) "complementan y suplementan" los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM combinadas y, por consiguiente, son una causa 'auténtica' de perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del apartado c) del artículo 5". Los Estados Unidos no demostraron que las donaciones para desarrollo regional de España utilizadas para actividades de Airbus relacionadas con aeronaves militares beneficiasen a las actividades relacionadas con las LCA de Airbus, y en consecuencia no establecieron que esas subvenciones "complement{as}en y suplement{as}en" los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM.<sup>38</sup>

1.13. Tras haber constatado que las subvenciones impugnadas han causado un perjuicio grave actual a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial no formuló constataciones con respecto a la alegación condicional de los Estados Unidos de que las subvenciones impugnadas amenazaban causar un perjuicio grave a sus intereses.<sup>39</sup>

### 1.2.2 Procedimiento de apelación y cuestiones de procedimiento

1.14. El 13 de octubre de 2016, la Unión Europea comunicó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de apelación<sup>40</sup> de conformidad con la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación<sup>41</sup> (Procedimientos de trabajo).

1.15. También el 13 de octubre de 2016, el Presidente del Órgano de Apelación recibió una carta conjunta de los participantes, la Unión Europea y los Estados Unidos, en la que se solicitaba a la Sección que entiende en la presente apelación que adoptara un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial (ICC) y la información comercial sumamente sensible (ICSS), en el presente procedimiento de apelación. En su carta, la Unión Europea y los Estados Unidos adujeron, entre otras cosas, que la divulgación de determinada información sensible obrante en el expediente del Grupo Especial perjudicaría gravemente a los fabricantes de LCA en cuestión y posiblemente a sus clientes y proveedores. Los participantes propusieron que el procedimiento adicional adoptado por el Órgano de Apelación en la apelación del asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (DS353), con determinadas modificaciones, sirviera de base para cualquier resolución de procedimiento sobre confidencialidad que se formulara en el presente procedimiento de apelación.

<sup>37</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiv-xvi.

<sup>38</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xvii-xviii.

<sup>39</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xix.

<sup>40</sup> WT/DS316/29.

<sup>41</sup> WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010.

1.16. El mismo día, el Presidente del Órgano de Apelación envió una carta a los participantes y los terceros en la que se indicaba que la Sección que entiende en la presente apelación había decidido, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo, suspender los plazos para la presentación de las comunicaciones escritas y otros documentos en la presente apelación. Se invitó a los terceros a que formularan por escrito observaciones sobre la solicitud conjunta de los participantes, a más tardar el 19 de octubre de 2016. Se recibieron observaciones de Australia, el Brasil y el Canadá. Si bien ninguno de los terceros se opuso a la adopción de un procedimiento adicional para proteger la ICC y la ICSS, el Canadá propuso que en el procedimiento adicional se previera la existencia de una sala de consulta designada en la embajada y/o en otra misión diplomática de la Unión Europea y de los Estados Unidos en las capitales de los terceros participantes.<sup>42</sup> El 24 de octubre de 2016, Australia, los Estados Unidos y la Unión Europea formularon cada uno observaciones sobre la propuesta del Canadá. Australia apoyó la solicitud del Canadá. Los Estados Unidos y la Unión Europea se opusieron, señalando que sería necesario un total de 12 salas de consulta designadas en las respectivas capitales de los terceros participantes, además de la sala de consulta designada en la sede de la OMC, y subrayaron que esto impondría una carga significativa a los participantes. Los Estados Unidos también consideraron que no beneficiaría en mucho a los terceros participantes porque la única diferencia que comportaría el reajuste propuesto sería trasladar la carga de examinar la ICC de los funcionarios de Ginebra a los funcionarios de las capitales.

1.17. Teniendo en cuenta los argumentos presentados por los participantes y las observaciones de los terceros, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entiende en la presente apelación, emitió el 25 de octubre de 2016<sup>43</sup> una resolución de procedimiento por la que se adoptó un procedimiento adicional para proteger la confidencialidad de la ICC y la ICSS en este procedimiento de apelación. La Sección no aceptó el reajuste propuesto por el Canadá, señalando la carga que entrañaría e indicando que los intereses de los terceros participantes se referían principalmente a la correcta interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados, y no a cuestiones fácticas.<sup>44</sup> La Sección también observó que los derechos de los terceros participantes se tendrían en cuenta en el presente procedimiento de apelación, incluso al establecer el calendario de trabajo de esta apelación.

1.18. De conformidad con la resolución de procedimiento de 25 de octubre de 2016, los participantes presentaron el 27 de octubre de 2016 sus listas de personas autorizadas con respecto a la ICC y la ICSS. El 31 de octubre de 2016, los Estados Unidos se opusieron "provisionalmente" a la inclusión de una de las personas autorizadas por la Unión Europea con respecto a la ICC y la ICSS y solicitaron información adicional sobre dicha persona. El 2 y el 18 de noviembre de 2016, respectivamente, la Unión Europea proporcionó información adicional sobre la persona en cuestión y confirmó que había sido contratada por un asesor externo que está sometido a un código exigible de conducta profesional y que asume la responsabilidad del cumplimiento del procedimiento adicional relativo a la ICC/ICSS adoptado por el Órgano de Apelación en el presente procedimiento. La Sección emitió una resolución de procedimiento el 21 de noviembre de 2016, en la que recordó que, de conformidad con la resolución de procedimiento de 25 de octubre de 2016, rechazaría una solicitud de designación de un asesor externo como persona autorizada con respecto a la ICC y la ICSS solo cuando se adujeran razones convincentes. En las circunstancias del presente asunto, la Sección consideró adecuado que la Unión Europea mantuviera a la persona en cuestión en su lista de personas autorizadas con respecto a la ICC y la ICSS.

1.19. El 1º de noviembre de 2016, la Sección facilitó a los participantes y a los terceros un calendario de trabajo para la apelación, donde se establecían las fechas para la presentación de la comunicación del apelante y, de ser el caso, del anuncio de otra apelación y la comunicación en

---

<sup>42</sup> Australia y el Brasil no se opusieron a la solicitud conjunta de los participantes, pero solicitaron que el Órgano de Apelación se asegure de que los derechos de los terceros participantes se tengan en cuenta al establecer el calendario de trabajo en la presente apelación.

<sup>43</sup> La resolución de procedimiento de 25 de octubre de 2016 y el Procedimiento adicional para proteger la información sensible figuran en el anexo D-1 del *addendum* del presente informe (WT/DS316/AB/RW/Add.1). La composición de la Sección fue comunicada a los participantes y a los terceros el 14 de noviembre de 2016.

<sup>44</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados Miembros - Grandes aeronaves civiles*, Anexo III, Resolución de procedimiento y procedimientos adicionales para proteger la información sensible, párrafo 11.

calidad de otro apelante. El 3 de noviembre de 2016, la Unión Europea presentó la comunicación del apelante de conformidad con la Regla 21 de los Procedimientos de trabajo.

1.20. El 10 de noviembre de 2016, los Estados Unidos notificaron al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este y presentaron un anuncio de otra apelación y una comunicación en calidad de otro apelante<sup>45</sup> de conformidad con la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. Los Estados Unidos solicitaron una prórroga, hasta el viernes 11 de noviembre de 2016, y posteriormente hasta el lunes 14 de noviembre de 2016, para presentar el apéndice ICSS de su comunicación, que estaba siendo enviado a Ginebra mediante un servicio de correo urgente internacional. Al aceptar la solicitud de los Estados Unidos, la Sección señaló que la Unión Europea no se había opuesto a la presentación tardía del apéndice y que la presentación tardía no repercutía desfavorablemente en el análisis por el Órgano de Apelación de la presente apelación. No obstante, la Sección subrayó la importancia de cumplir los plazos de presentación de los documentos en aras de la equidad y la sustanciación ordenada del procedimiento de apelación.

1.21. El 14 de noviembre de 2016, la Sección recibió una carta de la Unión Europea en la que esta solicitaba que se designase como ICC determinado texto de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante. Los Estados Unidos respondieron por escrito el 16 de noviembre de 2016 e indicaron que no se oponían a las designaciones de ICC que proponía la Unión Europea en los párrafos 36, 52, 64 y 69 de su comunicación en calidad de otro apelante, pero que se oponían a las designaciones de ICC propuestas en los párrafos 35, 37, 41, 43, 45, 47, 49, 51, 53, 55 y 60 porque la información en cuestión ya podía inferirse de información obrante en el expediente del Grupo Especial que no estaba designada como ICC o ICSS. La Sección examinó los cambios propuestos, teniendo en cuenta los riesgos asociados a la divulgación de la información pertinente y los derechos y deberes establecidos en el ESD y los demás acuerdos abarcados. En una resolución de procedimiento, de fecha 21 de noviembre de 2016, la Sección decidió proceder sobre la base de las designaciones de ICC propuestas por la Unión Europea y solicitó a los Estados Unidos que presentaran copias revisadas de la versión de su comunicación en calidad de otro apelante que contenía ICC y de la que no contenía ICC a más tardar el 23 de noviembre de 2016.

1.22. El 22 de noviembre de 2016, la Sección facilitó a los participantes y a los terceros un calendario de trabajo para la apelación revisado, donde se establecían las fechas para la presentación de las comunicaciones de los apelados y de los terceros participantes. La Sección añadió que las fechas para la celebración de la audiencia serían comunicadas oportunamente.

1.23. El 5 de diciembre de 2016, el Órgano de Apelación recibió una carta de la Unión Europea en la que se hacía referencia a la presente apelación en curso y a las entonces apelaciones previstas de *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)* (DS353) y *Estados Unidos - Incentivos fiscales* (DS487). Remitiéndose a los párrafos 1 y 2 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo y al artículo 9 del ESD, la Unión Europea solicitó que los calendarios de estas tres apelaciones se armonizaran en la mayor medida posible y que las fechas de las audiencias fueran lo suficientemente próximas, de manera que no se resolviera efectivamente en una apelación una cuestión específica antes de que fuera abordada la cuestión conexa en una de las otras apelaciones. El Presidente del Órgano de Apelación invitó a los Estados Unidos y a los terceros a que presentaran observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea el 9 de diciembre de 2016 a más tardar. Los Estados Unidos adujeron que la solicitud de la Unión Europea no encontraba apoyo en el ESD ni en los Procedimientos de trabajo, y que daría lugar a demoras en el procedimiento. Los Estados Unidos declararon que estaban dispuestos a considerar propuestas para que se establecieran plazos para la presentación de las comunicaciones escritas y fechas para la celebración de las audiencias de una manera que permitiera que los participantes y los terceros participantes en cada diferencia defendieran efectivamente sus posiciones en apelación y que el Órgano de Apelación examinara íntegramente las cuestiones planteadas.<sup>46</sup> Se invitó a los participantes y a los terceros a que presentaran observaciones adicionales a más tardar el 16 de diciembre de 2016. La Unión Europea reiteró su solicitud de que las fechas de las audiencias de estas apelaciones fueran lo suficientemente próximas, pero señaló que le parecía

<sup>45</sup> WT/DS316/30.

<sup>46</sup> También se recibieron observaciones del Canadá, China y el Japón.

adecuado que el Órgano de Apelación determinara lo que eso significaría en la práctica.<sup>47</sup> Mediante carta de fecha 22 de diciembre de 2016, el Órgano de Apelación indicó que tendría en cuenta la solicitud de la Unión Europea, así como las observaciones recibidas, durante los procedimientos de apelación en estas tres diferencias.<sup>48</sup>

1.24. El 19 de diciembre de 2016, los Estados Unidos presentaron una carta en la que hacían referencia al calendario de trabajo elaborado por la Sección e informaban de que tendrían serias dificultades para participar en la audiencia si se programara que esta se celebrara durante las semanas del 6 y 13 de marzo de 2017, debido a que miembros fundamentales de su delegación no estarían disponibles en esos períodos. El mismo día, la Unión Europea remitió una carta en la que informaba a la Sección de que, por la misma razón aducida por los Estados Unidos, la Unión Europea tendría dificultades para participar en la audiencia si se programara que esta se celebrara entre el 9 y el 22 de febrero de 2017. Ambos participantes solicitaron a la Sección que tuviera en cuenta esta limitación al establecer las fechas de la audiencia en el presente procedimiento.

1.25. Mediante carta de fecha 21 de diciembre de 2016, el Presidente del Órgano de Apelación notificó al Presidente del OSD que el Órgano de Apelación no podría distribuir su informe en esta apelación en el plazo de 60 días previsto en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD, ni en el plazo de 90 días establecido en la misma disposición.<sup>49</sup> El Presidente indicó que esto se debía a varios factores, entre ellos, el número y la complejidad de las cuestiones planteadas en este procedimiento sobre el cumplimiento, la importante carga de trabajo del Órgano de Apelación, la superposición en la composición de las Secciones que entendían en distintas apelaciones concurrentes y la falta de personal en la Secretaría del Órgano de Apelación. El 4 de mayo de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación informó al Presidente del OSD de que el informe del Órgano de Apelación en el presente procedimiento se distribuiría el no más tarde del 15 de mayo de 2018.<sup>50</sup>

1.26. El 6 de enero de 2017, el Órgano de Apelación recibió una comunicación de la Unión Europea en la que se solicitaba que la Sección modificara la fecha límite para la presentación de las comunicaciones de los apelados del 13 de enero al 20 de enero de 2017. La Sección invitó a los Estados Unidos y a los terceros a que formularan observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea el 10 de enero de 2017 a más tardar. Se recibieron observaciones por escrito de los Estados Unidos, Australia y el Canadá. Los Estados Unidos se opusieron a la solicitud de prórroga. Australia y el Canadá no se opusieron a la prórroga, pero solicitaron que la Sección también prorrogara el plazo para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes si decidía aceptar la solicitud de la Unión Europea. Teniendo en cuenta la extensión de la comunicación en calidad de otro apelante presentada por los Estados Unidos y el calendario de trabajo ampliado adoptado en el presente procedimiento de apelación, la Sección consideró que rechazar la prórroga no daría lugar a una falta manifiesta de equidad y, por lo tanto, rechazó la solicitud de la Unión Europea.

1.27. El 13 de enero de 2017, la Unión Europea y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones del apelado.<sup>51</sup> El 31 de enero de 2017, el Brasil, el Canadá, China y el Japón presentaron sendas comunicaciones en calidad de tercero participante.<sup>52</sup> El mismo día, Australia notificó su intención de comparecer en la audiencia en calidad de tercero participante.<sup>53</sup> El 26 de abril de 2017, Corea también notificó su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> También se recibieron observaciones de los Estados Unidos y de Australia.

<sup>48</sup> Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 1.5.

<sup>49</sup> WT/DS316/31.

<sup>50</sup> WT/DS316/32.

<sup>51</sup> De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

<sup>52</sup> De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

<sup>53</sup> Australia notificó por escrito que no presentaría una comunicación en calidad de tercero participante.

A los efectos de la presente apelación, hemos interpretado que la acción de Australia constituye una notificación por que se expresa su intención de asistir a la audiencia de conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

<sup>54</sup> Corea presentó la lista de su delegación para la audiencia. A los efectos de la presente apelación, hemos interpretado que la acción de Corea constituye una notificación por la que se expresa su intención de asistir a la audiencia de conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

1.28. Mediante carta de fecha 26 de enero de 2017 se informó a los participantes y terceros participantes de que la primera sesión de la audiencia se celebraría del 2 al 5 de mayo de 2017.<sup>55</sup> Mediante carta de fecha 4 de abril de 2017, la Sección invitó a los participantes a que indicaran el 11 de abril de 2017 a más tardar si deseaban solicitar que las sesiones de la audiencia en la presente apelación fueran abiertas a la observación por el público y que, en tal caso, propusieran modalidades específicas al respecto. La Sección también invitó a los terceros participantes a que formularan observaciones a más tardar el 13 de abril de 2017 sobre cualquier solicitud o propuesta de los participantes.

1.29. El 11 de abril de 2017, los participantes solicitaron en una carta conjunta que la audiencia en la presente apelación se abriera a la observación por el público, con sujeción al procedimiento adicional para la protección de ICC e ICSS que se había propuesto y que era similar al empleado en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*. Con respecto a los segmentos de la audiencia que se abrirían a la observación por el público, los participantes sugirieron que las declaraciones iniciales y finales de los participantes y los terceros participantes (que estuvieran de acuerdo con la observación por el público) se grabasen en vídeo, fuesen examinadas por los participantes para comprobar que no se hubiese incluido inadvertidamente ICC o ICSS y se proyectasen al público en una fecha posterior.<sup>56</sup> El 13 de abril de 2017, el Canadá y China presentaron observaciones sobre la solicitud conjunta de los participantes. El Canadá apoyó la propuesta conjunta. Si bien reconocía la necesidad de proteger la ICC/ICSS en el presente procedimiento, China preguntó si era necesaria la total exclusión de las personas no autorizadas con respecto a la ICC de los terceros participantes de los segmentos de la audiencia dedicadas a preguntas y respuestas. En lugar de ello, China propuso que las sesiones dedicadas a las cuestiones de interpretación jurídica se abrieran a todos los terceros participantes y que se celebraran separadamente de las sesiones en las que fuese necesario hacer referencia a ICC/ICSS.

1.30. El 19 de abril de 2017, la Sección emitió una resolución de procedimiento<sup>57</sup> por la que se aceptaba la solicitud de los participantes de abrir a la observación por el público las sesiones en que se pronunciaran las declaraciones iniciales y finales, con sujeción al procedimiento adicional para la celebración de todas las sesiones de la audiencia. Con respecto a la solicitud de China, la Sección consideró que su adopción resultaría difícil dado el volumen de ICC/ICSS en cuestión en esta diferencia. La Sección también recordó a este respecto que los terceros participantes estaban autorizados a designar hasta ocho personas aprobadas con respecto a la ICC y consideró que esto era suficiente para que los terceros participantes estuvieran significativamente representados en la audiencia.

1.31. Mediante carta de fecha 16 de mayo de 2017, la Sección informó a los participantes y los terceros participantes de que la segunda sesión de la audiencia se celebraría del 26 a 29 de septiembre de 2017. Mediante carta de fecha 22 de junio de 2017, la Sección notificó a los participantes y los terceros participantes que la segunda sesión de la audiencia tendría que celebrarse una semana antes de lo previsto inicialmente. La Sección indicó que ello se debía a que no habría salas de reunión disponibles en la OMC debido al Foro Público de la OMC. El mismo día, los Estados Unidos se opusieron a este cambio de calendario, entre otras cosas, porque coincidía con feriados religiosos, y subrayaron que, a su juicio, la organización por parte de la OMC de un foro público no podía anteponerse a la oportuna administración por la OMC de su sistema de solución de diferencias, una función fundamental de la Organización. Los Estados Unidos sugirieron que la segunda sesión de la audiencia se celebrara durante la semana programada inicialmente en un lugar alternativo si no era posible disponer de una sala de reunión en la OMC. Los Estados Unidos dijeron que, subsidiariamente, podrían participar en una sesión programada para la semana del 2 de octubre de 2017, si fuera absolutamente necesario. En una carta de fecha 26 de junio de 2017, la Unión Europea también manifestó su preferencia por que la segunda sesión de la

---

<sup>55</sup> La primera sesión de la audiencia se celebró del 2 al 5 de mayo de 2017 como se había programado y se abordaron los temas siguientes: i) las medidas relativas a Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen; ii) las subvenciones para la sustitución de importaciones; iii) el retiro de las subvenciones y la eliminación de los efectos desfavorables; iv) las apelaciones condicionales formuladas por la Unión Europea y los Estados Unidos relativas a la expiración de las AEP/FEM anteriores al A350XWB; y v) el beneficio.

<sup>56</sup> Los participantes solicitaron que la Sección resolviera los posibles desacuerdos sobre si se había incluido inadvertidamente ICC/ICSS en las declaraciones orales.

<sup>57</sup> La resolución de procedimiento de 19 de abril de 2017 y el Procedimiento adicionales sobre la celebración de la audiencia se incluyen en el anexo D-2 del *addendum* al presente informe (WT/DS316/AB/RW/Add.1).

audiencia se celebrase durante las fechas programadas inicialmente en unas instalaciones fuera de la OMC si fuese necesario, debido, entre otras cosas, a los compromisos profesionales y personales de los miembros de la delegación de la Unión Europea. La Unión Europea además dijo que preferiría claramente que la segunda sesión no se reprogramara para la semana del 2 de octubre de 2017 y, como alternativa, propuso trasladar la sesión a la semana del 9 de octubre de 2017, si resultaba imposible mantener las fechas previstas inicialmente.

1.32. El 7 de julio de 2017, la Sección invitó a los terceros participantes a que formularan observaciones sobre los argumentos y las propuestas de la Unión Europea y los Estados Unidos. No se recibieron observaciones de los terceros participantes. Después de que la Administración de la OMC confirmara que no habría una sala disponible para el Órgano de Apelación durante la semana del Foro Público de la OMC, y teniendo en cuenta la preferencia de los participantes por las fechas previstas inicialmente, la Sección estudió lugares alternativos y tomó disposiciones para que la segunda sesión de la audiencia se celebrara en las fechas previstas inicialmente, del 26 al 29 de septiembre de 2017, en la Organización Meteorológica Mundial.

1.33. Los participantes y los terceros participantes no hicieron referencia a ICC o ICSS en sus declaraciones iniciales o finales en ninguna sesión de la audiencia.<sup>58</sup> De conformidad con la resolución de procedimiento de 19 de abril de 2017, la observación por el público de la primera sesión de la audiencia se limitó a las declaraciones iniciales de los participantes y de los terceros participantes (con excepción de China). Esto se hizo mediante una transmisión diferida de una grabación de vídeo de dichas declaraciones, después de que los participantes tuvieron la oportunidad de examinar la grabación para confirmar que no se había hecho referencia inadvertidamente a ICC o ICSS.<sup>59</sup> Debido a que la segunda sesión de la audiencia se celebró fuera de las instalaciones de la OMC, la observación por el público se realizó mediante una reproducción de audio diferida de la grabación de las declaraciones iniciales y finales.<sup>60</sup>

1.34. Durante las dos sesiones de la audiencia, los participantes y los terceros participantes respondieron a preguntas formuladas por los Miembros de la Sección que entiende en la apelación. En la segunda sesión, la Sección distribuyó a los participantes y los terceros participantes preguntas escritas en relación con la solicitud de los Estados Unidos de que se completara el análisis jurídico con respecto al desplazamiento u obstaculización.<sup>61</sup> La Sección recibió respuestas escritas durante la sesión y se dio a los participantes la oportunidad de formular oralmente observaciones sobre las respuestas escritas del otro participante durante el último día de la audiencia.

1.35. El 30 de junio de 2017 y el 24 de noviembre de 2017, respectivamente, se informó a los participantes y a los terceros participantes de que, con arreglo a la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo, el Presidente del Órgano de Apelación había notificado al Presidente del OSD la decisión del Órgano de Apelación de autorizar a los Miembros del Órgano de Apelación Sr. Ricardo Ramírez-Hernández y Sr. Peter Van den Bossche a que completaran la resolución de la presente apelación, aunque sus respectivos segundos mandatos debían expirar antes de la finalización del presente procedimiento de apelación.

1.36. El 25 de abril de 2018, de conformidad con el apartado xiii) del párrafo 18 de la resolución de procedimiento de 25 de octubre de 2016, la Sección facilitó con antelación a los participantes una copia confidencial del informe del Órgano de Apelación que se distribuiría a los Miembros de la OMC y les invitó a que indicaran, a más tardar el 2 de mayo de 2018, si se había incluido inadvertidamente ICC o ICSS en el informe, y a que pidieran que se eliminara esa información.

<sup>58</sup> No se formularon declaraciones finales en la primera sesión de la audiencia. Corea no pronunció una declaración inicial en ninguna de las sesiones y Australia no pronunció una declaración inicial en la segunda sesión. Además, solo la Unión Europea, los Estados Unidos, el Canadá y el Japón pronunciaron declaraciones finales al final de la segunda sesión.

<sup>59</sup> China no fue incluida en la grabación de vídeo, tras haberse opuesto a que sus declaraciones se abrieran a la observación por el público.

<sup>60</sup> China no fue incluida en la grabación de audio, tras haberse opuesto a que sus declaraciones se abrieran a la observación por el público.

<sup>61</sup> La segunda sesión se celebró del 26 al 29 de septiembre de 2017 como estaba programado y abarcó los temas que no se habían abordado en la primera sesión, a saber: i) mercado de productos; ii) producto similar no subvencionado; iii) relación causal; iv) desplazamiento/obstaculización y pérdida de ventas; y v) compleción del análisis jurídico.

La Sección también dio a cada participante la oportunidad de responder a las observaciones del otro a más tardar el 4 de mayo de 2018. Los Estados Unidos indicaron, el 2 de mayo de 2018, que no habían encontrado ninguna ICC o ICSS fuera del texto que figuraba entre corchetes en el informe del Órgano de Apelación destinado a ser distribuido, y la Unión Europea indicó que había identificado cuatro casos en los que se había incluido inadvertidamente información confidencial. El 8 de mayo de 2018, la Sección informó a la Unión Europea y los Estados Unidos de que había suprimido la información en cuestión en el informe del Órgano de Apelación que se distribuiría a los Miembros.

## 2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

2.1. Las alegaciones y argumentos de los participantes están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas facilitados al Órgano de Apelación.<sup>62</sup> Los anuncios de apelación y de otra apelación, así como los resúmenes de las alegaciones y argumentos de los participantes, figuran en los anexos A y B del *addendum* del presente informe (WT/DS316/AB/RW/Add.1).

## 3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

3.1. Los argumentos de los terceros participantes que presentaron una comunicación escrita están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas facilitados al Órgano de Apelación<sup>63</sup>, que figuran en el anexo C del *addendum* del presente informe (WT/DS316/AB/RW/Add.1).

## 4 CUESTIONES PLANTEADAS EN APELACIÓN

4.1. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones<sup>64</sup>:

- a. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de formular una constatación sobre si la Unión Europea había "retirado" las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y el Mühlenberger Loch en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC;
- b. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos no habían establecido que las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350 XWB de Airbus constituían subvenciones prohibidas para la sustitución de importaciones, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC (planteada por los Estados Unidos);
- c. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al determinar el componente de la referencia de mercado consistente en el "tipo deudor para empresas" correspondiente a las medidas de AEP/FEM para el A350XWB; y, en particular:
  - i. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no determinar el componente de la referencia de mercado consistente en el "tipo deudor para empresas" sobre la base del rendimiento del bono de EADS *en el día de la celebración* de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB; y
  - ii. en caso de que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial no incurrió en error de la forma descrita *supra*, la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al incluir en su cálculo del "tipo deudor para

<sup>62</sup> De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

<sup>63</sup> De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

<sup>64</sup> Salvo que se indique de otro modo, las siguientes cuestiones han sido planteadas por la Unión Europea.



empresas" el rendimiento medio del bono de EADS correspondiente a los seis meses anteriores a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB;

- d. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al utilizar la prima de riesgo que se había aplicado a las medidas de AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial como prima de riesgo para proyectos específicos a fin de determinar si las medidas de AEP/FEM para el A350XWB otorgan un beneficio; y, en particular:
  - i. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no establecer supuestamente una prima de riesgo que refleje mejor los riesgos asociados al proyecto del A350XWB;
  - ii. la cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las diferencias existentes entre los perfiles de riesgo de los proyectos del A380 y del A350XWB; y
  - iii. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al adoptar una única prima de riesgo para proyectos con respecto a cada una de las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB;
- e. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que dicha disposición exige al Miembro al que incumbe la aplicación, respecto del que se ha constatado en el procedimiento inicial que ha otorgado o mantenido subvenciones que causan efectos desfavorables, que "elimin{e} los efectos desfavorables" de las subvenciones, *con independencia de que esas subvenciones continúen o no existiendo* en el plazo para la aplicación;
- f. en caso de que el Órgano de Apelación revoque la interpretación que el Grupo Especial hizo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC:
  - i. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al constatar que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320 y A330/A340, y las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340 expiró antes del 1º de diciembre de 2011 (planteada por los Estados Unidos); y
  - ii. la cuestión de si el Órgano de Apelación constata que la expiración de una subvención *después* de concluido el plazo para la aplicación constituye un "retiro" en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para las aeronaves A330-200 y A340-500/600 expiraron después del 1º de diciembre de 2011 (planteada por los Estados Unidos);
- g. en caso de que el Órgano de Apelación revoque la interpretación que el Grupo Especial hizo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC e intente completar el análisis jurídico sobre la base de una interpretación correcta, la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 (conjuntamente con el artículo 1 del Acuerdo SMC) al constatar que la Unión Europea no ha demostrado que la "vida" de las subvenciones de Francia de AEP/FEM para las aeronaves A310-300 y A330-200, las subvenciones de España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4 y A300-600, y las subvenciones de España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340 terminó cuando Airbus acabó de reembolsar la contribución financiera;
- h. la cuestión de si, como consecuencia del error de interpretación cometido por el Grupo Especial en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, las constataciones

---

formuladas por el Grupo Especial relativas a los efectos desfavorables causados por las subvenciones impugnadas deben revocarse;

- i. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al rechazar la afirmación de la Unión Europea de que los Estados Unidos debían demostrar, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC, que su "producto similar" (las LCA de Boeing) no estaba subvencionado a fin de acreditar sus alegaciones de perjuicio grave formuladas al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC;
- j. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su identificación de los mercados de productos pertinentes; y, en particular:
  - i. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación del término "mercado" que figura en el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC al constatar que dos productos forman parte del mismo mercado de productos mientras haya "alguna" relación de competencia entre los productos y, en consecuencia, al no realizar un análisis "cuantitativo" de la naturaleza e intensidad de la competencia entre los productos para determinar si esta era "importante";
  - ii. subsidiariamente, en la medida en que el Órgano de Apelación constataste que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del término "mercado", si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al no constatar que todos los productos de LCA de Airbus y de Boeing forman parte de un "único" mercado de LCA sobre la base de la existencia de "alguna" competencia entre cada modelo de LCA de Airbus y de Boeing; y
  - iii. la cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al evaluar las alegaciones de efectos desfavorables formuladas por los Estados Unidos sobre la base de la división del mercado en tres segmentos propuesta por los Estados Unidos, sin indagar también si existía "alguna" competencia entre aeronaves que los Estados Unidos habían incluido en mercados de productos separados;
- k. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB, es decir, los efectos de dichas subvenciones en la capacidad de Airbus de lanzar e introducir en el mercado una LCA de Airbus en la forma y en el momento en que lo hizo, siguen siendo una causa "auténtica y sustancial" de la presencia actual en el mercado de las familias A320, A330 y A380 de LCA de Airbus;
- l. la cuestión de si el Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 causaron "efectos directos" en el lanzamiento y la presencia del A380 en el mercado y, en su caso, si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al formular esa constatación;
- m. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM combinadas, a excepción de las subvenciones de AEP/FEM para las aeronaves A300 y A310, son una causa "auténtica y sustancial" de la presencia actual en el mercado de la familia de LCA de Airbus A350XWB; más específicamente:
  - i. la cuestión de si el Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB causaron "efectos directos" en el lanzamiento y la presencia del A350XWB en el mercado y, en su caso, la cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al formular esa constatación; y
  - ii. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que las

subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en la capacidad de Airbus de lanzar el A350XWB; y

- n. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del apartado c) del artículo 5, los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que los Estados Unidos establecieron que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa auténtica y sustancial de la "pérdida de ventas" y el "desplazamiento y/u obstaculización" de LCA estadounidenses en los mercados geográficos y de productos pertinentes; más específicamente:
  - i. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar una relación causal entre las subvenciones impugnadas y la "pérdida de ventas" y el "desplazamiento y/u obstaculización" alegados al no tener en cuenta: i) la "proximidad de la competencia" entre varios modelos de LCA; y ii) los factores de no atribución; y
  - ii. la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar un "desplazamiento y/u obstaculización" en los mercados geográficos y de productos pertinentes en cuestión al: i) no distinguir entre los conceptos de "desplazamiento" y "obstaculización", y formular constataciones de "desplazamiento y/u obstaculización" no diferenciadas; y ii) no utilizar los datos relativos a los volúmenes y las cuotas de mercado pertinentes y no adoptar un número suficientemente grande de puntos de datos para investigar con eficacia las tendencias en el período de referencia elegido.

## 5 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN

### 5.1 Párrafo 5 del artículo 21 del ESD: las medidas relativas al Mühlenberger Loch y al aeropuerto de Bremen

5.1. La Unión Europea alega que, al abstenerse de formular una constatación sobre la cuestión de si la Unión Europea había logrado el cumplimiento con respecto a la medida relativa a las instalaciones de montaje de aviones del Mühlenberger Loch y la medida relativa a la ampliación de la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y también actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.<sup>65</sup>

5.2. En concreto, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en el sentido de que limita el derecho de un demandado inicial de recurrir al párrafo 5 del artículo 21 a una situación hipotética en que concurran las tres condiciones siguientes: i) que el demandado inicial inicie un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21; ii) que el reclamante inicial se niegue a participar en dicho procedimiento; y iii) que el reclamante inicial ya haya suspendido las concesiones otorgadas al demandado inicial de conformidad con el artículo 22 del ESD.<sup>66</sup> A juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial atribuyó así, sin ninguna base textual, esas limitaciones al derecho de un demandado inicial de someter al órgano resolutorio un desacuerdo relativo a la compatibilidad con las normas de la OMC de su medida destinada al cumplimiento.<sup>67</sup> En cuanto a la aplicación del párrafo 5 del artículo 21 por parte del Grupo Especial, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que entre las partes no existía un "desacuerdo" en el sentido de dicha disposición con respecto a las dos medidas en litigio.<sup>68</sup> Por último, la Unión Europea afirma que, al negarse a formular constataciones sobre la cuestión de si la Unión Europea había retirado, en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen, el Grupo Especial se negó indebidamente a ejercer una competencia válidamente establecida, por lo que actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.<sup>69</sup> Sobre la base de estos supuestos errores del análisis del Grupo Especial, la Unión Europea nos solicita que revoquemos las constataciones del Grupo Especial, completemos el análisis jurídico y

<sup>65</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 226.

<sup>66</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 244.

<sup>67</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 244.

<sup>68</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 258-262.

<sup>69</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 270-271.

constatemos que la Unión Europea ha retirado las subvenciones que, según se había constatado, se derivaban de las dos medidas en litigio.<sup>70</sup>

5.3. Antes de abordar las alegaciones de error formuladas por la Unión Europea, recordamos brevemente el análisis que realizó el Grupo Especial con respecto de las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen.

#### 5.1.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.4. Con respecto a la medida relativa a la ampliación de la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen, el Grupo Especial señaló que "las alegaciones de incumplimiento formuladas por los Estados Unidos no incluían alegaciones respecto de esta medida."<sup>71</sup> Respecto de la medida relativa a las instalaciones de montaje de aviones del Mühlenberger Loch, el Grupo Especial señaló que la medida estaba comprendida inicialmente en el ámbito de la impugnación de los Estados Unidos sobre el cumplimiento alegado por la Unión Europea. No obstante, tras haber analizado la explicación que la Unión Europea había dado en su primera comunicación escrita al Grupo Especial sobre el método que había utilizado para ajustar el arrendamiento de la instalación del Mühlenberger Loch a un tipo de mercado, los Estados Unidos decidieron posteriormente no proseguir con su alegación relativa a esta medida.<sup>72</sup> En la nota 1847 al párrafo 6.1102 de su informe, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

El grado en que el reembolso total o parcial de una subvención o la adaptación de sus condiciones a una referencia de mercado pueden equivaler al "retiro" de una subvención a los efectos del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC son cuestiones que no se han sometido a nuestra consideración y, por consiguiente, no formulamos constataciones específicas sobre si esas acciones pueden ser suficientes para poner a un Miembro al que incumbe la aplicación en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo SMC. Sin embargo, observamos que los Estados Unidos no impugnan el supuesto "retiro" por la Unión Europea de las subvenciones en relación con la ampliación de la pista de aterrizaje del Aeropuerto de Bremen y las instalaciones de montaje de aeronaves de Mühlenberger Loch, que se constató que causaban efectos desfavorables en el procedimiento inicial. Según la Unión Europea, las condiciones de estas subvenciones se adaptaron a una referencia de mercado antes de la conclusión del plazo para la aplicación.<sup>73</sup>

5.5. Análogamente, el Grupo Especial señaló que las alegaciones formuladas por los Estados Unidos en relación con la continuación de los efectos desfavorables "no comprendían las medidas de subvención relacionadas con el Mühlenberger Loch y la ampliación de la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen que en el procedimiento inicial se constató causaban efectos desfavorables".<sup>74</sup>

5.6. Durante la etapa intermedia de reexamen del procedimiento del Grupo Especial<sup>75</sup>, la Unión Europea solicitó al Grupo Especial que constatará que las dos medidas destinadas a cumplir relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen habían dado lugar al "retiro" de las subvenciones respectivas en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.<sup>76</sup> La Unión Europea afirmó que el derecho de un demandado inicial a que un grupo especial sobre el cumplimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD evalúe la compatibilidad con la OMC de una medida destinada a cumplir había sido reconocido explícitamente por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión y Canadá - Mantenimiento de la*

<sup>70</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 272.

<sup>71</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.20 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 5 y 35).

<sup>72</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 5.75 y 6.22.

<sup>73</sup> Véase también el informe del Grupo Especial, nota 109 al párrafo 6.42.

<sup>74</sup> Informe del Grupo Especial, nota 53 al párrafo 6.3.

<sup>75</sup> La segunda, y última, ronda de comunicaciones escritas al Grupo Especial finalizó el 15 de enero de 2013. La reunión del Grupo Especial con las partes en la presente diferencia se celebró los días 16 a 18 de abril de 2013. El Grupo Especial distribuyó su informe provisional a las partes el 11 de diciembre de 2015. Las partes presentaron sus observaciones sobre el informe provisional el 22 de enero de 2016 y respondieron a las observaciones de la otra parte el 12 de febrero de 2016.

<sup>76</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.74.

*suspensión*.<sup>77</sup> En respuesta, los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que rechazara la solicitud de la Unión Europea y confirmaron que, como se declaraba en su segunda comunicación escrita al Grupo Especial, no mantenían las alegaciones con respecto a las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen.<sup>78</sup>

5.7. En respuesta a la solicitud de constataciones presentada por la Unión Europea durante la etapa intermedia de reexamen, el Grupo Especial recordó que su función en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD era realizar una evaluación objetiva de si la Unión Europea había cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la medida en que existía un "desacuerdo" en cuanto a la existencia ... o la compatibilidad" de las "medidas destinadas a cumplir".<sup>79</sup> A este respecto, el Grupo Especial señaló que ninguna de las partes había cuestionado la "existencia" de las medidas destinadas a cumplir adoptadas por la Unión Europea y constató que no había un desacuerdo actual entre las partes en cuanto a la conformidad de las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen con las disciplinas pertinentes del Acuerdo SMC o a si estas medidas cumplían las recomendaciones y resoluciones del OSD.<sup>80</sup> En opinión del Grupo Especial, si no había tal "desacuerdo", no había que determinar ninguna cuestión relativa a la compatibilidad con la OMC en lo que se refería a esas medidas.<sup>81</sup>

5.8. A continuación, el Grupo Especial abordó el recurso de la Unión Europea a los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*. El Grupo Especial señaló que, en esas diferencias, el Órgano de Apelación había abordado la situación hipotética en que: i) el demandado inicial inicia un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21; ii) el reclamante inicial se niega a participar en dicho procedimiento; y iii) el reclamante inicial ya ha suspendido concesiones otorgadas al demandado inicial de conformidad con el artículo 22 del ESD.<sup>82</sup> El Grupo Especial entendió que el Órgano de Apelación consideraba que "en ese supuesto, el grupo especial sobre el cumplimiento tendría que 'formula{r} su determinación sobre la base de una acreditación *prima facie* presentada por el demandado inicial de que su medida de aplicación le ha puesto en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD'".<sup>83</sup> El Grupo Especial consideró que la situación era diferente en el presente asunto y señaló que el reclamante inicial -es decir, los Estados Unidos- (y no el demandado inicial) había iniciado el presente procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21, en el que ambas partes participaban, y que la suspensión de concesiones no se había aprobado ni puesto en práctica.<sup>84</sup> Además, el Grupo Especial constató que en el presente procedimiento no existía un "desacuerdo" pertinente o la "exigencia que conlleva".<sup>85</sup>

5.9. Por todas estas razones y "a falta de refutación explícita por los Estados Unidos de las medidas destinadas a cumplir adoptadas por la Unión Europea con respecto a las subvenciones para Mühlenberger Loch o la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen", el Grupo Especial constató que "el párrafo 5 del artículo 21 del ESD no obliga{ba} al Grupo Especial sobre el cumplimiento en la presente diferencia a formular constatación alguna sobre la compatibilidad de tales medidas con los acuerdos abarcados".<sup>86</sup> Por último, remitiéndose al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, el Grupo Especial señaló que, en estas circunstancias, "los Estados Unidos no estarían autorizados a solicitar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los

<sup>77</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.74 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 358).

<sup>78</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.75. El Grupo Especial señaló que los Estados Unidos no pretendían que se formulara una constatación de que la Unión Europea no había cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto a esas medidas, ni adujeron que esas subvenciones causaran efectos desfavorables tras el final del plazo para la aplicación. (*Ibid.*).

<sup>79</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.76 (donde se cita el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (las cursivas son del Grupo Especial)).

<sup>80</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.76.

<sup>81</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.76.

<sup>82</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.77.

<sup>83</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.77 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 358).

<sup>84</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.77.

<sup>85</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.77.

<sup>86</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.78.

acuerdos abarcados en relación con las medidas para Mühlenberger Loch y la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen".<sup>87</sup>

### **5.1.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de formular una constatación sobre si la Unión Europea había "retirado" las medidas relativas al Mühlenberger Loch y al aeropuerto de Bremen**

5.10. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece que las "diferencia{s}" derivadas de un "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado ... se resolverá{n} conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto". El Órgano de Apelación ha subrayado la naturaleza "obligatoria" e "imperativ{a}" del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 para resolver las diferencias relativas a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con las normas de la OMC.<sup>88</sup>

5.11. En *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación declaró que un "desacuerdo", en el sentido del párrafo 5 del artículo 21, en cuanto a la compatibilidad con los Acuerdos de la OMC de una medida destinada a cumplir "surge de la existencia de opiniones contrarias: la del reclamante inicial de que tal medida es incompatible con los Acuerdos de la OMC o de que solo da lugar a un cumplimiento parcial, y la del demandado inicial de que la medida es compatible con los Acuerdos de la OMC y da lugar al pleno cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD".<sup>89</sup> El párrafo 5 del artículo 21 no indica cuál de las partes puede iniciar los procedimientos que prevé esa misma disposición. Su texto es neutro en ese sentido, y está abierto a que tanto una parte como la otra sometan el asunto a un grupo especial sobre el cumplimiento para que resuelva un desacuerdo sobre la existencia de medidas destinadas a cumplir o la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado.<sup>90</sup> Por lo tanto, el texto del párrafo 5 del artículo 21 no impide al demandado inicial entablar un procedimiento previsto en esta disposición para obtener la confirmación de que sus medidas de aplicación son compatibles con las normas de la OMC.<sup>91</sup>

5.12. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD es "aplicable en general" a las solicitudes de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.<sup>92</sup> El párrafo 5 del artículo 21, por su parte, vincula expresamente las medidas destinadas a cumplir a las recomendaciones y resoluciones del OSD.<sup>93</sup> Al desempeñar su función resolutoria, la labor de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 es resolver las "diferencias" derivadas de un "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". En virtud del artículo 11 del ESD, que también rige el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, la función de un grupo especial sobre el cumplimiento es "examinar plenamente" y de una manera objetiva, las cuestiones que planteen las partes.<sup>94</sup> Igual que corresponde al grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 -y no al reclamante o al demandado-

<sup>87</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.78.

<sup>88</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 340. Véanse también los párrafos 336 y 339.

<sup>89</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 347.

<sup>90</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 347.

<sup>91</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 347.

<sup>92</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, párrafo 59. El Órgano de Apelación explicó además que, "habida cuenta de que el párrafo 5 del artículo 21 se refiere a los procedimientos relativos al cumplimiento, es necesario interpretar el párrafo 2 del artículo 6 a la luz del párrafo 5 del artículo 21. Dicho de otra forma, es necesario adaptar las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6, aplicables a la solicitud de establecimiento de un grupo especial inicial, a la solicitud de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21". (*Ibid.*).

<sup>93</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, párrafos 61 y 93.

<sup>94</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 151.

determinar si una medida concreta es una medida "destinada a cumplir"<sup>95</sup>, también corresponde al grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, y no a las partes, determinar si existe un "desacuerdo" objetivamente identificable entre las partes. En consecuencia, un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 debe realizar su evaluación objetiva de la existencia de medidas destinadas a cumplir y de la compatibilidad de dichas medidas con las normas de la OMC a la luz de los argumentos y las pruebas sometidos por las partes a su consideración, y las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD.

5.13. Teniendo en cuenta estas consideraciones, comenzamos examinando la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD al limitar el derecho de un demandado inicial a someter al órgano resolutorio un desacuerdo relativo a la compatibilidad con las normas de la OMC de una medida destinada a cumplir a situaciones hipotéticas en que concurren cada una de las tres condiciones siguientes: i) que el demandado inicial entable un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21; ii) que el reclamante inicial se niegue a participar en dicho procedimiento; y iii) que el reclamante inicial ya haya suspendido concesiones otorgadas al demandado inicial de conformidad con el artículo 22 del ESD.<sup>96</sup>

5.14. Al contrario de lo que indica la Unión Europea, no consideramos que el Grupo Especial desestimara la solicitud de constataciones presentada por la Unión Europea sobre la base de que supuestamente no concurrieran las tres "condiciones" analizadas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*.<sup>97</sup> En lugar de ello, el Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre la compatibilidad con las normas de la OMC de las dos medidas en litigio porque constató que "no ha{bía} ningún desacuerdo pertinente entre las partes que {se} deb{ier}a resolver".<sup>98</sup> Al hacerlo, el Grupo Especial distinguió entre las cuestiones planteadas en el presente asunto y las planteadas en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*.<sup>99</sup> No consideramos que el razonamiento del Grupo Especial por el que se distingue el presente asunto de la situación concreta abordada por el Órgano de Apelación en esas diferencias deba entenderse como que se someten a limitaciones los derechos de las partes a recurrir al procedimiento sobre el cumplimiento al interpretar el párrafo 5 del artículo 21 de la manera que indica la Unión Europea. Como hemos expuesto *supra*, según una interpretación adecuada, el párrafo 5 del artículo 21 está abierto a que tanto una parte como la otra sometan el asunto a un grupo especial sobre el cumplimiento en virtud de esta disposición para que resuelva un desacuerdo sobre la existencia de una medida destinada a cumplir o la compatibilidad de dicha medida con un acuerdo abarcado.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 78.

<sup>96</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 244.

<sup>97</sup> Como el Grupo Especial señaló correctamente, el análisis del Órgano de Apelación sobre la "hipótesis" se basaba en la existencia de un "desacuerdo" entre las partes; es decir, si la suspensión de concesiones en curso seguía estando justificada en virtud del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 5.77).

<sup>98</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.75.

<sup>99</sup> Al solicitar al Grupo Especial que resolviera sobre las dos medidas en litigio, la Unión Europea se basó en la afirmación realizada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión* de que "{s}i el reclamante inicial no presenta una réplica, el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 formulará su determinación sobre la base de una acreditación *prima facie* presentada por el demandado inicial de que su medida de aplicación le ha puesto en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD". (Informe del Grupo Especial, párrafo 5.74 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 358)). En esta afirmación, el Órgano de Apelación abordaba la situación concreta en que un demandado inicial ha entablado un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 contra el reclamante inicial y el reclamante inicial se ha negado a participar en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 entablado por el demandado inicial. El Órgano de Apelación explicó que, en un procedimiento de este tipo entablado por el demandado inicial, un "demandado {es decir, el reclamante inicial} que se niegue a participar en un procedimiento de solución de diferencias perderá la posibilidad de defender su posición y correrá el riesgo de que se formule una constatación a favor del reclamante {es decir, el demandado inicial} que haya acreditado *prima facie* sus argumentos". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 358). Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 5.77.

<sup>100</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 347.

5.15. La Unión Europea además afirma que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD al constatar que no había "desacuerdo" entre las partes, en el sentido de dicha disposición, con respecto a las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen.<sup>101</sup> Según la Unión Europea, existía y sigue existiendo un desacuerdo entre las partes con respecto a las dos medidas destinadas a cumplir en la presente diferencia.<sup>102</sup> En primer lugar, la Unión Europea se refiere a su comunicación sobre el cumplimiento, en la que se identifican las medidas de cumplimiento que adoptó con respecto a las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen. La Unión Europea recuerda que estas medidas se incluyeron en la solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento<sup>103</sup> presentada por los Estados Unidos y afirma que esto es indicativo de un "desacuerdo" en el sentido del párrafo 5 del artículo 21.<sup>104</sup> En segundo lugar, la Unión Europea afirma que en las comunicaciones escritas de las partes al Grupo Especial también se ponen de manifiesto "opiniones contrarias" en cuanto a si las dos medidas en litigio lograron el retiro de las respectivas subvenciones.<sup>105</sup>

5.16. Los Estados Unidos responden que la medida relativa al aeropuerto de Bremen no estaba incluida en su solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento como una de las medidas sobre las que los Estados Unidos solicitaban una resolución del Grupo Especial.<sup>106</sup> Aun suponiendo que la medida relativa al aeropuerto de Bremen estuviese debidamente incluida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento presentada por los Estados Unidos, señalamos que, en su primera comunicación escrita al Grupo Especial, los Estados Unidos aclararon que "no estaban impugnando el cumplimiento por la UE de las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto a {la subvención relacionada con la infraestructura para la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen}"<sup>107</sup>, ni "la eliminación por la UE de la subvención para la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen".<sup>108</sup> En la audiencia del presente procedimiento de apelación, los Estados Unidos confirmaron su posición de que la Unión Europea había adoptado medidas con respecto a la subvención derivada de la medida relativa al aeropuerto de Bremen de tal modo que esta había dejado de producir sus efectos desfavorables y que, por lo tanto, la Unión Europea había "retirado" esa subvención.<sup>109</sup> A la luz de las declaraciones que los Estados Unidos formularon ante el Grupo Especial, y que han confirmado en apelación, entendemos que los Estados Unidos han aclarado que no están impugnando el cumplimiento por la Unión Europea de la medida relativa al aeropuerto de Bremen y que no están formulando ninguna alegación con respecto a esa medida.

5.17. Por lo que se refiere a la medida relativa al Mühlenberger Loch, los Estados Unidos no discuten que esta medida se incluyera expresamente en su solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento como una de las medidas sobre las que se solicitaban constataciones.<sup>110</sup> Señalamos que, a diferencia de la medida relativa al aeropuerto de Bremen, los Estados Unidos formularon inicialmente su alegación con respecto a la medida relativa al Mühlenberger Loch en su primera comunicación escrita al Grupo Especial.<sup>111</sup> Posteriormente, no obstante, los Estados Unidos aclararon que "no mantenían su alegación con respecto a {esa} medida en {ese} momento"<sup>112</sup> y declararon que "las únicas subvenciones que la UE ha{bía} retirado {eran} la tarifa con descuento por la utilización de la pista de Bremen y las condiciones de arrendamiento inferiores a las del mercado de las instalaciones del Mühlenberger Loch".<sup>113</sup>

<sup>101</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 256.

<sup>102</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 257.

<sup>103</sup> WT/DS316/23.

<sup>104</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 258-259. En la audiencia, la Unión Europea afirmó que la solicitud de establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento presentada por los Estados Unidos "incorporaba" la totalidad de la comunicación sobre el cumplimiento de la Unión Europea.

<sup>105</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 260.

<sup>106</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 177.

<sup>107</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, nota 13 al párrafo 5.

<sup>108</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, nota 64 al párrafo 35.

<sup>109</sup> Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>110</sup> Véase la solicitud de establecimiento del grupo especial sobre el cumplimiento presentada por los Estados Unidos, párrafo 5.

<sup>111</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 97.

<sup>112</sup> Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 265.

<sup>113</sup> Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 52.



5.18. En apelación, como apoyo de su posición de que el "desacuerdo" entre las partes con respecto a la medida relativa al Mühlenberger Loch seguía existiendo durante el procedimiento del Grupo Especial, la Unión Europea se basa en el epígrafe de una sección de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, que dice lo siguiente: "Las modificaciones del arrendamiento del Mühlenberger Loch no hicieron que las condiciones fueran compatibles con el mercado y, por lo tanto, no retiraron la subvención".<sup>114</sup> Si bien el texto del título, considerado aisladamente, puede indicar que los Estados Unidos seguían impugnando la medida relativa al Mühlenberger Loch, señalamos que, en la sección correspondiente a ese título, los Estados Unidos aclaraban que "no mantenían su alegación con respecto a {esa} medida en {ese} momento".<sup>115</sup> Entendemos que los Estados Unidos, por lo tanto, abandonaron su alegación con respecto a la medida relativa al Mühlenberger Loch desde su segunda comunicación escrita al Grupo Especial. Asimismo, señalamos a este respecto que la Unión Europea reconoció ante el Grupo Especial que "{l}os Estados Unidos {mostraron} su acuerdo con respecto de las medidas relativas a las tarifas de despegue y aterrizaje del aeropuerto de Bremen y al contrato de arrendamiento de los terrenos del Mühlenberger Loch de Hamburgo".<sup>116</sup>

5.19. Hasta la etapa intermedia de reexamen del procedimiento del Grupo Especial, la Unión Europea no solicitó al Grupo Especial que formulara constataciones con respecto a las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y el Mühlenberger Loch. Al solicitar al Grupo Especial que rechazara la solicitud presentada por la Unión Europea durante la etapa intermedia de reexamen, los Estados Unidos reafirmaron que no mantenían las alegaciones relativas a esas dos medidas.<sup>117</sup> Los Estados Unidos confirmaron en la primera sesión de la audiencia en el presente procedimiento de apelación que consideraban que la Unión Europea había "retirado" la subvención derivada de la medida relativa al Mühlenberger Loch de tal modo que esta había dejado de producir sus efectos desfavorables.<sup>118</sup>

5.20. Como se ha analizado *supra*, en el marco del párrafo 5 del artículo 21, un "desacuerdo" en cuanto a la compatibilidad con los Acuerdos de la OMC de una medida destinada a cumplir "surge de la existencia de opiniones contrarias: la del reclamante inicial de que tal medida es incompatible con los Acuerdos de la OMC o de que solo da lugar a un cumplimiento parcial, y la del demandado inicial de que la medida es compatible con los Acuerdos de la OMC y da lugar al pleno cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD".<sup>119</sup> Con arreglo al artículo 11 del ESD, corresponde al grupo especial determinar si entre las partes existe un "desacuerdo" objetivamente identificable en el sentido del párrafo 5 del artículo 21.

5.21. Al incluir las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y el Mühlenberger Loch en su comunicación sobre el cumplimiento, la Unión Europea consideró que esas medidas son compatibles con los Acuerdos de la OMC y que la ponían en plena conformidad con las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD. Entendemos, sobre la base de una lectura conjunta de las declaraciones formuladas ante el Grupo Especial, que los Estados Unidos no cuestionaron ni impugnaron esta opinión defendida por la Unión Europea.<sup>120</sup> Por lo tanto, a la luz de las declaraciones efectuadas por los Estados Unidos y la Unión Europea ante el Grupo Especial, este, en nuestra opinión, constató correctamente que no existía ningún "desacuerdo" que debiera resolver en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.<sup>121</sup> Una vez que los Estados Unidos aclararon que no cuestionaban las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y el Mühlenberger Loch<sup>122</sup>, el Grupo Especial no estaba obligado, en las circunstancias del presente asunto, a

<sup>114</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 260 (donde se cita la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, sección IV.C.4).

<sup>115</sup> Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 265.

<sup>116</sup> Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 72. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>117</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.75.

<sup>118</sup> Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>119</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 257 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión / Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 347).

<sup>120</sup> Nuestra interpretación se ve confirmada por las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas durante la primera sesión de la audiencia en la presente apelación.

<sup>121</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.77.

<sup>122</sup> En la audiencia de la presente apelación, los Estados Unidos confirmaron que, no impugnarían las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y al Mühlenberger Loch en nuevos procedimientos en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD debido a que, a su juicio, las subvenciones derivadas de esas medidas no

pronunciarse sobre el fundamento de las alegaciones de compatibilidad con las normas de la OMC y/o cumplimiento con respecto de esas dos medidas.

5.22. Por último, la Unión Europea alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al abstenerse de evaluar la cuestión de si la Unión Europea había logrado el retiro, en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del SMC, de las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen.<sup>123</sup> La Unión Europea afirma que un grupo especial actúa de manera incompatible con el artículo 11 del ESD si se niega a ejercer una competencia válidamente establecida con respecto a la cuestión que le haya sido sometida.<sup>124</sup> Recordando su posición de que el "desacuerdo" entre las partes seguía existiendo durante el procedimiento del Grupo Especial, la Unión Europea afirma que la "cuestión" relativa a las dos medidas en litigio había sido debidamente sometida al Grupo Especial y que este debía haberla abordado.<sup>125</sup>

5.23. Estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que indica que un grupo especial actúa de manera incompatible con el artículo 11 del ESD si se niega a ejercer una competencia válidamente establecida.<sup>126</sup> No obstante, de ello no se desprende que, una vez establecida la competencia, un grupo especial de la OMC deba pronunciarse sobre los fundamentos sustantivos de cada una de las alegaciones que le hayan sido presentadas.<sup>127</sup> En el asunto que nos ocupa, no hemos constatado que el Grupo Especial incurriera en error al concluir que no existía un "desacuerdo" entre las partes con respecto a las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y el Mühlenberger Loch. En tales circunstancias, el Grupo Especial no estaba obligado a formular constataciones sobre la existencia de esas medidas y su compatibilidad con las normas de la OMC y, por lo tanto, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error a tenor del artículo 11 del ESD.

5.24. Además, señalamos que el Grupo Especial no constató que la Unión Europea hubiese actuado de manera incompatible con las normas de la OMC o que no hubiese cumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC con respecto a las medidas relativas al aeropuerto de Bremen y el Mühlenberger Loch. En estas circunstancias, no vemos cómo los Estados Unidos podían solicitar autorización para adoptar contramedidas de conformidad con el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC y el artículo 22 del ESD<sup>128</sup> con respecto a cualesquiera efectos derivados de tales medidas. En ese sentido, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que "los Estados Unidos no estarían autorizados a solicitar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados en relación con las medidas para Mühlenberger Loch y la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen".<sup>129</sup>

---

causaban efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación (Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia).

<sup>123</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 271.

<sup>124</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 264 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 51).

<sup>125</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 269.

<sup>126</sup> Informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafos 46 y 51.

<sup>127</sup> Por ejemplo, un grupo especial puede abstenerse válidamente de examinar una alegación determinada y de pronunciarse sobre ella por razones de economía procesal siempre que resuelva la diferencia en cuestión.

<sup>128</sup> Señalamos que, en virtud del párrafo 2 del artículo 1 del ESD, el ESD (incluido el párrafo 5 del artículo 21) se aplica "sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales y adicionales" enumerados en el Apéndice 2 del ESD. Los párrafos 2 a 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC están enumerados en el apéndice 2 del ESD. El párrafo 10 del artículo 7 establece que, "{e}n caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el árbitro determinará si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".

<sup>129</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 5.78. Asimismo, señalamos la observación del Grupo Especial de que "los Estados Unidos no impugnan el supuesto 'retiro' por la Unión Europea de las subvenciones en relación con la ampliación de la pista de aterrizaje del Aeropuerto de Bremen y las instalaciones de montaje de aeronaves de Mühlenberger Loch, que se constató que causaban efectos desfavorables en el procedimiento inicial". A continuación, el Grupo Especial expuso la posición de la Unión Europea de que "las condiciones de estas subvenciones se adaptaron a una referencia de mercado antes de la conclusión del plazo para la aplicación". (Informe del Grupo Especial, nota 1847 al párrafo 6.1102) Las observaciones del Grupo Especial dejan claro que no constató que las medidas destinadas a cumplir en litigio en el presente procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 tuvieran efectos incompatibles con las normas de la OMC.

5.25. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al abstenerse de formular una constatación sobre la cuestión de si la Unión Europea había logrado el cumplimiento con respecto a la medida relativa a las instalaciones de montaje de aviones del Mühlenberger Loch y la medida relativa a la ampliación de la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen, y no consideramos necesario formular más constataciones con respecto a estas medidas.

## 5.2 Párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

5.26. Los Estados Unidos solicitan el examen de la constatación del Grupo Especial de que no establecieron que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB sean incompatibles con el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC porque conceden subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. En caso de que constatemos que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3, los Estados Unidos nos solicitan que revoquemos la constatación del Grupo Especial, completemos el análisis jurídico y constatemos que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB conceden subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>130</sup>

5.27. Comenzaremos resumiendo las constataciones del Grupo Especial y las cuestiones objeto de apelación antes de pasar a examinar la apelación de los Estados Unidos respecto del análisis realizado por el Grupo Especial.

### 5.2.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.28. El Grupo Especial empezó exponiendo los antecedentes fácticos, con inclusión de los dos tipos generales de pruebas en que los Estados Unidos basaron su argumento en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, a saber: i) la información públicamente disponible relacionada con la existencia de acuerdos de participación en la fabricación; y ii) las condiciones de cada contrato de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>131</sup> El Grupo Especial observó que, en los cuatro contratos, los pagos de las subvenciones dependían de que el receptor incurriera en gastos que se derivaran de las actividades de desarrollo y producción del A350XWB, y que dichos contratos exigen que parte, si no la totalidad, de esos gastos reembolsables se deriven de actividades realizadas en el territorio del otorgante de la subvención. El Grupo Especial denominó a esto "supeditación al desarrollo nacional relacionada con el A350XWB".<sup>132</sup> El Grupo Especial también identificó otros tres tipos de supeditaciones en las condiciones de los contratos **[ICC]**.<sup>133</sup> Aunque el Grupo Especial observó que ninguno de los contratos exigía explícitamente "el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados", señaló que podían no obstante funcionar de una manera que exigiera ese empleo "ya sea de forma individual o en combinación".<sup>134</sup>

<sup>130</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 23.

<sup>131</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.754-6.773. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que los cuatro Estados miembros pertinentes otorgaron AEP/FEM para el A350XWB a Airbus a cambio de compromisos de situar determinadas actividades de producción de LCA en los territorios de los Estados miembros y luego utilizar componentes de LCA fabricados en esa producción nacional en actividades de producción de LCA de etapas posteriores del proceso. Los Estados Unidos caracterizaron ese intercambio de compromisos como "acuerdos de participación en la fabricación". (*Ibid.*, párrafo 6.780)

<sup>132</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.774.

<sup>133</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.774. A este respecto, el Grupo Especial observó que: i) los contratos **[ICC]** parecen condicionar los pagos de las subvenciones a que el receptor **[ICC]** en las etapas de desarrollo y/o producción del proyecto A350XWB en el territorio del otorgante (supeditación al empleo nacional relacionada con el A350XWB); ii) el contrato **[ICC]** parece condicionar los pagos de las subvenciones a que el receptor mantenga un **[ICC]** (supeditación a la participación nacional en la fabricación relacionada con el A350XWB); y iii) el contrato **[ICC]** parece condicionar los pagos de las subvenciones a que el receptor mantenga determinados **[ICC]** (supeditación a la participación nacional en la fabricación no relacionada con el A350XWB). (*Ibid.*)

<sup>134</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.775. A los efectos de su análisis posterior, el Grupo Especial "presup[uso], a efectos de argumentación" que todas las supeditaciones que había identificado existen efectivamente y, cuando se cumplen, dan lugar a la fabricación de productos relacionados con LCA en los territorios de los otorgantes respectivos. (*Ibid.*, párrafo 6.776).

5.29. El Grupo Especial entendió que los Estados Unidos aducían que tanto la información públicamente disponible como las condiciones de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB demuestran que "los contratos de AEP/FEM para el A350XWB están supeditados al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".<sup>135</sup> Sin embargo, el Grupo Especial constató que la información públicamente disponible era insuficiente para respaldar la afirmación de que los acuerdos de participación en la fabricación existían en una forma distinta de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>136</sup> En cuanto a las condiciones de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial comenzó señalando que es necesario un cierto grado de coherencia en la interpretación del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) y el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>137</sup> El Grupo Especial interpretó que el párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 "indica{} que el acto de otorgar subvenciones a empresas en la medida en que estas realicen actividades de producción nacionales, sin más, no debe equipararse al de supeditar esas subvenciones al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, y hacer de ellas, por lo tanto, subvenciones prohibidas" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>138</sup> Añadió que "la práctica de proporcionar subvenciones a las empresas únicamente en la medida en que realicen actividades de producción nacionales puede {aumentar}, y en muchos casos {aumentará} ... {el} consumo de productos nacionales" y con ello "limitar{} en determinados mercados las oportunidades de competencia de los productos importados pertinentes".<sup>139</sup> Sin embargo, el Grupo Especial destacó que "surgen problemas significativos si esas alteraciones de las condiciones de competencia ... se convierten en el elemento central y determinante de la cuestión de si una subvención debe estar sujeta a las disciplinas por estar supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".<sup>140</sup>

5.30. El Grupo Especial entendió que los Estados Unidos aducían que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se "supeditan al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" porque condicionan "la recepción de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB a la producción de productos de LCA nacionales".<sup>141</sup> El Grupo Especial constató que la disciplina que establece el párrafo 1 b) del artículo 3 es "restringida y específica" y que "se activa mediante una subvención que se apropia de la decisión de la entidad al condicionar su recepción, ya sea de derecho o de hecho, a que esa entidad discrimine entre los insumos por respecto a su carácter nacional o importado".<sup>142</sup> El Grupo Especial constató asimismo que "{n}inguna de las supeditaciones establecidas en los contratos de AEP/FEM para el A350XWB ... opera de esa manera con respecto a entidad alguna".<sup>143</sup> El Grupo Especial constató en consecuencia que la alegación de los Estados Unidos de que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB son subvenciones prohibidas de conformidad con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC porque están supeditadas *de jure* y/o *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados no está respaldada por pruebas suficientes y, por lo tanto, no es sostenible.<sup>144</sup>

## 5.2.2 Argumentos formulados en apelación

5.31. Los Estados Unidos observan que, aunque están de acuerdo con la lectura del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC realizada por el Grupo Especial, en otra diferencia, *Estados Unidos* -

<sup>135</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.780.

<sup>136</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.781. En particular, el Grupo Especial consideró que la información públicamente disponible era "un fundamento vago y ambiguo sobre el que establecer la existencia de acuerdo sustancial alguno entre Airbus y los Estados miembros pertinentes en relación con la producción nacional y el uso de componentes de LCA, más allá de lo que los propios contratos de AEP/FEM para el A350XWB acreditan". (*Ibid.*).

<sup>137</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.783 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 140).

<sup>138</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.785. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>139</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786.

<sup>140</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.787. En particular, el Grupo Especial observó que "someter dichos efectos a las disciplinas establecidas en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC transforma la disposición en una disposición basada en los efectos, lo que desdibuja significativamente ... la distinción entre las disciplinas de la Parte II del Acuerdo SMC y las disciplinas basadas en los efectos establecidas respecto de las subvenciones recurribles en la Parte III del Acuerdo SMC". (*Ibid.*).

<sup>141</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.788. (las cursivas figuran en el original)

<sup>142</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.788. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>143</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.788. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>144</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.790.

*Incentivos fiscales*, de manera paralela con el presente procedimiento se estaba considerando "otra interpretación".<sup>145</sup> Los Estados Unidos mantienen que, si constatamos que la "otra interpretación" del párrafo 1 b) del artículo 3 formulada por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales* es correcta, "entonces no cabe duda de que el Grupo Especial incurrió en error {en el presente asunto} al constatar que la AEP/FEM de Alemania, España, Francia y el Reino Unido para el A350 XWB no constituye subvenciones para la sustitución de importaciones prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3".<sup>146</sup> Los Estados Unidos aducen que, siguiendo esta interpretación, "si i) se concede a un productor nacional una subvención supeditada a la ubicación nacional de las actividades de producción para producir un insumo nacional en un proceso industrial, y ii) la sustitución de esos insumos por bienes importados daría lugar a la pérdida del derecho del productor a obtener la subvención, entonces la subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, y es por lo tanto incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3".<sup>147</sup> Los Estados Unidos sostienen que, como "las subvenciones en litigio en la presente diferencia están supeditadas a que" diversos bienes intermedios "se produzcan en la {Unión Europea} y sean después utilizados para fabricar el A350 XWB", "los bienes son 'productos nacionales' y por consiguiente Airbus está obligada a emplear productos nacionales con preferencia a los importados para recibir la subvención".<sup>148</sup> En caso de que confirmemos esta "otra interpretación", los Estados Unidos solicitan que completemos el análisis jurídico sobre la base de los hechos no controvertidos y las constataciones formuladas por el Grupo Especial en la presente diferencia, que establecen que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB están supeditados al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados y son por lo tanto incompatibles con el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>149</sup>

5.32. Remitiéndose a "los hechos no controvertidos que se desprenden de cada contrato de AEP/FEM donde figuran las supeditaciones, así como de otras pruebas pertinentes"<sup>150</sup>, los Estados Unidos aducen, por ejemplo, que el *Protocole* de Francia para el A350XWB exige **[ICC]**,<sup>151</sup> y que esos bienes serían productos nacionales a los efectos del párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>152</sup> Los Estados Unidos añaden que "sería posible en teoría importar ese bien en lugar de emplear una versión nacional".<sup>153</sup> Sostienen además que "los acuerdos de AEP/FEM abordan el programa integral que lleva a cabo Airbus para desarrollar y producir el A350 XWB, con inclusión de los insumos y herramientas específicamente desarrollados para ese modelo, así como las LCA terminadas".<sup>154</sup> Según los Estados Unidos, "en la fabricación de A350 XWB terminados, Airbus debe utilizar las **[ICC]**"<sup>155</sup>, y "si **[ICC]**, Airbus **[ICC]** la AEP/FEM de Francia para el A350 XWB".<sup>156</sup> Los Estados Unidos sostienen que, en consecuencia, con arreglo a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 formulada por el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, la subvención de AEP/FEM de Francia para el A350XWB "está supeditada al empleo de **[ICC]** nacionales con preferencia a las importadas, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3".<sup>157</sup>

<sup>145</sup> Anuncio de otra apelación presentado por los Estados Unidos, párrafo 1; y comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 20-22.

<sup>146</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 23.

<sup>147</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 25. Además, según los Estados Unidos, esta interpretación "da por supuesto que cualquier bien terminado en un territorio nacional es 'nacional' a los efectos del párrafo 1 b) del artículo 3, sin necesidad de examinar la importancia de las operaciones llevadas a cabo en el territorio nacional, la proporción de contenido nacional que contiene el bien, las normas de origen o cualquier otra consideración". (*Ibid.*).

<sup>148</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 26.

<sup>149</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 29.

<sup>150</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 31.

<sup>151</sup> **[ICC]**.

<sup>152</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 34 (donde se hace referencia a *Protocole* de Francia para el A350XWB (Prueba documental EU-(artículo 13)-03 presentada al Grupo Especial) (ICC); y al informe del Grupo Especial, párrafo 6.757).

<sup>153</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 34.

<sup>154</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 34. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>155</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 34.

<sup>156</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 35.

<sup>157</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 35.

5.33. La Unión Europea responde que las "afirmaciones en virtud de las cuales los Estados Unidos solicitan el examen por el Órgano de Apelación de las constataciones del Grupo Especial no constituyen debidamente una 'apelación' en el sentido del ESD", y por consiguiente no están comprendidas en el alcance del examen en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.<sup>158</sup> La Unión Europea sostiene que los Estados Unidos "están de acuerdo con la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 realizada por el Grupo Especial"<sup>159</sup> y no alegan que haya ningún error de derecho en la interpretación o aplicación de esa disposición por el Grupo Especial, ni que no se haya hecho una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.<sup>160</sup> En lugar de ello, los Estados Unidos "se limitan a afirmar que 'puede hacerse una lectura distinta' del párrafo 1 b) del artículo 3" "sin explicar cuál se supone que es el error de derecho" en el presente asunto.<sup>161</sup> La Unión Europea nos solicita que rechacemos la apelación de los Estados Unidos por no estar comprendida en el alcance del examen en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD "porque se basa en un asunto completamente distinto del planteado por los Estados Unidos ante el Grupo Especial" en la presente diferencia.<sup>162</sup>

5.34. Además, la Unión Europea aduce que, incluso si examináramos la apelación de los Estados Unidos, deberíamos rechazarla en cuanto al fondo.<sup>163</sup> Según la Unión Europea, "el sentido corriente de los términos empleados {en el párrafo 1 b) del artículo 3} indica que una subvención supeditada a la *producción* nacional, sin más, no está comprendida en la prohibición establecida en esa disposición".<sup>164</sup> La Unión Europea aduce también que "la diferencia establecida por el Acuerdo {SMC} entre las subvenciones ... prohibidas y las subvenciones a la producción recurribles quedaría desdibujada"<sup>165</sup> si "un requisito de producción nacional de los bienes, combinado con el *hecho* de que esos bienes se utilicen en fases ulteriores, fuera suficiente para activar la prohibición" establecida en el párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>166</sup>

5.35. Por último, la Unión Europea aduce que debería rechazarse la solicitud de compleción del análisis jurídico presentada por los Estados Unidos porque se basa en tres categorías de afirmaciones fácticas que "en ningún momento fueron formuladas por los Estados Unidos ante el Grupo Especial" y que "la Unión Europea en ningún momento tuvo la oportunidad de refutar".<sup>167</sup> La Unión Europea detalla las afirmaciones pertinentes correspondientes a cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM como sigue: i) "en la fabricación de A350 XWB terminados, Airbus debe emplear los componentes que el receptor de la subvención está supuestamente obligado a producir" en Alemania, España, Francia o el Reino Unido, para recibir la AEP/FEM para el A350XWB del país respectivo<sup>168</sup>; ii) en el caso de determinados componentes que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB "supuestamente exigen al receptor de la subvención que fabrique, 'sería posible en teoría importar' el componente de que se trata"<sup>169</sup>; y iii) según la interpretación de los Estados Unidos, determinadas disposiciones de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido

<sup>158</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 86.

<sup>159</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 119 (donde se cita el anuncio de otra apelación presentado por los Estados Unidos, párrafo 1).

<sup>160</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 119.

<sup>161</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 120 (donde se cita la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 21) y párrafo 121.

<sup>162</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 148.

<sup>163</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 185.

<sup>164</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 192. (las cursivas figuran en el original)

<sup>165</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 194 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1054) y párrafo 195.

<sup>166</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 196. (las cursivas figuran en el original)

<sup>167</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 215. (no se reproducen las cursivas)

<sup>168</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 217 (donde se cita la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 26, 34, 36, 40, 42, 44, 46, 48, 50, 52 y 54 (el subrayado es de la Unión Europea)) y párrafos 227, 238 y 248.

<sup>169</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 217 (donde se cita la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 34 y 36) y párrafos 227, 238 y 248.

de AEP/FEM para el A350XWB<sup>170</sup> establecen que "el receptor de la subvención **[ICC]** ... el préstamo de AEP/FEM si Airbus SAS empleara componentes importados en lugar de componentes de producción nacional" en el montaje del A350XWB.<sup>171</sup>

### 5.2.3 La cuestión de si la apelación de los Estados Unidos está comprendida en el alcance del examen en apelación

5.36. Pasamos ahora a la solicitud de la Unión Europea de que rechacemos este aspecto de la apelación de los Estados Unidos por no estar comprendido en el alcance del examen en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD sobre la base de que los Estados Unidos no han alegado en apelación que el Grupo Especial cometiera un error de derecho en su análisis de la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>172</sup> La Unión Europea encuentra apoyo para su posición en el texto del párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 13 del artículo 17 del ESD, así como en el párrafo 2) d) i) de la Regla 20, el párrafo 2) b) i) de la Regla 21 y el párrafo 2) c) ii) A) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.<sup>173</sup> La Unión Europea añade que los Estados Unidos no han presentado argumentos que respalden ninguna "alegación específica de error"<sup>174</sup> e intentan indebidamente defender un nuevo argumento ante el Órgano de Apelación, puesto que afirman la existencia de una prescripción expresa de "emplear" productos nacionales con preferencia a los importados sobre la base de las condiciones de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, y en particular por referencia a las cláusulas **[ICC]** que figuran en esos contratos.<sup>175</sup> Nos ocupamos por orden de cada una de esas alegaciones a continuación.

5.37. De conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, el examen en apelación se centra en "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". A su vez, el párrafo 12 del artículo 17 del ESD dispone que el Órgano de Apelación a "examinará cada una de las cuestiones planteadas" en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17. Así pues, al cumplir su mandato, el Órgano de Apelación puede estar llamado a examinar cualquier aspecto del análisis jurídico realizado por un grupo especial. Además, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, el sistema de solución de diferencias "es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio" y "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados" y "para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público".<sup>176</sup> En el párrafo 7 del artículo 3 se establece también que "{e}l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias". Por consiguiente, el examen por el Órgano de Apelación de las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este debe considerarse parte del deber que le impone el párrafo 12 del artículo 17 del ESD de "examinar{} cada una de las cuestiones planteadas"<sup>177</sup>, lo

<sup>170</sup> A saber, el artículo 9.1 del *Protocole* de Francia para el A350XWB (Prueba documental EU-(artículo 13)-03 presentada al Grupo Especial (ICC)), **[ICC]** del Acuerdo de préstamo para el A350XWB concedido por el KfW de Alemania (Prueba documental EU-(Artículo 13)-14-traducción al inglés presentada al Grupo Especial (ICC)), la cláusula 11 del Convenio de España para el A350XWB (Prueba documental EU-(Artículo 13)-29 presentada al Grupo Especial) (ICC)), y la sección 21.14 del Acuerdo de reinversión reembolsable del Reino Unido para el A350XWB (Prueba documental EU-(artículo 13)-30 presentada al Grupo Especial (ICC)).

<sup>171</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 217 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 35, 37, 41, 43, 45, 47, 49, 51, 53 y 55) y párrafos 227, 238 y 248.

<sup>172</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 114-144.

<sup>173</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 116-117.

<sup>174</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 145-147.

<sup>175</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 148-183.

<sup>176</sup> El párrafo 2 del artículo 3 dispone además que "{l}as recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

<sup>177</sup> Por lo tanto, mientras que el párrafo 13 del artículo 17 aclara que el Órgano de Apelación "podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial", el párrafo 12 de dicho artículo confirma que el mandato del Órgano de Apelación al abordar en apelación "las constataciones y conclusiones jurídicas" de un grupo especial no se limita a esas acciones. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, la India adujo que "el Órgano de Apelación debe rechazar la solicitud de los Estados Unidos de que aclare el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC ya que, al pedir esa aclaración, los Estados Unidos no impugna{} las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo

que, según lo dispuesto en los párrafos 2 y 7 del artículo 3, puede exigirle "aclarar las disposiciones vigentes" de los acuerdos abarcados con el fin de hallar una "solución positiva a las diferencias" entre las partes y velar por la "seguridad y previsibilidad" del sistema multilateral de comercio. El Órgano de Apelación ha observado que "{m}ediante la labor de aclaración prevista en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD se dilucidan el ámbito y el sentido de las disposiciones de los acuerdos abarcados" y que "la pertinencia de la aclaración que contienen los informes adoptados del Órgano de Apelación no se limita a la aplicación de una disposición en un asunto determinado".<sup>178</sup>

5.38. La Unión Europea no discute que la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 por el Grupo Especial constituyen cuestiones de derecho que el Órgano de Apelación debe abordar si están debidamente planteadas; más bien, sostiene que los Estados Unidos no han "apelado" respecto de una cuestión de derecho o una interpretación jurídica, porque no plantearon ante el Órgano de Apelación una alegación específica de error relativa a la manera en que el Grupo Especial interpretó y aplicó el párrafo 1 b) del artículo 3 en la presente diferencia. A juicio de la Unión Europea, los Estados Unidos "están de acuerdo con la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 expuesta en el informe del Grupo Especial" y, en apelación, "se limitan a afirmar que 'puede hacerse una lectura distinta' del párrafo 1 b) del artículo 3", sin explicar cuál es el error de derecho del Grupo Especial.<sup>179</sup>

5.39. Comenzamos considerando la naturaleza de la apelación de los Estados Unidos. En su anuncio de otra apelación, los Estados Unidos plantean su apelación como sigue:

Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación examine la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos no establecieron que las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350 XWB de Airbus constituyan subvenciones prohibidas para la sustitución de importaciones, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("Acuerdo SMC"). Aunque los Estados Unidos están de acuerdo con la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 realizada por el Grupo Especial, en otra diferencia, *Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles* (DS487), se está analizando una interpretación contraria. Si el Órgano de Apelación determinase que esa interpretación contraria del párrafo 1 b) del artículo 3 es correcta, en el presente asunto el Grupo Especial habría incurrido en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3, y al constatar que la AEP/FEM de Alemania, España, Francia y el Reino Unido para el A350 XWB no constituye subvenciones para la sustitución de importaciones prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>180</sup>

5.40. En su comunicación en calidad de otro apelante, los Estados Unidos aclaran además el sentido y el contenido de su anuncio de otra apelación y la naturaleza de sus alegaciones de error. Explican que, "en la medida en que el Órgano de Apelación considere que {otra} interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 es correcta, y que la interpretación que hizo el Grupo Especial de esa disposición es incorrecta", el Grupo Especial "incurrió en error al constatar que la AEP/FEM de Alemania, España, Francia y el Reino Unido para el A350 XWB no constituye subvenciones para la sustitución de importaciones prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3".<sup>181</sup> A este respecto, los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial constató que "las subvenciones condicionadas a la

---

especial ni las interpretaciones jurídicas formuladas por éste". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.13). Sin embargo, sobre la base de su análisis, el Órgano de Apelación constató que la "solicitud de aclaración" formulada por los Estados Unidos estaba comprendida en el ámbito de esa apelación, y en consecuencia el Órgano de Apelación estaba obligado a resolverla. (*Ibid.*, párrafo 4.15). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *China - Tubos de altas prestaciones (Japón)* / *China - Tubos de altas prestaciones (UE)*, párrafo 5.310.

<sup>178</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero inoxidable (México)*, párrafo 161.

<sup>179</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 120 (donde se cita la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 21). (las cursivas figuran en el original)

<sup>180</sup> Anuncio de otra apelación presentado por los Estados Unidos, párrafo 1. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>181</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 23. (sin cursivas en el original)



producción nacional de insumos para su empleo en la fabricación del A350 XWB no están prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3".<sup>182</sup> Los Estados Unidos observan, sin embargo, que "puede hacerse una lectura distinta del párrafo 1 b) del artículo 3", que propugnaron esa lectura ante el Grupo Especial en la presente diferencia, y que el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales* coincidió con esta lectura distinta del párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>183</sup> Los Estados Unidos destacan que esa lectura distinta del párrafo 1 b) del artículo 3 puede no ser "la mejor interpretación" de dicha disposición, pero subrayan que "tienen interés en garantizar que se aplique el mismo criterio jurídico" en el presente asunto y en *Estados Unidos - Incentivos fiscales*.<sup>184</sup>

5.41. A nuestro modo de ver, los Estados Unidos sostienen que, *en función de* nuestra lectura del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 a los hechos del presente asunto, y en particular al constatar que la AEP/FEM pertinente para el A350XWB no constituye subvenciones para la sustitución de importaciones prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>185</sup> Específicamente, en su comunicación del otro apelante, los Estados Unidos describen el enfoque del Grupo Especial en el presente asunto<sup>186</sup>, y exponen los elementos de lo que consideran que constituye una interpretación distinta, incluso por referencia a los argumentos que esgrimieron ante el Grupo Especial.<sup>187</sup> Sobre la base de nuestra lectura del anuncio de otra apelación de los Estados Unidos junto con su comunicación en calidad de otro apelante, aclarados por este país en la audiencia, entendemos que la solicitud de los Estados Unidos consiste en que, si consideramos que el Grupo Especial ha incurrido en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3, examinemos la aplicación de dicha disposición por el Grupo Especial, y en particular su constatación de que los Estados Unidos no han establecido que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB sean incompatibles con el párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>188</sup> Por consiguiente, a nuestro juicio, los Estados Unidos han identificado en su apelación "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este" en el sentido del párrafo 6 del artículo 17 del ESD, con respecto a la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.42. Consideramos asimismo que los Estados Unidos han identificado "supuestos errores" y "alegaciones específicas de errores" en el sentido del párrafo 2) b) i) de la Regla 21 y los párrafos 2) c) ii) A) y 3) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo con respecto a la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 por el Grupo Especial.<sup>189</sup> En particular, en su anuncio de otra apelación junto y su comunicación en calidad de otro apelante, los Estados Unidos alegan que hubo un error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 por el Grupo Especial, que está supeditado a la existencia de un error en la interpretación de esa disposición que hizo el Grupo Especial. Debemos por lo tanto examinar y aclarar el sentido adecuado del párrafo 1 b) del artículo 3 y, si constatamos que el Grupo Especial incurrió en error, examinar si estamos en posición de completar el análisis jurídico y pronunciarnos sobre la conformidad de las medidas en litigio con dicha disposición.

<sup>182</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 20 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.790).

<sup>183</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 20-21.

<sup>184</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 22.

<sup>185</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 23.

<sup>186</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 19-20 y 27.

<sup>187</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 21, 25 y 28.

<sup>188</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 23, 26 y 29.

Los Estados Unidos también solicitan que completemos el análisis jurídico y constatemos que los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB en litigio son incompatibles con el párrafo 1 b) del artículo 3.

<sup>189</sup> Recordamos que, de conformidad con el párrafo 2) c) ii) A) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo, el anuncio de otra apelación incluirá "un breve resumen del carácter de la otra apelación, con inclusión de ... la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". A su vez, de conformidad con el párrafo 2) b) i) de la Regla 21 y el párrafo 3) de la Regla 23, la comunicación del otro apelante incluirá "una exposición precisa de los motivos de la apelación, con inclusión de las alegaciones específicas de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y en las interpretaciones jurídicas formuladas por este, y los argumentos jurídicos en que se basan". Por lo tanto, los Procedimientos de trabajo establecen que en el anuncio de otra apelación se identificarán los "supuestos errores", y que la comunicación del otro apelante incluirá "alegaciones específicas de errores" con respecto a la interpretación y/o aplicación de los acuerdos abarcados por un grupo especial.

5.43. La Unión Europea también aduce que la apelación de los Estados Unidos se basa en una situación "hipotética" que no se plantea en la presente diferencia.<sup>190</sup> Según la Unión Europea, "las consideraciones relativas al asunto {*Estados Unidos - Incentivos fiscales*} no pueden ser la base de un examen en apelación, en este procedimiento, de las constataciones interpretativas supuestamente examinadas por un grupo especial *distinto* en una diferencia *distinta* ni pueden sustituir a una alegación válida de error del Grupo Especial en esta diferencia".<sup>191</sup> Sin embargo, al contrario de lo que aduce la Unión Europea, los Estados Unidos no se limitan a solicitarnos que "abordemos una posición interpretativa" debido a la importancia que se afirma tiene esta posición para la diferencia *Estados Unidos - Incentivos fiscales*.<sup>192</sup> En lugar de ello, aunque los Estados Unidos hacen referencia a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 formulada por el Grupo Especial en esa diferencia, solicitan que examinemos la interpretación de esa disposición formulada por el Grupo Especial *en esta diferencia*. Como se ha indicado, si constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3, los Estados Unidos consideran que debemos revocar las constataciones del Grupo Especial por las que se aplica el párrafo 1 b) del artículo 3 a las medidas en litigio y completar el análisis jurídico.<sup>193</sup> En consecuencia, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que alega que la solicitud de los Estados Unidos de que se examinen la interpretación y la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 en la presente diferencia constituye una situación "hipotética".

5.44. En la medida en que los Estados Unidos han apelado respecto de una cuestión de derecho tratada en el informe del Grupo Especial, o de una interpretación jurídica formulada por el Grupo Especial en este asunto, el hecho de que una cuestión de interpretación similar pueda haberse planteado en el contexto de otra diferencia no es pertinente para la admisibilidad de la presente apelación. De hecho, no es excepcional que los participantes hagan referencia a interpretaciones jurídicas formuladas en otros informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación para apoyar sus argumentos en apelación.

5.45. La Unión Europea afirma además que en la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante no se ofrecen los "argumentos jurídicos" en que se basan las "alegaciones específicas de errores" como exigen los Procedimientos de trabajo, en la medida en que "no se ofrece ninguna explicación de cómo las (supuestas) dos interpretaciones 'son distintas', aplicando las normas usuales de interpretación del derecho internacional público establecidas en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*".<sup>194</sup> En opinión de la Unión Europea, ello se debe a que "no hay 'otras interpretaciones' en el sentido alegado por los Estados Unidos".<sup>195</sup>

5.46. Consideramos que, en su comunicación del otro apelante, los Estados Unidos han ofrecido adecuadamente argumentos jurídicos en apoyo de su solicitud de que examinemos la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 que hizo el Grupo Especial. Si bien hacen referencia a la interpretación y el razonamiento formulados por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, los Estados Unidos han incluido y desarrollado en mayor medida argumentos jurídicos sobre esa base en la comunicación que han presentado en esta apelación. Más concretamente, los Estados Unidos exponen, si bien de forma breve, una lectura del párrafo 1 b) del artículo 3 que probablemente llevaría a una constatación de incompatibilidad con arreglo a esa disposición en el presente asunto.<sup>196</sup> Los Estados Unidos también comparan esto con el enfoque adoptado por el Grupo Especial<sup>197</sup>, y concluyen:

<sup>190</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 121 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.378).

<sup>191</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 125. (las cursivas figuran en el original)

<sup>192</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 130.

<sup>193</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 23.

<sup>194</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 145-146 (donde se hace referencia al párrafo 2) b) i) de la Regla 21 y el párrafo 3) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo). (las cursivas figuran en el original)

<sup>195</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 146.

<sup>196</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 25-26.

<sup>197</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 27.

Ello plantea una cuestión previa de índole interpretativa que el Órgano de Apelación aún tiene que examinar. Cuando una subvención está supeditada, no solo a la producción de un producto acabado, sino también a la producción, en el territorio del otorgante, de bienes intermedios para su empleo como insumos (o bienes empleados para producir otros bienes, es decir, instrumentos de producción) -que a su vez se presume que son "nacionales"- en la fabricación del bien de elaboración avanzada, ¿incumple la subvención el párrafo 1 b) del artículo 3?<sup>198</sup>

5.47. No obstante la terminología utilizada por los Estados Unidos, la cuestión que tenemos ante nosotros no es si la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 por el Grupo Especial en la presente diferencia es distinta de la interpretación de dicha disposición por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales*. Más bien, debemos examinar si el Grupo Especial, en el asunto que nos ocupa, incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3. De conformidad con el principio *jura novit curia*, los Estados Unidos no tenían que proporcionarnos la interpretación jurídica "correcta" del párrafo 1 b) del artículo 3<sup>199</sup>, ni la apelación de los Estados Unidos respecto de la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 que hizo el Grupo Especial deja de estar comprendida en el alcance del examen en apelación simplemente porque los Estados Unidos hayan expresado una opinión sobre una interpretación "preferida".

5.48. Vemos en la solicitud de los Estados Unidos, y en el "interés en garantizar que se aplique el mismo criterio jurídico en el presente procedimiento y en {*Estados Unidos - Incentivos fiscales*}"<sup>200</sup> que han manifestado, un reflejo del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, que establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, y que sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados, así como para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.

5.49. Por lo que respecta a la admisibilidad de la apelación de los Estados Unidos, la Unión Europea también sostiene que los Estados Unidos, de manera indebida, "intentan defender un argumento fundamentalmente diferente" en apelación del que defendieron ante el Grupo Especial<sup>201</sup> basando su apelación "en afirmaciones fácticas sobre el contenido y el sentido de disposiciones específicas de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB *a las que los Estados Unidos no hicieron referencia en ningún momento cuando expusieron su argumento ante el Grupo Especial sobre el cumplimiento*".<sup>202</sup> La Unión Europea destaca a este respecto que, si bien los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB forman parte del expediente del Grupo Especial, "el sentido en el derecho interno que los Estados Unidos atribuyen a" las cláusulas **[ICC]** no fue aducido ante el Grupo Especial, y que una determinación correcta sobre el sentido de esas cláusulas nos exigiría "considerar argumentos fácticos nuevos y complejos", entre ellos los que tendríamos que "solicitar a la Unión Europea, recibir de ella y examinar".<sup>203</sup>

5.50. En diferencias anteriores, el Órgano de Apelación ha considerado que "los nuevos argumentos no están excluidos del ámbito del examen en apelación por el simple hecho de ser nuevos".<sup>204</sup> Al mismo tiempo, la facultad del Órgano de Apelación para considerar nuevos argumentos está limitada por el mandato establecido en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD de abordar "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones

<sup>198</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 28.

<sup>199</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 105.

<sup>200</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 22.

<sup>201</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 168.

<sup>202</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 172. (las cursivas figuran en el original)

<sup>203</sup> Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 181-182. (las cursivas figuran en el original) Recordamos que las cláusulas **[ICC]** en las que se basan los Estados Unidos son el artículo 9.1 del *Protocolo de Francia para el A350XWB* (Prueba documental EU-(artículo 13)-03 presentada al Grupo Especial (ICC)), **[ICC]** del Acuerdo de préstamo para el A350XWB concedido por el KfW (Prueba documental EU-(Artículo 13)-14-traducción al inglés presentada al Grupo Especial (ICC)), la cláusula 11 del Convenio de AEP/FEM de España (Prueba documental EU-(Artículo 13)-29 presentada al Grupo Especial) (ICC)), y el artículo 21.14 del Acuerdo de reinversión reembolsable del Reino Unido para el A350XWB (Prueba documental EU-(Artículo 13)-30 presentada al Grupo Especial (ICC)).

<sup>204</sup> Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 211.

jurídicas formuladas por este".<sup>205</sup> Así pues, el Órgano de Apelación ha constatado que no podrá considerar argumentos nuevos si esos argumentos le obligan a "solicitar, recibir y examinar nuevos datos", o si un nuevo argumento "no implica ni 'cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial' ni 'interpretaciones jurídicas formuladas por éste'".<sup>206</sup> A nuestro juicio, el argumento de los Estados Unidos en apelación no es nuevo, en el sentido de que se refiera a una cuestión de derecho que no se haya tratado en el informe del Grupo Especial.<sup>207</sup> Sin embargo, entendemos que la Unión Europea aduce que, en la medida en que los Estados Unidos se basan, únicamente en apelación, en determinadas cláusulas de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB para establecer la existencia de una incompatibilidad en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3, su alegación no está comprendida en el alcance del examen en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

5.51. Recordamos en este sentido que no tenemos facultades para solicitar, recibir y examinar nuevos datos de los que no dispuso el Grupo Especial y que no fueron examinados por este.<sup>208</sup> El Órgano de Apelación puede examinar la legislación interna de un Miembro, a tenor de sus propios términos, "para determinar si la caracterización jurídica por el grupo especial era errónea"<sup>209</sup>, centrándose en su texto, el contexto de la disposición y la "estructura y lógica globales"<sup>210</sup> de la legislación interna.<sup>211</sup> Sin embargo, en los casos en que la evaluación por un grupo especial de la legislación interna "no se redu{ce} al propio texto de un instrumento" y "puede ser necesario un examen más detallado, que puede conllevar elementos fácticos", el Órgano de Apelación no interferirá a la ligera en apelación en la constatación de un grupo especial.<sup>212</sup>

5.52. Las cláusulas **[ICC]** forman parte de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB y por lo tanto forman parte del expediente del Grupo Especial. Observamos, sin embargo, que el Grupo Especial no examinó con ningún detalle el sentido de esas cláusulas y cómo funcionarían. Por consiguiente, en la medida en que la interpretación adecuada de las cláusulas **[ICC]** y su funcionamiento en la práctica con arreglo a las legislaciones internas de los cuatro Estados miembros nos exigiría ir más allá del texto de esas cláusulas y podría conllevar el examen de elementos fácticos, el análisis de dichas cláusulas, a nuestro juicio, iría más allá del mandato que nos corresponde en virtud del párrafo 6 del

<sup>205</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 211; *Estados Unidos - EVE*, párrafos 102-103.

<sup>206</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafos 102-103. De modo similar, en la diferencia *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), el Órgano de Apelación se observó que no podía examinar un nuevo argumento en apelación, si eso le exigiera "ocupar{se} de cuestiones jurídicas muy diferentes de las que trató el Grupo Especial, y que podrían {haber} requeri{do} pruebas de nuevos hechos". (Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá y México*), párrafo 5.349 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 103)).

<sup>207</sup> Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que "los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB están condicionados a que Airbus produzca componentes específicos de LCA de Airbus en los territorios de los Estados miembros pertinentes", que "{e}sos componentes, por consiguiente, se convierten en bienes nacionales de los Estados miembros pertinentes, y se utilizan a continuación en las actividades de producción de LCA ulteriores de Airbus" y, "{e}n consecuencia, ... que los contratos 'requiere{n} efectivamente que Airbus obtenga una gran parte de sus componentes' de fuentes nacionales". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.748 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 239; y se hace referencia a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 338-355)). En apelación, los Estados Unidos aducen que "no cabe duda de que, en la fabricación de A350 XWB terminados, Airbus debe utilizar los **[ICC]**". (Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 34, 36, 40, 42, 44, 46, 48, 50, 52, 54, 59, 63 y 68).

<sup>208</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 211. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafos 240-242.

<sup>209</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.99 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 225).

<sup>210</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 238.

<sup>211</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafos 225-245; y *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 177.

<sup>212</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 4.99; y *China - Partes de automóviles*, párrafo 225.

artículo 17 del ESD y podría menoscabar los derechos de debido proceso de la Unión Europea.<sup>213</sup> La falta de constataciones del Grupo Especial y de un examen en profundidad realizado por el Grupo Especial en relación con el sentido de las cláusulas **[ICC]** bien puede influir en nuestra capacidad de completar el análisis jurídico, en caso de que revoquemos las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Sin embargo, la falta de esas constataciones de hecho no nos impide examinar los argumentos de los Estados Unidos relativos a la articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico del párrafo 1 b) del artículo 3, y si, en razón de este criterio jurídico, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB no constituyen subvenciones para la sustitución de importaciones prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.53. A la luz de lo que antecede, constatamos que la apelación de los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC está comprendida en el alcance del examen en apelación de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, y nos ha sido sometido debidamente. Procedemos por tanto a examinar los fundamentos de la apelación de los Estados Unidos relativa a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

#### 5.2.4 El criterio jurídico establecido en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

5.54. El párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC establece lo siguiente:

A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas:

...

- b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

En el párrafo 2 del artículo 3 se añade que "{n}ingún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1".

5.55. En el Acuerdo SMC, se distinguen dos categorías de subvenciones: subvenciones prohibidas (Parte II del Acuerdo) y subvenciones recurribles (Parte III del Acuerdo). La concesión de una subvención no está en sí misma y por sí misma prohibida por el Acuerdo SMC, ni implica automáticamente una incompatibilidad con ese Acuerdo.<sup>214</sup> Solo las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 (denominadas comúnmente subvenciones a la exportación) o las supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 (denominadas comúnmente subvenciones para la sustitución de importaciones) están prohibidas *per se* en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>215</sup> En cualquier caso, las subvenciones, si son específicas, están sujetas a las disciplinas de la Parte III del Acuerdo SMC, aunque el Miembro reclamante debe demostrar la existencia de efectos desfavorables en el sentido del artículo 5 de dicho Acuerdo.

5.56. El párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC prohíbe las subvenciones cuya concesión esté "supeditada{} al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados". El Órgano de Apelación ha constatado que el criterio jurídico para establecer la existencia de "supeditación" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 es el mismo que el del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>216</sup> Habida cuenta de que el sentido corriente de "supeditadas" es "condicionadas a"

<sup>213</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 222. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafos 13-15.

<sup>214</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 47.

<sup>215</sup> De conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC, toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará "específica". Un Miembro reclamante que pueda probar la existencia de dicha subvención prohibida no tiene que demostrar que la subvención también causa efectos desfavorables a los intereses de otros Miembros en el sentido de los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC.

<sup>216</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 123.

o "dependientes para su existencia de algo", una subvención estaría prohibida en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3 si está "condicionada a" o es "dependiente para su existencia del" empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.<sup>217</sup> Por consiguiente, una subvención estaría "supeditada" al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados cuando el empleo de esos productos sea una condición, en el sentido de una prescripción<sup>218</sup>, para recibir la subvención.<sup>219</sup>

5.57. El Órgano de Apelación señaló en *Estados Unidos - Incentivos fiscales* que el término "use" ("empleo") que figura en el párrafo 1 b) del artículo 3 se refiere a la acción de utilizar o emplear algo<sup>220</sup> y "puede, según las circunstancias concretas, hacer referencia al consumo de un producto en el proceso de fabricación, pero también, por ejemplo, a la incorporación de un componente en un producto distinto, o al hecho de servir como herramienta en la producción de un producto".<sup>221</sup> El Órgano de Apelación también señaló que el término "goods" ("productos") que figura en el párrafo 1 b) del artículo 3 está calificado por los adjetivos "nacionales" e "importados", lo que implica que los "productos" en cuestión deben ser al menos potencialmente comerciables.<sup>222</sup> Por último, el término "over" ("con preferencia a") expresa una preferencia entre dos cosas y, en el contexto de la frase "*contingent ... upon the use of domestic over imported goods*" ("supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados"), hace referencia al empleo de productos nacionales con preferencia a, o en lugar de, productos importados.<sup>223</sup>

5.58. El término "*contingency*" ("supeditadas") en el párrafo 1 b) del artículo 3 comprende tanto la supeditación *de jure* como *de facto*, pero el criterio jurídico expresado por el término "supeditadas" es el mismo cuando la supeditación es *de jure* y cuando es *de facto*.<sup>224</sup> Una subvención estará supeditada *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados "cuando puede demostrarse la existencia de esa condición a partir de los propios términos de la ley, reglamento u otro instrumento legal que establezca la medida" o "se desprenda necesariamente de los términos empleados en la medida".<sup>225</sup> El Órgano de Apelación ha señalado que demostrar la supeditación *de facto* "es mucho más difícil".<sup>226</sup> La existencia de la supeditación *de facto* "debe inferirse de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, ninguno de los cuales será probablemente decisivo por sí solo en ningún caso determinado".<sup>227</sup> Los factores que pueden ser pertinentes a este respecto son, entre otros, el diseño y la estructura de la medida por la que se concede a subvención, las modalidades de

<sup>217</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 123 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 166).

<sup>218</sup> Por ejemplo, el Órgano de Apelación observó en *Canadá - Automóviles* que la medida en litigio en ese caso sería incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3 si "la utilización de productos nacionales {fuese} absolutamente necesaria, y {se exigiera} como *condición* para la obtención" de conformidad con la medida. (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 130 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>219</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 126. La vinculación entre "supeditación" y "condicionalidad" también queda respaldada por el texto del párrafo 1 b) del artículo 3, que establece que la supeditación a la sustitución de importaciones puede ser la condición única o una "entre otras varias *condiciones*". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 166 (las cursivas son del Órgano de Apelación)). Como sucede con el párrafo 1 a) del artículo 3 esta "relación de condicionalidad o dependencia" reside en el "núcleo mismo" del criterio jurídico que establece el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. (Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 171; y *Canadá - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), párrafo 47).

<sup>220</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.374 y nota 1009 a dicho párrafo (donde se hace referencia al *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3484).

<sup>221</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.8.

<sup>222</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.9. Este término puede hacer referencia a cualquier tipo de producto que pueda ser empleado por el receptor de la subvención, incluidas las partes o componentes que se incorporen en otro producto, los materiales o sustancias que se consuman en el proceso de producción de otro producto, o las herramientas o instrumentos que se empleen en el proceso de producción. (*Ibid.*).

<sup>223</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.11.

<sup>224</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167; y *Canadá - Automóviles*, párrafo 143.

<sup>225</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafos 100 y 123.

<sup>226</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167.

<sup>227</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167. (las cursivas figuran en el original)

funcionamiento establecidas en esa medida y las circunstancias fácticas pertinentes que rodeen la concesión de la subvención, que aportan el contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida.<sup>228</sup> Si bien se ha recurrido a esos factores al examinar la supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 a) del artículo 3, el Órgano de Apelación consideró en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales* que también son pertinentes para un análisis de la supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3.

5.59. Cuando un análisis de la supeditación no da lugar a una constatación de incompatibilidad en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 sobre la base de los términos efectivamente empleados en la medida, o de una inferencia necesaria derivada de ellos, puede constatarse, no obstante, la existencia de una obligación de emplear productos nacionales con preferencia a los importados sobre la base de los factores mencionados *supra* y circunstancias fácticas que formen parte de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean.<sup>229</sup> El Órgano de Apelación señaló en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales* que el análisis de la supeditación *de jure* y *de facto* en el marco del párrafo 1 b) de artículo 3, a la luz de los factores y circunstancias mencionados *supra*, debe entenderse como un continuo, y un grupo especial debe llevar a cabo una evaluación holística de todos los elementos y pruebas pertinentes obrantes en el expediente.<sup>230</sup>

5.60. En consecuencia, el párrafo 1 b) del artículo 3 prohíbe las subvenciones que están supeditadas *de jure* o *de facto*, de manera que exijan el empleo de productos nacionales con preferencia a, o en lugar de, los importados como condición para recibir la subvención. Aunque la distinción entre supeditación *de jure* y *de facto* radica en "las pruebas {que} pueden utilizarse para demostrar" que una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados<sup>231</sup>, un grupo especial evalúa, tanto en su análisis *de jure* como en el *de facto*, la compatibilidad de la concesión de una subvención, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3, con la misma obligación y respecto de un único criterio jurídico de supeditación. En cada caso, una evaluación de si una subvención está supeditada en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 exige un análisis exhaustivo de si la relación condicional entre la concesión de la subvención y el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados es observable objetivamente sobre la base de un análisis cuidadoso y riguroso de todas las pruebas pertinentes. Ello es especialmente importante cuando la supuesta supeditación no está claramente expresada en el texto empleado en el instrumento jurídico pertinente.<sup>232</sup>

5.61. En *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, el Órgano de Apelación además observó que, en la medida en que, con arreglo a sus términos, el párrafo 1 b) del artículo 3 no prohíbe *per se* la subvención de la "producción" nacional, sino la concesión de subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, las subvenciones que están relacionadas con la producción nacional no están, por esa sola razón, prohibidas en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>233</sup> En particular, normalmente cabe esperar que tales subvenciones aumenten la oferta de productos nacionales subvencionados en el mercado pertinente y que, de ese modo, aumenten el empleo de dichos productos en etapas ulteriores del proceso productivo y afecten desfavorablemente a las importaciones, sin que necesariamente exijan el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición para la concesión de la subvención.<sup>234</sup>

<sup>228</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.12 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1046).

<sup>229</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.13. En ese informe, el Órgano de Apelación mencionó que, por ejemplo, entre las circunstancias fácticas que pueden ser pertinentes al evaluar si una subvención está supeditada *de facto* pueden incluirse la existencia de un proceso de producción de múltiples etapas, el nivel de especialización de los insumos subvencionados o el nivel de integración de la cadena de producción en la rama de producción pertinente. (*Ibid.*, nota 49 al párrafo 5.13).

<sup>230</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.13.

<sup>231</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, nota 46 al párrafo 47 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167).

<sup>232</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.14.

<sup>233</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.15. (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 47).

<sup>234</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.15.

5.62. Con respecto a la pertinencia del párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994, señalamos que esta disposición exime de la obligación de trato nacional establecida en el artículo III el "pago de subvenciones exclusivamente a los productores nacionales" y, por lo tanto, deja claro que la concesión de subvenciones únicamente a productores nacionales, y no a productores extranjeros, no constituye en sí misma una infracción del artículo III.<sup>235</sup> En *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, el Órgano de Apelación observó que si bien el párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 está en consonancia con una lectura del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, con arreglo a la cual se requiere algo más que la mera subvención de la producción nacional para constatar la existencia de una subvención para la sustitución de importaciones, puede constatar que una subvención exenta de la obligación de trato nacional del artículo III por pagarse exclusivamente a productores nacionales en el sentido del párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 está supeditada, no obstante, al empleo por dichos productores de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>236</sup>

5.63. A la luz de lo anteriormente expuesto, en la medida en que no pueda determinarse una condicionalidad que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, pero que el efecto de la subvención sea desplazar u obstaculizar las importaciones o de otro modo causar efectos desfavorables en estas, tales efectos están sujetos a las disciplinas previstas en la Parte III del Acuerdo SMC. Dicho de otro modo, la cuestión pertinente al determinar la existencia de supeditación en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si las prescripciones para tener derecho a obtener una subvención pueden *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos importados. Más bien, la cuestión es si *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados puede discernirse a partir de los términos de la propia medida o inferirse a partir de su diseño, estructura, modalidades de funcionamiento y las circunstancias fácticas pertinentes que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, que aportan el contexto para comprender el funcionamiento de esos factores.<sup>237</sup>

## 5.2.5 La alegación formulada en apelación por los Estados Unidos

5.64. En la sección interpretativa de su informe, el Grupo Especial resumió la jurisprudencia desarrollada por el Órgano de Apelación en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>238</sup> En particular, el Grupo Especial señaló las constataciones del Órgano de Apelación de que "el ámbito de aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 comprende tanto la supeditación *de jure* como *de facto*"<sup>239</sup> y "un análisis de la existencia de supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 debe analizarse objetivamente respecto de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean".<sup>240</sup> El Grupo Especial expuso además su manera de entender el párrafo 1 b) del artículo 3 al aplicar este criterio jurídico a las medidas en litigio en la presente diferencia.<sup>241</sup> Procedemos a examinar la interpretación del Grupo Especial a la luz de nuestro propio entendimiento de la correcta interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 expuesta *supra*.

5.65. Como señaló el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, las subvenciones para la sustitución de importaciones y otras subvenciones que guardan relación con la producción nacional pueden tener efectos desfavorables con respecto a los productos importados. Las subvenciones supeditadas a la sustitución de importaciones, por su propia naturaleza, afectan desfavorablemente a las condiciones de competencia de los productos importados. Sin embargo, normalmente cabe esperar que también las subvenciones que guardan relación con la producción de determinados productos en el territorio nacional de un Miembro aumenten la oferta de productos subvencionados en el mercado pertinente, lo que tendría la consecuencia de aumentar el empleo de productos nacionales subvencionados en fases posteriores del proceso productivo y de afectar desfavorablemente a las importaciones. En el caso concreto de las subvenciones concedidas para la producción de un insumo y de un producto final, los

<sup>235</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.16.

<sup>236</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.16.

<sup>237</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.18.

<sup>238</sup> Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.777-6.778.

<sup>239</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.778 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafos 139-143).

<sup>240</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.778.

<sup>241</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.782-6.789.



receptores de la subvención probablemente "producirían" y "emplearían" los insumos subvencionados en la producción del producto final subvencionado. Tales subvenciones tendrían consecuencias para las decisiones de los productores subvencionados sobre la adquisición de insumos en la medida en que, al estar obligados a producir un insumo en el país, y por razones de costos de producción y eficiencia, probablemente emplearían al menos algunos de estos insumos en sus actividades de fases posteriores del proceso productivo. Esto es incluso más evidente en los casos en que el insumo subvencionado es de carácter especializado o cuando existe integración vertical entre las fases anteriores y posteriores de la cadena de producción. No obstante, aunque tales subvenciones pueden fomentar el empleo de productos nacionales subvencionados y tener como resultado el desplazamiento respecto de los productos importados, tales efectos, en sí y por sí mismos, no demuestran la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados.<sup>242</sup> Como se ha observado, la cuestión pertinente al determinar la existencia de supeditación en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si las condiciones para tener derecho y acceso a la subvención pueden *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos importados, sino si la medida refleja una *condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.<sup>243</sup>

5.66. Al mismo tiempo, recordamos que la cuestión de si una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados ha de establecerse sobre la base de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean.<sup>244</sup> En particular, al discernir si existe o no supeditación *de facto*, las circunstancias fácticas pertinentes pueden formar parte del contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida en un determinado mercado. En *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, el Órgano de Apelación señaló a este respecto que el diseño y la estructura de una medida por la que se concede una subvención se pueden adaptar a circunstancias fácticas, como un proceso de producción de múltiples etapas donde los insumos especializados y los productos finales están subvencionados o cuando la cadena de producción está integrada verticalmente. Las modalidades de una medida así diseñada o estructurada pueden funcionar después de tal manera que las condiciones para tener derecho o acceso a la subvención pueden conllevar una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.<sup>245</sup> En última instancia, la cuestión de si una subvención está simplemente supeditada a la producción nacional de determinados productos o al empleo por el receptor de productos nacionales con preferencia a los importados se debe evaluar según las circunstancias de cada caso.<sup>246</sup> Creemos que estas observaciones formuladas en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales* son también útiles para nuestro examen del análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 en la presente apelación.

5.67. En el asunto que nos ocupa, el Grupo Especial comenzó su análisis abordando la aseveración de la Unión Europea de que "una interpretación correcta de las disciplinas del párrafo 1 b) del artículo 3 debe formularse a la luz de un examen del artículo III del GATT de 1994 y, más específicamente, del párrafo 8 b) de dicho artículo".<sup>247</sup> El Grupo Especial constató que el párrafo 8 b) del artículo III confirma que "no debe interpretarse que, sin más, el mero pago de subvenciones a empresas en la medida en que estas realicen actividades de producción nacionales, confiera a esas subvenciones un elemento de discriminación entre productos nacionales y extranjeros que pueda estar sujeto a las disciplinas establecidas en el artículo III".<sup>248</sup> El Grupo Especial consideró que esto parecía indicar que "el acto de otorgar subvenciones a empresas en la medida en que estas realicen actividades de producción nacionales, sin más, no debe equipararse al de supeditar esas subvenciones al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, y hacer de ellas, por lo tanto, subvenciones prohibidas".<sup>249</sup>

5.68. Como se ha observado anteriormente, el párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 está en consonancia con una lectura del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, con arreglo a la cual se requiere algo más que la mera subvención de la producción nacional para constatar la

<sup>242</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.49.

<sup>243</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.18.

<sup>244</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167.

<sup>245</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.50.

<sup>246</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.50.

<sup>247</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.783.

<sup>248</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.785.

<sup>249</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.785. (no se reproduce la nota de pie de página)

existencia de una subvención para la sustitución de importaciones. Dicho esto, puede constatarse que una subvención exenta de la obligación de trato nacional del artículo III por pagarse exclusivamente a productores nacionales en el sentido del párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 está supeditada, no obstante, al empleo por dichos productores de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.<sup>250</sup> Por consiguiente, no discrepamos de la afirmación del Grupo Especial de que "el acto de otorgar subvenciones a empresas en la medida en que estas realicen actividades de producción nacionales, sin más, no debe equipararse al de supeditar esas subvenciones al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, y hacer de ellas, por lo tanto, subvenciones prohibidas".<sup>251</sup> Sin embargo, no consideramos que esta afirmación aborde la cuestión concreta de las circunstancias en que puede constatarse que subvenciones a la producción nacional están supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.69. A continuación, el Grupo Especial distinguió las subvenciones declaradas prohibidas en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 en asuntos anteriores de las subvenciones nacionales que exigen la producción de determinados productos en el territorio nacional.<sup>252</sup> En particular, el Grupo Especial observó que las subvenciones para la sustitución de importaciones prohibidas serían las que "contienen elementos que exigen que las empresas utilicen determinadas cantidades de productos nacionales como insumos de producción, es decir, que *discriminan* entre las fuentes de los productos nacionales e importados de fases anteriores del proceso productivo, en favor de los primeros".<sup>253</sup> En cambio, "proporcionar subvenciones a las empresas únicamente en la medida en que realicen actividades de producción nacionales puede tener, y en muchos casos tendrá, un efecto en fases del proceso productivo posteriores a la actividad de producción nacional estipulada, a saber, un aumento del consumo de productos nacionales debido a las mejoras cuantitativas y/o cualitativas de los productos producidos en virtud de las actividades de producción nacionales estipuladas".<sup>254</sup> En opinión del Grupo Especial, si bien estas últimas subvenciones podrían limitar en determinados mercados las oportunidades de competencia de los productos importados pertinentes, es la Parte III del Acuerdo SMC y no la Parte II la que se ocupa de tales cadenas de acontecimientos.<sup>255</sup>

5.70. No apreciamos ningún error en la lectura que hace el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 en el presente contexto. Para comenzar, el Grupo Especial argumentó correctamente que una subvención que condicionase el derecho a su obtención a la producción de un determinado producto en el territorio nacional no es, *per se*, incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3. Como hemos señalado, si bien las subvenciones que guardan relación con la producción de determinados productos en el territorio de un Miembro pueden fomentar el empleo de productos nacionales subvencionados y tener como resultado un desplazamiento respecto de los productos importados, tales efectos, en sí y por sí mismos, no demuestran la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados. De forma análoga, el Grupo Especial observó que el hecho de que "una subvención *dé lugar de hecho al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados* no demuestra por sí solo que esa subvención esté supeditada, ya sea de derecho o de hecho, al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".<sup>256</sup> También coincidimos con el Grupo Especial en que basar el criterio jurídico previsto en el párrafo 1 b) del artículo 3 en los efectos de una subvención en el mercado tendría como resultado "desdibujar" significativamente -y, al menos con respecto a determinadas subvenciones, puede llegar a eliminar- la distinción entre las disciplinas de la Parte II del Acuerdo SMC y las disciplinas basadas en los efectos establecidas respecto de las subvenciones recurribles en la Parte III del Acuerdo SMC".<sup>257</sup> Como hemos señalado, en la medida en que no pueda determinarse una condicionalidad que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, pero que el efecto de la subvención sea desplazar u obstaculizar

<sup>250</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.16.

<sup>251</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.785. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>252</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Indonesia - Automóviles*; y *Estados Unidos - Algodón americano* (upland); y al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafos 118-146). (no se reproduce el texto adicional de la nota 1418)

<sup>253</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>254</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786.

<sup>255</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.786 y 6.788.

<sup>256</sup> Informe del Grupo Especial, nota 1422 al párrafo 6.788. (las cursivas figuran en el original)

<sup>257</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.787.

las importaciones o de otro modo causar efectos desfavorables en estas, tales efectos están sujetos a las disciplinas previstas en la Parte III del Acuerdo SMC.<sup>258</sup>

5.71. Con respecto al criterio jurídico del párrafo 1 b) del artículo 3, el Grupo Especial afirmó que la frase "supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" se refiere a las subvenciones que "contienen elementos que exigen que las empresas utilicen determinadas cantidades de productos nacionales como insumos de producción" y "condiciona la disponibilidad de la subvención a la discriminación entre fuentes de productos de fases anteriores del proceso productivo".<sup>259</sup> Además, el Grupo Especial observó que la disciplina del párrafo 1 b) del artículo 3 es "restringida y específica, se activa mediante una subvención que se apropia de la decisión de la entidad al condicionar la recepción {de la subvención}, ya sea de derecho o de hecho, a que esa entidad discrimine entre los insumos por respecto a su carácter nacional o importado".<sup>260</sup> El Grupo Especial también señaló correctamente que el simple hecho de que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB puedan "afectar a la composición nacional/importada de una oferta de insumos ..., y que de esa forma desplacen a los productos importados sustitutivos pertinentes u obstaculicen oportunidades de competencia para ellos" no puede por sí mismo demostrar la existencia de una prescripción, ya sea explícita o implícita, de emplear productos nacionales con preferencia a los importados.<sup>261</sup> El énfasis que pone el criterio jurídico del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 en la necesidad de establecer la existencia de una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados está en consonancia con nuestra lectura de esta disposición.

5.72. Con respecto a las referencias que el Grupo Especial hace a la "discriminación", observamos que el Órgano de Apelación ha sostenido que el párrafo 1 b) del artículo 3 aborda conductas discriminatorias.<sup>262</sup> Las subvenciones para la sustitución de importaciones, por su propia naturaleza, afectan desfavorablemente a las condiciones de competencia de los productos importados y, por lo tanto, distorsionan intrínsecamente las preferencias del receptor de la subvención al obligarle a obtener productos de fuentes nacionales, en detrimento de las importaciones.<sup>263</sup> Consideramos que, en el contexto de la frase "supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados", es la expresión "con preferencia a", que vincula las palabras "nacionales" e "importados", la que capta esta naturaleza discriminatoria intrínseca de las subvenciones para la sustitución de importaciones. Sin embargo, normalmente cabe esperar que también las subvenciones que guardan relación con la producción de determinados productos en el territorio nacional de un Miembro aumenten la oferta de los productos nacionales subvencionados en el mercado pertinente, lo que tendría la consecuencia de aumentar el empleo de estos productos nacionales subvencionados en las fases posteriores del proceso productivo y tendría efectos discriminatorios con respecto a los productos importados. No obstante, el criterio jurídico del párrafo 1 b) del artículo 3 exige que se establezca la existencia de "supeditación", a saber, si la medida por la que se concede la subvención refleja una condición que exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados y no si la medida puede tener como resultado efectos discriminatorios en detrimento de los productos importados.

5.73. A este respecto, queremos destacar la siguiente declaración del Grupo Especial:

{E}n lugar de condicionar la disponibilidad de la subvención a la discriminación entre fuentes de productos de *fases anteriores del proceso productivo*, la práctica de proporcionar subvenciones a las empresas únicamente en la medida en que realicen actividades de producción nacionales puede tener, y en muchos casos tendrá, un efecto en *fases del proceso productivo posteriores* a la actividad de producción nacional estipulada, a saber, un aumento del consumo de productos nacionales debido a las mejoras cuantitativas y/o cualitativas de los productos producidos en virtud de las actividades de producción nacionales estipuladas.<sup>264</sup>

<sup>258</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.18.

<sup>259</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786.

<sup>260</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.788. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>261</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.788.

<sup>262</sup> Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.5.

<sup>263</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.49.

<sup>264</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786. (las cursivas no figuran en el original)

5.74. Habida cuenta de que la concesión tanto de subvenciones que guardan relación con la producción nacional de insumos y productos finales como de subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados puede dar lugar a una "*discriminación*" entre las fuentes de los productos nacionales e importados de fases anteriores del proceso productivo, en favor de los primeros", no consideramos que la distinción formulada por el Grupo Especial entre una prescripción prevista en la subvención relativa a las decisiones sobre las fuentes de fases anteriores del proceso productivo ("condicionar la disponibilidad de la subvención a la discriminación entre fuentes de productos de fases anteriores del proceso productivo") y los efectos que se producen en fases posteriores del proceso productivo como resultado de la subvención ("un efecto en fases del proceso productivo posteriores a la actividad de producción nacional estipulada") sea particularmente útil para establecer la existencia de supeditación en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3.<sup>265</sup> No obstante, entendemos que el Grupo Especial hace esta aseveración a modo de ejemplo ilustrativo de su manera de entender el criterio jurídico que establece el párrafo 1 b) del artículo 3, a saber, la necesidad de establecer la existencia de una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en lugar de basarse únicamente en la existencia de efectos de desplazamiento respecto de los productos importados. Por consiguiente, no consideramos que esta aseveración socave la descripción que hace el Grupo Especial del criterio jurídico previsto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

5.75. Haciendo referencia al enfoque adoptado por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, los Estados Unidos aducen que la consecuencia de ese enfoque sería que, "si i) una subvención se concede a un productor nacional supeditada a la ubicación nacional de las actividades de producción para producir un insumo nacional en un proceso industrial, y ii) una sustitución de estos insumos por productos importados diera lugar a que el productor perdiera el derecho a la subvención, la subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados y, por consiguiente, es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3".<sup>266</sup> Recordamos que el Órgano de Apelación revocó las constataciones pertinentes que habían apelado los Estados Unidos en *Estados Unidos - Incentivos fiscales*. Al hacerlo, el Órgano de Apelación explicó que, "{a}unque no es infrecuente que para recibir una subvención el receptor esté obligado a cumplir determinadas condiciones", no estaba totalmente claro, en las circunstancias del caso, "cómo ejercería sus facultades el Departamento de Rentas de Washington y si una pérdida de la subvención por el receptor, en caso de que no se cumplieran esas condiciones, demostraría la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados".<sup>267</sup>

5.76. De hecho, como se ha señalado anteriormente, es muy posible que las subvenciones concedidas para la producción de un insumo y de un producto final tengan consecuencias para las decisiones sobre adquisición de insumos de un productor subvencionado en la medida en que el productor probablemente emplearía al menos algunos de los insumos subvencionados en la producción del producto final subvencionado.<sup>268</sup> No obstante, aunque tales subvenciones probablemente afecten desfavorablemente a los insumos importados, tales efectos no pueden, en sí y por sí mismos, establecer la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3. Cabe reconocer que circunstancias fácticas como la existencia de un proceso de producción de múltiples etapas, el nivel de especialización de los insumos subvencionados o el nivel de integración de la cadena de producción en la rama de producción pertinente pueden formar parte del contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de una medida por la que se concede una subvención en un determinado mercado.<sup>269</sup> En última instancia, sin embargo, la cuestión de si una subvención está simplemente supeditada a la producción nacional de determinados productos o al empleo por el receptor de la subvención de productos nacionales con preferencia a los importados, debe evaluarse caso por caso sobre la base de los términos de la medida en litigio, su inferencia necesaria y otros factores y circunstancias pertinentes.<sup>270</sup>

<sup>265</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.786. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>266</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 25.

<sup>267</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.73.

<sup>268</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.49.

<sup>269</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafos 5.48 y 5.50.

<sup>270</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 5.50.

5.77. A la luz de nuestro análisis anterior, confirmamos la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.78. Observamos que la apelación que formulan los Estados Unidos con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 y su solicitud de que completemos el análisis jurídico están supeditadas a que revoquemos la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 realizada por el Grupo Especial.<sup>271</sup> Al haber confirmado dicha interpretación, no es necesario que examinemos los argumentos de los Estados Unidos relativos a la aplicación por el Grupo Especial del criterio jurídico que establece el párrafo 1 b) del artículo 3 a los hechos del presente asunto. Tampoco es necesario que abordemos los argumentos de los Estados Unidos relativos a su solicitud de que completemos el análisis jurídico. En cualquier caso, señalamos que el sentido de las cláusulas de **[ICC]** de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB<sup>272</sup> y cómo funcionarían no se abordó ante el Grupo Especial ni fue examinado por este de manera pormenorizada. Por lo tanto, en la medida en que la correcta interpretación de estas cláusulas y su funcionamiento en la práctica de conformidad con la legislación nacional de los cuatro Estados miembros requeriría que solicitásemos y examinásemos nuevos argumentos fácticos, y a falta de constataciones fácticas suficientes formuladas por el Grupo Especial o hechos indiscutidos obrantes en el expediente del Grupo Especial, un análisis de esas cláusulas iría más allá del mandato que nos confiere el párrafo 6 del artículo 17 del ESD y puede perjudicar el derecho al debido proceso de los participantes.<sup>273</sup>

5.79. Por consiguiente, se mantiene la constatación formulada por el Grupo Especial de que la alegación de los Estados Unidos al amparo de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC no está respaldada por suficientes pruebas.<sup>274</sup>

## 5.2.6 Conclusión

5.80. Con respecto a la admisibilidad de la apelación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC planteada por la Unión Europea, constatamos que la apelación de los Estados Unidos está comprendida en el alcance del examen en apelación previsto en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. En particular, consideramos que la apelación de los Estados Unidos identifica de manera adecuada "cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este" como establece el párrafo 6 del artículo 17 del ESD y expone "alegaciones específicas de errores" en el sentido de los Procedimientos de trabajo, con respecto a la interpretación y la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En relación con el fundamento de la apelación de los Estados Unidos, confirmamos la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 realizada por el Grupo Especial. Si bien hemos expresado preocupación por determinados aspectos del razonamiento del Grupo Especial, el énfasis que pone el criterio jurídico del Grupo Especial en la necesidad de establecer una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados está en consonancia con nuestra lectura de esta disposición.

5.81. Tras haber confirmado la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC realizada por el Grupo Especial, no estamos obligados a formular constataciones sobre la aplicación de esta disposición a los hechos del presente asunto ni a abordar los argumentos de los Estados Unidos relativos a la compleción del análisis jurídico. Por consiguiente, se mantiene la

<sup>271</sup> Recordamos que los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC y nos solicitan que revoquemos las constataciones del Grupo Especial de que la AEP/FEM de Alemania, España, Francia y el Reino Unido para el A350XWB no son incompatibles con el párrafo 1 b) del artículo 3 "en la medida en que el Órgano de Apelación considere que ... la interpretación por el Grupo Especial del {párrafo 1 b) del artículo 3} es incorrecta". (Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 23 (las cursivas no figuran en el original)). Además, en la audiencia los Estados Unidos confirmaron que lo que apelan es la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 adoptada por el Grupo Especial en el presente asunto.

<sup>272</sup> Los Estados Unidos plantean en apelación la pertinencia de las denominadas cláusulas de **[ICC]** en los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, aduciendo que, a la luz de esas cláusulas, si **[ICC]**, Airbus **[ICC]** la AEP/FEM para el A350XWB. (Véase, por ejemplo, la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 35).

<sup>273</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 222. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 13.

<sup>274</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.790.

constatación del Grupo Especial de que la alegación de los Estados Unidos al amparo de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC no está respaldada por suficientes pruebas.

### 5.3 Beneficio

5.82. Pasamos ahora a la apelación de la Unión Europea respecto de las constataciones del Grupo Especial concernientes a la evaluación de si cada uno de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB otorga un "beneficio", y por lo tanto constituye una "subvención", en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.<sup>275</sup>

5.83. Al determinar si los contratos de AEP/FEM para el A350XWB otorgan un beneficio, el Grupo Especial dividió su análisis en dos partes. En primer lugar, el Grupo Especial evaluó la tasa de rentabilidad prevista de los préstamos proporcionados a Airbus mediante cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>276</sup> En segundo lugar, el Grupo Especial examinó la tasa de rentabilidad que un prestamista en el mercado habría exigido para proporcionar financiación en condiciones iguales o similares a las de la AEP/FEM para el A350XWB. Al evaluar esas dos cuestiones, el Grupo Especial trató de determinar si se había otorgado un beneficio, realizando una comparación entre las tasas de rentabilidad previstas de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y la tasa de rentabilidad de la referencia de mercado.

5.84. La apelación de la Unión Europea se refiere *solo* al segundo aspecto del análisis realizado por el Grupo Especial, es decir, la identificación de la tasa de rentabilidad de la referencia de mercado. El Grupo Especial dividió esta parte de su análisis en dos subsecciones principales: i) el cálculo del *tipo deudor general para empresas* que Airbus habría tenido que pagar a un prestamista comercial por tomar dinero prestado; y ii) el cálculo de una *prima de riesgo para proyectos específicos* que representa la tasa de rentabilidad adicional que un prestamista comercial habría exigido para ofrecer financiación a Airbus en las condiciones específicas de los contratos de AEP/FEM pertinentes.<sup>277</sup> En apelación, la Unión Europea impugna el análisis realizado por el Grupo Especial en relación tanto con el tipo deudor para empresas como con la prima de riesgo para proyectos específicos. Comenzamos examinando la apelación de la Unión Europea concerniente al análisis que hizo el Grupo Especial del tipo deudor para empresas.

#### 5.3.1 Tipo deudor para empresas

5.85. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial incurrió en error al identificar el tipo deudor para empresas que sirvió de base para la referencia de mercado utilizada en el análisis del beneficio. En particular, la Unión Europea cuestiona el hecho de que, al identificar el período con respecto al cual se debía observar el tipo deudor para empresas, el Grupo Especial se basó erróneamente en un *intervalo* de los *promedios* de los rendimientos del bono de EADS en cuestión<sup>278</sup>, en lugar del rendimiento de ese bono *en el día de celebración* de cada uno de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB. Por lo tanto, la Unión Europea nos solicita que revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que, en el presente asunto, el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas puede basarse en "los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración del contrato {en forma de intervalo}"<sup>279</sup> y, en

<sup>275</sup> Anuncio de apelación presentado por la Unión Europea, párrafos 6-15; y comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 276 y 328.

<sup>276</sup> Al hacer referencia a las tasas de rentabilidad previstas para cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, los Estados Unidos utilizaron las expresiones "tasa de rentabilidad" y "tipo de interés". A su vez, la Unión Europea hizo referencia a las tasas de rentabilidad previstas como la "tasa de rentabilidad interna" (TRI) de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. El Grupo Especial decidió utilizar "tasas de rentabilidad" como término genérico y se refirió a las tasas correspondientes a los contratos de AEP/FEM para el A350XWB propuestas por la Unión Europea como "tasas de rentabilidad internas" o "estimaciones de TRI". (Informe del Grupo Especial, nota 485 al párrafo 6.306).

<sup>277</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.350.

<sup>278</sup> Como se explica con más detalle *infra*, la Unión Europea propuso determinar el tipo deudor para empresas sobre la base de datos sobre los bonos de la empresa matriz de Airbus (EADS). En particular, la Unión Europea propuso utilizar la obligación a medio plazo (MTN) 03/18 con cupón del 5,5% de EADS Finance B.V., un bono emitido el 24 de septiembre de 2003 y cuya fecha de vencimiento es el 25 de septiembre de 2018. (Informe del Grupo Especial, párrafos 6.357-6.358)

<sup>279</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 319 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389).

consecuencia, también las constataciones del Grupo Especial relativas al tipo deudor para empresas expuesto en el cuadro 7 ("Estimaciones del tipo deudor para empresas") del párrafo 6.430 y en el cuadro 10 ("Diferencia aproximada entre las tasas de rentabilidad y la tasa referencial de mercado") del párrafo 6.632 de su informe.<sup>280</sup>

5.86. La Unión Europea plantea dos alegaciones de error *principales* concernientes a la manera en que el Grupo Especial identificó el período con respecto al cual se debía observar el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas. En primer lugar, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al rechazar datos relativos al rendimiento del bono de EADS pertinente en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. En segundo lugar, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, porque su decisión de rechazar el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB carece de base probatoria y refleja una falta de objetividad e imparcialidad.

5.87. En el caso de que rechazemos las alegaciones expuestas *supra*, la Unión Europea plantea dos alegaciones *condicionales* -una alegación de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y una alegación de incompatibilidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD- por las que impugna la decisión del Grupo Especial de aceptar el rendimiento medio del bono de EADS durante los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB como parte del intervalo de rendimientos medios que fue utilizado para determinar el tipo deudor para empresas.<sup>281</sup>

5.88. Antes de ocuparnos de las alegaciones de error de la Unión Europea, comenzamos resumiendo las constataciones del Grupo Especial.

### 5.3.1.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.89. Tras haber determinado las tasas de rentabilidad previstas de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial pasó a examinar la tasa de rentabilidad que un prestamista del mercado habría exigido para proporcionar financiación en condiciones iguales o similares a las de la AEP/FEM para el A350XWB (es decir, la tasa de rentabilidad de la referencia de mercado). Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos propusieron reconstruir esa referencia sobre la base de: i) un tipo deudor general que el receptor (Airbus) tendría que haber pagado a un prestamista del mercado; más ii) una prima de riesgo para proyectos específicos que representa el rendimiento adicional que habría exigido un prestamista para ofrecer financiación en las condiciones específicas de los contratos de AEP/FEM pertinentes.<sup>282</sup> La Unión Europea no se opuso a este enfoque para examinar si los contratos de AEP/FEM para el A350XWB otorgan un beneficio. Sin embargo, el Grupo Especial observó que las partes mantenían posiciones divergentes *tanto* sobre el tipo deudor general para empresas *como* sobre la prima de riesgo para proyectos específicos.<sup>283</sup>

5.90. El Grupo Especial comenzó indicando que la determinación de la tasa de rentabilidad de la referencia de mercado planteaba la cuestión inicial de si debían utilizarse los tipos obtenidos a partir de los datos y los modelos de regresión utilizados en el procedimiento inicial, como propusieron los Estados Unidos, o pruebas de los costos generales reales de los préstamos a EADS, como propuso la Unión Europea.<sup>284</sup> Los Estados Unidos pidieron a un experto, el Dr. James Jordan, que elaborara un informe en el que se calculara el tipo deudor empresarial de

<sup>280</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 319.

<sup>281</sup> Observamos que, al cuestionar la decisión del Grupo Especial de incluir el rendimiento medio durante los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB en el período pertinente con respecto al cual se debía observar el rendimiento del bono de EADS, la Unión Europea no parece impugnar el uso del promedio de rendimiento de un mes del bono de EADS.

<sup>282</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.350.

<sup>283</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.351. El Grupo Especial observó, en particular, que las partes no discrepaban solo sobre cuáles deben ser los valores de los dos componentes, sino también respecto de las bases a partir de las cuales deben obtenerse esos valores. (*Ibid.*).

<sup>284</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.352.

Airbus.<sup>285</sup> Sobre la base de ese informe, los Estados Unidos presentaron tipos deudores generales para empresas que estaban basados en los mismos datos que se utilizaron para obtener los tipos deudores generales para empresas aplicados en el procedimiento inicial, actualizados para tener en cuenta el momento de la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350WXB pertinentes.<sup>286</sup> La Unión Europea rechazó el enfoque de los Estados Unidos y mantuvo que, a diferencia de lo que sucedió en el procedimiento inicial, los datos sobre el historial de préstamos y sobre los bonos de la empresa matriz de Airbus, EADS, eran directamente observables cuando se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>287</sup> La Unión Europea también se basó en un experto, el Profesor Robert Whitelaw, para calcular el tipo deudor para empresas pertinente.<sup>288</sup> El Profesor Whitelaw afirmó que "es posible establecer a partir de datos de mercado el costo real de los empréstitos a largo plazo de la empresa", es decir, 'los tipos deudores reales a largo plazo de EADS en la fecha de los acuerdos, expresados como el rendimiento de su bono a más largo plazo'.<sup>289</sup>

5.91. El Grupo Especial estuvo de acuerdo con la Unión Europea en que la integración de las entidades de Airbus y la disponibilidad de datos sobre el bono de EADS son diferencias fácticas pertinentes entre el procedimiento inicial y el procedimiento sobre el cumplimiento.<sup>290</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que utilizar datos sobre los bonos pertinentes, directamente observables en el momento en el que fueron celebrados los contratos de AEP/FEM para el A350XWB -en la medida en que esos datos reflejen empréstitos de las entidades pertinentes- sería en principio preferible al enfoque propuesto por los Estados Unidos.<sup>291</sup> Sin embargo, antes de llegar a su conclusión acerca del tipo deudor para empresas adecuado para reconstruir la referencia de mercado, el Grupo Especial abordó una serie de críticas de los Estados Unidos que cuestionaban el grado en que pueden utilizarse los datos sobre el bono de EADS para reconstruir los tipos deudores pertinentes para empresas. En particular, el Grupo Especial examinó las cuatro cuestiones siguientes, planteadas por los Estados Unidos: i) si el bono de EADS refleja la identidad del prestatario; ii) las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS; iii) si se debe ajustar el rendimiento del bono de EADS en lo relativo al vencimiento y la duración; y iv) si se debe agregar al tipo deudor para empresas una cantidad por las comisiones y cargas normales relacionadas con los préstamos empresariales generales en el mercado.<sup>292</sup>

5.92. Con respecto a la primera cuestión, los Estados Unidos cuestionaron que un bono que representa el tipo deudor empresarial de EADS -la empresa matriz de Airbus- sea un reflejo válido del tipo deudor general para empresas relacionado con las entidades de Airbus con las que se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>293</sup> A juicio del Grupo Especial, cabe esperar que el tipo deudor se aproxime al máximo al tipo deudor de la empresa matriz cuando esta es

<sup>285</sup> Véase Dr. James Jordan, NERA Economic Consulting, "Comparison of A350 XWB LA/MSF Interest Rates with Market Benchmarks", 18 de octubre de 2012 (informe Jordan) (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)).

<sup>286</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.353. En el procedimiento inicial, los Estados Unidos reconstruyeron un tipo deudor para empresas respecto de cada uno de los cuatro Estados miembros, utilizando los datos limitados de que se disponía entonces sobre bonos de las empresas de Airbus pertinentes correspondientes a los períodos en cuestión, así como, para suplir las lagunas de los datos, modelos de regresión y otras técnicas. El tipo deudor para empresas reconstruido respecto de cada uno de los cuatro Estados miembros era la suma de un tipo deudor gubernamental (que se consideró un tipo deudor "libre de riesgos"), obtenido a partir de los bonos gubernamentales, y una "prima de riesgo empresarial general", o diferencial de crédito, obtenida a partir de datos sobre los bonos de Aérospatiale y BAE Systems para operaciones de préstamo realizadas en Francia y el Reino Unido (es decir, el diferencial entre los tipos libres de riesgo de Francia y del Reino Unido) y del rendimiento de bonos de calificación similar. La prima de riesgo empresarial se aplicaba además del tipo libre de riesgo específico para cada país, para llegar a un tipo para empresas respecto de cada contrato. (*Ibid.* (donde se hace referencia al informe Ellis-Jordan, 10 de noviembre de 2006 (Prueba documental USA-474/506 presentada al Grupo Especial (ICC) (presentada dos veces como prueba documental)), páginas 1 y 7)).

<sup>287</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.357.

<sup>288</sup> Profesor Robert Whitelaw, "Response to Dr Jordan's report on the benefits of MSF", 13 de diciembre de 2012 (respuesta de Whitelaw a Jordan) (Prueba documental EU-121 (ICC/ICSS)).

<sup>289</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.357 (donde se cita la respuesta de Whitelaw a Jordan (Prueba documental EU-121 presentada al Grupo Especial) (ICC/ICSS), párrafos 8 y 11-12, y notas 10 y 13 a dichos párrafos).

<sup>290</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.360.

<sup>291</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.364.

<sup>292</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.367-6.428.

<sup>293</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.367.



explícitamente contratista conjunto **[ICC]**. El Grupo Especial señaló que EADS participa directamente como contratista conjunto **[ICC]** en el Acuerdo de préstamo para el A350XWB concedido por el KfW de Alemania y el contrato de AEP/FEM del Reino Unido para el A350XWB, y coincidió con la Unión Europea en que la referencia al tipo deudor empresarial de EADS es apropiada para esos dos contratos.<sup>294</sup> En cambio, el Grupo Especial indicó que los tipos deudores generales para empresas pueden ser superiores al tipo de la empresa matriz cuando esta **[ICC]**. El Grupo Especial consideró por lo tanto que el tipo deudor para empresas de la entidad francesa de Airbus, Airbus SAS (Toulouse) y de la entidad española de Airbus, Airbus Operations SL, podría ser superior al tipo deudor empresarial para EADS.<sup>295</sup> En consecuencia, con respecto al contrato francés de AEP/FEM para el A350XWB y al Convenio de España para el A350XWB, el bono de EADS puede ser una subestimación del tipo general de los créditos empresariales. Sin embargo, el Grupo Especial consideró que utilizar el bono de EADS para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB era preferible a la alternativa propuesta por los Estados Unidos, teniendo presente que dicho bono puede ser una subestimación al menos en el caso del contrato francés de AEP/FEM para el A350XWB y el Convenio de España para el A350XWB.<sup>296</sup>

5.93. Por lo que respecta a las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS, el Grupo Especial identificó dos cuestiones principales planteadas por los Estados Unidos: i) si el enfoque del Profesor Whitelaw -que promedió el rendimiento a lo largo un período que representa el tiempo durante el que se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB- era una manera apropiada de determinar el tipo del bono de EADS; y ii) qué fecha es pertinente para calcular el rendimiento aplicable al contrato francés de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>297</sup>

5.94. Con respecto al promedio del Profesor Whitelaw, la Unión Europea indicó que el tipo deudor para empresas que propuso se obtuvo promediando el rendimiento al vencimiento del bono de EADS durante **[ICC]** meses. Por consiguiente, el Profesor Whitelaw calculó el rendimiento al vencimiento del bono MTN 03/18 de EADS con cupón del 5,5% correspondiente al período **[ICC]**. Según la Unión Europea, ese es el período durante el que se celebraron los cuatro acuerdos de AEP/FEM para el A350XWB. Sobre esa base, el Profesor Whitelaw calculó un tipo del **[ICC]** para el costo real de los empréstitos a largo plazo de EADS en el caso de los contratos de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para el A350XWB, y del **[ICC]** en el caso del contrato del Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>298</sup>

5.95. En respuesta, el experto de los Estados Unidos, Dr. Jordan, criticó "la manera en que el Profesor Whitelaw {obtuvo} los resultados del costo real de la deuda a largo plazo de EADS sobre la base del bono de EADS, y {sostuvo} que el período **[ICC]** utilizado por el Profesor Whitelaw para cálculo del promedio es un 'enfoque incoherente para seleccionar un rendimiento basado en las fechas de firma de los acuerdos' y produce un sesgo a la baja en el rendimiento seleccionado".<sup>299</sup> El Dr. Jordan mantuvo que "{l}os tipos deudores para empresas calculados por el Profesor Whitelaw están basados en rendimientos que incluyen períodos posteriores a la finalización de los acuerdos de préstamo AEP/FEM. Tampoco utilizan períodos coherentes en torno a las fechas de los acuerdos de préstamo, y están afectados por las tendencias descendentes de los rendimientos".<sup>300</sup>

5.96. El Grupo Especial comparó los rendimientos medios del Profesor Whitelaw con la observación que hizo el Dr. Jordan respecto del rendimiento del bono de EADS en diversas fechas (es decir, el rendimiento medio durante los seis meses anteriores a la celebración del contrato

<sup>294</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.372.

<sup>295</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.373.

<sup>296</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.374.

<sup>297</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.377.

<sup>298</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.378. El Profesor Whitelaw puso de manifiesto que el rendimiento medio al vencimiento producido por el bono se calculó para el **[ICC]** respecto de cada uno de los tres contratos de AEP/FEM para el A350XWB denominados en euros, mientras que en el caso del contrato de AEP/FME para el A350XWB del Reino Unido se realizó un ajuste basado en el promedio de los tipos de permuta financiera de euros a libras esterlinas. (*Ibid.*).

<sup>299</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.379 (donde se cita Dr. James Jordan, NERA Economic Consulting, "Reply to Professor Whitelaw's Response to Jordan Report", 20 de mayo de 2013 (respuesta de Jordan) (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 16 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>300</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.379 (donde se cita la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 24-28).

pertinente de AEP/FEM para el A350XWB, el rendimiento medio durante el mes anterior a la celebración del contrato pertinente y el rendimiento en el día de celebración del contrato pertinente).<sup>301</sup> La comparación realizada por el Grupo Especial se reproduce a continuación:

**Cuadro 1: Propuestas respectivas para los valores del rendimiento del bono de EADS**

Estado miembro de la UE y fecha pertinente de la celebración del acuerdo de préstamo	Promedio de los 6 meses anteriores a la fecha del acuerdo de préstamo	Promedio del mes anterior a la fecha del acuerdo de préstamo	Rendimiento en la fecha del acuerdo de préstamo	Rendimiento medio calculado por Whitelaw para el período [ICC] iniciado el [ICC]
Francia [ICC] ([ICC]) <sup>302</sup> [ICC]	[ICC] ([ICC]) [ICC]	[ICC] ([ICC]) [ICC]	[ICC] ([ICC]) [ICC]	[ICC]
Alemania [ICC]	[ICC]	[ICC]	[ICC]	[ICC]
España [ICC]	[ICC]	[ICC]	[ICC]	[ICC]
Reino Unido [ICC]	[ICC]	[ICC]	[ICC]	[ICC]

Fuente: Informe del Grupo Especial, cuadro 6 del párrafo 6.382.

5.97. Seguidamente, el Grupo Especial tomó nota de la orientación del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial:

En el marco de un análisis del "beneficio", se hace una comparación entre los términos y condiciones de la contribución financiera en el momento en que se hace {y} los términos y condiciones que se habrían ofrecido en el mercado *en ese momento* ... la evaluación del beneficio por un grupo especial debe centrarse en la referencia de mercado pertinente en el momento en que la contribución financiera se concede al receptor. Esa referencia entraña una consideración de lo que un participante en el mercado podría haber obtenido en el mercado en ese momento.<sup>303</sup>

5.98. Sobre la base de esa orientación, el Grupo Especial indicó que "los costos de los empréstitos deberían observarse en el momento en el que se celebró cada contrato individual".<sup>304</sup> El Grupo Especial explicó que "{p}romediar el tipo deudor de contratos celebrados durante un período en el

<sup>301</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.382 (donde se hace referencia a la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), cuadro 6; documentos de Jordan en respuesta a las preguntas 110, 111, 112 y 114 del Grupo Especial (Prueba documental USA-567 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), suplemento al cuadro 6).

<sup>302</sup> En sus comunicaciones al Grupo Especial, las partes han mencionado el [ICC] como fecha de la celebración del *Protocole* de Francia para el A350XWB. El Grupo Especial observó que el *Protocole* de Francia para el A350XWB está firmado y fechado el [ICC] y que [ICC] es la fecha de una carta de acompañamiento a la que se adjuntaban copias del *Protocole* de Francia para el A350XWB enviada al Director General de Airbus. Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que la fecha correcta del *Protocole* de Francia para el A350XWB es el [ICC]. Sin embargo, el Grupo Especial decidió también incluir en los cuadros de cálculos los rendimientos en ambas fechas en aras de la exhaustividad. (Informe del Grupo Especial, nota 585 al cuadro 6 del párrafo 6.382).

<sup>303</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.384 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 706 (las cursivas figuran en el original)). El Grupo Especial tomó nota también de la declaración del Órgano de Apelación de que "{l}a comparación debe realizarse como si los préstamos {reales y de referencia} se obtuvieran en el mismo momento ... {la evaluación} se centra en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción". (*Ibid.* (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 835-836)).

<sup>304</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.385.

que hubo diferentes tipos deudores de mercado puede dar lugar a distorsiones".<sup>305</sup> Por esa razón, el Grupo Especial consideró que:

El enfoque de promediación del Profesor Whitelaw podría reducir artificialmente un tipo deudor de mercado superior, dando lugar a una constatación indebida de que no hubo subvención. También podría aumentar artificialmente un tipo deudor de mercado inferior, y crear el peligro de que pudiera constatare un beneficio en un caso en que la AEP/FEM se haya obtenido realmente a un tipo igual o superior al tipo de mercado. En tal caso podría haber una constatación indebida de subvención.<sup>306</sup>

5.99. El Grupo Especial observó que "el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw daría lugar a la aplicación de tipos deudores para empresas calculados respecto de períodos que son *diferentes* para los cuatro contratos de AEP/FEM".<sup>307</sup> A modo de ejemplo, el Grupo Especial señaló que "el tipo de mercado para el acuerdo de préstamo británico, al aparecer más tarde, sería distorsionado al alza por los rendimientos superiores correspondientes al momento en el que se celebró el acuerdo francés, aproximadamente **[ICC]** antes".<sup>308</sup> Sin embargo, "el tipo de mercado correspondiente al acuerdo de préstamo francés no sería evaluado respecto de tipos de mercado correspondientes a **[ICC]** antes de su celebración, cuando los rendimientos de los bonos eran incluso superiores y habrían distorsionado igualmente al alza los tipos".<sup>309</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que no había "justificación para evaluar los cuatro acuerdos de AEP/FEM ... con arreglo a criterios diferentes".<sup>310</sup>

5.100. Además, el Grupo Especial señaló que "{e}l enfoque de promediación del Profesor Whitelaw también incorporaría datos correspondientes al período *posterior* a la conclusión de tres de los cuatro contratos".<sup>311</sup> A juicio del Grupo Especial, "{l}os tipos de mercado de la deuda *posteriores* a la celebración de un contrato no ... parecen un buen indicador de lo que el mercado habría ofrecido *en el momento* en que el contrato fue celebrado".<sup>312</sup> El Grupo Especial estimó "difícil ver de qué manera lo que ... sucede después de la celebración de un contrato es pertinente a efectos de establecer una referencia de mercado".<sup>313</sup>

5.101. A la luz de esas consideraciones, el Grupo Especial concluyó que, contrariamente a la orientación del Órgano de Apelación, "el enfoque del Profesor Whitelaw de observar el promedio del rendimiento diario al vencimiento durante un período de **[ICC]** meses en el que se firmaron los cuatro contratos, no proporciona{ba} los rendimientos que existían 'en el momento' en que se negociaron y acordaron los términos de los distintos contratos y, por consiguiente, los tipos establecidos en ellos".<sup>314</sup> En consecuencia, el Grupo Especial "recha{zó} el enfoque de promediación y opt{ó} por los rendimientos correspondientes a un período coherente previo a la fecha de la celebración del contrato individual, según han sido calculados por el Dr. Jordan".<sup>315</sup>

5.102. El Grupo Especial pasó después a determinar cuál de los períodos presentados por el Dr. Jordan debía utilizarse para reconstruir la referencia de mercado: i) el rendimiento medio

<sup>305</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.385.

<sup>306</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.385.

<sup>307</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386 (donde se hace referencia a la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 27). (sin cursivas en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 588)

<sup>308</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386.

<sup>309</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386. (no se reproducen las cursivas)

<sup>310</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386.

<sup>311</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387. (sin cursivas en el original)

<sup>312</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387. (las cursivas figuran en el original)

<sup>313</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387. El Grupo Especial observó que, a diferencia de los tipos de mercado *posteriores* al momento de celebración del contrato pertinente, los tipos de mercado de la deuda en la etapa previa a la celebración de un contrato podrían proporcionar una prueba empírica de los "tipos de mercado corrientes" y pueden ser indicativos de lo que el mercado podría haber estado dispuesto a ofrecer y aceptar en el momento de celebración del contrato pertinente. (*Ibid.*).

<sup>314</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.388. En particular, el Grupo Especial consideró que el enfoque del Profesor Whitelaw no era compatible con la orientación del Órgano de Apelación según la cual: i) la referencia entraña una consideración de lo que un participante en el mercado podría haber obtenido en el mercado en ese momento; y ii) la evaluación se centra en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción. (*Ibid.*).

<sup>315</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.388.

durante los seis meses anteriores a la celebración del contrato; ii) el rendimiento medio durante el mes anterior a la celebración del contrato; o iii) el rendimiento en el día de celebración del contrato. A este respecto, el Grupo Especial consideró que "el rendimiento en el día de la firma del contrato puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>316</sup> En primer lugar, el Grupo Especial consideró que las partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato. Por lo tanto, en opinión del Grupo Especial, "el promedio de un mes parecería un indicador razonable de las expectativas de las partes".<sup>317</sup> El Grupo Especial añadió que "{e}l promedio de seis meses puede tener menor probabilidad de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización, pero también puede ser una indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>318</sup> Sobre esta base, el Grupo Especial decidió llevar a cabo la "evaluación de los puntos de referencia utilizando en forma de intervalo los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración del contrato".<sup>319</sup>

5.103. En segundo lugar, con respecto a la fecha pertinente del contrato francés de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial consideró que esta cuestión solo sería importante si se utilizara el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw. El Grupo Especial señaló que, al haber rechazado ese enfoque, no había una diferencia importante entre los rendimientos fueran cuales fueran las fechas elegidas.<sup>320</sup> Sin embargo, para que su argumentación fuera completa, el Grupo Especial examinó la cuestión y concluyó que la fecha de celebración del *Protocole* de Francia para el A350XWB, firmado el **[ICC]**, debía ser utilizada dado que reflejaba el momento pertinente en el que el Gobierno francés aceptó los términos y condiciones de la AEP/FEM, mientras que la fecha de celebración de la *Convention* de Francia para el A350XWB (es decir, **[ICC]**) guardaba relación con el momento en que se atribuyeron los fondos pertinentes.<sup>321</sup>

5.104. En tercer lugar, el Grupo Especial pasó a evaluar si era necesario ajustar el rendimiento del bono de EADS en lo relativo a su vencimiento y duración. Los Estados Unidos trataron de ajustar el rendimiento del bono de EADS sobre la base de bonos de calificación similar con un plazo de 20 años, aduciendo que las medidas de AEP/FEM en litigio tienen un plazo de vencimiento mucho más largo que el del bono de EADS.<sup>322</sup> El Grupo Especial observó que, si se hace un ajuste para tener en cuenta las diferencias de vencimiento, también deben tenerse en cuenta las diferencias que puedan existir en lo relativo a la estructura. Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que sería una "simplificación excesiva ajustar el rendimiento del bono de EADS exclusivamente sumando el diferencial de plazo, o la prima de plazo, de bonos empresariales a 20 años de calificación similar, dado que la estructura de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB implica que el principal del préstamo no estará expuesto a riesgo a lo largo de toda la extensión de ese plazo".<sup>323</sup> En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que la propuesta de los Estados Unidos de ajustar el bono de EADS no era apropiada, y continuó su análisis basándose en el rendimiento del bono de EADS no ajustado.<sup>324</sup>

5.105. Por último, el Grupo Especial examinó la propuesta de los Estados Unidos de agregar al tipo deudor para empresas una cantidad por las comisiones y cargas normales relacionadas con los préstamos empresariales generales en el mercado. El Grupo Especial estuvo de acuerdo en que debían tenerse en cuenta, en el análisis del beneficio, las cuantías de las comisiones cobradas normalmente como parte del tipo deudor para empresas. Sin embargo, expresó preocupación por algunas de las estimaciones presentadas por los Estados Unidos.<sup>325</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial decidió aceptar la estimación realizada por la Unión Europea de la comisión de suscripción

<sup>316</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>317</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>318</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>319</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>320</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.392.

<sup>321</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.399.

<sup>322</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.400.

<sup>323</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.417.

<sup>324</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.421.

<sup>325</sup> El Grupo Especial consideró que no estaba claro que la estimación de la comisión de suscripción presentada por los Estados Unidos, procedente de un análisis de instrumentos derivados e innovadores, complejos y vinculados a acciones, coincidiera con el tipo de comisiones normales que tendría que afrontar Airbus si acudiera al mercado para obtener financiación para el A350XWB. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.428).

correspondiente al propio bono de EADS, lo que dio lugar a un ajuste del rendimiento del bono de EADS de aproximadamente **[ICC]** centésimas de punto porcentual.<sup>326</sup>

5.106. En síntesis, el Grupo Especial decidió usar el rendimiento del bono de EADS que había identificado la Unión Europea como base para el tipo deudor para empresas. Por lo que respecta a las fechas para observar el rendimiento, el Grupo Especial determinó que "los rendimientos del bono de EADS se deben observar a lo largo de períodos constantes en el período previo a cada uno de los contratos, en forma de una horquilla de los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la fecha de cada uno de los contratos".<sup>327</sup> No obstante, el Grupo Especial observó que "el rendimiento del bono de EADS puede ser inferior a los tipos que se exigirían para que las filiales de Airbus obtuvieran préstamos por sí solas (es decir, el rendimiento del bono de EADS puede subestimar el tipo deudor empresarial correspondiente a los contratos de España y de Francia)".<sup>328</sup> Análogamente, observó que utilizaría "los rendimientos sin ajustar del bono de EADS en el entendido de que es probable que sea un reflejo prudente del tipo deudor para empresas que se debe utilizar para calcular la referencia de mercado pertinente para los contratos de AEP/FEM".<sup>329</sup> Sobre esa base, en el cuadro 7 del párrafo 6.430 de su informe, el Grupo Especial concluyó que las consecuencias cuantitativas de sus constataciones sobre el tipo deudor para empresas son las siguientes:

**Cuadro 2: Estimaciones del tipo deudor para empresas**

Estado miembro de la UE	Tipo deudor para empresas reflejado por el rendimiento del bono de EADS (intervalo: entre el promedio de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los 6 meses anteriores a la fecha de cada contrato)	Cantidad representativa de comisiones comerciales normales	Componente del tipo de referencia de mercado consistente en el tipo deudor total para empresas
Francia	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>
Alemania	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>
España	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>
Reino Unido	<b>[ICC]</b> a <b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b>	<b>[ICC]</b> <sup>330</sup> a <b>[ICC]</b>

Fuente: Informe del Grupo Especial, cuadro 7 del párrafo 6.430.

### 5.3.1.2 Exposición general de la jurisprudencia pertinente relativa al análisis del beneficio

5.107. Una contribución financiera constituye una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC si otorga un beneficio. Con respecto a la naturaleza del análisis del beneficio, el Órgano de Apelación ha explicado que el concepto de "beneficio" a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC entraña la realización de una comparación. Esto se debe a que "no puede haber un 'beneficio' para el receptor a menos que la 'contribución financiera' lo coloque 'en una situación mejor' que la que habría tenido de no existir esa contribución".<sup>331</sup> El Órgano de Apelación ha indicado que el "mercado" proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un beneficio, porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una contribución financiera pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido tal contribución financiera en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.<sup>332</sup>

<sup>326</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.428 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 161 del Grupo Especial, párrafo 16 y nota 41 a dicho párrafo; y observaciones de Whitelaw sobre las respuestas de los Estados Unidos (Prueba documental EU-508 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 16).

<sup>327</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.429.

<sup>328</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.429.

<sup>329</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.429.

<sup>330</sup> Según se refleja en el cuadro 10 del informe del Grupo Especial, la cifra correcta que representa el límite inferior del componente del tipo de referencia de mercado consistente en el tipo deudor total para empresas correspondiente al contrato de AEP/FME del Reino Unido es **[ICC]**. Se ha utilizado esta cifra al reproducir el cuadro 7 del informe del Grupo Especial.

<sup>331</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157.

<sup>332</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157.

5.108. El Órgano de Apelación ha declarado que el artículo 14 del Acuerdo SMC ofrece un contexto pertinente para el párrafo 1 b) del artículo 1.<sup>333</sup> En el artículo 14 se establecen directrices relativas a aportaciones de capital, préstamos y garantías crediticias, así como al suministro de bienes o servicios por el gobierno y a la compra de bienes por el gobierno. Con arreglo a cada una de las directrices, existe un beneficio si el receptor ha recibido una contribución financiera en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.<sup>334</sup> En consecuencia, el artículo 14 confirma la opinión de que debe utilizarse el "mercado" como referencia para la comparación al determinar si existe un beneficio.<sup>335</sup>

5.109. Con respecto a las contribuciones financieras proporcionadas en forma de préstamo, el apartado b) del artículo 14 establece que no se considerará que los préstamos del gobierno confieren un beneficio a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado. En el apartado b) del artículo 14 se especifica también que el beneficio "será la diferencia entre esas dos cantidades". Por lo tanto, hay beneficio cuando la cantidad que el receptor paga por el préstamo del gobierno es inferior a la que habría pagado por un préstamo comercial comparable que pudiera haber obtenido en el mercado.

5.110. El Órgano de Apelación ha especificado que un préstamo de referencia en el sentido del apartado b) del artículo 14 tiene que ser un préstamo "comparable" con el préstamo gubernamental investigado. A juicio del Órgano de Apelación, "para ser comparable en el sentido del apartado b) del artículo 14, un préstamo de referencia deberá tener cuantos elementos comunes con el préstamo investigado sean posibles".<sup>336</sup> El Órgano de Apelación ha indicado, en el contexto de esa disposición, que "lo ideal es que una autoridad investigadora utilice como punto de referencia un préstamo al mismo prestatario que se haya concedido alrededor de la misma fecha, tenga la misma estructura y un vencimiento similar al del préstamo gubernamental, aproximadamente la misma magnitud, y esté denominado en la misma moneda".<sup>337</sup>

5.111. El Órgano de Apelación ha reconocido no obstante que, "en la práctica, la existencia de ese préstamo de referencia ideal será extremadamente rara, y que también debería ser posible hacer una comparación con otros préstamos que presentan un grado de similitud menor".<sup>338</sup> Esto significa que el apartado b) del artículo 14 ofrece un cierto grado de *flexibilidad* para la selección de los puntos de referencia, de manera que esa selección pueda garantizar una comparación significativa para la determinación del beneficio.<sup>339</sup> En consonancia con esa flexibilidad, el Órgano de Apelación ha indicado que, "{a}" falta de un préstamo comercial comparable efectivo que pueda obtenerse en el mercado, deberá permitirse a una autoridad investigadora que utilice un valor representativo para lo que se 'habría' pagado por un préstamo comercial comparable que 'pudiera' haberse obtenido en el mercado".<sup>340</sup> En este sentido, el Órgano de Apelación ha precisado que "escoger un punto de referencia en el marco del apartado b) del artículo 14 requiere una búsqueda progresiva de un préstamo comercial comparable".<sup>341</sup> La finalidad es encontrar "el préstamo

<sup>333</sup> Aunque el artículo 14 figura en la Parte V del Acuerdo SMC, "constituye el contexto pertinente para la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 a los efectos de la Parte II del Acuerdo SMC" y "se puede utilizar como contexto pertinente para determinar si existe subvención". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Energía renovable / Canadá - Programa de tarifas reguladas*, párrafo 5.163 (no se reproduce la nota de pie de página)). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 1293 al párrafo 616.

<sup>334</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 158.

<sup>335</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafos 155 y 158.

<sup>336</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476.

<sup>337</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476.

<sup>338</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>339</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 489. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345.

<sup>340</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 487.

<sup>341</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486.

comercial más cercano al préstamo investigado (un préstamo al mismo prestatario que sea casi idéntico al préstamo investigado en términos de fecha de concesión, estructura, vencimiento, magnitud y moneda)".<sup>342</sup> "Cuanto más se aleje una autoridad investigadora del punto de referencia ideal que constituye un préstamo idéntico o casi idéntico, más necesario será efectuar ajustes para asegurarse de que el préstamo de referencia se aproxime al 'préstamo comercial comparable que {la empresa} pudiera obtener efectivamente en el mercado' especificado en el apartado b) del artículo 14".<sup>343</sup>

5.112. El Órgano de Apelación ha mencionado una serie de factores que indican si el préstamo de referencia es "comparable" al préstamo gubernamental investigado, como la fecha de concesión, estructura, magnitud y moneda de los préstamos pertinentes.<sup>344</sup> En lo relativo al *momento* en que se hicieron las transacciones pertinentes, el Órgano de Apelación declaró en el procedimiento inicial en la presente diferencia que, de conformidad con apartado b) del artículo 14, la comparación entre la "cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe" y "la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable" "debe realizarse como si los préstamos se obtuvieran en el mismo momento".<sup>345</sup> Por lo tanto, "el préstamo comercial comparable es un préstamo que habría estado a disposición de la empresa receptora en el momento en que recibió el préstamo del gobierno".<sup>346</sup> El Órgano de Apelación razonó que la evaluación se centra "en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción", y que un grupo especial que lleva a cabo esta evaluación debe por lo tanto considerar "la forma en que el préstamo está estructurado y cómo se integran en él los riesgos, *en lugar de examinar el resultado efectivo del préstamo a lo largo del tiempo*".<sup>347</sup>

5.113. A este respecto, el Órgano de Apelación explicó también en el procedimiento inicial que el análisis de las transacciones financieras debe hacerse *ex ante*. Ello se debe a que, antes de decidir si se compromete a aportar recursos a una inversión en particular, un inversor examinará otras oportunidades de inversión y tomará una decisión basándose en la información disponible en el momento en que se adopte la decisión sobre las condiciones del mercado y las proyecciones. Sobre la base de esta información, un grupo especial debe determinar si una inversión en particular era "comercialmente racional".<sup>348</sup> Por esta razón, el Órgano de Apelación *rechazó* la idea de que es pertinente examinar los resultados reales de la inversión en cuestión.<sup>349</sup> Tal análisis *ex post* "no aporta nada útil acerca del fundamento sobre el que se basó la inversión".<sup>350</sup> Habida cuenta de esas consideraciones, el Órgano de Apelación destacó que en el análisis del beneficio "deben examinarse los términos y condiciones de un préstamo en el momento en que se concedió, y compararlos con los términos y condiciones que el mercado habría ofrecido en ese momento".<sup>351</sup>

<sup>342</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486.

<sup>343</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 488.

<sup>344</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476.

<sup>345</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 835.

<sup>346</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 835.

<sup>347</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>348</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>349</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836. Dado que la evaluación se centra "en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción", un grupo especial que lleva a cabo dicha evaluación "deberá tener en cuenta la forma en que el préstamo está estructurado y cómo se integran en él los riesgos, en lugar de examinar el resultado efectivo del préstamo a lo largo del tiempo". (*Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>350</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>351</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 838.

### 5.3.1.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al no identificar debidamente el "tipo deudor para empresas"

5.114. La Unión Europea afirma que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al identificar el componente relativo al tipo deudor para empresas de la tasa de rentabilidad de la referencia de mercado como "los promedios de los rendimientos {de un bono de EADS} correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración del contrato {de AEP/FEM pertinente}" "en forma de intervalo".<sup>352</sup> La Unión Europea afirma que el Grupo Especial identificó debidamente el criterio jurídico aplicable en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 cuando explicó que "los costos de los empréstitos 'deberían observarse *en el momento* en el que se *celebró* cada contrato individual'".<sup>353</sup> Sin embargo, la Unión Europea sostiene que, al aplicar este criterio, el Grupo Especial debería haber utilizado los datos reales del rendimiento del bono en el momento en el que se celebró cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB (es decir, el rendimiento en el día de la celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB).<sup>354</sup> En lugar de ello, el Grupo Especial "sustitu{yó} este rendimiento único relativo a cada contrato por un intervalo basado en los rendimientos medios correspondientes al mes y a los seis meses anteriores a la fecha en que se celebró cada contrato".<sup>355</sup>

5.115. Según la Unión Europea, el Grupo Especial justificó su rechazo de los datos relativos al rendimiento en el día de la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB "especulando" que "*puede* reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>356</sup> No obstante, "el Grupo Especial *no* constató que hubiera 'fluctuaciones atípicas' en los rendimientos del bono de EADS pertinente en el día de la celebración de los contratos de AEP/FEM".<sup>357</sup> Más bien, las propias constataciones fácticas del Grupo Especial ponen de manifiesto que "el rendimiento en el día de la celebración del contrato fue muy similar -y algunas veces incluso idéntico- al rendimiento medio del mes anterior a la celebración del contrato".<sup>358</sup> Además, la Unión Europea señaló que el Grupo Especial había criticado el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw, aduciendo que podía dar lugar a distorsiones.<sup>359</sup> Según la Unión Europea, el intervalo de los rendimientos medios utilizado por el Grupo Especial suscita una preocupación similar porque "podría aumentar o disminuir artificialmente un tipo deudor de mercado, lo que daría lugar a una constatación falsa en sentido positivo o una constatación falsa en sentido negativo en relación con la existencia de subvención".<sup>360</sup>

5.116. Por las razones anteriores, la Unión Europea nos solicita que revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas puede basarse en "los rendimientos medios correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración del contrato" "en forma de intervalo" y las constataciones del Grupo Especial relativas al tipo deudor para empresas expuesto en los cuadros 7 y 10 del informe del Grupo Especial.<sup>361</sup>

<sup>352</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 278 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389). Véase también el párrafo 290.

<sup>353</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.385 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>354</sup> La Unión Europea sostiene que, respecto de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB, "el día de la celebración del contrato representa 'el momento en que el prestamista y el prestatario acepta{ro}n la transacción'". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 289 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.388)).

<sup>355</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 290. (no se reproducen las cursivas ni el subrayado)

<sup>356</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 291 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>357</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 291. (las cursivas figuran en el original)

<sup>358</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 292.

<sup>359</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 293 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.385).

<sup>360</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 294.

<sup>361</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 319 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.389, cuadro 7 del párrafo 6.430 y cuadro 10 del párrafo 6.632).



5.117. Los Estados Unidos discrepan de la Unión Europea en que el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC exija la utilización de un tipo deudor para empresas basado exclusivamente en los datos correspondientes al período de 24 horas coincidente con la finalización de los términos y condiciones de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. Según los Estados Unidos, el párrafo 1 b) del artículo 1 otorga a los grupos especiales "ciertas facultades discrecionales para escoger el método adecuado para determinar el 'beneficio'"<sup>362</sup>, que incluye la opción de consultar los datos anteriores a la fecha en que se concedió una supuesta subvención. Los Estados Unidos aducen que, al evaluar si una contribución financiera otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1, los grupos especiales deben realizar un análisis *ex ante* y que "la determinación de si una inversión era comercialmente racional debe hacerse sobre la base de la información de que el inversor disponía en el momento en que adoptó la decisión de invertir".<sup>363</sup> Por consiguiente, "el conjunto de 'información disponible en el momento en que se adopte la decisión' incluirá necesariamente información que sea anterior a la propia decisión".<sup>364</sup>

5.118. Además, los Estados Unidos aducen que, "en situaciones en las que la 'decisión' pertinente relativa a la concesión de una subvención se 'adopta' a lo largo de un período prolongado, las orientaciones del Órgano de Apelación implican que la referencia comercial correspondiente debe incluir información del mismo período (así como información adicional anterior a este)".<sup>365</sup> En el presente asunto, el Grupo Especial constató que los términos y condiciones de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB eran resultado de **[ICC]**.<sup>366</sup> Este proceso había comenzado **[ICC]** y se completaron varias etapas **[ICC]**.<sup>367</sup> En opinión de los Estados Unidos, estos hechos además apoyan la constatación del Grupo Especial de que el promedio del tipo deudor para empresas en el período de un mes anterior a la finalización es un "indicador razonable" de las expectativas de los inversores y que el promedio de seis meses es también una "indicación útil" de dichas expectativas, aunque en menor medida.<sup>368</sup> En consecuencia, los Estados Unidos aducen que la decisión del Grupo Especial de utilizar los rendimientos medios correspondientes a un mes y seis meses como base del tipo deudor para empresas es compatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.119. Un análisis significativo del beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 exige a los grupos especiales que lleven a cabo una comparación exacta y exhaustiva entre la contribución financiera que proporciona un gobierno y una referencia de mercado. En cuanto a la manera en que las fechas de las transacciones pertinentes deben tenerse en cuenta en el análisis del beneficio, repetimos que la comparación relativa al beneficio debe llevarse a cabo *ex ante* y, por lo tanto, se centra en "el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción".<sup>369</sup> La información más próxima al momento de la conclusión de los términos y condiciones de un préstamo tendrá normalmente más valor probatorio que la información de períodos que precedan a las fases finales de negociación y conclusión de una transacción. No obstante, un grupo especial debe determinar las fechas apropiadas de cuándo el prestamista y el prestatario aceptaron los términos y condiciones pertinentes de la transacción en cuestión caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza y las características específicas de la financiación en cuestión y a la luz de los argumentos y las pruebas que hayan presentado las partes.

5.120. Por consiguiente, un grupo especial que lleve a cabo esta evaluación debe analizar la manera en que está estructurada la contribución financiera pertinente del gobierno, centrándose

<sup>362</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 198 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 883).

<sup>363</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836).

<sup>364</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202.

<sup>365</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 204 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836).

<sup>366</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 204 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.644, en que a su vez se cita la declaración de Tom Williams, Vicepresidente Ejecutivo de Programas, Airbus SAS, 17 de mayo de 2013 (declaración de Williams) (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 3).

<sup>367</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 204 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.55 y 6.645).

<sup>368</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 204.

<sup>369</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

en la naturaleza y el tipo de financiación que se proporciona y en la cuestión de si aspectos de esta se acordaron en el período previo a la firma formal del instrumento jurídico por el que se proporciona la contribución financiera. Si bien en algunos casos puede que las partes no acepten un instrumento financiero complejo hasta que se conozcan todos los términos y condiciones pertinentes en su configuración general, también es posible imaginar casos en que las partes pueden haber aceptado una transacción, o aspectos fundamentales de esta, durante el período de finalización de las negociaciones anterior al momento de la celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. Esto puede ocurrir especialmente cuando la contribución financiera en cuestión comprende instrumentos financieros complejos, cuyos términos y condiciones se han negociado y acordado durante un determinado período de contratación. En tales circunstancias, sería adecuado que el grupo especial tuviera en cuenta en su análisis información anterior al momento o día en que en realidad se firmaron formalmente los instrumentos jurídicos en que se basa la transacción pertinente, teniendo presente que la información más próxima a la celebración formal del instrumento financiero tendrá más valor probatorio que la información de etapas anteriores de las negociaciones.

5.121. Si bien la Unión Europea señala correctamente que, al realizar el análisis del beneficio, la comparación se centra "en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción"<sup>370</sup>, discrepamos de la Unión Europea en la medida en que indica que el Grupo Especial estaba obligado a limitar su análisis a los datos correspondientes al "día de la celebración" de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB *con independencia* del período durante el cual las partes pueden haber aceptado los términos y condiciones de ese instrumento financiero. Más bien, a los efectos de realizar su análisis del beneficio, el Grupo Especial estaba obligado a tener en cuenta el instrumento financiero específico en cuestión, incluidas las circunstancias pertinentes que rodearon la celebración de dicho instrumento, a fin de determinar el período durante el que se acordaron los términos y condiciones del contrato pertinente.

5.122. Teniendo presentes estas consideraciones, a fin de determinar si el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1, pasamos a examinar su análisis relativo a la naturaleza y las características específicas de la financiación de AEP/FEM para el A350XWB, incluido el período en el que las partes negociaron y aceptaron dicha financiación.

5.123. Sin embargo, antes de hacerlo, señalamos que el Grupo Especial se basó en el rendimiento del bono de EADS como herramienta analítica para determinar el primer componente de la referencia de mercado propuesto por los Estados Unidos, a saber, un tipo deudor para empresas que Airbus habría tenido que pagar a un prestamista del mercado. Al realizar este examen, el Grupo Especial abordó una serie de críticas realizadas por los Estados Unidos respecto al grado en que podían utilizarse los datos sobre el bono de EADS para reconstruir el tipo deudor para empresas pertinente. Al evaluar las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS, no consideramos que el Grupo Especial intentara determinar el "precio del bono de EADS" *per se*. Antes bien, el Grupo Especial examinó el período en el que se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB pertinentes a fin de extraer una conclusión sobre el tipo deudor para empresas que habría sido aplicable a Airbus durante ese período utilizando el rendimiento del bono de EADS como referencia a este respecto.

5.124. Con respecto a la naturaleza y las características específicas de la financiación AEP/FEM, el Grupo Especial inicial sostuvo que, pese a que hay una serie de variaciones de los términos y condiciones de los instrumentos jurídicos que constituyen el marco contractual de las medidas de AEP/FEM impugnadas, existen numerosas semejanzas en el tipo y la forma de financiación.<sup>371</sup> En el presente procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos adujeron ante el Grupo Especial que los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB contienen las mismas condiciones "básicas" que las medidas de AEP/FEM anteriores al A350XWB.<sup>372</sup> Después de examinar las semejanzas y las diferencias entre los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y las medidas de AEP/FEM analizadas en el procedimiento inicial, el Grupo Especial indicó que "los contratos

<sup>370</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>371</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.286 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.374, 7.410 y 7.525).

<sup>372</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.58 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 140, 143-144 y 147; y a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 85 y 89-101).

de AEP/FEM para el A350XWB se asemejan a los contratos en litigio en el procedimiento inicial, sobre la base del tipo de condiciones, incluidas las semejanzas de los mecanismos de desembolso, los reembolsos basados en los gravámenes del principal según un calendario de entregas previsto y la imposición de reembolsos en función de las ventas, el hecho de que no se proporcionen garantías de la cuantía de la deuda y la existencia de garantías condicionales limitadas únicamente al cumplimiento de las obligaciones".<sup>373</sup> En consecuencia, el Grupo Especial consideró que, en general, el reembolso de la AEP/FEM para el A350XWB está concentrado al final del período<sup>374</sup>, se basa principalmente en los gravámenes<sup>375</sup>, está supeditado a las ventas de aeronaves y no está garantizado.<sup>376</sup> En ese sentido, el Grupo Especial concluyó que, los contratos de AEP/FEM para el A350XWB comparten las mismas características centrales que las medidas de AEP/FEM examinadas en el procedimiento inicial.<sup>377</sup>

5.125. Además, el Grupo Especial formuló constataciones pertinentes relativas al período en el que las partes negociaron y aceptaron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En particular, el Grupo Especial constató que "los gobiernos participantes en Airbus {es decir, Alemania, España, Francia y el Reino Unido} iniciaron a finales de 2008 negociaciones formales con Airbus para el otorgamiento de AEP/FEM {a fin de apoyar el programa A350XWB}, acordando individualmente sus condiciones en fechas distintas entre [ICC]".<sup>378</sup> [ICC]<sup>379</sup> Como se explicará más detalladamente *infra*, el razonamiento del Grupo Especial pone de manifiesto que los términos y condiciones de los instrumentos pertinentes se negociaron y acordaron durante un período de contratación que abarcó [ICC].

5.126. Por lo que respecta al razonamiento que expuso el Grupo Especial en apoyo de su conclusión relativa a las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS, recordamos que, al realizar este análisis, el Grupo Especial comenzó rechazando el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw porque dicho enfoque "daría lugar a la aplicación de tipos deudores para empresas calculados respecto de períodos que son *diferentes* para los cuatro contratos de AEP/FEM".<sup>380</sup> Además, el Grupo Especial indicó que el "enfoque de promediación del Profesor Whitelaw también incorporaría datos correspondientes al período posterior a la conclusión de tres de los cuatro contratos".<sup>381</sup> Sobre esta base, el Grupo Especial no pudo aceptar el enfoque del Profesor Whitelaw.

5.127. A continuación, el Grupo Especial decidió determinar el tipo deudor para empresas utilizando en forma de intervalo los rendimientos medios correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. El Grupo Especial adujo dos razones en apoyo de su decisión. En primer lugar, consideró que "el rendimiento en el día de la firma del contrato puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>382</sup> A este

<sup>373</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.286.

<sup>374</sup> El Grupo Especial declaró que, "{e}n algunos casos, {los reembolsos} solo comienzan después de que Airbus haya entregado un número especificado de aeronaves. Aunque la cuantía de los gravámenes por aeronave varía en los distintos contratos, parece que en casi todos los casos es [ICC]. De ese modo, los contratos están *concentrados al final del período*". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.273 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>375</sup> El Grupo Especial explicó que el reembolso del principal del préstamo en los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB se realiza mediante gravámenes por aeronave. El gravamen se cobra en el momento de la entrega de la aeronave, y, por lo tanto, se prevé que los gravámenes se pagarán según un calendario predeterminado de entregas de aeronaves. Según el Grupo Especial, puede decirse, pues, que el reembolso del principal se basa en los gravámenes. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.270).

<sup>376</sup> El Grupo Especial señaló que, análogamente a lo que sucedía en el procedimiento inicial donde se decía que los préstamos eran *no garantizados*, en el presente procedimiento "no se designa ninguna garantía ni ningún bien, ni este es proporcionado por otra entidad, para el reembolso de la AEP/FEM {para el A350XWB} si Airbus no cumple sus obligaciones o en caso de que no se alcancen los objetivos de entrega o si el programa fracasa o se le pone fin". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.277).

<sup>377</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.286.

<sup>378</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.55 (donde se hace referencia a la declaración de Williams (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC), párrafo 3; y a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial)).

<sup>379</sup> Informe del Grupo Especial, cuadro 6 del párrafo 6.382.

<sup>380</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386 (donde se hace referencia a la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 27). (las cursivas no figuran en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 588)

<sup>381</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387.

<sup>382</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

respecto, tomamos nota de la afirmación de la Unión Europea de que "el Grupo Especial *no* constató que hubiera 'fluctuaciones atípicas' en los rendimientos del bono de EADS pertinente en el día de la celebración de los contratos de AEP/FEM".<sup>383</sup> La Unión Europea también formula este argumento en su impugnación al amparo del artículo 11 del ESD, donde se expone más extensamente.<sup>384</sup> Por consiguiente, lo abordaremos con más detalle en nuestro análisis relativo a esa alegación. En este punto, no obstante, señalamos que no consideramos que el Grupo Especial basara su constatación en una especulación de que podía haber habido *fluctuaciones atípicas* en el rendimiento del bono de EADS en el día de la firma de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Más bien, consideramos que el Grupo Especial simplemente ha señalado, en términos generales, que el hecho de elegir el rendimiento en el día de la celebración del contrato de AEP/FEM para el A350XWB en litigio podría plantear algunos problemas metodológicos a los efectos de reconstruir la referencia de mercado porque, en el día de la celebración de un contrato, el rendimiento "*puede* reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>385</sup>

5.128. La segunda razón que adujo el Grupo Especial en apoyo de su conclusión relativa a las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS era que las "partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>386</sup> Anteriormente en su análisis, el Grupo Especial también había declarado que "los tipos de mercado de la deuda en la etapa previa a la celebración de un contrato podrían proporcionar una prueba empírica de 'los tipos de mercado corrientes' y pueden ser indicativos de lo que el mercado podría haber estado dispuesto a ofrecer y aceptar e informar, por lo tanto, lo que se sabe y predice sobre los tipos de mercado en el momento de la conclusión".<sup>387</sup>

5.129. El Grupo Especial aplicó estas consideraciones generales a los hechos de la presente diferencia formulando constataciones pertinentes con respecto a la duración de las negociaciones celebradas entre Airbus y los cuatro Estados miembros, con lo cual aclaró el período durante el cual se adoptaron las decisiones relativas a las inversiones en el presente asunto. Por ejemplo, el Grupo Especial señaló que, "{t}ras manifestar públicamente su apoyo al nuevo programa en julio de 2006, los gobiernos participantes en Airbus {es decir, Alemania, España, Francia y el Reino Unido} iniciaron a finales de 2008 negociaciones formales con Airbus para el otorgamiento de AEP/FEM {a fin de apoyar el programa A350XWB}, acordando individualmente sus condiciones en fechas distintas entre [ICC]".<sup>388</sup> Como se ha señalado, [ICC].<sup>389</sup>

5.130. Las consideraciones anteriores sirvieron como base para la decisión del Grupo Especial de determinar el tipo deudor para empresas utilizando en forma de intervalo los rendimientos medios correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. A este respecto, señalamos que, aunque el Grupo Especial determinó el tipo deudor para empresas en forma de un *intervalo* de los rendimientos medios, el Grupo Especial dio debidamente más importancia al rendimiento medio de un mes del bono de EADS que al rendimiento medio de seis meses. De hecho, el Grupo Especial constató que "el promedio de un mes parecería un indicador razonable de las expectativas de las partes".<sup>390</sup> En cambio, el Grupo Especial consideró que "{e}l promedio de seis meses puede tener menor

<sup>383</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 291. (las cursivas figuran en el original) Según la Unión Europea, "más que reflejar fluctuaciones *atípicas*, las propias constataciones fácticas del Grupo Especial revelan que el rendimiento en el día de la conclusión de cada contrato de AEP/FEM {para el A350XWB} era *típico*". (*Ibid.*, párrafo 292 (las cursivas figuran en el original))

<sup>384</sup> Véase la sección 5.3.1.4 del presente informe.

<sup>385</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>386</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>387</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387.

<sup>388</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.55 (donde se hace referencia a la declaración de Williams (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC), párrafo 3; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial)). Según el Grupo Especial, "Airbus inició negociaciones *formales* con los gobiernos participantes en Airbus con respecto a la AEP/FEM para el A350XWB en [ICC] después del lanzamiento del A350XWB". (*Ibid.*, párrafo 6.144 (donde se hace referencia a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial) (las cursivas figuran en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 290)).

<sup>389</sup> Informe del Grupo Especial, cuadro 6 del párrafo 6.382.

<sup>390</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

probabilidad de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización, pero también puede ser una indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>391</sup>

5.131. Como se ha señalado, en el presente asunto el Grupo Especial constató que las "partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>392</sup> En nuestra opinión, esta interpretación está en consonancia con nuestra observación de que, en algunos casos, las partes pueden haber aceptado una transacción, o aspectos fundamentales de esta, durante el período de finalización de las negociaciones anterior al momento de la celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. Esto puede ocurrir especialmente cuando, como en el caso que nos ocupa, la contribución financiera en cuestión comprende instrumentos financieros complejos, cuyos términos y condiciones se han negociado y acordado durante un determinado período de contratación. Hemos indicado que, en tales circunstancias, sería adecuado que el grupo especial tuviera en cuenta en su análisis información anterior al momento o día en que en efecto se firmaron formalmente los instrumentos jurídicos en que se basa la transacción pertinente.

5.132. Específicamente, con respecto a los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, las constataciones del Grupo Especial respaldan la opinión de que los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB están comprendidos en esta categoría de financiación compleja, cuyos términos y condiciones se han negociado y acordado durante un determinado período. De hecho, recordamos que el Grupo Especial indicó que estos contratos comparten las mismas características centrales que las medidas de AEP/FEM examinadas en el procedimiento inicial toda vez que su reembolso está concentrado al final del período, se basa principalmente en los gravámenes, está supeditado a las ventas de aeronaves y no está garantizado.<sup>393</sup> En cuanto al modo en que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se negociaron y acordaron, el Grupo Especial constató que "los gobiernos participantes en Airbus {es decir, Alemania, España, Francia y el Reino Unido} iniciaron a finales de 2008 negociaciones formales con Airbus para el otorgamiento de AEP/FEM {a fin de apoyar el programa A350XWB}, acordando individualmente sus condiciones en fechas distintas entre [ICC]".<sup>394</sup> De hecho, [ICC].<sup>395</sup> Estas constataciones del Grupo Especial muestran que Airbus y los cuatro Estados miembros negociaron y acordaron los términos y condiciones de los diferentes contratos de AEP/FEM para el A350XWB durante un determinado período.

5.133. Además, nuestro análisis de la manera en que las partes presentaron sus argumentos y pruebas relativas a las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS pone de manifiesto que las partes *no* centraron sus argumentos ante el Grupo Especial en determinar *cuál* de los tres períodos propuestos por el Dr. Jordan sería el adecuado para determinar dicho rendimiento. De hecho, la referencia de mercado que los Estados Unidos propusieron inicialmente al Grupo Especial no incluía una referencia al bono de EADS.<sup>396</sup> A su vez, la mayor parte de la argumentación de la Unión Europea pretendía apoyar el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw como base para determinar las fechas pertinentes del rendimiento del bono de EADS.<sup>397</sup>

<sup>391</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>392</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>393</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.286.

<sup>394</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.55 y nota 132 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la declaración de Williams (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC), párrafo 3; y a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial). (no se reproduce la nota 131)

<sup>395</sup> Informe del Grupo Especial, cuadro 6 en el párrafo 6.382.

<sup>396</sup> Los tipos deudores generales para empresas propuestos inicialmente por los Estados Unidos estaban basados en los mismos datos que se utilizaron para obtener los tipos deudores generales para empresas aplicados en el procedimiento inicial, actualizados para tener en cuenta el momento de la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB pertinentes. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.353).

<sup>397</sup> Recordamos que la Unión Europea afirmó ante el Grupo Especial que "es posible establecer a partir de datos de mercado el costo real de los empréstitos a largo plazo de la empresa", es decir, "los tipos deudores reales a largo plazo de EADS en la fecha de los acuerdos expresados como el rendimiento de su bono a más largo plazo". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.357 (donde se cita la respuesta de Whitelaw a Jordan (Prueba documental EU-121 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 8 y 11-12, y notas 10 y 13 a dichos párrafos)) En particular, la Unión Europea propuso utilizar la obligación a medio plazo (MTN) 03/18 con cupón del 5,5% de EADS Finance B.V., un bono emitido el 24 de septiembre de 2003 con vencimiento el 25 de septiembre de 2018. (*Ibid.*, párrafo 6.358) La Unión Europea especificó que el Profesor Whitelaw calculó "el rendimiento medio al vencimiento del bono de EADS que vencía el último trimestre de 2018 para el período en

En respuesta, los Estados Unidos criticaron el enfoque de promediación<sup>398</sup> del Profesor Whitelaw y presentaron, como Prueba documental USA-505, un informe adicional elaborado por el Dr. Jordan.<sup>399</sup> En dicho informe, el Dr. Jordan incluyó un cuadro comparativo del rendimiento medio calculado por el Profesor Whitelaw y los rendimientos correspondientes a "fechas y períodos más pertinentes para cada uno de los acuerdos".<sup>400</sup> En este cuadro, los Estados Unidos presentaron al Grupo Especial información relativa a lo siguiente: i) el rendimiento medio correspondiente a los seis meses anteriores a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB; ii) el rendimiento medio correspondiente al mes anterior a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB; y iii) el rendimiento en el día de la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>401</sup>

5.134. A raíz del informe que presentó el Dr. Jordan como Prueba documental USA-505, la controversia entre los Estados Unidos y la Unión Europea se centró principalmente en la cuestión de si el rendimiento al vencimiento del bono de EADS debía ajustarse sobre la base de bonos de calificación similar con un plazo de 20 años, como proponían los Estados Unidos. En sus comunicaciones posteriores al Grupo Especial, la Unión Europea no pareció criticar expresamente las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS que habían propuesto los Estados Unidos. La Unión Europea tampoco, por ejemplo, en sus observaciones sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial, pareció expresar una preferencia por observar el rendimiento del bono de EADS en el día de la celebración de los contratos.<sup>402</sup> Así pues, no hubo mucha discrepancia entre las partes respecto de cuál de los tres rendimientos del bono de EADS presentados por los Estados Unidos debía elegirse a los efectos de determinar el tipo deudor para empresas.

5.135. A la luz de estas consideraciones, no apreciamos ningún error en la observación del Grupo Especial de que las "partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato"<sup>403</sup> y su conclusión de que los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB son instrumentos financieros complejos que Airbus y los cuatro Estados miembros negociaron y acordaron durante un período de contratación que abarcó **[ICC]**.

5.136. Señalamos que la Unión Europea aduce además que el intervalo de los rendimientos medios que utilizó el Grupo Especial suscita una preocupación similar a la expresada por el propio Grupo Especial con respecto al enfoque de promediación del Profesor Whitelaw. Según la Unión Europea "al utilizar los rendimientos medios, en lugar del rendimiento en el momento en que se firmó cada contrato, el enfoque utilizado por el Grupo Especial podría aumentar o disminuir artificialmente un tipo deudor de mercado, lo que daría lugar a una constatación falsa en sentido positivo o una constatación falsa en sentido negativo en relación con la existencia de subvención".<sup>404</sup> Constatamos que la posición de la Unión Europea es difícil de conciliar con el hecho de que, ante el Grupo Especial, la propia Unión Europea propuso determinar el tipo deudor para empresas sobre la base de los rendimientos medios.<sup>405</sup> Además, la Unión Europea parece suponer que la razón por la que el Grupo Especial rechazó el enfoque del Profesor Whitelaw fue el hecho de

---

que se celebraron los cuatro contratos de financiación de los Estados miembros; es decir **[ICC]**". (Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 312)

<sup>398</sup> Los Estados Unidos discreparon del hecho de que el Profesor Whitelaw calculara un promedio del rendimiento diario al vencimiento del bono de EADS correspondiente a "un período arbitrario de **[ICC]** que empez{ó} **[ICC]**". (Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de la Unión Europea a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 275 (no se reproduce la nota de pie de página)) Los Estados Unidos discreparon del hecho de que el enfoque del Profesor Whitelaw también se basara en instrumentos de deuda con un vencimiento que es "bastante más breve que el plazo efectivo de los préstamos de AEP/FEM para el A350 XWB concedidos a Airbus". (*Ibid.* (donde se cita la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), nota 3 al párrafo 3)).

<sup>399</sup> Respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)).

<sup>400</sup> Respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), cuadro 6 del párrafo 29.

<sup>401</sup> Respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), cuadro 6 del párrafo 29.

<sup>402</sup> Véanse, por ejemplo, las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 92 y 110-112 del Grupo Especial.

<sup>403</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>404</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 294.

<sup>405</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.378.

que utilizó rendimientos medios. Discrepamos. A nuestro modo de ver, el Grupo Especial basó su conclusión en otras razones. Por ejemplo, el Grupo Especial señaló que "el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw daría lugar a la aplicación de tipos deudores para empresas calculados respecto de períodos que son *diferentes* para los cuatro contratos de AEP/FEM".<sup>406</sup> Asimismo, el Grupo Especial indicó que el "enfoque de promediación del Profesor Whitelaw también incorporaría datos correspondientes al período posterior a la conclusión de tres de los cuatro contratos".<sup>407</sup>

5.137. También son pertinentes otros aspectos del análisis del Grupo Especial a la hora de abordar el argumento de la Unión Europea de que el uso de rendimientos medios podría dar lugar a una constatación de beneficio "falsa". En particular, recordamos que, además de la cuestión de las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS, el Grupo Especial examinó otras cuestiones a fin de determinar el tipo deudor para empresas aplicable.<sup>408</sup> Al evaluar estas cuestiones, parece que el Grupo Especial prefirió seguir un enfoque con arreglo al cual los cálculos serían muy probablemente un reflejo *prudente* del tipo deudor para empresas.<sup>409</sup> Por ejemplo, el Grupo Especial señaló que "el rendimiento del bono de EADS puede ser inferior a los tipos que se exigirían para que las filiales de Airbus obtuvieran préstamos por sí solas (es decir, el rendimiento del bono de EADS puede subestimar el tipo deudor empresarial correspondiente a los contratos francés y español)".<sup>410</sup> Además, el Grupo Especial declaró que contrariamente a la posición de los Estados Unidos, decidió *no* ajustar el rendimiento del bono de EADS por el correspondiente a un período de vencimiento de 20 años. El Grupo Especial consideró preferible "utiliza{r} los rendimientos sin ajustar del bono de EADS en el entendido de que *es probable que sea un reflejo prudente del tipo deudor para empresas* que se debe utilizar para calcular la referencia de mercado pertinente para los contratos de AEP/FEM".<sup>411</sup> A la luz de estas consideraciones, dudamos de que el uso de rendimientos medios pudiera, por sí y en sí mismo, dar lugar a "una constatación falsa en sentido positivo o una constatación falsa en sentido negativo en relación con la existencia de subvención" en el presente asunto, como indica la Unión Europea.<sup>412</sup>

5.138. Como se ha indicado anteriormente, la Unión Europea aduce correctamente que, al realizar el análisis del beneficio, la comparación se centra en "el momento en que el prestamista y el

<sup>406</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386 (donde se hace referencia a la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 27). (las cursivas no figuran en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 588) El Grupo Especial explicó a este respecto lo siguiente:

Por ejemplo, en el presente caso, el tipo de mercado para el acuerdo de préstamo británico, al aparecer más tarde, sería distorsionado al alza por los rendimientos superiores correspondientes al momento en el que se celebró el acuerdo francés, aproximadamente [ICC] antes (según el Profesor Whitelaw). Sin embargo, el tipo de mercado correspondiente al acuerdo de préstamo francés *no* sería evaluado respecto de tipos de mercado correspondientes a [ICC] antes de su celebración, cuando los rendimientos de los bonos eran incluso superiores y habrían distorsionado igualmente al alza los tipos.

(*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)).

<sup>407</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387.

<sup>408</sup> Recordamos que, al determinar el tipo deudor general para empresas, el Grupo Especial examinó las cuatro cuestiones siguientes planteadas por los Estados Unidos: i) la cuestión de si el bono de EADS refleja la identidad del prestatario; ii) las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS; iii) la cuestión de si ajustar el rendimiento del bono de EADS con respecto al vencimiento y la duración; y iv) la cuestión de si se debe agregar al tipo deudor para empresas una cantidad por las comisiones y cargas normales asociadas a los préstamos empresariales generales en el mercado. (Informe del Grupo Especial, párrafos 6.367-6.428).

<sup>409</sup> De hecho, el Grupo Especial indicó que "utiliza{a} los rendimientos sin ajustar del bono de EADS en el entendido de que es probable que sea un reflejo prudente del tipo deudor para empresas que se debe utilizar para calcular la referencia de mercado pertinente para los contratos de AEP/FEM". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.429).

<sup>410</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.429.

<sup>411</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.429. (las cursivas no figuran en el original) A este respecto, el Grupo Especial indicó que "la mayor incertidumbre con respecto a los reembolsos programados para un punto más distante en el tiempo significa que el rendimiento del bono de EADS ofrece probablemente una estimación prudente del componente del tipo de referencia relativo al tipo deudor para empresas en el caso de *cada uno de los cuatro contratos*". (*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)) Además, el Grupo Especial declaró que "las duraciones Macaulay superiores de los contratos [ICC], comparadas con la duración Macaulay del bono de EADS, indican además que el rendimiento del bono de EADS constituiría una estimación prudente en el caso de *esos tres contratos*". (*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)).

<sup>412</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 294.

prestatario aceptan la transacción".<sup>413</sup> No obstante, discrepamos de la Unión Europea en la medida en que indica que el Grupo Especial estaba obligado, en virtud del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, a limitar su análisis a los datos relativos al rendimiento "en el día de la celebración" de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB *con independencia del* período durante el cual las partes pueden haber aceptado los términos y condiciones de ese instrumento financiero. Más bien, un grupo especial que lleve a cabo esta evaluación debe analizar la manera en que está estructurada la contribución financiera pertinente del gobierno, centrándose en la naturaleza y el tipo de financiación que se proporciona y si aspectos de esta se acordaron en el período previo a la firma formal del instrumento jurídico por el que se proporciona la contribución financiera.

5.139. Recordamos que el Grupo Especial adujo dos razones en apoyo de su decisión de determinar el tipo deudor para empresas utilizando en forma de *intervalo* los rendimientos medios correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En primer lugar, el Grupo Especial consideró que "el rendimiento en el día de la firma del contrato puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>414</sup> Como hemos señalado *supra*, no observamos ningún error en esta observación del Grupo Especial. La segunda razón que adujo el Grupo Especial era que las "partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>415</sup> Hemos constatado que esta interpretación está en consonancia con nuestra observación de que, en algunos casos, las partes pueden haber aceptado una transacción, o aspectos fundamentales de esta, durante el período de finalización de las negociaciones anterior al momento de la celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. Esto puede ocurrir especialmente cuando, como en el caso que nos ocupa, la contribución financiera en cuestión comprende instrumentos financieros complejos, cuyos términos y condiciones se han negociado y acordado durante un determinado período de contratación. Las constataciones del Grupo Especial, en nuestra opinión, apoyan la tesis de que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB están comprendidos en esta categoría de financiación compleja. Esto es particularmente cierto habida cuenta de las constataciones del Grupo Especial según las cuales: i) los contratos de AEP/FEM para el A350XWB comparten determinadas características únicas en comparación con otras formas de financiación, a saber, que sus condiciones de reembolso están concentradas al final del período, se basan principalmente en los gravámenes, están supeditadas a las ventas de aeronaves y no están garantizadas; y ii) "los gobiernos participantes en Airbus {es decir, Alemania, España, Francia y el Reino Unido} iniciaron a finales de 2008 negociaciones formales con Airbus para el otorgamiento de AEP/FEM {a fin de apoyar el programa A350XWB}, acordando individualmente sus condiciones en fechas distintas entre [ICC]".<sup>416</sup>

5.140. Las consideraciones anteriores sirvieron de base para la determinación del Grupo Especial sobre el tipo deudor para empresas. Como se ha señalado, aunque el Grupo Especial determinó el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los rendimientos medios, dio debidamente más importancia al rendimiento medio de un mes del bono de EADS que al rendimiento medio de seis meses. De hecho, el Grupo Especial constató que "el promedio de un mes parecería un indicador razonable de las expectativas de las partes".<sup>417</sup> En cambio, el Grupo Especial consideró que "{e}l promedio de seis meses puede tener menor probabilidad de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización, pero también puede ser una indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>418</sup> En estas circunstancias, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al constatar que el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas podía basarse en los promedios de los rendimientos del bono de EADS "correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración" de los contratos de Alemania, España, Francia y el

<sup>413</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>414</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>415</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>416</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.55 (donde se hace referencia a la declaración de Williams (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 3; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial).

<sup>417</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>418</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.



Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB "en forma de intervalo", atribuyendo más importancia a los primeros rendimientos medios que a los segundos.<sup>419</sup>

#### **5.3.1.4 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al rechazar el rendimiento pertinente del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB**

5.141. La Unión Europea presenta dos líneas de argumentación principales en apoyo de su alegación de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD. En primer lugar, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque "carecía de una base probatoria suficiente" para rechazar el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>420</sup> Según la Unión Europea, el Grupo Especial justificó el rechazo del rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de los contratos debido a "la posibilidad de que el rendimiento 'puede reflejar fluctuaciones atípicas'".<sup>421</sup> La Unión Europea afirma que el Grupo Especial no comprobó si esas fluctuaciones atípicas existían efectivamente, y aduce que por lo tanto el Grupo Especial no tenía base probatoria para rechazar el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de los cuatro contratos.

5.142. En segundo lugar, la Unión Europea afirma que dos aspectos del análisis realizado por el Grupo Especial reflejan una "falta de objetividad y de imparcialidad".<sup>422</sup> La Unión Europea aduce, por una parte, que el rechazo por el Grupo Especial de los datos relativos al rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato ocurrió en el contexto de una tendencia a la baja de dicho rendimiento, que dio lugar a un "aumento artificial de la referencia de mercado" utilizada por el Grupo Especial.<sup>423</sup> Por otra parte, el Grupo Especial no ofreció una explicación plausible de su decisión "infundada" de establecer el componente de su referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas en forma de un *intervalo* de rendimientos medios.<sup>424</sup>

5.143. Los Estados Unidos solicitan que rechacemos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD a este respecto. Según los Estados Unidos, en este caso el Grupo Especial proporcionó una explicación detalladamente argumentada, apoyada por pruebas, de cada una de sus constataciones. En particular, los Estados Unidos no están de acuerdo en que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 al afirmar que el rendimiento del bono de EADS "puede reflejar fluctuaciones atípicas" sin "comprobar si esas fluctuaciones atípicas existían efectivamente".<sup>425</sup> Los Estados Unidos señalan que en el informe del Grupo Especial figura un gráfico que muestra las fluctuaciones diarias del rendimiento del bono de EADS, y confirma que la preocupación del Grupo Especial por las posibles fluctuaciones atípicas en el rendimiento del bono era "razonable, no flagrantemente errónea".<sup>426</sup> Tampoco están de acuerdo con la afirmación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no ofreció una "explicación plausible" de su decisión de expresar el tipo deudor para empresas en forma de un *intervalo* de los rendimientos medios, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.<sup>427</sup> Los Estados Unidos indican que esa explicación plausible figura en el párrafo 6.389 del informe del Grupo Especial. Además, afirman que la inclusión de ese intervalo

<sup>419</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>420</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 296.

<sup>421</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 297 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>422</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 298.

<sup>423</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 298.

<sup>424</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 299. La Unión Europea sostiene que eliminar el intervalo elegido por el Grupo Especial reduce la diferencia entre la tasa de rentabilidad de referencia y la tasa de rentabilidad interna, lo que aumenta la "presión" sobre la constatación general de beneficio formulada por el Grupo Especial. (*Ibid.*).

<sup>425</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 211 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 297).

<sup>426</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 211 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.381 y gráfico 1 de dicho párrafo).

<sup>427</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 210 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 299).

"aumenta la solidez" de cualquier constatación basada en una referencia de mercado porque permite hacer una comparación que refleja la variabilidad de los rendimientos de los bonos.<sup>428</sup>

5.144. Antes de ocuparnos de la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD, empezamos recordando los principales aspectos de la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el marco de esta disposición.

5.145. El artículo 11 del ESD dispone lo siguiente:

*Función de los grupos especiales*

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.

5.146. Como ha observado el Órgano de Apelación, "el artículo 11 del ESD impone a los grupos especiales una obligación general de hacer una 'evaluación objetiva del asunto', obligación que abarca todos los aspectos, tanto fácticos como jurídicos, del examen del 'asunto' por un grupo especial".<sup>429</sup> En diferencias concernientes a subvenciones recurribles en el marco del Acuerdo SMC, el grupo especial actúa como instancia decisoria inicial respecto de los hechos. En esos casos, los grupos especiales son responsables de recopilar y analizar la información y los datos fácticos pertinentes.<sup>430</sup> El Órgano de Apelación ha explicado que el deber de los grupos especiales al decidir sobre los hechos, en esos casos, les obliga a "examinar todas las pruebas que se les hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en esas pruebas".<sup>431</sup> En el contexto del examen de las alegaciones presentadas al amparo de la Parte III del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación ha detallado también las condiciones que debe cumplir un grupo especial para mantenerse dentro de los límites de sus facultades como instancia decisoria inicial respecto de los hechos.<sup>432</sup> En particular, un grupo especial no puede "formular constataciones afirmativas que no tengan fundamento en las pruebas contenidas en el expediente".<sup>433</sup> Como instancia decisoria inicial respecto de los hechos, un grupo especial debe también dar "explicaciones razonadas y adecuadas y un razonamiento coherente"<sup>434</sup> y no debe "{dar} a las pruebas un trato" que carezca de "imparcialidad".<sup>435</sup>

<sup>428</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 210. Asimismo, si bien los Estados Unidos reconocen que podría haber casos en que la inclusión de ese intervalo pusiera en cuestión la existencia de una subvención, eso no sucede en la presente diferencia, "puesto que las condiciones de la AEP/FEM para el A350XWB eran mejores que ambos extremos de los intervalos del Grupo Especial". (*Ibid.*).

<sup>429</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, párrafo 54.

<sup>430</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 458.

<sup>431</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 992; *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinias*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258.

<sup>432</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 881 y 1317.

<sup>433</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 161-162).

<sup>434</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, nota 618 al párrafo 293.

<sup>435</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 292.

5.147. Sin embargo, dentro de estos parámetros por lo general queda a discreción del grupo especial decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones<sup>436</sup>, y determinar cuánto peso atribuye a los distintos elementos de prueba que le hayan presentado las partes.<sup>437</sup> Un grupo especial no incurre en error simplemente porque se niegue a dar a las pruebas el peso que una de las partes considera que se le debe atribuir.<sup>438</sup> Además, el mero hecho de que un grupo especial no se refiriera expresamente a todos y cada uno de los elementos de prueba en su razonamiento es insuficiente para demostrar una infracción del artículo 11.<sup>439</sup> Más bien, un apelante debe explicar por qué esa prueba es tan importante para sus argumentos que el hecho de que el grupo especial no la trate expresamente influye en la objetividad de su evaluación de los hechos.<sup>440</sup>

5.148. El Órgano de Apelación también ha considerado inaceptable que un apelante se limite a replantear argumentos fácticos que presentó ante el grupo especial en forma de alegación basada en el artículo 11.<sup>441</sup> En lugar de eso, un apelante debe identificar errores específicos relacionados con la objetividad de la evaluación del grupo especial<sup>442</sup> y "explicar *por qué* el supuesto error *cumple* la norma de examen prevista en ese artículo".<sup>443</sup> En efecto, una alegación de que un grupo especial no ha hecho la "evaluación objetiva del asunto que se le ha{ } sometido", según exige el artículo 11 del ESD, es "una alegación muy grave"<sup>444</sup>, y el Órgano de Apelación no "interferir{ } sin motivos bien fundados" en el ejercicio de las facultades de determinación de los hechos que corresponden al grupo especial.<sup>445</sup> En cambio, para que prospere una alegación formulada al amparo del artículo 11, el Órgano de Apelación "debe{ } asegurar{se} de que el Grupo Especial se ha excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos".<sup>446</sup> Según el Órgano de Apelación, "no todo error supuestamente cometido por un grupo especial equivale a una infracción del artículo 11 del ESD"<sup>447</sup>, sino únicamente los errores tan importantes que, "considerados conjunta o individualmente"<sup>448</sup>, menoscaban la objetividad de la evaluación hecha por el grupo especial del asunto que se le haya sometido.<sup>449</sup>

5.149. En su primera línea de argumentación, la Unión Europea impugna la *falta de una base probatoria suficiente* para el rechazo por el Grupo Especial del rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB debido a "que el rendimiento 'puede reflejar fluctuaciones atípicas'".<sup>450</sup> Según la Unión Europea, los datos no controvertidos obrantes en el expediente muestran que el rendimiento en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB no reflejaba fluctuaciones atípicas, sino que era muy similar, y en ocasiones incluso idéntico, al promedio de rendimiento durante el período de un mes anterior a la celebración de cada contrato.

5.150. En nuestra opinión, al formular este argumento, la Unión Europea parece dar por supuesto que el Grupo Especial quiso basar su conclusión en el hecho de que, en efecto, *hubo* "fluctuaciones atípicas" en el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Sin embargo, como se ha indicado *supra*, no entendemos que el Grupo Especial haya basado su constatación en tal supuesto. Antes bien, el Grupo Especial parece

<sup>436</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135.

<sup>437</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 137.

<sup>438</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 164.

<sup>439</sup> Informes del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafos 441-442; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202.

<sup>440</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

<sup>441</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

<sup>442</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

<sup>443</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>444</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafo 133).

<sup>445</sup> Informes del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 299 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151); *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142.

<sup>446</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

<sup>447</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

<sup>448</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1318. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 499.

<sup>449</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.179.

<sup>450</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 297 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389 (las cursivas son de la Unión Europea)).

haberse limitado a observar, *como cuestión general*, que elegir el rendimiento en el día de celebración del contrato en cuestión podría plantear preocupaciones metodológicas a los fines de reconstruir la referencia de mercado porque, en el día de celebración de un contrato, el rendimiento "puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>451</sup> Si el Grupo Especial hubiera querido formular la constatación fáctica de que el rendimiento del bono de EADS estaba realmente afectado por fluctuaciones atípicas en el día de celebración de cada uno de los cuatro contratos, podría haber buenas razones para criticar al Grupo Especial por no haber verificado si los datos justificaban esa constatación y por no haber hecho constar ese examen de los datos en su razonamiento. Sin embargo, no interpretamos de ese modo el análisis realizado por el Grupo Especial. Es más, el Grupo Especial ofreció otras razones por las que sería preferible *no* elegir el rendimiento del bono en el día de celebración de un contrato cuando afirmó que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>452</sup> Por lo tanto, no nos convence el argumento de la Unión Europea a este respecto.

5.151. En su segunda línea de argumentación en el marco del artículo 11 del ESD, la Unión Europea aduce que el análisis realizado por el Grupo Especial refleja una *falta de objetividad y de imparcialidad*. El argumento de la Unión Europea tiene dos aspectos. En primer lugar, la Unión Europea sostiene que el hecho de que el Grupo Especial rechazara el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB en el contexto de una tendencia a la baja de dicho rendimiento pone de manifiesto una falta de objetividad y de imparcialidad. Según la Unión Europea, ello dio lugar a un "aumento artificial de la referencia de mercado" utilizada por el Grupo Especial.<sup>453</sup>

5.152. Coincidimos con la Unión Europea en que, dado el riesgo de hacer constataciones falsas de existencia de beneficio, un grupo especial debe obrar con especial prudencia cuando lleva a cabo una análisis de la existencia de beneficio con respecto a contribuciones financieras complejas, cuyos términos y condiciones han sido negociados y acordados durante un período. En particular, un grupo especial está obligado a tener en cuenta el período durante el cual se negociaron y acordaron los términos y condiciones de la contribución financiera, de manera que la comparación del beneficio se centre "el momento en que el prestamista y el prestatario acepta{ron} la transacción".<sup>454</sup> Sin embargo, el hecho de que el Grupo Especial se basara en promedios de los datos no es cuestionable en sí mismo, siempre que esa información se refiera a un momento suficientemente próximo a la celebración de los contratos, con inclusión de sus términos y condiciones, para tener valor probatorio en relación con la comparación del beneficio. En cualquier caso, el hecho de que hubiera una tendencia a la baja en el rendimiento del bono de EADS no establece *per se* que el Grupo Especial no hiciera un análisis del beneficio adecuado por recurrir a un intervalo de rendimientos medios, ni mucho menos que actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. De hecho, consideramos que los argumentos de la Unión Europea en el marco del artículo 11 del ESD se basan en gran medida en su opinión de que el Grupo Especial aplicó erróneamente el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.153. Según se ha indicado *supra*, no vemos error alguno en el análisis que hizo el Grupo Especial del componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En realidad, consideramos que el Grupo Especial basó su conclusión en la naturaleza y características específicas de la financiación AEP/FEM para el A350XWB en litigio habida cuenta de los argumentos y las pruebas presentados por las partes. Concretamente, una de las razones aducidas por el Grupo Especial fue que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>455</sup> Las constataciones del Grupo Especial respaldan la opinión de que los

<sup>451</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389. (sin cursivas en el original)

<sup>452</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>453</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 298.

<sup>454</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>455</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB están comprendidos en esta categoría de financiación compleja.<sup>456</sup>

5.154. A nuestro modo de ver, esas consideraciones constituyeron la base de la decisión del Grupo Especial de determinar el tipo deudor para empresas utilizando los rendimientos medios correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de cada contrato, en forma de un intervalo, basándose en mayor medida en el promedio de un mes, al tiempo que consideraba "útil" el promedio de seis meses. Dado que no estamos de acuerdo con los argumentos de la Unión Europea en el contexto de su alegación de error al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, tampoco estamos de acuerdo con esta línea de argumentación en el marco del artículo 11 del ESD.

5.155. En segundo lugar, la Unión Europea afirma que la falta de objetividad y de imparcialidad del Grupo Especial también se pone de manifiesto en su decisión de establecer el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los rendimientos medios, sin respaldar su decisión con ninguna explicación.<sup>457</sup>

5.156. Al abordar esta impugnación en el marco del artículo 11 del ESD, comenzamos señalando que el Grupo Especial expresó una clara preferencia por la determinación del rendimiento del bono de EADS sobre la base de pruebas relativas a los tipos de mercado "en la etapa previa a la celebración de un contrato".<sup>458</sup> Recordamos que la información obrante en el expediente relativa a los rendimientos pertinentes del bono de EADS incluía: i) el rendimiento medio durante los seis meses anteriores a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB; y ii) el rendimiento medio durante el mes anterior a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Al seleccionar esos dos períodos propuestos por el Dr. Jordan, el Grupo Especial argumentó que "[l]as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir *establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato*, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>459</sup> Habida cuenta de esas consideraciones, el Grupo Especial, a nuestro juicio, sí ofreció una explicación de su decisión de establecer el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los rendimientos medios. En todo caso, reiteramos nuestro entendimiento de que, aunque el tipo deudor para empresas se determinó en forma de un intervalo de los rendimientos medios, el Grupo Especial dio correctamente más importancia al rendimiento medio de un mes del bono de EADS que al rendimiento medio de seis meses.

5.157. Además, destacamos que la propia Unión Europea no ha indicado por qué basarse en un intervalo de rendimientos medios a los efectos de identificar el tipo deudor general para empresas demuestra necesariamente una falta de objetividad. Un apelante debe identificar errores específicos relacionados con la objetividad de la evaluación del grupo especial<sup>460</sup>, e "incumbe a cada participante formular una alegación al amparo del artículo 11 en apelación para explicar *por qué* el supuesto error *cumple* la norma de examen prevista en ese artículo".<sup>461</sup> Ciertamente, hacer referencia a ambos promedios en forma de intervalo estaba perfectamente dentro de los límites de las facultades discrecionales del Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD.

<sup>456</sup> Esto es particularmente cierto habida cuenta de las constataciones del Grupo Especial de que: i) los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB comparten determinadas características singulares en comparación con otras formas de financiación, a saber, que sus condiciones de reembolso están concentradas al final del período, se basan principalmente en los gravámenes, están supeditadas a las ventas de aeronaves y no están garantizadas; y ii) "los gobiernos participantes en Airbus {es decir, los de Alemania, España, Francia y el Reino Unido} iniciaron a finales de 2008 negociaciones formales con Airbus {con el fin de apoyar el programa A350XWB} para el otorgamiento de AEP/FEM, acordando individualmente sus condiciones en fechas distintas entre [ICC]". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.55 (donde se hace referencia a la declaración de Williams (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 3; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial)).

<sup>457</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 299.

<sup>458</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387. Por ejemplo, en la última frase que abordaba el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw, el Grupo Especial declaró que "rechazó el enfoque de promediación y optó por los rendimientos correspondientes a un período coherente previo a la fecha de la celebración del contrato individual, según han sido calculados por el Dr. Jordan". (*Ibid.*, párrafo 6.388 (sin cursivas en el original)).

<sup>459</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389. (sin cursivas en el original)

<sup>460</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

<sup>461</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442 (las cursivas figuran en el original)).

5.158. Por las razones precedentes, no estamos de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque *carecía de una base probatoria suficiente* para rechazar el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. Además, no consideramos que la Unión Europea haya demostrado que la decisión del Grupo Especial de establecer el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los rendimientos medios o el hecho de que tal decisión se adoptara en el contexto de una tendencia a la baja en el rendimiento del bono de EADS reflejen una falta de objetividad y de imparcialidad, contrariamente a lo prescrito en el artículo 11 del ESD. En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD.

### 5.3.1.5 La apelación condicional de la Unión Europea

5.159. La Unión Europea plantea dos alegaciones *condicionales* -una alegación de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y una alegación de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD- mediante las cuales impugna la decisión del Grupo Especial de aceptar el promedio de rendimiento del bono de EADS durante los *seis meses* anteriores a la celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB como parte del intervalo que se utilizó para determinar el tipo deudor para empresas.<sup>462</sup> Esas alegaciones están condicionadas a que rechacemos las alegaciones principales formuladas por la Unión Europea en apelación. Dado que hemos rechazado esas alegaciones de error, pasamos a abordar las alegaciones condicionales de la Unión Europea.

#### 5.3.1.5.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al incluir el promedio de rendimiento del bono de EADS durante seis meses en su determinación del tipo deudor para empresas

5.160. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial utilizó erróneamente, "como parte del intervalo de tipos deudores para empresas que formaba parte de su referencia de mercado, el promedio de rendimiento {del bono de EADS} durante los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los {cuatro} contratos de AEP/FEM {para el A350XWB}".<sup>463</sup> A juicio de la Unión Europea, "{e}l promedio de rendimiento del bono de EADS pertinente durante esos períodos de seis meses no refleja el rendimiento *en el momento* en el que se *celebró* cada contrato individual", y no "se centra en el momento en que el prestamista y el prestatario *aceptan la transacción*".<sup>464</sup> La Unión Europea señala que "{e}l propio Grupo Especial constató que el promedio de seis meses podía tener *menor probabilidad de reflejar* las expectativas existentes durante el período de finalización' de cada contrato de AEP/FEM que el promedio de un mes".<sup>465</sup> Por lo tanto, en opinión de la Unión Europea, el Grupo Especial "adoptó una referencia de mercado que, según reconoció el propio Grupo Especial, no refleja el rendimiento *en el momento* en que se celebraron los contratos de AEP/FEM".<sup>466</sup>

5.161. Además, según la Unión Europea, el promedio de rendimiento durante seis meses utilizado por el Grupo Especial era "particularmente susceptible de dar lugar a constataciones indebidas de subvención", dado que "hubo una tendencia a la baja en los rendimientos del bono de EADS pertinente en los meses previos a la celebración de cada contrato".<sup>467</sup> En consecuencia, con respecto a cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, "el promedio de rendimiento durante los seis meses anteriores a la celebración de cada contrato fue sustancialmente *más elevado* que el promedio de rendimiento durante el período de un mes anterior a la celebración de cada contrato".<sup>468</sup> Por lo tanto, la Unión Europea mantiene que,

<sup>462</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 300-301.

<sup>463</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 302.

<sup>464</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 303 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.385 y 6.388 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>465</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 304 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>466</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 304. (las cursivas figuran en el original)

<sup>467</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 306 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.381).

<sup>468</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 306. (las cursivas figuran en el original)

"al utilizar el promedio de rendimiento de seis meses, el Grupo Especial 'aument{ó} artificialmente un tipo deudor de mercado inferior', y con ello 'cre{ó} el peligro de que pudiera constatarse un beneficio en un caso en que la AEP/FEM se haya obtenido realmente a un tipo igual o superior al tipo de mercado'".<sup>469</sup>

5.162. En respuesta, los Estados Unidos afirman que la Unión Europea, al igual que en el contexto de su alegación principal de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, adopta una lectura "indebidamente restringida" de la orientación facilitada por el Órgano de Apelación según la cual la referencia comercial debe basarse en el momento en que se celebró cada contrato específico.<sup>470</sup> Así pues, por las mismas razones esgrimidas en el contexto de la alegación principal de la Unión Europea, los Estados Unidos no están de acuerdo en que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 al incluir en el cálculo del tipo deudor para empresas el promedio de rendimiento del bono de EADS durante los seis meses anteriores a la celebración de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>471</sup>

5.163. En el análisis que hemos realizado *supra*, hemos indicado que, aunque el Grupo Especial determinó el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de promedios de rendimiento, dio correctamente más importancia al promedio de rendimiento del bono de EADS durante un mes que al promedio de rendimiento durante seis meses. En efecto, el Grupo Especial constató que "el promedio de un mes parecería un indicador razonable de las expectativas de las partes".<sup>472</sup> En cambio, consideró que "{e}l promedio de seis meses puede tener menor probabilidad de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización, pero también puede ser una indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>473</sup> Además, hemos constatado que el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC no obliga al Grupo Especial a haber realizado su análisis del beneficio centrándose exclusivamente en el rendimiento del bono de EADS "en el día de celebración" de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. Por lo tanto, si bien al realizar el análisis del beneficio la comparación se centra "en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción"<sup>474</sup>, disentimos de la Unión Europea en la medida en que indica que el Grupo Especial debería haber realizado la comparación del beneficio utilizando exclusivamente datos relativos al rendimiento "en el día de celebración" de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB *con independencia* del período durante el cual las partes puedan haber aceptado los términos y condiciones de ese instrumento de financiación.

5.164. A nuestro entender, al alegar que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 cuando incluyó en su análisis "el promedio de rendimiento {del bono de EADS} durante los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los contratos de AEP/FEM"<sup>475</sup>, la alegación de la Unión Europea impugna análogamente el análisis del beneficio realizado por el Grupo Especial *con independencia* del período durante el cual las partes puedan haber aceptado los términos y condiciones de ese instrumento de financiación. Por lo tanto, las mismas consideraciones expuestas en nuestro análisis de la alegación de error anterior se aplican también en el contexto de la presente alegación. Como hemos indicado, consideramos pertinente que un grupo especial evalúe el instrumento de financiación específico en litigio, con inclusión de las circunstancias pertinentes que rodean a la celebración de ese instrumento, para determinar el período durante el cual se acordaron los términos y condiciones de esos contratos. Esto se debe a que es posible prever casos, como el presente, en que las partes pueden haber aceptado una transacción -o sus principales aspectos- durante un período de finalización de las negociaciones anterior al momento de celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. En tales circunstancias, sería adecuado que un grupo especial tuviera en cuenta en su análisis información de fecha anterior al momento o el día efectivo en que se firmaron formalmente los instrumentos jurídicos subyacentes a la transacción pertinente.

<sup>469</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 307 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.385).

<sup>470</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 213.

<sup>471</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 213.

<sup>472</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>473</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>474</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>475</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 302.

5.165. Como se ha indicado *supra*, las constataciones del Grupo Especial en el presente asunto apoyan la opinión de que los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB están comprendidos en esta categoría de financiación compleja. Esto es particularmente cierto habida cuenta de las constataciones del Grupo Especial según las cuales: i) los contratos de AEP/FEM para el A350XWB comparten determinadas características únicas en comparación con otras formas de financiación, a saber, que sus condiciones de reembolso están concentradas al final del período, se basan principalmente en los gravámenes, están supeditadas a las ventas de aeronaves y no están garantizadas; y ii) "los gobiernos participantes en Airbus {es decir, los de Alemania, España, Francia y el Reino Unido} iniciaron a finales de 2008 negociaciones formales con Airbus {con el fin de apoyar el programa A350XWB} para el otorgamiento de AEP/FEM, acordando individualmente sus condiciones en fechas distintas entre **[ICC]**".<sup>476</sup> Esas consideraciones sirvieron de base para la decisión del Grupo Especial de determinar el tipo deudor para empresas utilizando en forma de intervalo los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los cuatro contratos.

5.166. Además, nuestro examen de los argumentos y las pruebas presentados por las partes en relación con las fechas pertinentes para observar el rendimiento del bono de EADS pone de manifiesto que las partes *no* centraron sus deliberaciones en determinar *cuál* de los tres períodos propuestos por el Dr. Jordan sería el correcto para determinar dicho rendimiento. Más bien, buena parte de la argumentación de la Unión Europea apoyaba las fechas pertinentes del rendimiento del bono de EADS sobre la base del enfoque de promediación del Profesor Whitelaw. A su vez, los Estados Unidos criticaron el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw y presentaron un informe del Dr. Jordan que incluía un cuadro comparativo del promedio de los rendimientos calculado por el Profesor Whitelaw y los rendimientos correspondientes a "fechas y períodos más pertinentes para cada uno de los acuerdos"<sup>477</sup>, donde figuraban datos sobre los tres períodos entre los cuales el Grupo Especial eligió finalmente el tipo deudor para empresas. Como se ha indicado, puesto que ante el Grupo Especial las partes no se opusieron a los promedios de los rendimientos durante seis meses y un mes, no parece irrazonable que el Grupo Especial se basara en esas pruebas, sobre todo dada su observación de que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato"<sup>478</sup> y su conclusión de que los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB son instrumentos de financiación complejos, cuyos términos y condiciones fueron negociados y acordados por Airbus y los cuatro Estados miembros a lo largo de un período de contratación que se prolongó durante **[ICC]**.

5.167. La Unión Europea aduce que "{e}l promedio de rendimiento durante seis meses utilizado por el Grupo Especial era particularmente susceptible de dar lugar a constataciones indebidas de subvención" porque "hubo una tendencia a la baja en los rendimientos del bono de EADS pertinente en los meses previos a la celebración de cada contrato".<sup>479</sup> Coincidimos con la Unión Europea en que, habida cuenta del riesgo de hacer constataciones falsas de existencia de beneficio, un grupo especial debe obrar con especial cautela cuando lleva a cabo un análisis de la existencia de beneficio con respecto a contribuciones financieras complejas, cuyos términos y condiciones han sido negociados y acordados durante un determinado período de finalización antes del momento de su celebración formal. En particular, un grupo especial tiene que examinar el período durante el cual se negociaron y acordaron los términos y condiciones de la contribución financiera, con el fin de asegurarse de que la comparación del beneficio se centra "en el momento en que el prestamista y el prestatario acepta{ron} la transacción".<sup>480</sup> Como se ha señalado, el hecho de que hubiera una tendencia a la baja en el rendimiento del bono de EADS no establece *per se* que el Grupo Especial no hiciera un análisis del beneficio adecuado por recurrir al promedio de los rendimientos del bono de EADS. En nuestro análisis *supra*, rechazamos las alegaciones de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho en el marco del

<sup>476</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.55 (donde se hace referencia a Declaración de Williams (Prueba documental EU-354 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 3; Y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 101 del Grupo Especial).

<sup>477</sup> Respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), cuadro 6 del párrafo 29.

<sup>478</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>479</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 306 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.381).

<sup>480</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.



párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC en su análisis del componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas. En lugar de ello, constatamos que el Grupo Especial basó su conclusión en la financiación específica de AEP/FEM para el A350XWB en litigio y en el período pertinente durante el cual se concluyeron sus términos y condiciones.

5.168. Por las razones que anteceden, no consideramos inapropiado que el Grupo Especial incluyera en su análisis información relativa al promedio de rendimiento del bono de EADS durante los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En cualquier caso, recordamos que, aunque el tipo deudor para empresas se determinó en forma de un intervalo de promedios de rendimiento, el Grupo Especial dio correctamente más importancia al promedio de rendimiento del bono de EADS durante un mes que al promedio de rendimiento durante seis meses, que se consideró únicamente una "indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>481</sup> En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC "al aceptar, como parte del intervalo relativo al tipo deudor para empresas, el promedio de rendimiento del bono de EADS pertinente durante los seis meses anteriores a la celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB".<sup>482</sup>

#### **5.3.1.5.2 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al incluir el promedio de rendimiento del bono de EADS durante seis meses en su determinación del tipo deudor para empresas**

5.169. Pasamos ahora a la apelación condicional de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al incluir en el cálculo del tipo deudor para empresas el promedio de rendimiento del bono de EADS durante los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. La impugnación de la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD se basa en dos fundamentos.

5.170. En primer lugar, la Unión Europea mantiene que el Grupo Especial no proporcionó una explicación razonada y adecuada de la inclusión, como parte del intervalo, del promedio de rendimiento durante el período de seis meses anterior a la celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. La Unión Europea señala que, aunque el Grupo Especial había observado que "{e}l promedio de seis meses podía tener '*menor probabilidad* de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización' de cada contrato que el promedio de un mes"<sup>483</sup>, "eligió adoptar un *intervalo* de valores que incluía el promedio de seis meses".<sup>484</sup> La otra parte del intervalo (es decir, el promedio de rendimiento durante un mes) comprendía un indicativo más adecuado. Según la Unión Europea, la inclusión de lo que el propio Grupo Especial consideró una referencia inferior exigía, como mínimo, una explicación del Grupo Especial. No obstante, según la Unión Europea, el Grupo Especial no ofreció esa explicación, ni mucho menos una explicación razonada y adecuada, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.<sup>485</sup>

5.171. En respuesta, los Estados Unidos rechazan la alegación condicional presentada por la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD, reiterando que la Unión Europea afirma erróneamente que el Grupo Especial "no ofreció ninguna explicación para la inclusión del promedio de rendimiento durante seis meses".<sup>486</sup>

5.172. Comenzamos examinando detenidamente el análisis realizado por el Grupo Especial. En el pasaje pertinente del informe del Grupo Especial a que hace referencia la Unión Europea<sup>487</sup>, el Grupo Especial indicó que tendría que escoger los rendimientos entre los períodos presentados por el Dr. Jordan -es decir, el rendimiento medio durante los seis meses anteriores a la celebración del

<sup>481</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>482</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 308.

<sup>483</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 310 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>484</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 311. (las cursivas figuran en el original)

<sup>485</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 311.

<sup>486</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 213 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 311).

<sup>487</sup> Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

contrato pertinente; el rendimiento medio durante el mes anterior a la celebración del contrato pertinente; y el rendimiento en el día de celebración del contrato pertinente-. El Grupo Especial señaló que el rendimiento en el día de celebración del contrato pertinente "puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>488</sup> Añadió que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>489</sup> Después, el Grupo Especial hizo unas pocas observaciones sobre los rendimientos obtenidos de los otros dos períodos. Con respecto al promedio de rendimiento de un mes, el Grupo Especial afirmó que "parecería un indicador razonable de las expectativas de las partes". A su vez, con respecto al promedio de rendimiento de seis meses, el Grupo Especial indicó que "puede tener menor probabilidad de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización, pero también puede ser una indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>490</sup> Por último, tras haber formulado todas las observaciones anteriores, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "{p}or lo tanto, lleva{ría} a cabo {su} evaluación de los puntos de referencia utilizando en forma de intervalo los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración del contrato".<sup>491</sup>

5.173. Además, con respecto al promedio de rendimiento de seis meses propuesto por el Dr. Jordan, la Unión Europea observa con razón que el Grupo Especial indicó que "{e}l promedio de seis meses puede tener menor probabilidad de reflejar las expectativas existentes durante el período de finalización".<sup>492</sup> Sin embargo, la Unión Europea omite que en la misma frase, el Grupo Especial añadió que ese promedio de seis meses "también puede ser una indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>493</sup> Según nuestro parecer, esas afirmaciones son compatibles con el razonamiento anterior del Grupo Especial en el sentido de que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>494</sup> Esta lectura está en consonancia con nuestra observación de que, en algunos casos, las partes pueden haber aceptado una transacción -o sus principales aspectos- durante un período de finalización de las negociaciones anterior al momento de celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. Opinamos por tanto que el Grupo Especial no excedió su margen de apreciación de las pruebas cuando incluyó el promedio de rendimiento de seis meses en el intervalo para determinar el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas. También estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que el promedio de un mes anterior a la celebración de la transacción "parecería un indicador razonable de las expectativas de las partes", por lo cual le dio más importancia que al promedio de rendimiento durante seis meses, que se consideró únicamente una "indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>495</sup>

5.174. A la luz de esas consideraciones, no vemos motivos para formular una constatación de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD debido al supuesto hecho de que el Grupo Especial no ofreció una explicación razonada y adecuada. Recordamos que, si bien el Grupo Especial determinó el tipo deudor para empresas en forma de un *intervalo* de promedios de rendimiento, dio correctamente más importancia al promedio de rendimiento del bono de EADS durante un mes que al promedio de rendimiento durante seis meses. Aunque un examen y una explicación más detenidos podrían haber proporcionado una base más sólida para la decisión del Grupo Especial de llevar a cabo el análisis de las referencias utilizando un intervalo de promedios de rendimiento, no estamos de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que el análisis realizado por el Grupo Especial carece de objetividad. En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no proporcionar una explicación razonada y adecuada para la inclusión, como parte de su intervalo, del promedio de rendimiento durante el período de seis meses anterior a la celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>496</sup>

<sup>488</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>489</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>490</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>491</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>492</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>493</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>494</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>495</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>496</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 310.

5.175. En su segunda línea de argumentación, la Unión Europea considera que la aceptación por el Grupo Especial del promedio de rendimiento de seis meses se basa en un *razonamiento incongruente e incoherente*.<sup>497</sup> La Unión Europea aduce dos razones para justificar su impugnación.

5.176. En primer lugar, la Unión Europea destaca que, aunque el Grupo Especial criticó la utilización por el Profesor Whitelaw de un promedio de rendimiento durante [ICC], debido a la posibilidad de que ese enfoque pudiera dar lugar a un tipo deudor de mercado "artificialmente" inferior (o superior), el Grupo Especial también incluyó el promedio de rendimiento durante seis meses en la referencia de mercado, a pesar del hecho demostrado de que el promedio de seis meses dio lugar a un aumento "artificial" del tipo deudor de mercado, lo que podría dar lugar a constataciones "indebidas" de subvención. En consecuencia, la Unión Europea considera que el razonamiento del Grupo Especial es "internamente incongruente".<sup>498</sup>

5.177. Los Estados Unidos rechazan la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD a este respecto y señalan que la Unión Europea no dice qué es lo incongruente o incoherente de la constatación del Grupo Especial.<sup>499</sup> Según los Estados Unidos, la Unión Europea no aprecia la verdadera razón por la cual el Grupo Especial rechazó el promedio [ICC] del Profesor Whitelaw. Tal rechazo no se basó en la preocupación de que [ICC] sea "una ventana demasiado amplia" de la que extraer los datos pertinentes.<sup>500</sup> Antes bien, el Grupo Especial criticó el promedio [ICC] del Profesor Whitelaw porque aplicó un rendimiento uniforme de los bonos comerciales obtenido del período comprendido entre [ICC] para cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, pese al hecho de que se finalizaron en fechas distintas. Puesto que el Grupo Especial no criticó el enfoque del Profesor Whitelaw por basarse en datos obtenidos de un período [ICC], los Estados Unidos mantienen que no hay nada incongruente o incoherente en rechazar el promedio [ICC] del Profesor Whitelaw utilizando al mismo tiempo los promedios de un mes y seis meses específicos para la fecha de finalización de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>501</sup>

5.178. Los argumentos de la Unión Europea parecen pasar por alto aspectos importantes del razonamiento expuesto por el Grupo Especial para rechazar el enfoque de promediación propuesto por el Profesor Whitelaw. En particular, la Unión Europea parece indicar que la *única* razón por la cual el Grupo Especial rechazó el enfoque del Profesor Whitelaw es que dicho enfoque "podría dar lugar a un tipo deudor de mercado 'artificialmente' inferior (o superior), dando lugar por lo tanto a una constatación 'indebida' de subvención (o de que no hubo subvención)".<sup>502</sup> Al hacerlo, la Unión Europea pasa por alto los problemas *específicos* que identificó el Grupo Especial en relación con el enfoque de promediación propuesto por el Profesor Whitelaw. Como se ha señalado antes, la conclusión del Grupo Especial se basó en dos razones principales. En primer lugar, el Grupo Especial observó que "el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw daría lugar a la aplicación de tipos deudores para empresas calculados respecto de períodos que son *diferentes* para los cuatro contratos de AEP/FEM".<sup>503</sup> En segundo lugar, el Grupo Especial indicó que "{e}l enfoque de promediación del Profesor Whitelaw también incorporaría datos correspondientes al período posterior a la conclusión de tres de los cuatro contratos".<sup>504</sup>

5.179. A nuestro juicio, esas consideraciones confirman que el Grupo Especial no cuestionó el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw por la mera razón de que fuera un *promedio*. Reconocemos que, si hubiera sido efectivamente así, la Unión Europea podría haber tenido motivos legítimos para poner en cuestión la coherencia y objetividad de la decisión del Grupo Especial de incluir el promedio de seis meses en la referencia de mercado. En cambio, las dudas

<sup>497</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 312.

<sup>498</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 313.

<sup>499</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 214.

<sup>500</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 215.

<sup>501</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 215.

<sup>502</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 312 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.385). (las cursivas figuran en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 278)

<sup>503</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386 (donde se hace referencia a Respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 27). (sin cursivas en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 588)

<sup>504</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387.

del Grupo Especial en relación con el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw se derivaban de las cuestiones antes mencionadas que identificó el Grupo Especial. Por lo tanto, no consideramos que el razonamiento del Grupo Especial fuera incongruente o incoherente con respecto al rechazo del enfoque de promediación del Profesor Whitelaw, por un lado, ni a la inclusión, por el otro, del promedio de seis meses como parte del intervalo de promedios de rendimiento utilizado para determinar el tipo deudor para empresas. Por consiguiente, la Unión Europea no ha fundamentado debidamente esta impugnación al amparo del artículo 11 del ESD.

5.180. Asimismo, la Unión Europea considera que el razonamiento del Grupo Especial es incongruente por otro motivo más. Según la Unión Europea, por una parte, el Grupo Especial rechazó el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB sobre la base de la mera posibilidad de que "podía" estar "distorsionado", aun cuando las pruebas obrantes en el expediente demostraban que no existía tal distorsión. Por otra parte, el Grupo Especial aceptó el promedio de rendimiento del bono de EADS durante seis meses como base para determinar el tipo deudor para empresas, aun cuando ese promedio corría el mismo riesgo de estar "distorsionado", y las pruebas obrantes en el expediente demostraban que ese promedio estaba, en efecto, distorsionado. Por lo tanto, según la Unión Europea, la decisión del Grupo Especial de aceptar el promedio de rendimiento durante seis meses se basó en un razonamiento incoherente e incongruente.<sup>505</sup>

5.181. A nuestro juicio, esta impugnación al amparo del artículo 11 del ESD no constituye una caracterización completa y exacta del análisis realizado por el Grupo Especial. La Unión Europea sostiene que las pruebas obrantes en el expediente demostraban que *no* había distorsión en el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, y que el promedio de seis meses estaba, de hecho, distorsionado. No vemos apoyo para las afirmaciones de la Unión Europea en las constataciones del Grupo Especial o las pruebas obrantes en el expediente. En particular, recordamos que no entendemos que el Grupo Especial haya basado su constatación en la especulación de que podría haber habido *fluctuaciones atípicas* en el rendimiento del bono de EADS en el día de la firma de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Antes bien, el Grupo Especial se limitó a observar, como cuestión general, que elegir el rendimiento en el día de celebración del contrato de AEP/FEM para el A350XWB en cuestión podría plantear preocupaciones metodológicas a los efectos de reconstruir la referencia de mercado porque, en el día de celebración de un contrato, el rendimiento "*puede* reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>506</sup> En todo caso, observamos que el análisis realizado por el Grupo Especial no dependía de que hubiera o no alguna distorsión real en el rendimiento del bono de EADS. En lugar de ello, el Grupo Especial se centró debidamente en la naturaleza y las características específicas de la financiación de AEP/FEM para el A350XWB en litigio y en si ciertos aspectos de dicha financiación fueron concertados en el período previo a la firma formal del instrumento jurídico por el cual se concede la contribución financiera.

5.182. Además, la Unión Europea sostiene que el promedio de rendimiento durante seis meses "corría el mismo riesgo de estar 'distorsionado'"<sup>507</sup> que el rendimiento en el día de celebración de los contratos AEP/FEM para el A350XWB. Sin embargo, la Unión Europea no ha justificado *por qué* sería así. Nos parece que existe una clara diferencia en la forma en que las "fluctuaciones atípicas" podrían afectar, por una parte, al rendimiento de un bono observado *únicamente* en un día y, por otra parte, al promedio durante seis meses de ese mismo rendimiento. No descartamos que un promedio de rendimiento durante seis meses pueda también verse afectado por "distorsiones" o "fluctuaciones atípicas". Sin embargo, a falta de una explicación de la Unión Europea sobre por qué el promedio de rendimiento durante seis meses corría los mismos riesgos de estar "distorsionado" que el rendimiento en el día de celebración, consideramos que la Unión Europea no ha justificado su impugnación al amparo del artículo 11 del ESD.<sup>508</sup>

5.183. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del artículo 11 del ESD al

<sup>505</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 314-316.

<sup>506</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389. (sin cursivas en el original)

<sup>507</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 315.

<sup>508</sup> Como declaró el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Elementos de fijación (China)*, "{i}ncumbe a cada participante formular una alegación al amparo del artículo 11 en apelación para explicar por qué el supuesto error cumple la norma de examen prevista en ese artículo". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442 (no se reproducen las cursivas)).

decidir observar el rendimiento del bono de EADS sobre la base de los promedios de rendimiento durante el mes anterior y los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, en forma de un intervalo.

### 5.3.1.6 Conclusión sobre las constataciones del Grupo Especial relativas al tipo deudor para empresas

5.184. En el análisis que hemos expuesto *supra*, disentimos de las alegaciones *principales* de error de la Unión Europea concernientes a la manera en que el Grupo Especial identificó el período pertinente del cual extraer el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas. En particular, si bien estamos de acuerdo en que, al realizar el análisis del beneficio, la comparación se centra en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que indica que el Grupo Especial estaba obligado a limitar su análisis a datos correspondientes al "día de la celebración" de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB con independencia del período durante el cual las partes puedan haber aceptado los términos y condiciones de ese instrumento de financiación. Antes bien, el Grupo Especial estaba obligado a tener en cuenta el instrumento de financiación específico en cuestión, con inclusión de las circunstancias pertinentes que rodearon la celebración de dicho instrumento, para determinar el período durante el cual se acordaron los términos y condiciones del contrato pertinente. El Grupo Especial ofreció dos razones para respaldar su decisión de determinar el tipo deudor para empresas utilizando en forma de *intervalo* los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En primer lugar, el Grupo Especial consideró que "el rendimiento en el día de la firma del contrato puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>509</sup> La segunda razón del Grupo Especial fue que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>510</sup> Hemos constatado que esta lectura está en consonancia con nuestra observación de que, en algunos casos, las partes pueden haber aceptado una transacción, o aspectos fundamentales de esta, durante el período de finalización de las negociaciones anterior al momento de la celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. En el presente asunto, la contribución financiera en cuestión consiste en una financiación compleja cuyos términos y condiciones se han negociado y acordado durante un determinado período de contratación. En tales circunstancias, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al constatar que el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas podría basarse en los promedios de los rendimientos del bono de EADS "correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración" de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB "en forma de intervalo", atribuyendo más importancia a los primeros rendimientos medios que a los segundos.<sup>511</sup>

5.185. Además, rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque *carecía de una base probatoria suficiente* para rechazar el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. Además, la Unión Europea no ha demostrado que la decisión del Grupo Especial de establecer el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los rendimientos medios o el hecho de que tal decisión se adoptara en el contexto de una tendencia a la baja en el rendimiento del bono de EADS reflejen una falta de objetividad y de imparcialidad, contrariamente a lo prescrito en el artículo 11 del ESD. En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha demostrado que el Grupo Especial actuase de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD.

5.186. Rechazamos también las alegaciones subsidiarias de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al aceptar el rendimiento medio del bono de EADS durante los *seis meses* anteriores a la celebración de los contratos de Alemania, España,

<sup>509</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>510</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>511</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB como parte del intervalo de rendimientos medios que se utilizó para determinar el tipo deudor para empresas. Aunque el tipo deudor para empresas se determinó en forma de un intervalo de rendimientos medios, el Grupo Especial dio debidamente más importancia al rendimiento medio de un mes del bono de EADS que al rendimiento medio de seis meses, que se consideró únicamente una "indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>512</sup> En tales circunstancias, constatamos que la Unión Europea no ha demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al decidir observar el rendimiento del bono de EADS sobre la base de los rendimientos medios durante el mes anterior y los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, en forma de un intervalo, atribuyendo más importancia a los primeros rendimientos medios que a los segundos.

5.187. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.389 de su informe, de que el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas debía basarse en "los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de {los} contrato{s} {de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, en forma de intervalo}". En consecuencia, también confirmamos las constataciones del Grupo Especial relativas al tipo deudor para empresas que figuran en el cuadro 7 del párrafo 6.430 y en el cuadro 10 del párrafo 6.632 de su informe. A continuación reproducimos el cuadro 7 del informe del Grupo Especial, donde se exponen las consecuencias cuantitativas de las constataciones del Grupo Especial sobre el tipo deudor para empresas:

**Cuadro 3: Estimaciones del tipo deudor empresarial**

Estado miembro de la UE	Tipo deudor empresarial reflejado por el rendimiento del bono de EADS (horquilla: entre el promedio de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la fecha de cada contrato) <sup>513</sup>	Cantidad representativa de comisiones comerciales normales	Componente del tipo de referencia de mercado relativo al tipo deudor total para empresas
Francia	[ICC] a [ICC]	[ICC]	[ICC] a [ICC]
Alemania	[ICC] a [ICC]	[ICC]	[ICC] a [ICC]
España	[ICC] <sup>514</sup> a [ICC]	[ICC]	[ICC] a [ICC]
Reino Unido	[ICC] a [ICC]	[ICC]	[ICC] <sup>515</sup> a [ICC]

Fuente: Informe del Grupo Especial, cuadro 7 del párrafo 6.430.

### 5.3.2 Prima de riesgo para proyectos específicos

5.188. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su identificación del componente de la referencia de mercado consistente en la "prima de riesgo para proyectos específicos" que se utilizó para determinar la cuestión de si los contratos de Alemania, España,

<sup>512</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>513</sup> Recordamos que, si bien el Grupo Especial determinó el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los promedios de los rendimientos, dio correctamente más importancia al promedio de los rendimientos del bono de EADS durante un mes en su determinación del tipo deudor para empresas. (Véase el párrafo 5.140 *supra*).

<sup>514</sup> La Unión Europea identifica un error material cometido por el Grupo Especial en los cuadros 7 y 10 de su informe, en relación con el promedio de rendimiento durante el mes anterior al Convenio de España para el A350XWB. En particular, la Unión Europea señala que "en el cuadro 6 del informe del Grupo Especial se muestra, en el caso de España, que el promedio de rendimiento durante el mes anterior a la fecha del contrato fue [ICC], y no [ICC] como figura en el cuadro 10 (y en el cuadro 7)". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 286 al cuadro 2 del párrafo 322 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, cuadro 7 del párrafo 6.430 y cuadro 10 del párrafo 6.632) (subrayado en el original)) La Unión Europea tiene razón al señalar que la cifra correcta en relación con el promedio de rendimiento durante el mes anterior al Convenio de España para el A350XWB es [ICC], como figura en el cuadro 6 del informe del Grupo Especial, y no [ICC], que es el error material que figura en los cuadros 7 y 10 del informe del Grupo Especial. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, los Estados Unidos coincidieron en que la cifra [ICC] es un error material. En consecuencia, a los efectos del presente informe, procedemos sobre la base de la cifra correcta mencionada por el Grupo Especial en el cuadro 6: [ICC].

<sup>515</sup> Véase *supra*, nota 330.

Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. La Unión Europea impugna muchos aspectos del análisis del Grupo Especial formulando *tres* conjuntos de alegaciones de errores supuestamente cometidos por el Grupo Especial al identificar la prima de riesgo para proyectos específicos. La crítica general de la Unión Europea radica en que el Grupo Especial incurrió en error al utilizar la prima de riesgo para proyectos específicos desarrollada en el procedimiento inicial para el proyecto A380 como prima de riesgo para el proyecto A350XWB, "que fue lanzado en un *momento diferente* y que conllevaba *riesgos diferentes*".<sup>516</sup> Según la Unión Europea, la prima de riesgo para proyectos única y no diferenciada que eligió el Grupo Especial no refleja con precisión y exactitud los riesgos asociados al proyecto A350XWB ni las condiciones diferentes de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>517</sup> Describimos a continuación los aspectos fundamentales de los *tres* conjuntos de alegaciones de error formulados por la Unión Europea.

5.189. En su primer conjunto de alegaciones, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. Con respecto al párrafo 1 b) del artículo 1, la Unión Europea afirma que "{e}l Grupo Especial no llevó a cabo una 'búsqueda progresiva' de la referencia que tuviese 'cuantos elementos comunes con' los préstamos de AEP/FEM para el A350XWB '{fuese}n posibles' ni adoptó dicha referencia".<sup>518</sup> Además, la Unión Europea afirma que, al no haber adoptado la referencia mejor adaptada a los riesgos asociados al proyecto A350XWB, el Grupo Especial no realizó ningún *ajuste* para tener en cuenta las diferencias conocidas entre la referencia elegida y los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>519</sup> Como consecuencia, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 al no "asegurarse de que la referencia que eligió {estaba} debidamente adaptada a los riesgos específicos asociados al proyecto A350XWB y a cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM correspondientes a dicho proyecto".<sup>520</sup> Con respecto al artículo 11 del ESD, la Unión Europea alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con dicha disposición, en primer lugar, por no considerar referencias alternativas y más adecuadas que las que habían propuesto los Estados Unidos.<sup>521</sup> En segundo lugar, la Unión Europea afirma que, al adoptar una prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada y no adaptada a los riesgos asociados a la AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial se apartó indebidamente de las constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial, que exigían el establecimiento de un prima de riesgo que tuviese en cuenta los riesgos asociados a *cada* proyecto de LCA *específico*.<sup>522</sup>

5.190. En su segundo conjunto de alegaciones, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que la prima de riesgo para proyectos desarrollada para el proyecto A380 era una referencia adecuada para el proyecto A350XWB sobre la base de que los riesgos asociados a estos dos proyectos eran similares.<sup>523</sup> En particular, la Unión Europea impugna las constataciones relativas a las tres categorías de riesgo principales evaluadas por el Grupo Especial: i) el riesgo de que los proyectos A380 o A350XWB fracasasen o no tuviesen tanto éxito como se había previsto, porque las aeronaves no se desarrollasen o no se vendiesen conforme a lo previsto (riesgo del programa); ii) la medida en que los prestamistas del mercado estaban en general dispuestos a aceptar riesgos cuando se suministró la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB (el precio del riesgo); y iii) el riesgo

<sup>516</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 333. (las cursivas figuran en el original)

<sup>517</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 334. La Unión Europea afirma que, en consonancia con las orientaciones ofrecidas en el procedimiento inicial, el Grupo Especial "debía haber solicitado a los Estados Unidos que identificasen una prima de riesgo para proyectos basada en los riesgos asociados al *propio* proyecto A350XWB y teniendo en cuenta *las condiciones de cada contrato de AEP/FEM específico*". (*Ibid.* párrafo 336 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>518</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 380 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafos 476 y 486; en que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>519</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 396.

<sup>520</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 339.

<sup>521</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 408.

<sup>522</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 409.

<sup>523</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 340 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.487, 6.492, 6.527, 6.539-6.542, 6.579, 6.595, 6.607-6.610, 6.632 (cuadro 10) y 6.633).



asociado a las condiciones diferentes de los contratos de AEP/FEM para el A380 en relación con los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, así como los riesgos asociados a las condiciones diferentes de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB (riesgo de los contratos).<sup>524</sup>

5.191. En su tercer conjunto de alegaciones, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que podía aplicarse la *misma* prima de riesgo como referencia para cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. La Unión Europea aduce que, al formular esta constatación, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al no realizar ajustes para tener en cuenta las diferencias existentes entre los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Además, según la Unión Europea, el Grupo Especial también actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque sus conclusiones se basaron en un razonamiento "internamente incoherente".<sup>525</sup>

5.192. Sobre estas bases, la Unión Europea nos solicita que revoquemos las constataciones formuladas por el Grupo Especial, en los párrafos 6.632 (incluido el cuadro 10) y 6.633 del informe del Grupo Especial, de que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y, en consecuencia, revoquemos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.656 y 7.1.c.i de su informe, de que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB constituyen cada uno una "subvención" en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.<sup>526</sup>

5.193. Antes de abordar las alegaciones de error de la Unión Europea, resumimos a continuación las constataciones formuladas por el Grupo Especial.

#### 5.3.2.1 Las constataciones del Grupo Especial

5.194. Ante el Grupo Especial, las partes acordaron que, además del tipo deudor para empresas, la referencia de mercado debía incluir una prima de riesgo para proyectos específicos que reflejara los riesgos asociados al suministro de financiación en condiciones iguales o similares a la AEP/FEM para el proyecto A350XWB.<sup>527</sup>

5.195. Los Estados Unidos propusieron dos opciones para la prima de riesgo para proyectos específicos. La primera opción, preferida por los Estados Unidos, era la prima de riesgo de Jordan, una cifra calculada por su experto, el Dr. Jordan. La segunda opción era la prima de riesgo que había propuesto el Profesor Whitelaw en el procedimiento inicial para el proyecto A380, conocida como la prima de riesgo de Whitelaw.<sup>528</sup>

5.196. El Grupo Especial señaló que la Unión Europea no había propuesto su propia prima de riesgo para proyectos específicos para el proyecto A350XWB y había rechazado las dos primas de riesgo presentadas por los Estados Unidos. La Unión Europea afirmó, en primer lugar, que la prima de riesgo de Jordan no se había utilizado como prima de riesgo para proyectos específicos en el

<sup>524</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.460.

<sup>525</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 341.

<sup>526</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 531.

<sup>527</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.431. El Grupo Especial indicó que el segundo componente de la referencia de mercado refleja el hecho de que, en vez de ser reembolsados con cargo a los activos generales de la empresa, los préstamos AEP/FEM "son para modelos específicos, es decir, se conceden para financiar el desarrollo de modelos específicos de aeronaves y tienen que ser reembolsados con cargo a los flujos de caja asociados al mismo modelo específico y por tanto un tipo de interés comercial reflejaría no solo el riesgo del prestatario sino también el de los distintos proyectos". (*Ibid.* párrafo 6.432 (donde se cita el informe de Ellis-Jordan (Prueba documental USA-80 presentada al Grupo Especial inicial; Prueba documental USA-474/506 presentada al Grupo Especial (ICC) (presentada dos veces como prueba documental)), página 4)).

<sup>528</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.433 (donde se hace referencia al informe de Jordan (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 15; y a la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 5). Tanto en la prima de riesgo de Jordan como en la prima de riesgo de Whitelaw se utilizan cifras que, según adujeron los Estados Unidos, se habían presentado como primas de riesgo para proyectos específicos en el procedimiento inicial. (*Ibid.*).



procedimiento inicial y, en segundo lugar, que los Estados Unidos no habían demostrado que la prima de riesgo de Whitelaw fuese una prima de riesgo adecuada para el A350XWB.<sup>529</sup>

5.197. Con respecto a la primera prima de riesgo para proyectos específicos presentada por los Estados Unidos, el Grupo Especial comenzó por señalar que la prima de riesgo de Jordan es una cifra calculada por el Dr. Jordan utilizando "el promedio de dos primas de riesgo muy similares", introducida durante el procedimiento inicial en relación con los riesgos asociados al proyecto A380.<sup>530</sup> El Grupo Especial señaló que ninguno de los factores de la prima de riesgo de Jordan se había aceptado, y ni siquiera se había defendido, como una prima de riesgo adecuada para el A380 en el procedimiento inicial.<sup>531</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que, en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos debían presentar argumentos y pruebas adicionales para respaldar su utilización como base de una prima de riesgo para el A350XWB.<sup>532</sup> Al Grupo Especial no le convencieron las razones aducidas por los Estados Unidos para justificar su recurso a la prima de riesgo de Jordan.<sup>533</sup> Como consecuencia, el Grupo Especial no pudo aceptar la prima de riesgo de Jordan como prima de riesgo para proyectos específicos.<sup>534</sup>

5.198. A continuación, el Grupo Especial abordó la segunda opción de prima de riesgo para proyectos específicos presentada por los Estados Unidos: la prima de riesgo de Whitelaw. En este contexto, el Grupo Especial consideró que la cuestión principal era si los Estados Unidos habían demostrado que los riesgos para proyectos específicos correspondientes al A350XWB eran "suficientemente similares" a los del proyecto A380, de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como la prima de riesgo para proyectos específicos para el A350XWB.<sup>535</sup> El Grupo Especial consideró que los argumentos de las partes sobre los riesgos relativos para proyectos específicos asociados a los proyectos A380 y A350XWB se centraban en las cuestiones siguientes: i) el riesgo del programa; ii) el precio del riesgo; y iii) el riesgo de los contratos.

5.199. En el contexto de la primera cuestión, el *riesgo del programa*, el Grupo Especial indicó que las partes presentaron argumentos y pruebas relativos a dos categorías generales: el riesgo de "desarrollo" y el riesgo de "mercado".<sup>536</sup> Con respecto al *riesgo de desarrollo*, el Grupo Especial entendió que las partes consideraban que el riesgo de desarrollo se refiere a la probabilidad de que Airbus no pudiera entregar la aeronave en la forma y el momento prometidos y abarca la totalidad del desarrollo del proyecto, desde la conceptualización hasta la certificación.<sup>537</sup> Los Estados Unidos consideraron que, dado que el proyecto A350XWB utilizaba "nuevas tecnologías arriesgadas", entrañaba "riesgos tecnológicos excepcionales e importantes" que hacían que el A350XWB fuese "al menos tan arriesgado, si es que no más, que el A380".<sup>538</sup> La Unión Europea discrepó de esta afirmación y sostuvo que las acciones que Airbus llevó a cabo mitigaron los riesgos relacionados con la tecnología para el A350XWB y, además, que los riesgos ya eran menores y se habían alcanzado determinados niveles de madurez cuando se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>539</sup> A la luz de estos argumentos, el Grupo Especial consideró que las principales

<sup>529</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.434 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 313-315; y a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 321).

<sup>530</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.437 (donde se cita el informe de Jordan (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 14).

<sup>531</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.443 y 6.446-6.447.

<sup>532</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.443 y 6.446.

<sup>533</sup> En particular, al Grupo Especial no le convenció que los siguientes argumentos de los Estados Unidos justificaran el recurso a la prima de riesgo de Jordan en el presente procedimiento sobre el cumplimiento: i) la prima de riesgo de Jordan utiliza el método propuesto por la Unión Europea y el Profesor Whitelaw en el procedimiento inicial; ii) la prima de riesgo de Jordan respondía a las críticas específicas que hicieron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial a la prima de riesgo de Whitelaw; iii) las dos cifras en que se basa la prima de riesgo de Jordan eran "superiores" a la prima de riesgo de Whitelaw; y iv) las dos cifras en que se basa la prima de riesgo de Jordan son "similares" entre sí. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.455).

<sup>534</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.455.

<sup>535</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>536</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.461.

<sup>537</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.462.

<sup>538</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.464 y notas 656-657 a dicho párrafo.

<sup>539</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.465 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 332, en que a su vez se hace referencia a Airbus, Oficina del Ingeniero Jefe del A350XWB y de Futuros Proyectos, "Declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB", 3 de

cuestiones fácticas se referían a: i) los riesgos técnicos o basados en la tecnología; y ii) los factores de atenuación o mitigación del riesgo.<sup>540</sup> El Grupo Especial también analizó si existían riesgos asociados al A350XWB resultantes de los problemas del proyecto A380.

5.200. El Grupo Especial concluyó que las pruebas obrantes en el expediente indicaban que el A350XWB era especialmente innovador tecnológicamente.<sup>541</sup> En opinión del Grupo Especial, aunque el A380 presentaba sus propios desafíos tecnológicos, el riesgo tecnológico del A350XWB era como mínimo tan elevado como el del A380 o superior a este.<sup>542</sup> El Grupo Especial también consideró que determinados aspectos del programa de desarrollo del A350XWB parecen haber aumentado aún más los riesgos de desarrollo en comparación con el A380.<sup>543</sup> Con respecto a los factores de mitigación del riesgo identificados por la Unión Europea, el Grupo Especial concluyó que estos factores no habrían neutralizado completamente los mayores riesgos relacionados con el nuevo programa de "desarrollo e incremento de la excelencia" (DARE) y su elevado nivel de externalización y tampoco habrían neutralizado plenamente los riesgos tecnológicos asociados a los nuevos materiales y a sus menores niveles de madurez al principio del desarrollo.<sup>544</sup> Por consiguiente, teniendo en cuenta estos factores, el Grupo Especial concluyó que "los riesgos de desarrollo asociados al A350XWB eran como mínimo tan elevados como los asociados al A380 o suficientemente similares a ellos".<sup>545</sup>

5.201. Con respecto al *riesgo de mercado*, ambas partes acordaron que el riesgo de mercado se refiere al "riesgo de que la nueva aeronave no se venda tan bien como se ha previsto".<sup>546</sup> Al comparar el riesgo de mercado asociado al proyecto A380 y el asociado al proyecto A350XWB, el Grupo Especial señaló que los argumentos de las partes se referían a riesgos relativos a: i) las previsiones sobre el volumen de los mercados respectivos para los dos modelos de aeronave (previsiones de mercado); y ii) las condiciones de competencia dentro de los mercados respectivos.<sup>547</sup> Por lo que respecta al riesgo relacionado con las previsiones de mercado, el Grupo Especial señaló que las previsiones sobre la demanda de mercado del A350XWB probablemente estaban sujetas a un entorno económico negativo que afectaría a los clientes de Airbus, y que era conocido cuando se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>548</sup> El Grupo Especial señaló que, mientras que el entorno económico parece haberse tenido en cuenta en las previsiones relativas al A380<sup>549</sup>, no se tuvo en cuenta en las previsiones sobre la demanda de mercado relativas al A350XWB. El Grupo Especial consideró que un prestamista del mercado habría tenido en cuenta estos factores al determinar su tipo acreedor de mercado.<sup>550</sup>

5.202. Con respecto al riesgo relacionado con las condiciones de competencia dentro de los segmentos de mercado, al Grupo Especial no le pareció convincente el argumento de la Unión Europea de que las condiciones de competencia entre Airbus y Boeing eran más favorables para Airbus en el contexto del proyecto A350XWB que en el del proyecto A380.<sup>551</sup> Según el Grupo Especial el A380 y el A350XWB sufrieron riesgos de mercado de distinta naturaleza. Mientras que el éxito o el fracaso de mercado del A380 radicaba en gran medida en la identificación correcta de

---

julio de 2012 (Declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB) (Prueba documental 18 presentada por la Unión Europea al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 13-17 y 33-59; y a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 1110-1129).

<sup>540</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.466.

<sup>541</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.539.

<sup>542</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.539.

<sup>543</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.540. El Grupo Especial señaló que, "en el marco del ambicioso programa DARE, el mayor número de proveedores que comparten los riesgos significó que: a) Airbus redujo su control sobre el desarrollo de la aeronave; y b) el plan de desarrollo acelerado significaba que cualquier problema sería 'desastroso'". (*Ibid.* (donde se cita la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental 18 presentada por la Unión Europea al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 37 (líneas 7-12))).

<sup>544</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.542.

<sup>545</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.542. (las cursivas figuran en el original)

<sup>546</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.543 (donde se cita la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 322). (no se reproduce el texto adicional de la nota 897 a dicho párrafo)

<sup>547</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.544.

<sup>548</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.570.

<sup>549</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.568.

<sup>550</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.570.

<sup>551</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.571-6.572.

la existencia y el volumen del segmento del mercado, el éxito o el fracaso del A350XWB dependería de cómo fuera recibido por los clientes en un segmento del mercado que ya era relativamente bien conocido y atendido por las aeronaves existentes.<sup>552</sup> Además, el A350XWB tendría que ser competitivo no solamente en innovación sino también, de manera decisiva, en puntualidad. Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó que, aunque los riesgos de mercado sufridos por el A380 y el A350XWB eran de distinta naturaleza, en general estos riesgos eran comparables en importancia.<sup>553</sup>

5.203. Con respecto a la segunda cuestión, el *precio del riesgo*, el Grupo Especial comenzó por señalar que el precio del riesgo se refiere al "riesgo que el sector financiero está dispuesto a aceptar en distintos momentos de su propio ciclo comercial".<sup>554</sup> El Grupo Especial consideró que la pregunta principal a este respecto era si el entorno financiero -en particular, la crisis financiera y económica mundial- significaba que un prestamista del mercado habría solicitado un rendimiento más elevado en el momento en que se buscaba financiación para el A350XWB que en el momento en que se habría buscado para el A380, pese a que los riesgos que entrañaban el desarrollo y la comercialización de las aeronaves eran similares.<sup>555</sup> Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos sostuvieron que la AEP/FEM para el A350XWB "se concluyó en un momento en que las condiciones de préstamo que se venían aplicando en el pasado eran estrictas", debido a los efectos persistentes de la crisis financiera y económica mundial de 2008, con la consecuencia de que "la prima de riesgo efectiva del A350XWB debía probablemente ser más elevada que la prima de riesgo del A380".<sup>556</sup> Habida cuenta de que los Estados Unidos no proporcionaron al Grupo Especial determinados diferenciales de rendimiento, el Grupo Especial no pudo aceptar el argumento de los Estados Unidos de que un prestamista del mercado habría solicitado un *rendimiento más elevado* en la época en que se buscaba financiación para el A350XWB que en la época en que se habría buscado para el A380.<sup>557</sup>

5.204. En el contexto de la tercera cuestión, el *riesgo de los contratos*, el Grupo Especial examinó dos factores. Primero, el Grupo Especial abordó el argumento de la Unión Europea de que "las diferencias existentes en las condiciones de los acuerdos de AEP/FEM para el A380 y para el A350XWB redujeron el riesgo para el A350XWB y, por tanto, la referencia".<sup>558</sup> El Grupo Especial señaló que, como había afirmado la Unión Europea, "con arreglo a los contratos de AEP/FEM [ICC] para el A350XWB, [ICC] en el caso de que no se realicen las entregas (salvo que [ICC]); por tanto, esos gobiernos de los Estados miembros pueden obtener parte del rendimiento aunque se produzcan demoras en el programa".<sup>559</sup> No obstante, el Grupo Especial señaló que, en el procedimiento inicial "{existían} [ICC], que serían también condiciones 'reductoras del riesgo', ... respecto de la AEP/FEM [ICC] en litigio en ese procedimiento" y que al menos uno de los contratos de AEP/FEM [ICC] que se analizó en el procedimiento inicial contenía un mecanismo que "protegía" de forma análoga el rendimiento.<sup>560</sup> Con todo, la prima de riesgo de Whitelaw se aplicó en dicho procedimiento teniendo en cuenta que era una prima de riesgo mínima y que estaría subestimada para dicho contrato.<sup>561</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial no consideró que las características aducidas por la Unión Europea debían en sí y de por sí hacer que la prima de riesgo de Whitelaw no pudiese aplicarse.<sup>562</sup>

<sup>552</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.579.

<sup>553</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.579.

<sup>554</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.580 (donde se cita el informe de Jordan (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 22; donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 344; respuesta de Whitelaw a Jordan (Prueba documental EU-121 presentada al Grupo Especial) (ICC/ICSS), párrafo 23).

<sup>555</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.580.

<sup>556</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.581 (donde se cita el informe de Jordan (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 22.)

<sup>557</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.588.

<sup>558</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.590 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 339-340; y a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafos 404-405).

<sup>559</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.594. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>560</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595.

<sup>561</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.481; y al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 923).

<sup>562</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595.

5.205. En segundo lugar, el Grupo Especial evaluó la afirmación de la Unión Europea de que "las diferencias entre las condiciones de los cuatro acuerdos de AEP/FEM para el A350XWB 'podrían justificar la aplicación de, como mínimo, dos primas de riesgo diferentes para dichos acuerdos'".<sup>563</sup> El Grupo Especial reconoció que existían algunas diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, pero señaló que igual que las había respecto de los contratos del procedimiento inicial -incluido entre los cuatro contratos de AEP/FEM para el A380- a los que se aplicó la misma prima de riesgo de Whitelaw como prima mínima para todos los contratos.<sup>564</sup> En consecuencia, el Grupo Especial no estuvo "convencido de que determinadas condiciones hagan que los acuerdos sean significativamente diferentes y por ello requieran la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes en este procedimiento".<sup>565</sup>

5.206. En resumen, tras haber examinado las diferencias relativas al riesgo que pueden afectar a la prima de riesgo para proyectos específicos, el Grupo Especial consideró que los riesgos que entrañaban los proyectos A380 y A350XWB eran suficientemente similares para que una prima de riesgo válida que se aplicó al proyecto A380 en el procedimiento inicial se pudiese aplicar al proyecto A350XWB.<sup>566</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que la "prima de riesgo de Whitelaw del procedimiento inicial podría aplicarse como referencia para la AEP/FEM para el A350XWB".<sup>567</sup>

### **5.3.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial cometió un error jurídico al no establecer una prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB sobre la base de los riesgos asociados al proyecto A350XWB**

5.207. En su *primer* conjunto de alegaciones, la crítica general que formula la Unión Europea radica en que, al centrarse en determinar si la prima de riesgo desarrollada a fin de evaluar las medidas de AEP/FEM para el A380 (es decir, la prima de riesgo de Whitelaw) podía aplicarse a fin de evaluar los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial no estableció una prima de riesgo como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB *sobre la base de los riesgos específicos asociados* al proyecto A350XWB.<sup>568</sup> Según la Unión Europea, al realizar su examen, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y no llevó a cabo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD.

5.208. La Unión Europea afirma que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, en primer lugar, al no llevar a cabo una búsqueda progresiva de una referencia de mercado y adoptar la referencia más adecuada.<sup>569</sup> En segundo lugar, la Unión Europea afirma que, en la medida en que se utilizó una referencia que no estaba suficientemente adaptada, el Grupo Especial no realizó ajustes a la referencia para asegurar la comparabilidad.<sup>570</sup> La Unión Europea aduce que "{p}or separado y colectivamente"<sup>571</sup>, estas omisiones del Grupo Especial constituyen un error de aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1.

5.209. En el marco de su alegación al amparo del artículo 11 del ESD, la Unión Europea aduce, en primer lugar, que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con esta disposición al no analizar referencias alternativas y más adecuadas que las que habían propuesto los Estados Unidos.<sup>572</sup> En segundo lugar, la Unión Europea afirma que, al adoptar una prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada y no adaptada a los riesgos asociados a la AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial se apartó indebidamente de las constataciones formuladas por el

<sup>563</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.596 (donde se cita la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 406).

<sup>564</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.604.

<sup>565</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.607.

<sup>566</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.608.

<sup>567</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.610.

<sup>568</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, sección V.D.1.

<sup>569</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, sección V.D.1.a.ii.

<sup>570</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, sección V.D.1.a.iii.

<sup>571</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 406.

<sup>572</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 408.

Grupo Especial inicial, que exigió el establecimiento de una prima de riesgo que tuviera en cuenta los riesgos que conlleva cada proyecto de LCA específico.<sup>573</sup>

5.210. Comenzamos abordando la alegación formulada por la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

#### **5.3.2.2.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no llevar a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado y adoptar la referencia más adecuada**

5.211. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial centró su evaluación en la cuestión de si la misma prima de riesgo para proyectos elaborada a fin de evaluar las medidas de AEP/FEM para el proyecto A380 en el procedimiento inicial podía aplicarse a fin de evaluar las medidas de AEP/FEM para el proyecto A350XWB, en lugar de preguntar "si había disponible y podía utilizarse una referencia que comprendiese, entre otras cosas, una prima de riesgo para proyectos *adaptada a los riesgos de financiación del propio proyecto A350XWB*" para evaluar si los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB otorgan un beneficio.<sup>574</sup> Por lo tanto, según la Unión Europea, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al no establecer una prima de riesgo para proyectos específicos que reflejase adecuadamente los riesgos asociados al propio proyecto A350XWB.<sup>575</sup>

5.212. La Unión Europea señala que "el apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC establece que la referencia de mercado correspondiente a un préstamo del gobierno debe ser 'un préstamo comercial *comparable* que {la empresa} pudiera obtener efectivamente en el mercado'".<sup>576</sup> El Órgano de Apelación ha explicado que, para ser "comparable", "un préstamo comercial 'deberá tener *cuantos elementos comunes* con el préstamo investigado *sean posibles*'".<sup>577</sup> La Unión Europea considera que "un préstamo de referencia debe identificarse mediante 'una *búsqueda progresiva*', que debe *comenzar* evaluando el préstamo comercial que muestre cuantas semejanzas con el préstamo investigado sean posibles *antes* de proseguir con préstamos comerciales menos similares".<sup>578</sup> En opinión de la Unión Europea, "se produce un error si, en el transcurso del análisis 'progresivo' del grupo especial, no se evalúa otro préstamo comercial que tenga más elementos comunes con el préstamo investigado que el préstamo elegido en última instancia como referencia".<sup>579</sup> A la luz de estas consideraciones, la Unión Europea afirma que "{e}l Grupo Especial no llevó a cabo una 'búsqueda progresiva' de la referencia que tenga 'cuantos elementos comunes con' los préstamos de AEP/FEM para el A350XWB 'sean posibles' y que, por lo tanto, esté mejor adaptada a los riesgos asociados al programa A350XWB, ni adoptó dicha referencia".<sup>580</sup>

<sup>573</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 409.

<sup>574</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 369. (las cursivas figuran en el original)

<sup>575</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 368-369.

<sup>576</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 372 (donde se cita el apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC (las cursivas son de la Unión Europea)). (no se reproduce el texto adicional de la nota 333 a dicho párrafo)

<sup>577</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 372 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476 (las cursivas son de la Unión Europea); donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>578</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 374. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>579</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 374. La Unión Europea añade que, "{s}i una búsqueda progresiva debidamente ejecutada de una referencia da como resultado, a pesar de todo, una correspondencia imperfecta, con la elección de un préstamo comercial que refleja *diferencias* con respecto del préstamo investigado, deben realizarse *ajustes* para asegurar la comparabilidad con el préstamo investigado". (*Ibid.*, párrafo 377 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486) (las cursivas figuran en el original)).

<sup>580</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 380 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafos 476 y 486; en que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

5.213. La Unión Europea señala que el Grupo Especial no indagó, por ejemplo, si una "financiación por los proveedores que comparten los riesgos" para el proyecto A350XWB habría sido una referencia más adecuada. La Unión Europea afirma que la financiación por los proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB está por definición mejor adaptada a los riesgos asociados al A350XWB que la financiación por los proveedores que comparten los riesgos para el A380 y refleja un precio basado en el mercado de un momento considerablemente más próximo a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. La Unión Europea afirma que, pese a tener conocimiento de que Airbus había conseguido financiación de los proveedores que comparten los riesgos para el proyecto A350XWB<sup>581</sup>, ni los Estados Unidos ni el Grupo Especial indagaron si las condiciones de los acuerdos de financiación por los proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB tenían más elementos comunes con la AEP/FEM para el A350XWB que los que tenían los acuerdos de financiación por los proveedores que comparten los riesgos para el proyecto A380. Por estas razones, la Unión Europea concluye que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.<sup>582</sup>

5.214. Los Estados Unidos discrepan. En opinión de los Estados Unidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial constató que, si los riesgos para proyectos específicos asociados al proyecto A350XWB eran suficientemente similares a los asociados al proyecto A380, entonces también podía utilizar la prima de riesgo para proyectos específicos asociados al A380 para el proyecto A350XWB.<sup>583</sup> Para determinar si esto era así, el Grupo Especial llevó a cabo una evaluación minuciosa e intensiva desde el punto de vista fáctico sobre los riesgos relativos de los dos proyectos.<sup>584</sup> Además, los Estados Unidos señalan que la razón por la que el Grupo Especial no analizó los contratos de proveedores que comparten los riesgos relativos al proyecto A350XWB es que la Unión Europea no presentó nunca esos contratos ni adujo que el Grupo Especial debiera utilizarlos para establecer la prima de riesgo para proyectos específicos.<sup>585</sup> La Unión Europea tampoco propuso una prima de riesgo para proyectos específicos que pudiera servir de alternativa a las que habían propuesto los Estados Unidos.<sup>586</sup> Los Estados Unidos señalan que, a "falta de argumentos, el grupo especial no puede intervenir para plantear argumentos en nombre de una parte".<sup>587</sup>

5.215. Los Estados Unidos además aducen que, contrariamente a lo que argumenta la Unión Europea, el párrafo 1 b) del artículo 1 no exige al Grupo Especial que haya llevado a cabo una "búsqueda progresiva". Según los Estados Unidos, la prescripción de llevar a cabo una "búsqueda progresiva" es aplicable a las autoridades investigadoras nacionales cuando eligen una referencia en el marco del apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC, y la Unión Europea supone incorrectamente que el mismo criterio es aplicable a los grupos especiales de la OMC.<sup>588</sup> Habida cuenta de que la Unión Europea no propuso ninguna prima de riesgo para proyectos específicos alternativa, incluidos los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB, el Grupo Especial no tenía ninguna obligación de llevar a cabo una "búsqueda progresiva".<sup>589</sup> Por el contrario, dicha "búsqueda progresiva" habría "equivalido a abonar las argumentaciones de la {Unión Europea} y, por lo tanto, habría sido incompatible" con el artículo 11 del ESD.<sup>590</sup> Los Estados Unidos aducen que, aun suponiendo que el párrafo 1 b) del artículo 1 exija al Grupo Especial haber llevado a cabo una "búsqueda progresiva", la Unión Europea no ha establecido que las constataciones del Grupo Especial sean incompatibles con dicha prescripción.<sup>591</sup> En opinión de

<sup>581</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 384.

<sup>582</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 393-395.

<sup>583</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 221 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.459).

<sup>584</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 222.

<sup>585</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 228.

<sup>586</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 228 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.434).

<sup>587</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 229 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 566 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>588</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafos 231-232. En apoyo de este argumento, los Estados Unidos hacen referencia a la "obligación positiva" que tienen las autoridades nacionales en el sentido del párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo SMC, un aspecto de la cual sería una "búsqueda progresiva". (*Ibid.*, párrafo 232).

<sup>589</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 233.

<sup>590</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 233.

<sup>591</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 234.

los Estados Unidos, "al utilizar la {prima de riesgo para proyectos específicos} del A380, el Grupo Especial reconstruyó una referencia comercial que era la 'más cercan{a}' {a la} AEP/FEM para el A350XWB, 'un préstamo al mismo prestatario que sea casi idéntico al préstamo investigado en términos de fecha de concesión, estructura, vencimiento, magnitud y moneda'".<sup>592</sup>

5.216. Comenzamos por recordar que un análisis válido del beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC exige a los grupos especiales de la OMC que realicen una comparación atenta y minuciosa entre la contribución financiera concedida por un gobierno y una referencia de mercado. Con arreglo al apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC, no se considerará que los préstamos de los gobiernos confieren un beneficio, a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe y la cantidad que esa empresa pagaría por un *préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado*. A fin de llegar a una conclusión correcta sobre la cuestión de si una contribución financiera en forma de préstamo confiere un beneficio, es necesario comparar el préstamo del gobierno con una referencia de mercado. Si en el mercado no hay disponible un préstamo comercial comparable real, se puede utilizar un indicador. Repetimos que, al elegir el elemento comparador -es decir, el préstamo de referencia- debe garantizarse que el préstamo del gobierno y el préstamo de referencia sean "comparables" porque tienen "cuantos elementos comunes ... sean posibles". En algunos casos, esto puede exigir a un grupo especial de la OMC que realice ajustes en el préstamo de referencia para reflejar las diferencias existentes con el préstamo investigado, en relación con varios aspectos, como la fecha de origen, la magnitud, el vencimiento, la moneda, la estructura y la solvencia del prestatario.<sup>593</sup>

5.217. La Unión Europea pretende respaldar su alegación remitiendo a las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)* y, en particular, a la afirmación de que "escoger un punto de referencia en el marco del apartado b) del artículo 14 requiere una búsqueda progresiva de un préstamo comercial comparable".<sup>594</sup> Señalamos que el Órgano de Apelación ofreció estas orientaciones en respuesta a una serie concreta de circunstancias que concurrían en dicha diferencia. En particular, el Órgano de Apelación abordó una alegación sobre el *rechazo* de los tipos de interés en China como puntos de referencia en una serie de investigaciones en materia de derechos compensatorios llevadas a cabo por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) y *la utilización de un punto de referencia sustitutivo externo* (es decir, un punto de referencia de fuera del país) para determinar si los préstamos del gobierno chino conferían un beneficio.<sup>595</sup> Así pues, el contexto específico en que el Órgano de Apelación declaró que la elección de una referencia en el marco del apartado b) del artículo 14 requiere una búsqueda progresiva de un préstamo comercial comparable se refería al recurso por una autoridad nacional a referencias de fuera del país al realizar el análisis del beneficio.<sup>596</sup> Como sucede con el apartado b) del artículo 14, los apartados a) y d) del artículo 14 indican que la búsqueda de una referencia relativa al beneficio

<sup>592</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 234 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486). Si bien los Estados Unidos aceptan que "existe un lapso entre la concesión de los dos conjuntos de financiación", subrayan que "en todos los demás aspectos pertinentes, la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB eran idénticas o muy similares y con toda seguridad más similares que cualquier otra financiación comercial". (*Ibid.*).

<sup>593</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 485.

<sup>594</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 373 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486). (no se reproduce el texto adicional de la nota 336 a dicho párrafo)

<sup>595</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 465.

<sup>596</sup> El Órgano de Apelación también ha ofrecido orientaciones similares con respecto a la aportación de capital social, en el marco del apartado a) del artículo 14, y al suministro de bienes o servicios o la compra de bienes por el gobierno en el marco del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Madera blanda IV*, el Órgano de Apelación aludió primero a esta posibilidad en el contexto del apartado d) del artículo 14 declarando que "la autoridad investigadora puede utilizar un punto de referencia distinto de los precios privados en el país de suministro cuando ha quedado establecido que los precios privados de los bienes en cuestión están distorsionados en ese país debido al papel predominante del gobierno en el mercado como proveedor de los mismos bienes u otros similares". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párrafo 119).

comienza en el país donde se realiza la transacción financiera.<sup>597</sup> No obstante, si en ese país o territorio no hay transacciones similares o comparables (incluidos precios del sector privado y del gobierno) que no estén distorsionadas o que no puedan ajustarse debidamente para utilizarse como referencias relativas al beneficio, se puede buscar una referencia relativa al beneficio adecuada de fuera del país o reconstruir un indicador.

5.218. La Unión Europea aduce que "un préstamo de referencia debe identificarse mediante 'una búsqueda progresiva', que debe *comenzar* evaluando el préstamo comercial que muestre cuantas semejanzas con el préstamo investigado sean posibles *antes* de proseguir con préstamos comerciales menos similares".<sup>598</sup> Habida cuenta del contexto específico de las declaraciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, discrepamos de la Unión Europea en la medida en que esté aduciendo que un grupo especial *necesariamente* incurre en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC si no sigue un orden concreto predefinido o lleva a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado. En lugar de resolver sobre si el Grupo Especial en el presente asunto no siguió un orden concreto predefinido o llevó a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado, nuestra evaluación debe centrarse en si, al identificar la prima de riesgo para proyectos específicos, el Grupo Especial cumplió la prescripción sustantiva de asegurar que la referencia de mercado fuese "comparable" a los contratos de AEP/FEM para el A350XWB porque tiene "cuantos elementos comunes con {los} préstamo{s} investigado{s} sean posibles".<sup>599</sup>

5.219. La Unión Europea además aduce que, como consecuencia de esta prescripción de realizar una "búsqueda progresiva" de una referencia, el Grupo Especial debía haber analizado si los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB constituían una base mejor para determinar la prima de riesgo para proyectos específicos que la prima de riesgo de Whitelaw. Según la Unión Europea, en lugar de indagar si las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB constituían una prima de riesgo para proyectos específicos mejor que la prima de riesgo de Whitelaw, "el Grupo Especial siguió la propuesta de los Estados Unidos y prosiguió *inmediatamente* a realizar un examen de la idoneidad de una prima de riesgo para proyectos única y no diferenciada obtenida a partir de la financiación comercial de proveedores que comparten los riesgos correspondiente a *otro* proyecto de LCA (es decir, el A380)".<sup>600</sup>

5.220. Este argumento, en nuestra opinión, caracteriza erróneamente el análisis que en efecto realizó el Grupo Especial. La Unión Europea parece indicar que el Grupo Especial simplemente aceptó, sin examen ni evaluación, la prima de riesgo para proyectos específicos que habían propuesto los Estados Unidos para el proyecto A350XWB. Un examen de las constataciones del Grupo Especial pone de manifiesto lo contrario. Recordamos que los Estados Unidos presentaron al Grupo Especial dos opciones de prima de riesgo para proyectos específicos: la prima de riesgo de Jordan y, alternativamente, la prima de riesgo de Whitelaw. Tras examinar los argumentos y las pruebas de las partes, el Grupo Especial rechazó la prima de riesgo de Jordan, que era la prima que preferían los Estados Unidos. Solo entonces el Grupo Especial pasó a analizar la prima alternativa propuesta por los Estados Unidos, la prima de riesgo de Whitelaw. Subrayamos que el Grupo Especial no se limitó a dar por supuesto que la prima de riesgo de Whitelaw sería una prima de riesgo para proyectos específicos adecuada para el A350XWB. En lugar de ello, el Grupo Especial decidió realizar una evaluación de los riesgos para proyectos específicos relativos asociados a los proyectos A380 y A350XWB, centrándose en tres categorías de riesgo: i) el riesgo del programa; ii) el precio del riesgo; y iii) el riesgo de los contratos. La finalidad de este análisis comparativo era, en opinión del Grupo Especial, determinar "la cuestión de si los Estados Unidos

<sup>597</sup> No pretendemos indicar que dicha "búsqueda progresiva" de préstamos comerciales comparables no sea pertinente en contextos distintos de los descritos en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*.

<sup>598</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 374. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>599</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 372 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476 (las cursivas son de la Unión Europea); donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>600</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 395. (las cursivas figuran en el original)



ha{bía}n demostrado que los riesgos de proyectos específicos del programa A350XWB {era}n suficientemente similares a los del programa A380, de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A350XWB".<sup>601</sup> Así pues, contrariamente a la afirmación de la Unión Europea, el Grupo Especial no siguió simplemente el enfoque que preferían los Estados Unidos. Antes bien, el Grupo Especial trató de analizar con detenimiento los argumentos y las pruebas presentados por las partes relativos a las posibles primas de riesgo que debían utilizarse al reconstruir la referencia de mercado.

5.221. Asimismo, señalamos que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea no propuso una prima de riesgo para proyectos específicos propia para el proyecto A350XWB y rechazó las dos primas de riesgo presentadas por los Estados Unidos.<sup>602</sup> Por lo tanto, la Unión Europea no alegó ante el Grupo Especial que la prima de riesgo para proyectos específicos debía determinarse sobre la base de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB como alega ahora en apelación.<sup>603</sup> Señalamos que un grupo especial es el primero que debe decidir sobre los hechos en un asunto relativo a la existencia de perjuicio grave en el sentido de la Parte III del Acuerdo SMC y tiene el deber de realizar una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD sobre la base de las comunicaciones y las pruebas presentadas por las partes.<sup>604</sup> En particular, al realizar un análisis del beneficio, un grupo especial debe empezar por examinar los argumentos y las pruebas que ha presentado el reclamante para respaldar su propuesta de referencia. A continuación, un grupo especial debe pasar a evaluar los argumentos y las pruebas del demandado. Al evaluar las comunicaciones de las partes, es posible que un grupo especial tenga que solicitar más información y realizar ajustes a los componentes de la referencia propuesta. Si bien el artículo 13 del ESD permite a un grupo especial solicitar más información para poder realizar una evaluación objetiva, un grupo especial no puede abonar los argumentos de ninguna de las partes.<sup>605</sup>

5.222. Reiteramos que la Unión Europea no pidió al Grupo Especial que indagara "si las condiciones de los acuerdos de financiación por los proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB tenían más elementos comunes con la AEP/FEM para el A350XWB"<sup>606</sup> que con la prima de riesgo de Whitelaw. No consideramos que la Unión Europea haya establecido su alegación de error al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC habida cuenta de que el Grupo Especial evaluó debidamente los argumentos y las pruebas que las partes habían sometido a su consideración. Si la Unión Europea considera que era necesario realizar un examen de las condiciones de los acuerdos de financiación por los proveedores que comparten los riesgos para asegurar una determinación adecuada de la prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente al A350XWB, debía haber planteado esta argumentación ante el Grupo Especial, incluida la presentación de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB, así como otras pruebas pertinentes. En cualquier caso, y como han señalado los Estados Unidos, las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial indican que la AEP/FEM rebaja las tasas de rentabilidad requeridas por los proveedores que comparten los riesgos porque traslada el riesgo del programa de Airbus a los gobiernos que realizan los préstamos.<sup>607</sup> Como explicó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial "cabría esperar que los proveedores que comparten riesgos requieran, para su participación en un proyecto de LCA, una tasa de rentabilidad más baja de la que habrían requerido de no existir la AEP/FEM" y, por lo tanto, "derivar el riesgo del proyecto de la tasa de rentabilidad de los

<sup>601</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>602</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.434. En particular, la Unión Europea afirmó que la prima de riesgo de Jordan no se había utilizado como prima de riesgo para proyectos específicos en el procedimiento inicial y que los Estados Unidos no habían demostrado que la prima de riesgo de Whitelaw fuese una prima de riesgo adecuada para el A350XWB. (*Ibid.*).

<sup>603</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 383.

<sup>604</sup> Un grupo especial puede tratar de ejercer la competencia que le confiere el artículo 13 del ESD. Asimismo, señalamos el proceso especial previsto en el anexo V del Acuerdo SMC relativo a los "Procedimientos para la obtención de la información relativa al perjuicio grave".

<sup>605</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 566.

<sup>606</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 394.

<sup>607</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de apelado, párrafo 235 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 921).

proveedores que comparten riesgos subestimar la prima de riesgo del proyecto que un prestamista en el mercado requeriría de no existir la AEP/FEM".<sup>608</sup>

5.223. Por las razones precedentes, discrepamos de la Unión Europea en que el "Grupo Especial no adoptara la referencia más adecuada, adaptada a los riesgos asociados al A350XWB, sobre la base de una 'búsqueda progresiva' de la referencia que tuviese 'cuantos elementos comunes con' los préstamos del AEP/FEM para el A350XWB 'fuesen posibles'".<sup>609</sup> En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

### 5.3.2.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al no efectuar ajustes del punto de referencia para velar por la comparabilidad

5.224. A nuestro modo de ver, en su segundo argumento de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, la Unión Europea no parece criticar la decisión del Grupo Especial de utilizar la prima de riesgo de Whitelaw como base para la prima de riesgo para proyectos específicos. En lugar de ello, la Unión Europea sostiene que, en la medida en que se utilizó un punto de referencia insuficientemente adaptado, a saber, la prima de riesgo de Whitelaw, el Grupo Especial *no efectuó ajustes* del punto de referencia para velar por la comparabilidad. Según la Unión Europea, el Grupo Especial aplicó una prima de riesgo para proyectos única, no diferenciada, obtenida a partir de la financiación AEP/FEM para el proyecto del A380, a la financiación AEP/FEM para proyecto del A350XWB, *sin efectuar ajustes* para tener en cuenta las diferencias entre los dos proyectos en cuanto al riesgo de mercado, el riesgo de desarrollo y el riesgo de los contratos.<sup>610</sup>

5.225. La Unión Europea afirma que el Grupo Especial constató que los dos proyectos planteaban *riesgos de mercado* diferentes. Según la Unión Europea, el Grupo Especial reconoció que el riesgo de mercado del proyecto del A350XWB era inferior al riesgo de mercado del proyecto del A380.<sup>611</sup> Además, el Grupo Especial constató que los dos proyectos planteaban *riesgos de desarrollo* diferentes, al afirmar que "los riesgos de desarrollo asociados al A350XWB 'eran *aproximadamente similares*, si no *ligeramente superiores*, a los del A380'".<sup>612</sup> Asimismo, el Grupo Especial constató que el proyecto del A350XWB ofrecía "alg{una}" atenuación de los riesgos que compensaba parcialmente el riesgo de desarrollo, mientras que esa atenuación de los riesgos no estaba presente en el proyecto del A380. Por último, con respecto al *riesgo de los contratos*, la Unión Europea sostiene que las constataciones del Grupo Especial ponen de manifiesto diferencias entre las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y los contratos de AEP/FEM para el A380.<sup>613</sup> La Unión Europea señala que el Grupo Especial no efectuó ningún ajuste de la prima de riesgo para tener en cuenta esas diferencias en cuanto al riesgo de mercado, el riesgo de desarrollo y el riesgo de los contratos.<sup>614</sup> En consecuencia, a juicio de la Unión Europea, el hecho de que el Grupo Especial no tuviera en cuenta esas diferencias reconocidas constituye un error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.<sup>615</sup>

5.226. Comenzamos observando que, en el pasaje del informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* en el que se apoya la Unión Europea en respaldo de esta línea de argumentación, se declara lo siguiente:

<sup>608</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 921.

<sup>609</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 405 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafos 476 y 486; en que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>610</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 396.

<sup>611</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 397 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.608).

<sup>612</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 398 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>613</sup> La Unión Europea observa que, por ejemplo, las condiciones reductoras del riesgo del contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A350XWB eran más amplias que las de cualquiera de los contratos de AEP/FEM para el A380. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 400).

<sup>614</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 397-400.

<sup>615</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 403.

{E}scoger un punto de referencia en el marco del apartado b) del artículo 14 requiere una búsqueda progresiva de un préstamo comercial comparable que empiece por el préstamo comercial más cercano al préstamo investigado (un préstamo al mismo prestatario que sea casi idéntico al préstamo investigado en términos de fecha de concesión, estructura, vencimiento, magnitud y moneda), para después pasar a préstamos comerciales menos similares, *ajustándolos* para velar por comparabilidad con el préstamo investigado.<sup>616</sup>

5.227. Como se ha señalado en la sección precedente del presente informe<sup>617</sup>, el Órgano de Apelación hizo esa declaración al abordar una alegación relativa al *rechazo* de tipos de interés en China como puntos de referencia en una serie de investigaciones en materia de derechos compensatorios realizadas por el USDOC. En ese contexto, el Órgano de Apelación ofreció orientaciones con respecto a las condiciones y la secuencia que las autoridades investigadoras nacionales deben seguir antes de recurrir a puntos de referencia de fuera del país, y reconstruyó indicadores sustitutivos a efectos de determinar la referencia de mercado adecuada para realizar el análisis del beneficio.

5.228. Habida cuenta del contexto específico de las orientaciones dadas por el Órgano de Apelación, recordamos que, en el presente asunto, nuestra evaluación debe centrarse en si, al identificar la prima de riesgo para proyectos específicos, el Grupo Especial satisfizo la prescripción *sustantiva* de velar por que la referencia de mercado sea "comparable" porque tiene "*cuantos elementos* comunes con el préstamo investigado *sean posibles*".<sup>618</sup> En este sentido, estamos de acuerdo con la Unión Europea en que, "si una búsqueda progresiva debidamente realizada de un punto de referencia da lugar, sin embargo, a una correspondencia imperfecta, al haberse seleccionado un préstamo comercial que presenta *diferencias* con el préstamo investigado, deben realizarse *ajustes* para asegurar su comparabilidad con el préstamo investigado".<sup>619</sup> De hecho, los ajustes pueden ser necesarios en situaciones en que las diferencias entre el préstamo gubernamental y el préstamo de referencia sean tales que el préstamo de referencia deje de ser "comparable" con el préstamo gubernamental (por ejemplo, en términos de fecha de concesión, estructura, vencimiento, magnitud o moneda).<sup>620</sup>

5.229. Aunque estamos de acuerdo en que las diferencias pertinentes entre un préstamo gubernamental y el préstamo de referencia pueden requerir ajustes, la Unión Europea parece *suponer* que el hecho de que el Grupo Especial constatará ciertas diferencias en los riesgos en cuestión *significa necesariamente* que se requerían ajustes. Como se explica a continuación, no consideramos que ello sea correcto en el presente asunto. Como punto de partida, al evaluar las diferencias de riesgo entre los proyectos del A350XWB y el A380, el Grupo Especial explicó por qué, pese a haber ciertas diferencias en las categorías de riesgo examinadas, de ello no se seguía necesariamente que estuviera justificado efectuar ajustes en la prima de riesgo de Whitelaw. Recordamos que, al evaluar la prima de riesgo para proyectos específicos alternativa propuesta por los Estados Unidos (es decir, la prima de riesgo de Whitelaw), el Grupo Especial emprendió un examen de las diferencias de riesgo que "pueden afectar a la prima de riesgo para proyectos específicos". A la luz de los argumentos de las partes, el Grupo Especial centró su análisis en tres cuestiones, o categorías de riesgo, principales, a saber: i) el riesgo del programa; ii) el precio del riesgo; y iii) el riesgo de los contratos. La naturaleza de ese análisis pone de manifiesto que el Grupo Especial no estaba evaluando si los riesgos asociados a los proyectos del A350XWB y el A380 eran similares *en abstracto*. Antes bien, el Grupo Especial trató de hacer una evaluación *global* de las categorías de riesgo y perfiles de riesgo relativos de los proyectos del A350XWB y el A380, con un objetivo *específico*: determinar si los riesgos para proyectos específicos *globales*

<sup>616</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486. (sin cursivas en el original)

<sup>617</sup> Véase la sección 5.3.2.2.1 del presente informe.

<sup>618</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 372 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476 (las cursivas son de la Unión Europea); donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>619</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 377 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 486). (las cursivas figuran en el original)

<sup>620</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 485.

de los dos proyectos eran suficientemente similares, "de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A350XWB".<sup>621</sup> Si el Grupo Especial hubiera tenido la intención de llevar a cabo tal análisis sin el objetivo específico mencionado, la existencia de diferencias entre las categorías de riesgo bien podría haber justificado los ajustes. Sin embargo, como se ha señalado, el Grupo Especial estaba examinando si los riesgos para proyectos específicos del proyecto del A350XWB eran suficientemente similares a los del proyecto del A380 para justificar el uso de la prima de riesgo de Whitelaw con el fin de medir los riesgos asociados al primer proyecto, asegurándose, al mismo tiempo, de no formular una "falsa" constatación de que existía un beneficio, en el caso de que no lo hubiera.

5.230. Dicho esto, observamos que, en el presente asunto, no es posible determinar *en abstracto* si el Grupo Especial debía haber efectuado ajustes en la prima de riesgo de Whitelaw para asegurarse de que tuviera la mayor cantidad posible de elementos comunes con los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En lugar de ello, la presente determinación requiere examinar si el Grupo Especial constató diferencias *específicas* en los perfiles de riesgo de los proyectos A350XWB y A380 que *afectarían a la comparabilidad* de la prima de riesgo de Whitelaw como prima de riesgo para proyectos específicos. Llevaremos a cabo esa evaluación cuando abordemos la crítica que hace la Unión Europea del extenso análisis realizado por el Grupo Especial al comparar los riesgos asociados al proyecto del A350XWB con los asociados al proyecto del A380. De hecho, la Unión Europea impugna al amparo del artículo 11 del ESD las constataciones del Grupo Especial relativas a las tres categorías de riesgo principales evaluadas por el Grupo Especial: i) el riesgo del programa; ii) el riesgo de los contratos; y iii) el precio del riesgo.<sup>622</sup> Nuestro análisis de la evaluación comparativa de las diferencias de riesgo entre los proyectos del A350XWB y el A380 realizada por el Grupo Especial figura en la sección 5.3.2.3 *infra*.

5.231. La Unión Europea también afirma que "el Grupo Especial no efectuó *ningún* ajuste para tener en cuenta {las} diferencias {en términos de riesgo de mercado, riesgo de desarrollo y riesgo de los contratos} que dan lugar a las posibles distorsiones, imprecisiones e inexactitudes que comportan el riesgo de formular falsas constataciones positivas de la existencia 'beneficio'".<sup>623</sup> Reconocemos que pueden surgir dificultades en situaciones en las que un grupo especial examine diferentes aspectos de los riesgos y los combine todos en una constatación acumulativa o global de "similitud suficiente". En esas circunstancias, el grupo especial tiene la obligación de realizar un análisis riguroso y crítico de todas las pruebas y argumentos pertinentes. Además, al llevar a cabo el análisis del beneficio, el grupo especial debe cumplir la prescripción *sustantiva* de asegurarse de que la referencia de mercado sea "comparable" porque tiene "cuantos elementos comunes con el préstamo investigado sean posibles".<sup>624</sup> Aunque estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial estaba obligado a evitar la imprecisión en su selección de la prima de riesgo para proyectos específicos, es importante tener presente que el propio Grupo Especial también reconoció que las tasas de rentabilidad interna (TRI) de la Unión Europea -que se utilizaron como base para el análisis del beneficio realizado por el Grupo Especial- pueden *sobrevalorar* las tasas de rentabilidad previstas.<sup>625</sup> En cualquier caso, ponemos de relieve que nuestra evaluación se centra en la cuestión de si el Grupo Especial cumplió la prescripción sustantiva de llevar a cabo un análisis del beneficio sobre la base de préstamos gubernamentales y préstamos de referencia, o indicadores sustitutivos, *comparables*.

<sup>621</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>622</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 340 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.487, 6.492, 6.527, 6.539-6.542, 6.579, 6.595, 6.607-6.610, 6.632 (cuadro 10) y 6.633).

<sup>623</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 396. (las cursivas figuran en el original)

<sup>624</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 372 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476 (las cursivas son de la Unión Europea); donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>625</sup> Al evaluar otros aspectos del análisis del beneficio, como las tasas de rentabilidad previstas (es decir, las TRI), el Grupo Especial declaró que no podía "estar seguro" de que las TRI previstas fueran correctas y no se hubieran sobrevalorado". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.345) Sin embargo, es importante observar que el Grupo Especial consideró preferible continuar sobre la base de las TRI no validadas de la Unión Europea, en lugar de utilizar las tasas de rentabilidad propuestas por los Estados Unidos. (*Ibid.*, párrafo 6.347).

5.232. Además, *en la medida en que* la Unión Europea aduce que aplicar una "prima de riesgo para proyectos única, no diferenciada"<sup>626</sup>, a varias familias de aeronaves de Airbus constituye *per se* un error de derecho en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1, no estamos de acuerdo. En el procedimiento inicial, el Profesor Whitelaw obtuvo la prima de riesgo de Whitelaw a partir de los contratos de proveedores que comparten los riesgos correspondientes al A380, y aplicó esa prima de riesgo para proyectos también a los proyectos del A320, el A330/A340, el A330-200 y el A340-500/600 *sin* efectuar ningún ajuste.<sup>627</sup> El Grupo Especial inicial criticó la aplicación de "una prima de riesgo constante a *todos* los proyectos de LCA"<sup>628</sup>, pero no veía *a priori* ningún problema en que se aplicara una misma prima de riesgo a grupos de aeronaves. De hecho, el Grupo Especial inicial dividió los proyectos de LCA en tres grupos: i) el A300 y el A310; ii) el A320, el A330/A340, el A330-200 y el A340-500/600; y iii) el A380. El Órgano de Apelación no censuró al Grupo Especial inicial por haberlo hecho. De hecho, el Órgano de Apelación indicó que no fue "*per se* indebido que el Grupo Especial {inicial} organizara los proyectos de LCA en grupos y determinara una horquilla para la prima de riesgo para proyectos específicos aplicable a los proyectos de LCA dentro de cada grupo".<sup>629</sup> Además, siempre que el préstamo gubernamental y el préstamo de referencia o el indicador sustitutivo tengan "*cuantos elementos comunes ... sean posibles*"<sup>630</sup>, es posible diseñar una prima de riesgo para proyectos específicos para un proyecto comprendido en un grupo de aeronaves (por ejemplo, las LCA de doble pasillo como el A350XWB) sobre la base de información relacionada con *otro* grupo de aeronaves (por ejemplo, las VLA como el A380), cuando, o bien se ha establecido que los perfiles de riesgo de ambos proyectos son suficientemente similares, o se han efectuado ajustes adecuados. Por lo tanto, aplicar una prima de riesgo para proyectos única, no diferenciada, obtenida a partir del proyecto del A380, a la financiación para el proyecto del A350XWB no constituye, *per se*, un error de derecho en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1.

5.233. En resumen, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC simplemente porque aplicó una prima de riesgo para proyectos única, no diferenciada, obtenida a partir del proyecto del A380, al proyecto del A350XWB. Que esa prima de riesgo pudiera utilizarse "*sin efectuar ajustes* teniendo en cuenta las diferencias entre los dos proyectos"<sup>631</sup> dependía de si el perfil de riesgo del proyecto del A380 era suficientemente similar al perfil de riesgo del proyecto del A350XWB para ser "comparable". Volvemos a esta cuestión en la sección 5.3.2.3 *infra*, en la que se aborda la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que la prima de riesgo elaborada para el proyecto del A380 es un punto de referencia adecuado para el proyecto del A350XWB basándose en que los riesgos planteados por los proyectos A380 y A350XWB son similares.<sup>632</sup>

#### **5.3.2.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD**

5.234. La Unión Europea alega también que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no establecer una prima de riesgo para proyectos correspondiente a la AEP/FEM para el A350XWB sobre la base de los riesgos asociados al proyecto del A350XWB. La Unión Europea esgrime dos líneas de argumentación en respaldo de su alegación. En primer lugar,

<sup>626</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 396. Observamos que la Unión Europea aduce que:

el Grupo Especial aplicó la prima de riesgo para proyectos única, no diferenciada, obtenida a partir de la financiación para el proyecto del A380 a la financiación para el proyecto del A350XWB, *sin efectuar ajustes teniendo en cuenta las diferencias entre los dos proyectos*.

(*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)).

<sup>627</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.470.

<sup>628</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 870. (las cursivas figuran en el original)

<sup>629</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 883.

<sup>630</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476.

<sup>631</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 396. (las cursivas figuran en el original)

<sup>632</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 340 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.487, 6.492, 6.527, 6.539-6.542, 6.579, 6.595, 6.607-6.610, 6.632 (cuadro 10) y 6.633).

que el Grupo Especial no tomó en consideración puntos de referencia alternativos a los propuestos por los Estados Unidos, y más adecuados que estos. En segundo lugar, que el Grupo Especial se apartó indebidamente de las constataciones del Grupo Especial inicial cuando adoptó una prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada, no adaptada a los riesgos asociados a la AEP/FEM para el A350XWB.<sup>633</sup> Examinamos a continuación cada una de esas dos líneas de argumentación.

5.235. En su primera línea de argumentación, la Unión Europea alega que, al aceptar la prima de riesgo para el proyecto del A380 como punto de referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial no consideró puntos de referencia alternativos a los propuestos por los Estados Unidos, y más adecuados que estos. La Unión Europea mantiene que ello es incompatible con la orientación dada por el Órgano de Apelación conforme a la cual el mandato de un grupo especial no se limita a la evaluación de los puntos de referencia propuestos por las partes, sino que incluye la obligación de considerar alternativas con el fin de identificar y adoptar el punto de referencia más adecuado.<sup>634</sup>

5.236. Los Estados Unidos responden que no están de acuerdo con la Unión Europea en que, al aceptar la prima de riesgo de Whitelaw como punto de referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350, el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD por no tomar en consideración puntos de referencia alternativos y más apropiados. Los Estados Unidos observan que, en respaldo de su argumento, la Unión Europea invoca la declaración formulada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de que el Grupo Especial inicial tenía la "obligación de evaluar, basándose en las pruebas que figuraban en el expediente, si la aplicación de una prima de riesgo para proyectos constante era el planteamiento más adecuado, y, en la medida en que no lo fuera, de considerar otros planteamientos".<sup>635</sup> Según los Estados Unidos, la Unión Europea pasa por alto el hecho de que en la declaración del Órgano de Apelación se indica que el punto de referencia apropiado debe "basarse en las pruebas que figura en el expediente".<sup>636</sup> A juicio de los Estados Unidos, eso significa que, al determinar la prima de riesgo para proyectos específicos adecuada, el Grupo Especial tenía "la obligación de tomar en consideración los diversos enfoques que eran posibles sobre la base de las pruebas que tenía ante sí. Sin embargo, no estaba obligado a considerar enfoques que no fueran posibles dadas las pruebas que tenía ante sí, ni a ampliar el expediente llevando a cabo por cuenta propia una actividad de recopilación de información".<sup>637</sup> Según los Estados Unidos, como la Unión Europea no había presentado los contratos de los proveedores que comparten los riesgos correspondientes al proyecto del A350XWB, el Grupo Especial "no tenía obligación alguna de aventurarse" a reconstruir la prima de riesgo para proyectos específicos utilizando esos contratos.<sup>638</sup>

<sup>633</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 423.

<sup>634</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 410 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 883). La Unión Europea aduce que el hecho de que el Grupo Especial no llevara a cabo una búsqueda del punto de referencia más adecuado resulta particularmente sorprendente porque el Grupo Especial era tenía pleno conocimiento de que Airbus había obtenido grandes volúmenes de financiación de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB, que, en el caso del A380, habían servido de base para la prima de riesgo para proyectos correspondiente a la AEP/FEM para el A380. Además, la Unión Europea pone de relieve que el Grupo Especial no buscó información sobre las condiciones de la financiación de proveedores que comparten los riesgos para el A350XWB, pese a haber ejercido la facultad discrecional que le confiere el artículo 13 del ESD de consultar los documentos de la Unión Europea en que se consignan las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. (*Ibid.*, párrafo 414).

<sup>635</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 237 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 410, donde a su vez se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 883).

<sup>636</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 238-239 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 883).

<sup>637</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 238.

<sup>638</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 239. Los Estados Unidos cuestionan además la trascendencia del contraste establecido por la Unión Europea entre la decisión del Grupo Especial de ejercer la facultad discrecional que le confiere el artículo 13 del ESD para solicitar a la Unión Europea que presentara los contratos de AEP/FEM correspondientes al proyecto A350XWB y el hecho de que el Grupo Especial no solicitara a la Unión Europea que presentase los contratos de los proveedores que comparten los riesgos pertinentes. En el primer caso, los Estados Unidos solicitaron específicamente al Grupo Especial que pidiera a la Unión Europea que presentase los contratos de AEP/FEM, y el Grupo Especial lo hizo

5.237. Comenzamos nuestro análisis observando que la primera línea de argumentación de la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD parece basarse en gran medida en el mismo fundamento que su primera alegación de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, a saber, que el Grupo Especial incurrió en error por no haber llevado a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado. La propia Unión Europea parece reconocer que hay un cierto grado de coincidencia entre su alegación de error al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 y su alegación al amparo del artículo 11 del ESD.<sup>639</sup> No obstante, la Unión Europea "mantiene *ambos* motivos de apelación para explicar por qué el hecho de que el Grupo Especial no tomara en consideración enfoques alternativos da lugar a la incompatibilidad *tanto* con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC *como* con el artículo 11 del ESD".<sup>640</sup>

5.238. Está bien establecido que, en la mayoría de los casos, una cuestión "será o bien una cuestión de aplicación del derecho a los hechos o una cuestión de evaluación objetiva de los hechos, y no ambas cosas".<sup>641</sup> En *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, el Órgano de Apelación constató que, aunque "{l}as partes tienen libertad para plantear sus alegaciones en apelación de la manera que estimen oportuna", "de esa decisión se derivan consecuencias importantes, entre las que figura la norma de examen que se aplicará al resolver sobre esas alegaciones".<sup>642</sup> En esa diferencia, el Órgano de Apelación explicó además que, "{c}uando hay ambigüedad, corresponderá al Órgano de Apelación determinar si una constatación -y su correspondiente impugnación en apelación- está debidamente caracterizada como jurídica o fáctica, dadas las circunstancias de un determinado asunto".<sup>643</sup>

5.239. A nuestro modo de ver, la base de la alegación de la Unión Europea al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y la de su alegación al amparo del artículo 11 del ESD, son, a grandes rasgos, la misma.<sup>644</sup> Por consiguiente, se plantea la cuestión de si la impugnación de las constataciones del Grupo Especial por la Unión Europea debe analizarse, o bien como una alegación de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1, o como una alegación de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD. A nuestro juicio, es más adecuado examinar la crítica que hace la Unión Europea del hecho de que el Grupo Especial no llevara a cabo su indagación sobre el beneficio de una determinada manera y siguiendo una determinada secuencia de análisis como una cuestión de aplicación del criterio jurídico establecido por el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Como ya hemos abordado *supra* la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1<sup>645</sup>, no consideramos necesario examinar también la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no tomar en consideración puntos de referencia alternativos a los propuestos por los Estados Unidos y más adecuados que estos.

---

tras haber oído los argumentos de ambas partes al respecto. En el segundo caso, ninguna de las partes solicitó al Grupo Especial que ejerciera la facultad discrecional que le confiere el artículo 13. En cualquier caso, la Unión Europea "tuvo amplia oportunidad" para presentar los contratos pertinentes. (*Ibid.*, párrafos 240-241).

<sup>639</sup> Véase la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 366 al párrafo 408.

<sup>640</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 366 al párrafo 408. (sin cursivas en el original)

<sup>641</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 872. (las cursivas figuran en el original)

<sup>642</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 956. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 177; *Japón - Manzanas*, párrafo 136.

<sup>643</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 958.

<sup>644</sup> En el contexto de su alegación de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1, la Unión Europea afirma que, al centrarse en si la prima de riesgo para proyectos específicos elaborada para el proyecto del A380 podía aplicarse para evaluar los préstamos de AEP/FEM correspondientes al proyecto del A350XWB, el Grupo Especial no llevó a cabo una "búsqueda progresiva" de un punto de referencia que tuviera "cuantos elementos comunes ... sean posibles" con los préstamos de AEP/FEM para el A350XWB y que, por lo tanto, se adaptara con más exactitud a los riesgos asociados al proyecto A350XWB. A la vez, al amparo del artículo 11 del ESD, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con esa disposición al limitar su análisis a un examen de la cuestión de si sería razonable el uso de cualquiera de los dos puntos de referencia propuestos por los Estados Unidos (la prima de riesgo de Jordan y la prima de riesgo de Whitelaw), en lugar de formular preguntas a las partes y reconstruir independientemente una prima de riesgo que fuera la que mejor reflejara los riesgos asociados al proyecto A350XWB. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 380 y 411).

<sup>645</sup> Véase la sección 5.3.2.2.1 del presente informe.

5.240. Pasamos ahora a la segunda línea de argumentación de la Unión Europea en el marco del artículo 11 del ESD. La Unión Europea aduce que, al adoptar una prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada, el Grupo Especial "se apartó indebidamente" de las constataciones del Grupo Especial inicial, que requerían el establecimiento de una prima de riesgo que tenga en cuenta los riesgos que entraña "*cada proyecto de LCA específico*".<sup>646</sup> Pese a las constataciones del Grupo Especial inicial, el Grupo Especial aplicó la prima de riesgo establecida para el contrato de AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, sin efectuar ningún ajuste. Así pues, a juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial, sin ninguna explicación, adoptó precisamente el enfoque que el Grupo Especial inicial había rechazado. En consecuencia, la Unión Europea sostiene que el hecho de que el Grupo Especial se apartara del enfoque adoptado por el Grupo Especial inicial constituye una omisión de la realización de una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del ESD.<sup>647</sup>

5.241. Los Estados Unidos responden que no están de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial, al adoptar una prima de riesgo para proyectos específicos constante, no diferenciada, se apartara indebidamente de las constataciones del Grupo Especial inicial. A juicio de los Estados Unidos, "no tuvo lugar tal desviación".<sup>648</sup> El Grupo Especial inicial constató que era apropiado utilizar una prima de riesgo para proyectos específicos constante para tres grupos distintos de AEP/FEM, y el Órgano de Apelación confirmó ese enfoque en apelación.<sup>649</sup> Los Estados Unidos aducen que "el Grupo Especial siguió, de hecho, el mismo enfoque al agrupar el A380 y el A350 XWB en la misma categoría a efectos de la {prima de riesgo para proyectos específicos} sobre la base de un análisis detallado y extenso de los datos pertinentes".<sup>650</sup> En consecuencia, los Estados Unidos no están de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.242. Según la Unión Europea, las constataciones del Grupo Especial inicial requerían que ese estableciera una prima de riesgo que tuviera en cuenta los riesgos que entraña "*cada proyecto de LCA específico*".<sup>651</sup> No estamos de acuerdo con la lectura que hace la Unión Europea de las constataciones del Grupo Especial inicial y su confirmación por el Órgano de Apelación. Aunque el Grupo Especial inicial criticó la aplicación de "una prima de riesgo constante a *todos* los proyectos de LCA", incluidos *todos* los proyectos de AEP/FEM anteriores al A350<sup>652</sup>, y "expresó su preferencia por una prima de riesgo variable que tuviera en cuenta las particularidades de los proyectos de LCA específicos"<sup>653</sup>, no consideramos que haya dado a entender que fuera necesario establecer una prima de riesgo que tuviera en cuenta los riesgos que entraña "*cada proyecto de LCA específico*".<sup>654</sup> A nuestro juicio, el enfoque que siguió el Grupo Especial inicial es muy diferente de la interpretación que hace la Unión Europea del informe del Grupo Especial inicial. De hecho, como se ha señalado, el Grupo Especial inicial dividió los proyectos de LCA en tres grupos: i) el A300 y el A310; ii) el A320, el A330/A340, el A330-200 y el A340-500/600; y iii) el A380<sup>655</sup>, y determinó horquillas para la prima de riesgo aplicable a cada grupo de proyectos de LCA. A su vez, el Órgano de Apelación confirmó ese enfoque general indicando que "no fue *per se* indebido que el Grupo

<sup>646</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 416. (las cursivas figuran en el original)

<sup>647</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 422.

<sup>648</sup> Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 243.

<sup>649</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 243. El primer grupo constaba de dos proyectos (los proyectos del A300 y el A310), el segundo, de cuatro proyectos (los proyectos del A320, el A330/A340, el A330-200 y el A340-500/600) y el último grupo, solo del proyecto del A380. (*Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 882)).

<sup>650</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 244.

<sup>651</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 416. (las cursivas figuran en el original)

<sup>652</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 870. (sin cursivas en el original)

<sup>653</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 870.

<sup>654</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 416. (las cursivas figuran en el original)

<sup>655</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 882 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.469, 7.481 y 7.485-7.487).



Especial {inicial} organizara los proyectos de LCA en grupos y determinara una horquilla para la prima de riesgo para proyectos específicos aplicable a los proyectos de LCA dentro de cada grupo".<sup>656</sup> En consecuencia, a nuestro modo de ver, en el procedimiento inicial el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación *no* constataron que fuera necesario identificar una prima de riesgo *específica* con respecto a *cada* uno de los proyectos de LCA de Airbus en cuestión.

5.243. Además, observamos que, en el contexto de esta alegación al amparo del artículo 11, la Unión Europea también critica el hecho de que el Grupo Especial aplicara la prima de riesgo establecida para el A380 en el procedimiento inicial a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB "sin efectuar ningún ajuste".<sup>657</sup> Ese argumento es esencialmente el mismo que el formulado por la Unión Europea en su anterior alegación de error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, que hemos examinado *supra*.<sup>658</sup> No vemos ninguna razón por la que el resultado de este análisis deba ser diferente en el contexto de la presente alegación al amparo del artículo 11 del ESD.

5.244. A la luz de las consideraciones precedentes, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial se "apart{ara}" del enfoque adoptado por el Grupo Especial inicial en relación con la identificación de la prima de riesgo para proyectos específicos de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.245. Para concluir, la Unión Europea esgrimió dos líneas de argumentación en respaldo de su alegación de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD. Con respecto a la primera, dado que ya hemos abordado y rechazado la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al no llevar a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado<sup>659</sup>, consideramos innecesario examinar además la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no considerar puntos de referencia alternativos a los propuestos por los Estados Unidos y más adecuados que estos. En relación con la segunda línea de argumentación, no estamos de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo por supuestamente haberse apartado de las constataciones del Grupo Especial inicial al adoptar una "prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada", para el A350XWB.<sup>660</sup> En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

### **5.3.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las diferencias de riesgo que pueden afectar a la prima de riesgo para proyectos específicos**

5.246. Tras haber examinado las alegaciones de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no establecer una prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB sobre la base de los riesgos asociados el proyecto del A350XWB, pasamos a abordar a continuación el *segundo* conjunto de alegaciones de la Unión Europea por las que se impugnan las constataciones del Grupo Especial. En concreto, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las tres categorías de riesgo examinadas en relación con los perfiles de riesgo de los proyectos del A380 y el A350XWB: i) el riesgo del programa; ii) el riesgo de los contratos; y iii) el precio del riesgo.<sup>661</sup> La Unión Europea impugna el análisis realizado por el Grupo Especial en relación con esas tres categorías de riesgo sobre la base de múltiples alegaciones de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD. Esas

<sup>656</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 883.

<sup>657</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 421.

<sup>658</sup> Recordamos que en la sección 5.3.2.2.2 del presente informe rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 al aplicar una prima de riesgo para proyectos única, no diferenciada, obtenida a partir del proyecto del A380, al proyecto del A350XWB, *sin efectuar ajustes* teniendo en cuenta las diferencias entre los dos proyectos. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 396).

<sup>659</sup> Véase la sección 5.3.2.2.1 del presente informe.

<sup>660</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 423.

<sup>661</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 355 y 424.

alegaciones están todas relacionadas, de una manera u otra, con la cuestión de si los perfiles de riesgo de los proyectos del A350XWB y el A380 eran, en general, suficientemente similares, o si, por el contrario, habría sido necesario algún ajuste para utilizar la prima de riesgo de Whitelaw como prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente al A350XWB.

5.247. Al abordar este conjunto de alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD, comenzamos nuestro análisis con la impugnación por la Unión Europea de las constataciones del Grupo Especial relativas al *riesgo del programa*. Después, examinaremos las alegaciones de la Unión Europea relativas a las constataciones del Grupo Especial sobre el *riesgo de los contratos*. Por último, concluiremos examinando las impugnaciones del análisis del *precio del riesgo* realizado por el Grupo Especial.

### 5.3.2.3.1 Riesgo del programa

5.248. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden de conformidad con el artículo 11 del ESD al comparar los riesgos del programa que entrañaban los proyectos del A350XWB y el A380. La Unión Europea observa que el riesgo del programa abarca dos tipos de riesgo diferentes: "el riesgo "de desarrollo"<sup>662</sup>; y el riesgo "de mercado".<sup>663</sup> A juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, en el contexto del análisis del riesgo de desarrollo; el análisis del riesgo de mercado; y la comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado planteados por los proyectos del A350XWB y el A380. Comenzamos examinando la alegación de la Unión Europea relativa al riesgo de desarrollo. Después, examinamos conjuntamente las alegaciones relativas al riesgo de mercado y a la comparación de los riesgos de desarrollo y los riesgos de mercado.

#### 5.3.2.3.1.1 Riesgo de desarrollo

5.249. La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial cometió *tres* errores distintos en el marco del artículo 11 del ESD, al constatar que "el proyecto del A350XWB entrañaba riesgos de desarrollo que eran '*como mínimo tan elevados o más*' que los asociados al desarrollo del proyecto del A380".<sup>664</sup>

5.250. En primer lugar, la Unión Europea señala que "el Grupo Especial constató que los proyectos del A380 y el A350XWB daban lugar a riesgos de desarrollo distintos, ya que 'suponían desafíos tecnológicos *diferentes*'".<sup>665</sup> En particular, el A380 era "una aeronave de un tamaño sin precedentes", mientras que el A350XWB utilizaba ampliamente "nuevos materiales".<sup>666</sup> Sin embargo, pese a haber evaluado los desafíos tecnológicos diferentes que entrañaban los proyectos del A380 y el A350XWB, el Grupo Especial no redujo esos riesgos de desarrollo diferentes a términos comunes susceptibles de comparación, es decir, al precio que exigiría un prestamista comercial como prima de riesgo por asumir cada uno de los distintos riesgos de desarrollo, a saber, el tamaño sin precedentes del A380 y el uso de nuevos materiales en el A350XWB. Por lo tanto, la Unión Europea sostiene que no hay *ninguna prueba* ni *ninguna explicación razonada o adecuada* que respalden la conclusión del Grupo Especial de que los riesgos de desarrollo a que se enfrentaban ambos proyectos, aun siendo de naturaleza diferente, tendrían, no obstante, precios similares desde la perspectiva de un prestamista comercial.<sup>667</sup> La Unión Europea afirma que, como consecuencia de ese "eslabón ausente" en el análisis del Grupo

<sup>662</sup> Según la Unión Europea, el riesgo de desarrollo guarda relación con la "probabilidad de que Airbus no pueda entregar la aeronave en la forma y en el momento prometidos", por ejemplo a causa de riesgos tecnológicos. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 440 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.462))

<sup>663</sup> El riesgo de mercado es el "riesgo de que la nueva aeronave no se venda tan bien como se ha previsto". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 440 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.543))

<sup>664</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 442 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.485, 6.487 y 6.539 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>665</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 447 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.487 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>666</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 447 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.466 y 6.482). (no se reproducen las cursivas)

<sup>667</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 444.

Especial, el expediente no ofrece ninguna base para la constatación del Grupo Especial de que el proyecto del A350XWB entrañaba riesgos de desarrollo que eran "*como mínimo tan elevados o más*" que los riesgos de desarrollo relacionados con el proyecto del A380.<sup>668</sup> En consecuencia, la Unión Europea aduce que, al formular esa constatación con respecto a los riesgos de desarrollo, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.251. Los Estados Unidos mantienen que las constataciones del Grupo Especial se basaron principalmente en elementos cualitativos, no cuantitativos.<sup>669</sup> Sin embargo, "el artículo 11 exige el Grupo Especial haga una evaluación objetiva de los hechos, no que exprese sus constataciones intermedias cuantitativamente".<sup>670</sup> Por lo tanto, los Estados Unidos afirman que la objetividad del Grupo Especial no puede cuestionarse simplemente porque la mayoría de las pruebas de examinó fuera de naturaleza cualitativa.<sup>671</sup>

5.252. Comenzamos analizando la idea central de la alegación de la Unión Europea. A nuestro modo de ver, lo que alega la Unión Europea es que el Grupo Especial *debería haber* analizado el riesgo de desarrollo del A380 (resultante de su tamaño sin precedentes) y el riesgo de desarrollo del A350XWB (resultante del uso de nuevos materiales) desde la perspectiva del precio que un prestamista comercial habría cobrado por asumir cada uno de esos distintos riesgos. El hecho de que el Grupo Especial no llevara a cabo esa evaluación específica dio lugar, a juicio de la Unión Europea, a una infracción del artículo 11.

5.253. El argumento de la Unión Europea parece basarse en la suposición de que el criterio jurídico que debe aplicarse en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el artículo 11 del ESD exige que el Grupo Especial haya examinado la cuestión específica de los riesgos de desarrollo, tanto en lo que concierne al proyecto del A380 como al proyecto del A350XWB, *en términos del precio que un prestamista comercial habría cobrado* por asumir los riesgos específicos en cuestión. Aunque estamos de acuerdo en que la *cuestión principal* que el Grupo Especial tenía ante sí era *si un prestamista comercial habría impuesto condiciones similares por asumir el riesgo* asociado a cada *proyecto* (es decir, al A350XWB y el A380), no consideramos que el Grupo Especial estuviera obligado a llegar a una "constatación de similitud" sobre la base de "lo que un prestamista comercial habría cobrado" con respecto a *cada una de las distintas categorías de riesgo* que las partes habían presentado. Antes bien, el Grupo Especial estaba obligado a dar una explicación razonada y adecuada de por qué los perfiles de riesgo del A350XWB y el A380 eran, *en general*, suficientemente similares para poder utilizar la prima de riesgo de Whitelaw -sin efectuar ajustes- como prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente al proyecto del A350XWB.

5.254. En la medida en que habría sido posible cuantificar en el presente asunto lo que un prestamista comercial hubiera cobrado como prima de riesgo por asumir cada una de las distintas categorías de riesgo examinadas por el Grupo Especial, ese tipo de análisis habría proporcionado una base más sólida para la constatación definitiva del Grupo Especial con respecto a la prima de riesgo para proyectos específicos que debe utilizarse en el caso del A350XWB. No obstante, y aun aceptando que el Grupo Especial podría haber explicado más claramente cómo llegó a su conclusión, su evaluación de los diversos aspectos del riesgo asociado a los proyectos del A350XWB y el A380 ofreció una base suficiente para que constatará que "los riesgos generales para proyectos específicos {eran} suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó al AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pu{diera} aplicar al AEP/FEM para

<sup>668</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 450 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.485 y 6.487 (las cursivas figuran en el original)). Según la Unión Europea, el eslabón ausente en el análisis del Grupo Especial es particularmente preocupante habida cuenta de que las constataciones del Grupo Especial sobre el beneficio dependen en gran medida de la exactitud y precisión del establecimiento de un punto de referencia. Incluso una pequeña variación en la prima de riesgo del proyecto podría hacer que los resultados correspondientes a uno o más de los préstamos de AEP/FEM para el A350XWB cambiaran de una constatación de existencia de subvención a una constatación de inexistencia de subvención. (*Ibid.*, párrafo 451).

<sup>669</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 253.

<sup>670</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 250. Los Estados Unidos señalan que, en cualquier caso, el Grupo Especial sí tuvo en cuenta determinados elementos cuantitativos, como los costos de investigación y desarrollo (I+D) asociados a los dos proyectos. (*Ibid.*, párrafos 251 y 253).

<sup>671</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 253.

el A350XWB".<sup>672</sup> En particular, como se examina a continuación, el análisis del Grupo Especial demuestra que este tuvo en cuenta cada uno de los diversos aspectos del riesgo en su análisis global y que no constató ninguna diferencia que requiriese efectuar ajustes en la prima de riesgo de Whitelaw, ya fuera a la baja -como aducía la Unión Europea- o al alza, como aducían los Estados Unidos.

5.255. De manera similar, el Grupo Especial no consideró que estuviera obligado a examinar lo que un prestamista comercial habría cobrado con respecto a *cada una de las distintas categorías de riesgo* que las partes habían presentado. Lo que el Grupo Especial estaba haciendo era una evaluación y comparación *generales* de los perfiles de riesgo relativos de los proyectos del A350XWB y el A380. Por lo tanto, en lugar de tratar de formular y cuantificar sus conclusiones *únicamente* sobre la base de un determinado tipo de riesgo, el Grupo Especial decidió llevar a cabo una evaluación holística de las diferencias de riesgo entre los proyectos del A350XWB y el A380, teniendo en mente el objetivo específico de determinar si los perfiles de riesgo eran suficientemente similares para que fuera "razonable" que el Grupo Especial utilizase la prima de riesgo de Whitelaw como prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente al A350XWB. Al realizar esa evaluación, el Grupo Especial examinó los argumentos y pruebas relativos a las categorías de riesgo presentadas por las partes -entre las que se incluían el riesgo del programa (riesgos de desarrollo y de mercado), el riesgo de los contratos y el precio del riesgo-, y llegó a la conclusión de que "los riesgos generales para proyectos específicos {eran} suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó al AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pu{diera} aplicar al AEP/FEM para el A350XWB".<sup>673</sup>

5.256. Además, observamos que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea *no* parece haber aducido que este estuviera obligado a llevar a cabo una evaluación de los riesgos específicos en cuestión en términos de "el precio que un prestamista comercial habría cobrado" por asumir *cada uno* de los riesgos *específicos* en cuestión. Antes bien, la argumentación de la Unión Europea examinaba de manera más amplia las diferencias entre los diversos riesgos en cuestión (riesgo de desarrollo, riesgo de mercado, el precio del riesgo y diferencias entre las condiciones de los contratos) para respaldar su tesis de que los Estados Unidos no habían demostrado que los riesgos del proyecto del A350XWB tuvieran "probabilidad" de ser superiores a los del proyecto del A380.<sup>674</sup> Parece, por lo tanto, que los argumentos y pruebas presentados por las partes al Grupo Especial dieron lugar a un análisis centrado en una comparación *general* de los perfiles de riesgo asociados a los proyectos del A350XWB y el A380.

5.257. En cualquier caso, en el contexto específico del riesgo de desarrollo, el Grupo Especial proporcionó un examen detallado de los argumentos y pruebas de las partes relativos a la cuestión de si el proyecto del A350XWB era al menos tan arriesgado como el proyecto del A380, cuando no más arriesgado que este. El Grupo Especial comenzó esa evaluación señalando que las pruebas presentadas por las dos partes indicaban que había varios saltos tecnológicos relacionados con el A350XWB que estaban asociados principalmente a los nuevos materiales y conceptos estructurales utilizados para fabricar una aeronave más ligera y eficiente.<sup>675</sup> En lo que respecta al

<sup>672</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.608.

<sup>673</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.608.

<sup>674</sup> Por ejemplo, con respecto al riesgo de desarrollo, la Unión Europea adujo que "la cuestión pertinente es si el riesgo de desarrollo del programa A350XWB, en comparación con el riesgo de desarrollo del programa A380, justifica la aplicación al A350XWB de una prima de riesgo para proyectos específicos asociada al A380". (Observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 90 del Grupo Especial, párrafo 709). Con respecto al riesgo de mercado, la Unión Europea censuró a los Estados Unidos por no haber aportado previsiones para los proyectos del A350XWB y el A380 y llevado a cabo una comparación de esas previsiones, lo que habría permitido al Grupo Especial evaluar los riesgos de mercado relativos de los dos proyectos. (*Ibid.*, párrafo 685). Por último, en relación con el precio del riesgo, la Unión Europea adujo que los Estados Unidos no habían aportado ninguna base que respaldara la conclusión de que el precio del riesgo es *como mínimo* el mismo, o es *más* costoso, de lo que era en el momento en el que se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A380. (*Ibid.*, párrafo 716).

<sup>675</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.468 (donde se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)); declaración de Gordon McConnell, Michel Lacabanne, Chantal Fualdes, François Cerbelaud y Burkhard Domke, ingenieros jefes del A350XWB, 13 de diciembre de 2012 (Réplica del ingeniero jefe del A350XWB) (Prueba documental EU-128 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)); declaración sobre la producción del A350XWB (Prueba documental EU-129 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)); declaración de Larry Schneider, Vicepresidente Superior de Desarrollo de Productos, División de aeronaves comerciales de Boeing, "The Relevance of Prior Commercial

volumen y amplia utilización de nuevos materiales, el Grupo Especial observó que los Estados Unidos habían presentado pruebas que mostraban que el uso de plásticos reforzados con fibra de carbono y otra tecnología de nuevos materiales compuestos en el A350XWB era nuevo y sin precedentes.<sup>676</sup> A juicio del Grupo Especial, esa novedad y sus desafíos eran conocidos en la época del lanzamiento de la aeronave y por tanto habrían influido en la evaluación del riesgo cuando se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A340XWB.<sup>677</sup> El Grupo Especial examinó también otras pruebas que evaluaban la repercusión de los nuevos materiales y conceptos estructurales en el riesgo de desarrollo asociado al proyecto del A350XWB. Por ejemplo, el Grupo Especial observó que, "debido al uso de nuevos materiales con el A350XWB, se hicieron otras innovaciones en lo que se refiere a nuevas adaptaciones e integración"<sup>678</sup>, y que "la elección de materiales compuestos también repercutió en la elección (e integración) de los sistemas en el fuselaje de materiales compuestos".<sup>679</sup> El Grupo Especial también señaló declaraciones de Airbus que indicaban que "había retos en materia de aptitudes y recursos relacionados con la utilización de nuevos materiales y conceptos en el A350XWB".<sup>680</sup> El Grupo Especial observó además que "el uso de nuevos materiales exigía nuevas pruebas y acopio de información"<sup>681</sup>, y que "el paso del aluminio a los materiales compuestos también ... exigió muchos cambios y adaptaciones en las instalaciones de producción, a nivel de la producción de componentes, submontaje y montaje final".<sup>682</sup>

5.258. El Grupo Especial pasó entonces a comparar los desafíos tecnológicos asociados al proyecto del A350XWB con los asociados al proyecto del A380. El Grupo Especial constató que "la aeronave A380 representó una ruptura con aeronaves anteriores", pero señaló que "eso se refería sobre todo a su *tamaño* sin precedentes".<sup>683</sup> Sin embargo, el Grupo Especial señaló que, aunque era innovador en tamaño y diseño, el A380 estaba construido principalmente con metal tradicional y fibra de vidrio, que no habrían entrañado las mismas incógnitas, ni necesitado más pruebas, que los nuevos materiales utilizados extensamente para el A350XWB.<sup>684</sup> Por ejemplo, el Grupo Especial observó que "los ingenieros de Airbus contrasta específicamente los nuevos materiales compuestos y lo poco que se sabe de ellos, con 'las estructuras de aluminio, en las que más de *seis décadas de experiencia* han dado como resultado estructuras sumamente

---

*Aircraft Experience to Existing Model Improvements and New Aircraft Developments*", 17 de octubre de 2012 (declaración de Schneider) (Prueba documental USA-354 presentada al Grupo Especial (ICC)); declaración de Michael Bair, Vicepresidente Superior de Comercialización de Boeing, "Products and Competition in the LCA Industry" (16 de agosto de 2012) (Declaración de Bair) (Prueba documental USA-339 presentada al Grupo Especial (ICC)).

<sup>676</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.470. El Grupo Especial señaló que la tecnología de nuevos materiales compuestos del A350XWB estaba relacionada con más de la mitad del fuselaje y las alas, las puertas de pasajeros y las estructuras de soporte de los hipersustentadores. (*Ibid.* (donde se hace referencia a "A350XWB - Technology", sitio Web de Airbus, consultado el 3 de octubre de 2012 (Prueba documental USA-427 presentada al Grupo Especial); Comisión Europea, Decisión C(2011) 6496 final, *Aide d'État N414/2010 - Belgique- Aide au projet de 'Flap Support Structures' de SABCA ('Projet FSS')* (5 de octubre de 2011) (Prueba documental USA-441 presentada al Grupo Especial), párrafo 52)).

<sup>677</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.470.

<sup>678</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.473.

<sup>679</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.473 (donde se cita la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 26).

<sup>680</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.474. A modo de ejemplo, el Grupo Especial señala lo siguiente: un ingeniero de diseño especializado en un aspecto muy específico de instalación de sistemas para estructuras de fuselaje de aluminio ... tiene que aprender nuevos requisitos y principios de diseño para realizar tareas de diseño en un fuselaje compuesto de PRFC. Según Airbus, ese fuselaje "requiere un conjunto completamente distinto de destrezas y conocimientos que deberán aplicarse, por ejemplo, las soluciones de diseño para protección contra rayos y sistemas que no se necesitan en estructuras de aluminio".

(*Ibid.* (donde se cita la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 26)).

<sup>681</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.475.

<sup>682</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.476 (donde se cita la declaración sobre la producción del A350XWB (Prueba documental EU-129 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 11).

<sup>683</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.480 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 104 del Grupo Especial, párrafo 810). (las cursivas figuran en el original) El Grupo Especial observó que el tamaño sin precedentes del A380 planteaba varios retos tecnológicos en lo que respecta a la aerodinámica, la estructura, los límites de ruido y emisiones y las limitaciones de la infraestructura de los aeropuertos. (*Ibid.*).

<sup>684</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.482.

optimizadas con escaso margen de mejora".<sup>685</sup> Además, el Grupo Especial añadió que, aunque el proyecto del A380 preveía diversas variantes, las pruebas obrantes en el expediente del Grupo Especial indicaban que el desarrollo paralelo de múltiples variantes en el programa A360XWB era más ambicioso.<sup>686</sup> El Grupo Especial también señaló que "estaba previsto que el A350XWB tuviera un costo de programa más elevado que el A380 debido a mayores costos de investigación y desarrollo".<sup>687</sup>

5.259. Tras realizar esa evaluación comparativa de los riesgos de desarrollo asociados los proyectos del A350XWB y el A380, el Grupo Especial constató que:

mayores costos de investigación y desarrollo, junto con las pruebas de la medida en que el nuevo diseño y utilización de nuevos materiales exigirían el desarrollo de equipo especializado, conocimientos técnicos y pruebas, son coherentes con la opinión de que, desde el punto de vista de un prestamista, el A350XWB entrañaba importantes innovaciones, mayores costos, mayores inversiones y por tanto riesgos de desarrollo relacionados con la tecnología que eran *al menos tan elevados o más* que los riesgos relacionados con la tecnología utilizada en el desarrollo del A380.<sup>688</sup>

5.260. A la luz de las consideraciones precedentes, incluida la naturaleza de los argumentos y las pruebas que tuvo ante sí el Grupo Especial, no estamos de acuerdo con los argumentos de la Unión Europea de que hay un "eslabón ausente" en el análisis del Grupo Especial y que el expediente no ofrece ninguna base para la constatación del Grupo Especial de que el proyecto del A350XWB entrañaba riesgos de desarrollo que eran *"al menos tan elevados o más"* que los riesgos de desarrollo relacionados con el proyecto del A380.<sup>689</sup> En consecuencia, rechazamos el primer argumento de la Unión Europea con respecto a su alegación de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.261. En su segunda línea de argumentación, la Unión Europea sostiene que, al constatar que los riesgos de desarrollo planteados por los proyectos del A380 y el A350XWB eran suficientemente similares, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque esa constatación estaba basada en un razonamiento internamente incoherente.<sup>690</sup> Según la Unión Europea, ello se debe a que el Grupo Especial constató: i) que los riesgos de desarrollo que entrañaban los dos proyectos eran muy similares<sup>691</sup>; ii) que los riesgos de desarrollo planteados por el proyecto del A350XWB estaban mitigados en cierta medida en el momento en que se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, mientras que los riesgos planteados por el proyecto del A380 no lo estaban<sup>692</sup>; y, iii) pese a haber formulado esas constataciones, que los riesgos de desarrollo asumidos por los prestamistas de AEP/FEM de los dos proyectos eran suficientemente similares.<sup>693</sup>

5.262. Para determinar si la Unión Europea está en lo correcto al afirmar que el análisis del Grupo Especial se basó en un razonamiento internamente incoherente, pasamos a examinar las

<sup>685</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.482 (donde se cita la réplica del ingeniero jefe del A350XWB (Prueba documental EU-128 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 13 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>686</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.483 (donde se hace referencia, entre otras cosas, a Max Kingsley-Jones, "Paris Air Show: A350 XWB Ready to Rock", *FlightGlobal News*, 5 de junio de 2009 (Prueba documental USA-428 presentada al Grupo Especial)).

<sup>687</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.484. (las cursivas figuran en el original)

<sup>688</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página) El Grupo Especial declaró además que, aunque los proyectos del A380 y el A350XWB suponían "desafíos tecnológicos diferentes", estaba convencido de que "los riesgos tecnológicos asociados al A350XWB eran *como mínimo tan elevados o más* que los asociados al desarrollo del A380". (*Ibid.*, párrafo 6.487 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>689</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 450 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.485 y 6.487 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>690</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 453.

<sup>691</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 462 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.485 y 6.487).

<sup>692</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 462 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.527).

<sup>693</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 462 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608).

constataciones del Grupo Especial. Ante el Grupo Especial, la Unión Europea no estuvo de acuerdo en que el riesgo de desarrollo fuera superior para el proyecto del A350XWB que para el proyecto del A380. A juicio de la Unión Europea, ello se debía a que las acciones que Airbus llevó a cabo *mitigaron* los riesgos relacionados con la tecnología para el A350XWB.<sup>694</sup> Por consiguiente, además de examinar los argumentos de las partes en los que se comparaban los riesgos relacionados con la tecnología de los proyectos del A350XWB y el A380, el Grupo Especial examinó también los argumentos de la Unión Europea relativos a dos factores de mitigación del riesgo.<sup>695</sup>

5.263. Recordamos que, con respecto a los riesgos relacionados con la tecnología de los proyectos del A350XWB y el A380, el Grupo Especial comenzó señalando que las pruebas que habían presentado las dos partes indicaban que había varios saltos tecnológicos relacionados con el A350XWB que estaban asociados principalmente a los nuevos materiales y conceptos estructurales utilizados para fabricar una aeronave más ligera y más eficiente.<sup>696</sup> Como se ha señalado *supra*<sup>697</sup>, el Grupo Especial llevó a cabo una evaluación comparativa de los riesgos de desarrollo asociados a los proyectos del A350XWB y el A380, que incluyó el examen del uso de nuevos materiales y la medida en que ese uso habría tenido una repercusión en el desarrollo de cada aeronave y en los costos de investigación y desarrollo. El Grupo Especial observó, en particular, que el A350XWB entrañaría mayores costos de investigación y desarrollo, y que el nuevo diseño y utilización de nuevos materiales exigirían el desarrollo de equipo especializado, conocimientos técnicos y pruebas.<sup>698</sup> Sobre la base de ese examen, el Grupo Especial constató que "el A350XWB entrañaba importantes innovaciones, mayores costos, mayores inversiones y por tanto riesgos de desarrollo relacionados con la tecnología que eran *al menos tan elevados o más* que los riesgos relacionados con la tecnología utilizada en el desarrollo del A380".<sup>699</sup>

5.264. Tras haber hecho esa constatación, el Grupo Especial pasó a evaluar los dos principales factores que, a juicio de la Unión Europea, mitigaron los riesgos del A350XWB en comparación con los del A380. Según la Unión Europea, el primer factor de mitigación del riesgo era que las acciones llevadas a cabo por Airbus, como las adoptadas en el marco del programa DARE, redujeron los riesgos de desarrollo del A350XWB en comparación con el proyecto del A380.<sup>700</sup> El Grupo Especial indicó que el proceso de desarrollo DARE tenía por objeto "reducir el tiempo necesario para diseñar y construir nuevas aeronaves de siete años y medio a menos de seis".<sup>701</sup> Ese rápido ritmo de desarrollo se lograría, en parte, externalizando desde una fase muy temprana un volumen importante del desarrollo del avión a proveedores.<sup>702</sup> El Grupo Especial también observó que el programa DARE incluía asimismo un *número* elevado de proveedores que comparten riesgos, que estaban geográficamente muy dispersos, a los que se externalizaron componentes fundamentales.<sup>703</sup> El Grupo Especial consideró que, aunque se habría podido desplazar a los proveedores algunos riesgos financieros de la demora o la imposibilidad de desarrollar aspectos del proyecto del A350XWB, ello no mitigaría la probabilidad de fracaso o demora.<sup>704</sup> A juicio del Grupo Especial, la existencia de un número elevado de proveedores trabajando en una gran parte del proyecto *creaba* un riesgo de desarrollo para Airbus.<sup>705</sup> Por lo

<sup>694</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.465.

<sup>695</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.466.

<sup>696</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.468 (donde se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)); réplica del ingeniero jefe del A350XWB (Prueba documental EU-128 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)); declaración sobre la producción del A350XWB (Prueba documental EU-129 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)); declaración de Schneider (Prueba documental USA-354 presentada al Grupo Especial (ICC)); declaración de Bair (Prueba documental USA-339 presentada al Grupo Especial (ICC))).

<sup>697</sup> Véase el párrafo 5.257 *supra*.

<sup>698</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485.

<sup>699</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>700</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.466.

<sup>701</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.499 (donde se cita Comité de Comercio e Industria de la Cámara de los Comunes del Reino Unido, "*Recent Developments with Airbus*", Noveno informe del período de sesiones 2006-2007, volumen I: Informe y acta formal, 19 de junio de 2007 (Prueba documental USA-562 presentada al Grupo Especial), página 10).

<sup>702</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.500 (donde se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 40 (líneas 4-5)).

<sup>703</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.500.

<sup>704</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.501.

<sup>705</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.502.

tanto, el Grupo Especial consideró que "el proceso DARE incluía un elemento muy fuerte externalización, fragmentación de la cadena de suministro y considerable presión para desarrollar rápidamente, con consecuencias potencialmente desastrosas para los calendarios si una de las partes de la cadena de suministro sufría problemas".<sup>706</sup> El Grupo Especial señaló que esos aspectos habrían aumentado los riesgos de desarrollo asociados al proyecto del A350XWB y que ese grado de riesgo no existió con el A380, dado que había menos proveedores y Airbus se hacía cargo de más trabajo.<sup>707</sup> Por las razones precedentes, el Grupo Especial rechazó el argumento de la Unión Europea, al constatar que "los intentos de mejorar la integración de la cadena de suministro no parecen haber anulado los mayores riesgos derivados de la complejidad y novedad tecnológica relacionadas con el A350XWB".<sup>708</sup>

5.265. En relación con el segundo factor de mitigación del riesgo, la Unión Europea afirmó que "gran parte de los riesgos de desarrollo relacionados con la tecnología ya se habían mitigado cuando se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB más de [ICC] años después de iniciado el proceso de desarrollo del A350XWB".<sup>709</sup> La Unión Europea comparó esa situación con el proyecto del A380: "Cuando se celebraron los acuerdos de financiación para el A380, Airbus estaba [ICC] {}el proceso de desarrollo para el programa y todavía había que identificar y abordar muchos desafíos tecnológicos".<sup>710</sup> El Grupo Especial consideró que la cuestión de si los riesgos tecnológicos se habían atenuado porque los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se firmaron relativamente más tarde, en comparación con los contratos para el A380, debía considerarse teniendo en cuenta la novedad de los materiales y el hecho de que se desarrollaban al mismo tiempo múltiples variantes.<sup>711</sup> A este respecto, el Grupo Especial observó que, "cuando se estaban negociando los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, seguía habiendo importantes desafíos de desarrollo".<sup>712</sup> El Grupo Especial constató que, "cuando se estaban negociando los contratos de AEP/FEM {para el A350XWB}, parece que no solo había muchas tareas de desarrollo pendientes de resolver, sino que también eran ambiciosas y urgentes".<sup>713</sup> A juicio del Grupo Especial, ello significaba que "el panorama era más complicado que la afirmación de la Unión Europea de que los riesgos de desarrollo del A350XWB se atenuaron, en comparación con el A380, por el momento comparativamente más tardío después del lanzamiento en que se concertó la

<sup>706</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.505.

<sup>707</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.505.

<sup>708</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.513. A este respecto, el Grupo Especial declaró lo siguiente: {E}s evidente que el proceso DARE incluía un elemento muy fuerte de externalización, fragmentación de la cadena de suministro y considerable presión para desarrollar rápidamente, con consecuencias potencialmente desastrosas para los calendarios si una de las partes de la cadena de suministro sufría problemas. Estos aspectos habrían aumentado los riesgos de desarrollo asociados al programa A350XWB. Este grado de riesgo no existió con el A380, donde había menos proveedores y Airbus se hacía cargo de más trabajo.

(*Ibid.*, párrafo 6.505).

<sup>709</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.514 (donde se cita la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 332, donde a su vez se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 13-17 y 33-59).

<sup>710</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.514 (donde se cita la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 332, en que a su vez se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 13-17 y 33-59); y primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 1110-1129).

<sup>711</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.522.

<sup>712</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.524. El Grupo Especial especificó que "{e}n junio de 2009 algunos comentaristas señalaron que Airbus iba a 'comenzar un intenso programa de desarrollo del A350XWB a lo largo de los próximos 24 meses, que no se ha{bía} visto en décadas. Entre ese momento y mediados de 2011, cuando em{pezó} el montaje final, los equipos de ingenieros del A350 deb{ían} completar el diseño detallado de la principal variante, el -900, y probar el plan de producción de fibra de carbono para que emp{ezara} la construcción, al tiempo que concreta{ban} la especificación de referencia para los dos derivados". (*Ibid.* (donde se cita Max Kingsley-Jones, "Paris Air Show: A350 XWB ready to rock", *FlightGlobal News*, 5 de junio de 2009 (Prueba documental USA-428 presentada al Grupo Especial))) El Grupo Especial añadió que "{l}os mismos comentaristas indicaron que no se había llevado a cabo un proceso de desarrollo similar con respecto al A380: 'Desde que introdujo la familia A330/A340 de bimotores y cuatrimotores en 1993, el fabricante de aviones no ha{bía} emprendido un desarrollo paralelo tan ambicioso de múltiples variantes'. (*Ibid.* (donde se cita Max Kingsley-Jones, "Paris Air Show: A350 XWB ready to rock", *FlightGlobal News*, 5 de junio de 2009 (Prueba documental USA-428 presentada al Grupo Especial)))

<sup>713</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.525.



AEP/FEM para el A350XWB".<sup>714</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial constató que, "al menos en lo que se refiere a la novedad de los materiales, el hecho de que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se firmaran después del lanzamiento del proyecto *no implica necesariamente menores riesgos de desarrollo* en comparación con el A380".<sup>715</sup>

5.266. A la luz de estas consideraciones, el Grupo Especial concluyó que "el hecho de que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se celebraran en un momento relativamente más tardío durante el programa de desarrollo habría tenido algún efecto de atenuación de los riesgos si se compara con el A380".<sup>716</sup> Sin embargo, el Grupo Especial puso de relieve que "esto se debe analizar teniendo en cuenta el amplio uso de nuevos materiales en el A350XWB y la menor madurez inicial de esos materiales en comparación con materiales más tradicionales, así como la mayor externalización y un programa de desarrollo más rápido".<sup>717</sup> Por lo tanto, a juicio del Grupo Especial, "los factores de mitigación identificados por la Unión Europea: i) *no* habrían neutralizado completamente los mayores y mejor comprendidos riesgos relacionados con el programa acelerado de desarrollo DARE y el elevado nivel de externalización, y ii) *no* habrían neutralizado plenamente los riesgos tecnológicos asociados a los nuevos materiales y a sus menores niveles de madurez al principio del desarrollo".<sup>718</sup>

5.267. Sobre la base de nuestro examen del análisis realizado por el Grupo Especial, no consideramos que pueda censurársele por haber formulado un razonamiento internamente incoherente, como propone la Unión Europea. Recordamos que el Grupo Especial llevó a cabo una evaluación comparativa de los riesgos de desarrollo asociados a los proyectos del A350XWB y el A380, la cual incluyó el examen del uso de nuevos materiales y la medida en que ese uso habría repercutido en el desarrollo de cada aeronave y en los costos de investigación y desarrollo.<sup>719</sup> El Grupo Especial observó, en particular, que el A350XWB entrañaría mayores costos de investigación y desarrollo y que el nuevo diseño y utilización de nuevos materiales exigiría el desarrollo de equipo especializado, conocimientos técnicos y pruebas.<sup>720</sup> Sobre la base de ese examen, el Grupo Especial constató que "el A350XWB entrañaba importantes innovaciones, mayores costos, mayores inversiones y por tanto riesgos de desarrollo relacionados con la tecnología que eran *al menos tan elevados o más* que los riesgos relacionados con la tecnología utilizada en el desarrollo del A380".<sup>721</sup> El Grupo Especial abordó a continuación el argumento de la Unión Europea de que ciertos factores *mitigaron* los riesgos del A350XWB en comparación con los del A380. Como se ha señalado, el Grupo Especial *no estuvo de acuerdo* en que los factores de mitigación identificados por la Unión Europea habrían neutralizado plenamente los mayores y mejor comprendidos riesgos tecnológicos relacionados con el programa DARE y el elevado nivel de externalización y los riesgos tecnológicos asociados a los nuevos materiales y a sus menores niveles de madurez al principio del desarrollo.<sup>722</sup>

5.268. A la luz del análisis de la naturaleza y el alcance de los factores de mitigación del riesgo identificados por la Unión Europea realizado por el Grupo Especial, no vemos ninguna incoherencia en la evaluación inicial que hizo el Grupo Especial de los riesgos de desarrollo asociados a los dos proyectos, su posterior análisis de los factores de mitigación del riesgo y su conclusión definitiva de que "los riesgos de desarrollo asociados al A350XWB eran *como mínimo tan elevados como* los asociados al A380 *o suficientemente similares* a ellos".<sup>723</sup> En consecuencia, no vemos ninguna incoherencia interna en la evaluación de los riesgos de desarrollo realizada por el Grupo Especial, ni, menos aún, una que cuestione la objetividad del Grupo Especial.

5.269. Por último, en su tercera línea de argumentación, la Unión Europea aduce que en la evaluación de los riesgos de desarrollo realizada por el Grupo Especial hay una incompatibilidad entre sus constataciones de beneficio y sus posteriores constataciones de efectos desfavorables.

<sup>714</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.525.

<sup>715</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.527. (sin cursivas en el original)

<sup>716</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.541.

<sup>717</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.541.

<sup>718</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.542. (sin cursivas en el original)

<sup>719</sup> Véase el párrafo 5.257 *supra*.

<sup>720</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485.

<sup>721</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>722</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.542.

<sup>723</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.542. (las cursivas figuran en el original)

La Unión Europea explica que, en respaldo de su constatación de que la AEP/FEM para el A350XWB constituye una subvención, el Grupo Especial puso de relieve, en el contexto del beneficio, el grado en que las tecnologías del A350XWB eran *diferentes* de las aplicadas en el A380.<sup>724</sup> Sin embargo, en su evaluación de los efectos desfavorables, el Grupo Especial destacó la medida en que las tecnologías del A350XWB se *derivaban del* A380, de tal manera que el A380 y las medidas de AEP/FEM anteriores eran una causa sustancial de la presencia en el mercado del A350XWB.<sup>725</sup> Así pues, a juicio de la Unión Europea, en la sección de su informe relativa al "beneficio", el Grupo Especial puso de relieve el *carácter innovador* del proyecto del A350XWB, mientras que en la sección relativa a los "efectos desfavorables" el Grupo Especial puso de relieve la *continuidad* del proyecto del A350XWB con respecto a proyectos de LCA anteriores y, en especial, el proyecto del A380.<sup>726</sup> A juicio de la Unión Europea, esas constataciones incompatibles ponen de manifiesto una falta de imparcialidad por parte del Grupo Especial.<sup>727</sup> En consecuencia, la Unión Europea sostiene que el trato que el Grupo Especial dio a las pruebas no fue objetivo y que, por consiguiente, es incompatible con el artículo 11 del ESD.<sup>728</sup>

5.270. Comenzamos observando que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea presentó un argumento muy similar al planteado ahora en apelación. En efecto, la Unión Europea mantuvo ante el Grupo Especial que era difícil conciliar los argumentos de los Estados Unidos relativos a los efectos desfavorables de la AEP/FEM -por ejemplo, los *efectos indirectos* de las medidas de AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus de lanzar y desarrollar el A350XWB- con la afirmación de los Estados Unidos, en el contexto de la referencia a efectos del beneficio propuesta para el A350XWB, de que el A350XWB entrañaba un riesgo tecnológico mayor que el A380 y otras LCA de Airbus. La Unión Europea sostuvo que "{u}n examen neutral e imparcial no {podía} conciliar e{s}os dos argumentos".<sup>729</sup> Los Estados Unidos respondieron afirmando que "'el hecho de que el A350XWB incorpore nuevas aplicaciones de materiales compuestos' no elimina las 'valiosas lecciones aprendidas' ni 'las tecnologías, los procesos y los conocimientos cruciales que Airbus aplicó' de su programa anterior".<sup>730</sup>

5.271. A juicio del Grupo Especial, los Estados Unidos no estaban aduciendo que "los retos que entrañaba la amplia utilización de materiales compuestos signifi{caran} que no hubiese importantes efectos de aprendizaje del A380 y de hecho de todas las aeronaves anteriores de Airbus".<sup>731</sup> El Grupo Especial especificó que los Estados Unidos habían identificado los efectos de aprendizaje generales en la fabricación de aeronaves y también la transferencia de componentes específicos que probablemente se beneficiaron de la experiencia de LCA anteriores de Airbus.<sup>732</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial *no* vio ninguna razón lógica por la que no pudiera haber mejoras graduales de una aeronave a la siguiente (por ejemplo, aprovechar la experiencia del empleo de materiales compuestos de distintas formas y en zonas concretas) y también un salto tecnológico (como el uso de materiales compuestos para más de la mitad de los materiales en el fuselaje y las alas, con los mayores riesgos que representa esa innovación). Por ejemplo, el Grupo Especial

<sup>724</sup> Según la Unión Europea, el Grupo Especial consideró que, por consiguiente, el A350XWB era "técnicamente muy diferente" del A380, al entrañar determinados desafíos tecnológicos que Airbus no había afrontado previamente, y que merecía una prima de riesgo para proyectos al menos tan considerable como la prima de riesgo para proyectos devengada respecto de la AEP/FEM para el A380. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 465 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.487)).

<sup>725</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 466. La Unión Europea recuerda que, en la sección de su informe en la que se tratan los "efectos de las subvenciones", "el Grupo Especial concluyó que el proyecto del A350XWB 'se benefició significativamente de los efectos de aprendizaje', en particular del proyecto del A380". (*Ibid.*, párrafo 471 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1747 (las cursivas son de la Unión Europea))). A juicio de la Unión Europea, "suponiendo que esas constataciones sean correctas, esos significativos efectos de aprendizaje han de influir -a la baja- en los riesgos de desarrollo entrañados por el proyecto del A350XWB y, en consecuencia, en la prima de riesgo para proyectos que un prestamista de mercado exigiría como compensación por asumir esos riesgos". (*Ibid.*, párrafo 71).

<sup>726</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 468.

<sup>727</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 464.

<sup>728</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 473.

<sup>729</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.489 (donde se citan las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 91-107 del Grupo Especial, párrafo 713).

<sup>730</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.490 (donde se cita la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 565; en que a su vez se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 1160).

<sup>731</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.491.

<sup>732</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.491.

señaló que Airbus declaró que "'desarrolló' su 'experiencia gradual en materiales compuestos' en aeronaves anteriores y declar{ó} ... que el grado en que se utilizaron materiales compuestos en el A350XWB suponía una novedad muy importante".<sup>733</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial no consideró que los argumentos de los Estados Unidos fueran necesariamente contradictorios.<sup>734</sup> En consecuencia, el Grupo Especial aceptó que hubo mejoras *graduales* de una aeronave a la siguiente, *pero constató al mismo tiempo* que el lanzamiento del A350XWB entrañaba *novedad*. A la luz de estas consideraciones, no vemos falta de imparcialidad en ese enfoque, ni base para censurar al Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD.

5.272. Además, observamos que el análisis del Grupo Especial que figura en las secciones relativas al "beneficio" y los "efectos desfavorables" de su informe parece de hecho reflejar una combinación de *continuidad* con modelos anteriores de Airbus (que refleja mejoras graduales) y de *novedad* (que representa un "salto tecnológico"). Dicho de otro modo, contrariamente a lo que afirma la Unión Europea, no consideramos que, por un lado, el análisis del beneficio haga referencia *únicamente* a la novedad ni que, por otro, el análisis de los efectos desfavorables mencione *únicamente* la continuidad. Por ejemplo, en el contexto de su análisis del beneficio, el Grupo Especial constató que, aunque el A350XWB y el A380 eran muy diferentes de las aeronaves anteriores desde el punto de vista técnico, ambos tipos de aeronave se basaban en "ciertos conocimientos técnicos en la construcción de aeronaves e incorpora{ban} diversos componentes que se habían desarrollado en relación con aeronaves anteriores".<sup>735</sup> Análogamente, en su análisis de los efectos desfavorables, el Grupo Especial observó que "el A350XWB, comparado con el A350 original, tendría un fuselaje más ancho y de material compuesto, alas más grandes de material compuesto, una velocidad de crucero superior y motores más potentes"<sup>736</sup>, y que "{i}nformes de prensa caracterizaron el A350XWB como un 'importante' y 'espectacular' nuevo diseño del A350 original que competiría principalmente con los Boeing 777 y 787".<sup>737</sup> Por lo tanto, a nuestro juicio, el razonamiento que el Grupo Especial formula en la sección de su informe relativa a los "efectos desfavorables" tiene en cuenta el que formula en la sección de su informe relativa al "beneficio" y está en consonancia con él.

5.273. En consecuencia, no nos convence la tercera línea de argumentación de la Unión Europea con respecto a su alegación de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.274. Por las razones precedentes, la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación del riesgo de desarrollo.

#### **5.3.2.3.1.2 Riesgo de mercado y comparación del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado**

5.275. La Unión Europea presenta alegaciones de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD en relación con el análisis del riesgo de mercado realizado por el Grupo Especial y la comparación del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado realizada por el Grupo Especial. Esas alegaciones se basan en la misma premisa, a saber, que el Grupo Especial debería haber centrado su evaluación en el precio que habría cobrado un prestamista comercial por asumir los riesgos específicos en cuestión. Dada la interrelación entre estas alegaciones, las abordamos a continuación conjuntamente.

<sup>733</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.492. (no se reproducen las notas de pie de página)

<sup>734</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.492.

<sup>735</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.487.

<sup>736</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1546 (donde se hace referencia a Guy Norris, "Airline criticism of Airbus A350 forces airframer to make radical changes to fuselage, wing and engines", *Flight International*, 8 de mayo de 2006 (Prueba documental USA-26 presentada al Grupo Especial)).

<sup>737</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1546 (donde se cita y se hace referencia, respectivamente, al análisis de *Goldman Sachs Investment*, *A350: Not an option but essential for Airbus' future, in our view*, 21 de noviembre de 2006 (Prueba documental USA-30 presentada al Grupo Especial), páginas 20-22; y a Guy Norris, "Airline criticism of Airbus A350 forces airframer to make radical changes to fuselage, wing and engines", *Flight International*, 8 de mayo de 2006 (Prueba documental USA-26 presentada al Grupo Especial); Scott Hamilton, "A350 Redesign Threatens Boeing 777; Boeing prepares 787 for Challenge", *Leeham.net*, 6 de junio de 2006 (Prueba documental USA-27 presentada al Grupo Especial)).

5.276. Con respecto al riesgo de mercado<sup>738</sup>, la Unión Europea aduce que las constataciones del Grupo Especial adolecen de deficiencias similares a las identificadas con respecto al análisis del riesgo de desarrollo realizado por el Grupo Especial. La Unión Europea mantiene que, una vez más, el Grupo Especial omitió expresar las diferencias relativas a los riesgos de mercado asociados a los proyectos del A380 y el A350XWB en términos que, siendo pertinentes en el marco del párrafo 1 b) del artículo 11, sean al mismo tiempo susceptibles de comparación (es decir, en términos de la repercusión que los riesgos de mercado concretos planteados por cada proyecto habrían tenido en la prima de riesgo para proyectos que habría cobrado un prestamista comercial por asumir ese riesgo).<sup>739</sup> A juicio de la Unión Europea, al no identificar *ninguna* prueba que demostrara que un prestamista comercial establecería un precio similar para los riesgos de mercado concretos que afrontaba cada uno de los dos proyectos, el Grupo Especial no identificó *ninguna* base obrante en el expediente para su constatación de que, aunque los riesgos de mercado sufridos por los proyectos eran *de distinta naturaleza*, en general eran "comparables en importancia".<sup>740</sup>

5.277. De manera similar, con respecto a la comparación general de los riesgos de desarrollo y de mercado realizada por el Grupo Especial, la Unión Europea critica la siguiente constatación del Grupo Especial relativa a cada uno de los componentes del riesgo del programa:

Respecto de los riesgos de desarrollo (el riesgo de que Airbus no pueda entregar las aeronaves planificadas en la forma y el momento previstos), consideramos que los riesgos asociados al A350XWB eran aproximadamente *similares, si no ligeramente superiores*, a los del A380. Respecto del riesgo de mercado (el riesgo de que las aeronaves no se vendan tan bien como se ha previsto), consideramos que los riesgos de comercialización del A350XWB *no habrían sido muy inferiores a los riesgos de comercialización del A380*.<sup>741</sup>

5.278. A juicio de la Unión Europea, esa constatación sirvió de base para la conclusión del Grupo Especial de que los riesgos de los proyectos eran suficientemente similares para aplicar la prima de riesgo de Whitelaw utilizada en los contratos de AEP/FEM para el A380 a los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Como en el caso de los riesgos de mercado, la Unión Europea pone de relieve que, para llegar a esa constatación, el Grupo Especial debería haber evaluado si los riesgos de desarrollo y los riesgos de mercado, aun siendo diferentes para los proyectos del A350XWB y el A380, no obstante habrían conducido a un prestamista comercial a reclamar la misma prima para proyectos específicos por contraer esos riesgos diferentes.<sup>742</sup>

5.279. Comenzamos poniendo de relieve que el Grupo Especial tenía la obligación de realizar un análisis riguroso y crítico de todas las pruebas y argumentos pertinentes para determinar si los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB confieren un beneficio. En particular, el Grupo Especial estaba obligado a evitar la imprecisión en su selección de la prima de riesgo para proyectos específicos y a asegurarse de no formular una falsa constatación de beneficio en el caso de que no lo hubiera. Además, en el presente asunto, la referencia de mercado elegida a efectos de la comparación relativa al beneficio debía ser "comparable" a la financiación AEP/FEM para el A350XWB en cuestión.<sup>743</sup>

5.280. Como se ha señalado *supra*, las impugnaciones de la Unión Europea respecto del análisis sobre los riesgos de mercado y la comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado realizados por el Grupo Especial se basan en la misma premisa que su anterior alegación contra las

<sup>738</sup> La Unión Europea señala que "riesgo de mercado" hace referencia al "riesgo de que la nueva aeronave no se venda tan bien como se ha previsto". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 476 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.543))

<sup>739</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 478.

<sup>740</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 479 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.579).

<sup>741</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 484 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.610 (el subrayado y las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>742</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 485.

<sup>743</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 372 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 476.

constataciones del Grupo Especial relativas al riesgo de desarrollo.<sup>744</sup> El elemento común a todas esas alegaciones es la afirmación de la Unión Europea de que el Grupo Especial *debería haber* analizado el riesgo en cuestión (de desarrollo o de mercado) asociado a los proyectos del A350XWB y el A380 desde la perspectiva *del precio que un prestamista comercial habría cobrado por asumir cada uno de esos riesgos*. Habida cuenta de la similitud entre estas alegaciones de incompatibilidad con el artículo 11, consideramos que nuestro anterior razonamiento también es aplicable en este contexto.

5.281. Como se ha indicado *supra*, la *cuestión principal* que el Grupo Especial tenía ante sí era *si un prestamista comercial habría impuesto condiciones similares por asumir el riesgo* asociado a *cada proyecto* (es decir, al A350XWB y el A380). En la medida en que hubiera sido posible cuantificar en el presente asunto lo que un prestamista comercial habría cobrado como prima de riesgo por asumir cada una de las distintas categorías de riesgo examinadas por el Grupo Especial, ese tipo de análisis habría proporcionado una base más sólida para las conclusiones del Grupo Especial. Sin embargo, el Grupo Especial no estaba obligado a determinar lo que un prestamista comercial habría cobrado con respecto a *cada una de las distintas categorías de riesgo* que examinó si los perfiles de riesgo de los proyectos del A350XWB y el A380 eran en general suficientemente similares.

5.282. Como en el contexto de los riesgos de desarrollo, ponemos de relieve que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea *no* parece haber aducido que el Grupo Especial estuviera obligado a llevar a cabo una evaluación de los riesgos *de mercado* en términos de "el precio que un prestamista comercial habría cobrado" por asumir *ese tipo de riesgo específico*.<sup>745</sup> Tampoco parece haber aducido que el Grupo Especial estuviera obligado a llevar a cabo la *comparación* de los riesgos específicos en cuestión en términos de "el *precio que un prestamista comercial habría cobrado*".<sup>746</sup> Antes bien, la argumentación de la Unión Europea examinaba de manera más amplia las diferencias entre los diversos riesgos en cuestión, incluidos los riesgos de desarrollo y de mercado, para demostrar que los Estados Unidos no habían probado que los riesgos del proyecto del A350XWB tuvieran "probabilidad" de ser superiores a los del proyecto del A380.

5.283. En cualquier caso, observamos que, al evaluar el riesgo del programa, el Grupo Especial proporcionó un examen detallado de los argumentos y las pruebas de las partes relativos al riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado. Como se ha señalado *supra*<sup>747</sup>, el Grupo Especial realizó una evaluación comparativa de los riesgos de desarrollo asociados a los proyectos del A350XWB y el A380, que incluyó el examen del uso de nuevos materiales y la medida en que ese uso habría tenido una repercusión en el desarrollo de cada aeronave y en los costos de investigación y desarrollo. El Grupo Especial observó, en particular, que el A350XWB entrañaría mayores costos de investigación y desarrollo, y que el nuevo diseño y utilización de nuevos materiales exigirían el desarrollo de equipo especializado, conocimientos técnicos y pruebas.<sup>748</sup> Sobre la base de ese examen, el Grupo Especial constató que "el A350XWB entrañaba importantes innovaciones, mayores costos, mayores inversiones y por tanto riesgos de desarrollo relacionados con la tecnología que eran *al menos tan elevados o más* que los riesgos relacionados con la tecnología utilizada en el desarrollo del A380".<sup>749</sup>

5.284. Con respecto al riesgo de mercado, el Grupo Especial también llevó a cabo una evaluación comparativa del riesgo de mercado asociado a los proyectos del A350XWB y el A380. El Grupo Especial comenzó su análisis por el riesgo relacionado con las previsiones de mercado. En ese contexto, la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que la industria aeroespacial tenía mucha más experiencia en prever la demanda para el segmento de mercado de aeronaves grandes y

<sup>744</sup> La Unión Europea aduce que las constataciones del Grupo Especial relativas al segundo tipo de riesgo del programa (es decir, el riesgo de mercado) "adolecen de deficiencias similares a las identificadas ... con respecto al riesgo de desarrollo". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 475).

<sup>745</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 448. (las cursivas figuran en el original)

<sup>746</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 448. (las cursivas figuran en el original)

<sup>747</sup> Véanse los párrafos 5.257-5.259 *supra*.

<sup>748</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485.

<sup>749</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.485. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

medias de fuselaje ancho que para el mercado de VLA.<sup>750</sup> Teniendo en cuenta ese argumento, el Grupo Especial decidió comparar las previsiones de mercado para el A380 y el A350XWB en el momento de los respectivos contratos de AEP/FEM. Después de haber examinado un número considerable de pruebas, el Grupo Especial observó que, en la época de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, había importantes previsiones de que las aerolíneas clientes, y por lo tanto el mercado, se verían afectados por un entorno financiero y económico negativo.<sup>751</sup> El Grupo Especial constató además que las tendencias decrecientes de la demanda también eran evidentes cuando se estaban celebrando los contratos de AEP/FEM para el A380.<sup>752</sup> Al comparar los dos proyectos, el Grupo Especial observó que "el ambiente económico parece que se tuvo en cuenta en las previsiones de la demanda de mercado cuando se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A380".<sup>753</sup> En cambio, el Grupo Especial constató que, aunque las previsiones de la demanda de mercado del A350XWB probablemente estarían sujetas a un entorno económico negativo que afectaría a los clientes de Airbus, ese entorno económico negativo *no* se tuvo en cuenta en las previsiones de la demanda de mercado en que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB parecen haberse basado.<sup>754</sup> El Grupo Especial especificó que las previsiones de demanda utilizadas en el estudio de viabilidad del A350XWB parecen ser las elaboradas para el lanzamiento industrial del A350XWB en 2006, que eran previsiones anteriores a la crisis económica y financiera de 2007-2009.<sup>755</sup> El Grupo Especial consideró que un prestamista del mercado habría tenido eso en cuenta al establecer un tipo acreedor de mercado.

5.285. El Grupo Especial pasó entonces a examinar el riesgo relacionado con las condiciones de competencia dentro del segmento de mercado pertinente. En ese contexto, la Unión Europea adujo que las condiciones de competencia entre Airbus y Boeing eran más favorables para Airbus en el caso del proyecto del A350XWB que en el del proyecto del A380.<sup>756</sup> El argumento de la Unión Europea no convenció al Grupo Especial. Por un lado, el Grupo Especial observó que "el A380 era mucho más grande que cualquier aeronave existente y su competidor más claro era el Boeing 747, modelo que se encontraba cerca del final de la vida de su programa, que probablemente habría que rediseñar para mejorar su competitividad".<sup>757</sup> Por otro lado, el Grupo Especial señaló que la familia del A350XWB se lanzó para competir directamente en un segmento del mercado que ya incluía varios modelos competidores modernos y exitosos: el ya exitoso Boeing 777 y el nuevo 787, así como las propias aeronaves existentes de doble pasillo de Airbus, el A330 y el A340.<sup>758</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que "la existencia de varias aeronaves competidoras modernas que ya tenían éxito en el segmento de mercado del A350XWB supondría que, aunque las previsiones de la demanda de mercado fueran exactas, Airbus tendría más problemas para lograr su ansiada cuota de mercado en el caso del A350XWB que en el del A380".<sup>759</sup> Además, el Grupo Especial añadió que "los riesgos de *desarrollo* del A350XWB habrían tenido graves consecuencias en relación con la demanda de mercado en vista de la competencia en ese segmento".<sup>760</sup> Por lo tanto, a juicio del Grupo Especial, "cuando se celebraron

<sup>750</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.545 (donde se cita la segunda comunicación de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 323-326).

<sup>751</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.565.

<sup>752</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.567.

<sup>753</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.568.

<sup>754</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.570.

<sup>755</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.569 (donde se hace referencia a "*Presentation to the EADS Board*", [ICC] (diapositivas 1-45) y "*A350XWB Business Case: Assumptions, Sensitivities and Limitations, Presentation to EADS BoD - status*", 2 de noviembre de 2006 (diapositivas 46-68) (exposición del estudio de viabilidad del A350XWB) (Prueba documental EU-130 presentada al Grupo Especial) (ICSS), diapositivas 50 y 51).

<sup>756</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.571. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>757</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.572 (donde se hace referencia a "*EADS: Results Analysed - A3XX Project Review - Recommendation Upgrade*", Amro Aerospace & Defence Sector Research, 13 de diciembre de 2000 (Prueba documental USA-490 presentada al Grupo Especial), páginas 9-10).

<sup>758</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.573 (donde se hace referencia a Scott Hamilton, "*A350 Redesign Threatens Boeing 777; Boeing prepares 787 for Challenge*", *Leeham.net*, 6 de junio de 2006 (Prueba documental US-141 presentada al Grupo Especial inicial; Prueba documental USA-27 presentada al Grupo Especial); y Guy Norris, "*Airline criticism of Airbus A350 forces airframer to make radical changes to fuselage, wing and engines*", *Flight International*, 8 de mayo de 2006 (Prueba documental USA-26 presentada al Grupo Especial); Dominic Gates, "*Airplane Kingpins tell Airbus: Overhaul A350*", *The Seattle Times*, 29 de marzo de 2006 (Prueba documental USA-24 presentada al Grupo Especial)).

<sup>759</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.576.

<sup>760</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.578. (sin cursivas en el original)

los respectivos contratos de AEP/FEM, esta competencia era un factor que habría aumentado los riesgos de mercado para el A350XWB en comparación con los riesgos de mercado del A380".<sup>761</sup>

5.286. Sobre esa base, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

{E}l A380 y el A350XWB sufrieron riesgos de mercado de distinta naturaleza. En los momentos pertinentes, el éxito o el fracaso de mercado del A380 radicaba en gran medida en la identificación correcta de la existencia y el volumen del segmento de mercado, mientras que el éxito o el fracaso del A350XWB dependería de cómo fuera recibido por los clientes en un segmento del mercado que ya era relativamente bien conocido y atendido por las aeronaves existentes, incluido el 787. Además, el A350XWB tendría que ser competitivo no solamente en innovación sino también, de manera decisiva, en puntualidad. La competencia dentro del sector supondría que las consecuencias de cualquier retraso podrían ser muy perjudiciales para el éxito comercial. Por estas razones, consideramos que aunque los riesgos de "mercado" o de "comercialización" sufridos por el A380 y el A350XWB eran de distinta naturaleza, en general eran comparables en importancia.<sup>762</sup>

5.287. A la luz de lo que antecede, consideramos que el Grupo Especial tuvo una base suficiente para su constatación de que el proyecto del A350XWB entrañaba riesgos de mercado que, aun siendo de distinta naturaleza que los del proyecto del A380, "en general eran comparables en importancia".<sup>763</sup> Así pues, la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque supuestamente "no hay pruebas que respalden su constatación de que un prestamista comercial fijaría un precio similar para las diferencias en los riesgos de desarrollo y los riesgos de mercado planteados por cada proyecto".<sup>764</sup> En consecuencia, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación del riesgo de mercado ni en su comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado.

### 5.3.2.3.1.3 Conclusión global sobre el riesgo del programa

5.288. La Unión Europea ha planteado varias líneas de argumentación en el marco del artículo 11 del ESD para impugnar el análisis del riesgo del programa realizado por el Grupo Especial. En particular, la Unión Europea ha criticado el análisis del riesgo de desarrollo, el análisis del riesgo de mercado y la comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado planteados por los proyectos del A350XWB y el A380.

5.289. La principal crítica que plantea la Unión Europea guarda relación con el hecho de que el Grupo Especial supuestamente omitió realizar el examen del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado y la comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado sobre la base del precio que habría exigido un prestamista comercial como prima de riesgo por asumir cada uno de esos tipos de riesgo. Aunque estamos de acuerdo en que la *cuestión principal* que el Grupo Especial tenía ante sí era *si un prestamista comercial habría impuesto condiciones similares por asumir el riesgo asociado a cada proyecto* (es decir, al A350XWB y el A380), no consideramos que el Grupo Especial estuviera obligado a llegar a una "constatación de similitud" sobre la base de lo que "un prestamista comercial habría cobrado" con respecto a *cada una de las distintas categorías de riesgo* que las partes habían presentado, si los perfiles de riesgo de los proyectos del A350XWB y el A380 eran en general suficientemente similares. Por lo tanto, no consideramos que el Grupo Especial estuviera obligado a llevar a cabo el tipo de análisis que propone la Unión Europea.

5.290. La Unión Europea ha presentado dos líneas de argumentación adicionales en relación con el análisis del riesgo de desarrollo realizado por el Grupo Especial. En primer lugar, la Unión Europea mantiene que, al constatar que los riesgos de desarrollo planteados por los proyectos del A380 y el A350XWB eran suficientemente similares, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque esa constatación estaba basada en un razonamiento internamente incoherente. Dado que el Grupo Especial no estuvo de acuerdo con la

<sup>761</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.578.

<sup>762</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.579.

<sup>763</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.579.

<sup>764</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 488.

naturaleza y el alcance de los factores de mitigación del riesgo identificados por la Unión Europea, no vemos *ninguna incoherencia* en su evaluación inicial de los riesgos de desarrollo asociados a los dos proyectos, su posterior análisis de los factores de mitigación del riesgo y su conclusión definitiva de que "los riesgos de desarrollo asociados al A350XWB eran *como mínimo tan elevados como los asociados al A380 o suficientemente similares a ellos*".<sup>765</sup> Además, la Unión Europea ha aducido que las constataciones de la existencia de beneficio y de sus posteriores efectos desfavorables formuladas por el Grupo Especial ponen de manifiesto una falta de imparcialidad de este contraria al artículo 11 del ESD. En particular, la Unión Europea afirma que, en la sección de su informe relativa al "beneficio", el Grupo Especial puso de relieve el *carácter innovador* del proyecto del A350XWB, mientras que en la sección relativa a los "efectos desfavorables" el Grupo Especial puso de relieve la *continuidad* del proyecto del A350XWB con respecto a proyectos de LCA anteriores y, en especial, el proyecto del A380.<sup>766</sup> No estamos convencidos de que el hecho de que el Grupo Especial constatará que hubo mejoras *graduales* de una aeronave a la siguiente, y constatará también que el lanzamiento del A350XWB entrañaba *novedad*, reflejara una falta de imparcialidad contraria al artículo 11 del ESD.

5.291. Por las razones precedentes, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD en su análisis del riesgo del programa, particularmente en su análisis del riesgo de desarrollo, su análisis del riesgo de mercado y su comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado.

### 5.3.2.3.2 Riesgo de los contratos

5.292. La Unión Europea aduce que, al rechazar su argumento de que hay diferencias que se derivan de las condiciones de determinados de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, en comparación con las de los contratos de AEP/FEM para el A380, el Grupo Especial cometió *dos* errores distintos en el marco del artículo 11 del ESD. En primer lugar, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no comparó correctamente las condiciones reductoras del riesgo de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones reductoras del riesgo de los *contratos de AEP/FEM para el A380*. En segundo lugar, según la Unión Europea, el Grupo Especial no comparó las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las de los *contratos de proveedores de comparten los riesgos para el A380*, que se utilizaron en el procedimiento inicial para calcular la prima de riesgo correspondiente a los contratos de AEP/FEM para el A380 (es decir, la prima de riesgo de Whitelaw).<sup>767</sup> Abordamos a continuación cada una de estas alegaciones.

#### 5.3.2.3.2.1 La cuestión de si el Grupo Especial no comparó correctamente las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A380

5.293. La Unión Europea sostiene que la comparación que hizo el Grupo Especial de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB con los contratos de AEP/FEM para el A380 no cumple las prescripciones del artículo 11 del ESD porque esa comparación carece de una base probatoria suficiente. En particular, la Unión Europea nos solicita que "revo{quemos} las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.595 y 6.609 de su informe, de que 'los contratos de AEP/FEM para el A350XWB que prevén esas condiciones 'reductoras del riesgo' *no* conllevan *menos riesgo* que al menos [ICC] de AEP/FEM para el A380 en que también se preveían condiciones similares en el procedimiento inicial', por lo que no había *razón alguna* por la que no se pu{diera} aplicar también la misma prima de riesgo a las medidas de AEP/FEM para el A350XWB".<sup>768</sup> La Unión Europea presenta *tres* argumentos principales en respaldo de su alegación.

<sup>765</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.542. (las cursivas figuran en el original)

<sup>766</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 468.

<sup>767</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 492.

<sup>768</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 505 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.595 y 6.609 (las cursivas son de la Unión Europea)).



5.294. En primer lugar, según la Unión Europea, "las pruebas demuestran que *ningún* contrato para el A380 preveía condiciones reductoras del riesgo tan amplias como las establecidas en el contrato [ICC] para el A350XWB".<sup>769</sup> La Unión Europea explica lo siguiente:

Con arreglo al contrato de AEP/FEM [ICC] para el A350XWB, [ICC]. Ninguno de esos mecanismos estaba presente en los contratos de AEP/FEM para el A380. El contrato [ICC] para el A380 establecía un mecanismo que [ICC].<sup>770</sup>

5.295. La Unión Europea sostiene que las pruebas demuestran que, al ser más amplias las condiciones reductoras del riesgo, [ICC] de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB "[ICC] que cualquiera de los contratos de AEP/FEM para el A380", incluido el contrato de AEP/FEM [ICC] para el A380".<sup>771</sup> Por lo tanto, a juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial carecía de una base probatoria suficiente para constatar que estaban presentes condiciones reductoras del riesgo "similares" en determinados contratos de AEP/FEM para el A350XWB, en comparación con el contrato de AEP/FEM [ICC] para el A380.<sup>772</sup>

5.296. A fin de evaluar la alegación de la Unión Europea, describimos a continuación aspectos fundamentales del análisis del Grupo Especial. Ante el Grupo Especial, la Unión Europea adujo que "las diferencias existentes en las condiciones de los acuerdos de AEP/FEM para el A380 y para el A350XWB reducen el riesgo para el A350XWB y, por tanto, la referencia".<sup>773</sup> La Unión Europea centró su argumentación en una comparación entre [ICC] y el [ICC], aduciendo que, "{p}or ejemplo, el [ICC], mientras que el [ICC]".<sup>774</sup> Los Estados Unidos respondieron afirmando que "[ICC]".<sup>775</sup> Los Estados Unidos añadieron que "no hay fundamento para que la Unión Europea concluya que la existencia de [ICC] 'puede justificar una prima de riesgo significativamente más baja en los acuerdos de financiación del A350XWB, en su conjunto, que en los acuerdos de financiación del A380, en su conjunto'".<sup>776</sup> En consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, "respecto de '[ICC]', los contratos de AEP/FEM para el A380 y los contratos de AEP/FEM para el A350XWB [ICC] son, en su conjunto, [ICC]".<sup>777</sup>

5.297. A la luz de estos argumentos, el Grupo Especial reconoció que, "con arreglo a los contratos de AEP/FEM [ICC] para el A350XWB, [ICC] en el caso de que no se realicen las entregas (salvo que [ICC])".<sup>778</sup> Al mismo tiempo, el Grupo Especial señaló que, en el procedimiento inicial, "[ICC], que serían también condiciones 'reductoras del riesgo', existían respecto de la AEP/FEM [ICC] en litigio en ese procedimiento".<sup>779</sup> Ponemos de relieve que, sobre esa base, el Grupo Especial declaró que "{a}l menos [ICC] de los contratos para el A380 que se analizó en el procedimiento inicial -[ICC]- contenía un mecanismo que '*protegía*' de forma análoga el rendimiento".<sup>780</sup>

<sup>769</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 496 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.594 y nota 1065 a dicho párrafo, párrafos 6.602 y 6.606). (las cursivas figuran en el original)

<sup>770</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 497 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.602 y 6.606). (subrayado en el original, las cursivas figuran en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 453)

<sup>771</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 496. (las cursivas figuran en el original)

<sup>772</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 498.

<sup>773</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.590 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 339-340; respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafos 404-405).

<sup>774</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.591 (donde se cita la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 340; donde se hace referencia a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 405).

<sup>775</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.592 (donde se hace referencia a las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafos 276-280).

<sup>776</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.592 (donde se cita la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 405).

<sup>777</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.592 (donde se citan las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 280).

<sup>778</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.594. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>779</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595.

<sup>780</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595. (sin cursivas en el original)

5.298. En este punto, señalamos que el Grupo Especial empleó términos amplios al comparar los contratos de AEP/FEM **[ICC]** para el A350XWB y de AEP/FEM **[ICC]** para el A380. Contrariamente a lo afirmado por Unión Europea en su descripción de las constataciones del Grupo Especial, este no constató que el **[ICC]** "preveía condiciones reductoras del riesgo tan amplias como las establecidas en el contrato **[ICC]** para el A350XWB"<sup>781</sup>, sino que formuló la constatación, más general, de que "el contrato **[ICC]** para el A380- contenía un mecanismo que 'protegía' de forma análoga el rendimiento".<sup>782</sup> Tras haber formulado esa evaluación comparativa, el Grupo Especial observó que, "{c}on todo, la prima de riesgo del Profesor Whitelaw se aplicó en dicho procedimiento y, además, en el entendimiento de que era una prima de riesgo mínima y que estaría subestimada para dicho contrato".<sup>783</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial "no consider{ó} que esas características en este procedimiento deban en sí y de por sí hacer que la prima de riesgo de Whitelaw no pueda aplicarse".<sup>784</sup>

5.299. Tras haber examinado aspectos fundamentales del análisis del Grupo Especial, ponemos de relieve que la Unión Europea *omite* señalar cualquier error específico en relación con la objetividad de la evaluación realizada por el Grupo Especial, requisito que el apelante debe satisfacer para fundamentar satisfactoriamente una alegación al amparo del artículo 11 del ESD.<sup>785</sup> La Unión Europea simplemente afirma que "el Grupo Especial carecía de una base probatoria suficiente para constatar que en determinados contratos {de AEP/FEM} para el A350XWB estaban presentes condiciones reductoras del riesgo 'similares', en comparación con el contrato {de AEP/FEM} **[ICC]** para el A380".<sup>786</sup> Sin embargo, una determinación de la cuestión de si el Grupo Especial contaba con suficientes pruebas en el expediente para respaldar sus constataciones depende de cómo se entienda la constatación de que las condiciones reductoras del riesgo presentes en determinados contratos del AEP/FEM para el A350XWB y en el contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A380 "protegían" de forma análoga el rendimiento.<sup>787</sup> En apelación, la Unión Europea atribuye un sentido muy específico al concepto de "condiciones reductoras del riesgo similares", a saber, un sentido con arreglo al cual ambos contratos establecen que "**[ICC]**".<sup>788</sup> En cambio, al comparar los contratos en cuestión, el Grupo Especial no se centró en condiciones contractuales tan específicas como aquellas a las que la Unión Europea ha hecho referencia. Antes bien, dada la existencia de una cláusula relativa a "**[ICC]**", que, a juicio del Grupo Especial constituirían igualmente condiciones "reductoras del riesgo", el Grupo Especial concluyó que "el contrato {de AEP/FEM} **[ICC]** para el A380- contenía un mecanismo que 'protegía' de forma análoga el rendimiento".<sup>789</sup> Como se explicará con más detalle a continuación, el enfoque del Grupo Especial al comparar las condiciones reductoras del riesgo de los contratos de AEP/FEM pertinentes bien puede ser un reflejo de los argumentos esgrimidos por las partes durante las actuaciones del Grupo Especial.

5.300. En apelación, la Unión Europea atribuye una importancia considerable al hecho de que:

{c}on arreglo al contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A350XWB, **[ICC]**. Ninguno de esos mecanismos estaba presente en los contratos de AEP/FEM para el A380. El contrato **[ICC]** para el A380 establecía un mecanismo que **[ICC]**.<sup>790</sup>

5.301. Aunque, en principio, esa puede parecer una distinción válida, destacamos que esos sutiles matices en relación con las condiciones de los contratos en que la Unión Europea basa ahora su alegación de incompatibilidad al amparo del artículo 11 *no* parecen haber sido suficientemente desarrollados ante el Grupo Especial. Por ejemplo, aunque la Unión Europea adujo que la cláusula

<sup>781</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 496. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>782</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595. (sin cursivas en el original)

<sup>783</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.481; informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 923).

<sup>784</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595.

<sup>785</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

<sup>786</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 498.

<sup>787</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595.

<sup>788</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 497. (las cursivas figuran en el original)

<sup>789</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.595. (sin cursivas en el original)

<sup>790</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 497 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.602 y 6.606). (subrayado en el original, las cursivas figuran en el original; no se reproduce el texto adicional de la nota 453)

del contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A350XWB relativa a **[ICC]** debía tenerse en cuenta al evaluar las diferencias entre los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y los contratos de AEP/FEM para el A380<sup>791</sup>, no comparó el contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A350XWB con el contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A380, lo que contrasta con la posición que defiende en apelación. Antes bien, ante el Grupo Especial la Unión Europea estableció una comparación entre **[ICC]**.<sup>792</sup> Además, no parece que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea estableciera la distinción entre **[ICC]** y **[ICC]**, como hace ahora en apelación.<sup>793</sup> Los argumentos de la Unión Europea eran de índole más general. Por ejemplo, la Unión Europea mantuvo que un "examen riguroso del conjunto de las disposiciones de los acuerdos de financiación" puede "justificar una prima de riesgo significativamente más baja en los acuerdos de financiación del A350XWB, en su conjunto, que en los acuerdos de financiación del A380, en su conjunto".<sup>794</sup>

5.302. Una alegación de que un grupo especial no ha hecho una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido es "una alegación muy grave"<sup>795</sup>, y el Órgano de Apelación no "interferir{á} sin motivos bien fundados" con el ejercicio de la facultad de determinación de los hechos, que corresponde a los grupos especiales.<sup>796</sup> No consideramos que la Unión Europea haya establecido satisfactoriamente que la evaluación realizada por el Grupo Especial carece de objetividad. Para establecer que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11, la Unión Europea debe demostrar que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales como instancia encargada de decidir sobre los hechos, y que lo hizo también en el trato que dio a las pruebas.<sup>797</sup> Consideramos que la Unión Europea no ha hecho tal cosa en el presente asunto, habida cuenta, en particular, de que el Grupo Especial examinó con detalle los limitados argumentos y pruebas presentados por las partes, como se ha expuesto *supra*.

5.303. Por las razones precedentes, no consideramos que la Unión Europea haya probado su alegación al amparo del artículo 11 al aducir que "el Grupo Especial carecía de una base probatoria suficiente para constatar que en determinados contratos {de AEP/FEM} para el A350XWB se daban condiciones reductoras del riesgo 'similares', en comparación con el contrato {de AEP/FEM} **[ICC]** para el A380".<sup>798</sup>

5.304. En su segunda línea de argumentación, la Unión Europea sostiene que el razonamiento del Grupo Especial prescinde del hecho no controvertido de que el número de contratos de AEP/FEM para el A350XWB que contienen determinadas condiciones reductoras del riesgo es mayor que el de contratos de AEP/FEM para el A380 que las contienen. Según la Unión Europea, no se discute que **[ICC]** contratos de AEP/FEM para el A350XWB contienen determinadas condiciones reductoras del riesgo (los contratos **[ICC]**).<sup>799</sup> Juntos, esos contratos representan aproximadamente el **[ICC]** % del total de la AEP/FEM para el proyecto del A350XWB.<sup>800</sup> En cambio, en el marco del proyecto del A380, es un hecho no controvertido que solo **[ICC]** de **[ICC]** de AEP/FEM contenía determinadas condiciones reductoras del riesgo (los **[ICC]**), lo que representaba aproximadamente el **[ICC]** % del total de la AEP/FEM para el A380.<sup>801</sup> A juicio de la Unión Europea, el hecho de que se proporcione un volumen significativamente mayor de AEP/FEM para el proyecto A350XWB por medio de contratos que contienen condiciones reductoras del riesgo implica que, en comparación con el proyecto del A380, ha resultado más importante tener en

<sup>791</sup> Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 339-342; Y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafos 401-407.

<sup>792</sup> Segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 340; Y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 405.

<sup>793</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 497.

<sup>794</sup> Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 405.

<sup>795</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.227 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos avícolas*, párrafo 133).

<sup>796</sup> Informes del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 299 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151); *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142.

<sup>797</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

<sup>798</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 498.

<sup>799</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 500 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.598).

<sup>800</sup> La Unión Europea añade que **[ICC]** el contrato de AEP/FEM **[ICC]** para el A350XWB no contenía condiciones reductoras del riesgo. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 500).

<sup>801</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 501. La Unión Europea señala que los **[ICC]** otros **[ICC]** de AEP/FEM (los **[ICC]**), que representaban aproximadamente el **[ICC]**% del total de la AEP/FEM, no contenían condiciones reductoras del riesgo. (*Ibid.*).

cuenta condiciones reductoras del riesgo al establecer la prima de riesgo para el A350XWB.<sup>802</sup> La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 porque no tuvo en cuenta ese factor objetivo.

5.305. Tras haber examinado el expediente del Grupo Especial, observamos que la Unión Europea *no* parece haber aducido ante el Grupo Especial que el hecho de que un volumen significativamente mayor de AEP/FEM para el A350XWB se proporcione por medio de contratos que contienen condiciones reductoras del riesgo implica que, en comparación con el proyecto del A380, es más importante tener en cuenta las condiciones reductoras del riesgo al establecer la prima de riesgo para el A350XWB, como la Unión Europea sostiene ahora en apelación. Es posible que sea correcto que, en comparación con el A380, se proporcione más AEP/FEM para el proyecto A350XWB por medio de contratos que contienen condiciones reductoras del riesgo. Sin embargo, no consideramos que la Unión Europea haya establecido su alegación de incompatibilidad con el artículo 11, dado que el Grupo Especial evaluó adecuadamente los argumentos y las pruebas que las partes habían presentado. En cualquier caso, aun suponiendo que pueda haberse proporcionado más AEP/FEM para el A350XWB por medio de contratos que contienen condiciones reductoras del riesgo que en el contexto del proyecto del A380, a nuestro entender el Grupo Especial lo tuvo en cuenta en su examen general de la cuestión de si los riesgos *generales* para proyectos específicos eran suficientemente similares entre los dos proyectos, "de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A350XWB".<sup>803</sup>

5.306. En esta tercera línea de argumentación, la Unión Europea aduce que, en su comparación de las condiciones reductoras del riesgo de los contratos de AEP/FEM para los proyectos del A350XWB y el A380, el Grupo Especial hizo caso omiso de la importancia *relativa* de esas condiciones reductoras del riesgo *a la luz de los riesgos concretos a los que se consideraba que cada proyecto estaba expuesto*. Según la Unión Europea, el Grupo Especial no tomó en consideración el hecho de que, en comparación con los contratos de AEP/FEM para el A380, la exposición (ligeramente) mayor del prestamista al "riesgo de desarrollo" en el marco de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se reduce precisamente a consecuencia de las condiciones reductoras del riesgo establecidas en esos contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Por consiguiente, a juicio de la Unión Europea, las condiciones reductoras del riesgo que figuran en los contratos de AEP/FEM para el A350XWB tienen mayor trascendencia que las condiciones reductoras del riesgo presentes en los contratos de AEP/FEM para el A380.<sup>804</sup>

5.307. Una vez más, observamos que la Unión Europea *no* adujo ante el Grupo Especial que las condiciones reductoras del riesgo establecidas en los contratos de AEP/FEM para el A350XWB tengan mayor trascendencia que las establecidas en los contratos de AEP/FEM para el A380 porque la exposición (ligeramente) mayor del prestamista al "riesgo de desarrollo" en el marco de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se reduce precisamente a consecuencia de las condiciones reductoras del riesgo. No consideramos que la Unión Europea haya establecido su alegación de incompatibilidad con el artículo 11, ya que el Grupo Especial evaluó adecuadamente los argumentos y las pruebas que las partes le presentaron.<sup>805</sup>

5.308. Por las razones precedentes, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que la comparación de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con los contratos de AEP/FEM para el A380 realizada por el Grupo Especial carezca de una base probatoria suficiente de una manera que sea incompatible con las prescripciones del artículo 11 del ESD.

#### **5.3.2.3.2.2 La cuestión de si el Grupo Especial omitió comparar las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380**

5.309. La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial también actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no comparar las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para

<sup>802</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 502.

<sup>803</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>804</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 503-504.

<sup>805</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

el A380, que se utilizaron en el procedimiento inicial para calcular la prima de riesgo para proyectos correspondiente a los contratos del AEP/FEM para el A380 (es decir, la prima de riesgo de Whitelaw). Según la Unión Europea, el problema del enfoque del Grupo Especial es que, sin un examen adecuado de las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380, el Grupo Especial no podría haber sabido si eran "diferentes".<sup>806</sup> La Unión Europea pone de relieve que, como los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380 no forman parte del expediente, es evidente que el Grupo Especial no comparó las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380.<sup>807</sup>

5.310. Los Estados Unidos no están de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.<sup>808</sup> Según los Estados Unidos, el Grupo Especial evaluó si los riesgos pertinentes correspondientes al proyecto del A350XWB eran comparables a los del proyecto del A380. Al hacer tal cosa, era innecesario que el Grupo Especial reexaminara la base utilizada para determinar la prima de riesgo para el A380 en el procedimiento del Grupo Especial inicial.<sup>809</sup>

5.311. Sobre la base de nuestro examen del expediente del Grupo Especial, parece que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea *no* solicitó al Grupo Especial que comparara los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380. Además, como reconoce la propia Unión Europea, "los contratos {de proveedores que comparten los riesgos para el} A380 no forman parte del expediente".<sup>810</sup> La Unión Europea no proporcionó al Grupo Especial esos contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380. Parece que, aunque en el procedimiento inicial el Profesor Whitelaw calculó la prima de riesgo de Whitelaw a partir de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380<sup>811</sup>, la Unión Europea solo había presentado *uno* de esos contratos al Grupo Especial inicial.<sup>812</sup> Si la Unión Europea hubiera considerado que esa indagación era necesaria para garantizar la correcta determinación de la prima de riesgo para proyectos específicos correspondiente al A350XWB, debería haber esgrimido esa línea de argumentación ante el Grupo Especial, incluso aportando las pruebas necesarias. La Unión Europea no lo hizo. Habida cuenta de ello, no consideramos que análisis del Grupo Especial refleje una falta de objetividad contraria al artículo 11.

5.312. Por las razones precedentes, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no comparar las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380.

<sup>806</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 514. A juicio de la Unión Europea, el Grupo Especial parece haber supuesto implícitamente que la similitud entre los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380 podía inferirse del hecho de que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB eran suficientemente similares a las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A380 y del hecho de que los contratos de AEP/FEM para el A380 eran suficientemente similares a las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380. (*Ibid.*, párrafo 511).

<sup>807</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 508 y 511.

<sup>808</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 259. Los Estados Unidos afirman que "no resulta claro por qué la {Unión Europea} cree que ese resultado indica alguna falta de objetividad por parte del Grupo Especial". De hecho, los Estados Unidos señalan además que la propia Unión Europea "tiene dificultades para identificar el supuesto error". (*Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>809</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 260.

<sup>810</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 508.

<sup>811</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 100.

<sup>812</sup> De hecho, el Grupo Especial inicial declaró que "el único contrato que las Comunidades Europeas han presentado revela que hay al menos una diferencia importante entre las condiciones de reembolso establecidas en ese contrato y las de la AEP/FEM, que en nuestra opinión reduce su nivel relativo de riesgo". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 100 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.480)). Ese contrato figura en la Prueba documental 117 presentada por las Comunidades Europeas al Grupo Especial inicial y es ICSS.

### 5.3.2.3.3 El precio del riesgo

5.313. La Unión Europea aduce que, habida cuenta de su análisis del precio del riesgo<sup>813</sup>, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que "los riesgos generales para proyectos específicos {eran} suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó al AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pu{diera} aplicar al AEP/FEM para el A350XWB".<sup>814</sup> En primer lugar, la Unión Europea sostiene que la constatación del Grupo Especial de que los riesgos asociados a los proyectos del A350XWB y el A380 eran en general suficientemente similares se basó en un *razonamiento incoherente*. Ello se debe a que, con respecto al precio del riesgo, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos "no ha{bían} satisfecho su carga probatoria"<sup>815</sup>, por lo que no habían establecido que el precio del riesgo en el contexto del proyecto del A380 fuera suficientemente similar al precio del riesgo en el contexto del proyecto del A350XWB. Según la Unión Europea, "esa constatación simplemente no respalda la constatación del Grupo Especial, que figura precisamente en la siguiente frase de su informe, de que los riesgos {generales} planteados por los dos proyectos '{eran} suficientemente similares', y el Grupo Especial no la ha conciliado con esta".<sup>816</sup> En segundo lugar, la Unión Europea afirma que la constatación general de existencia de "suficiente similitud" formulada por el Grupo Especial en relación con los proyectos del A350XWB y el A380 *no* tiene una *base probatoria*.<sup>817</sup> La Unión Europea considera que, habida cuenta de la constatación fáctica formulada por el propio Grupo Especial de que los Estados Unidos no habían demostrado la similitud del precio del riesgo en el momento del suministro de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, "no había ninguna base para que el Grupo Especial constatará que los riesgos del A380 y el A350XWB {eran} 'suficientemente similares' para que la prima de riesgo para proyectos basada en el A380 se aplicara al A350XWB".<sup>818</sup>

5.314. Los Estados Unidos responden que la Unión Europea "caracteriza erróneamente" las constataciones del Grupo Especial al afirmar que este constató que los Estados Unidos no habían demostrado la similitud del precio del riesgo entre los dos proyectos de LCA. Según los Estados Unidos, en realidad el Grupo Especial constató que los riesgos correspondientes a los proyectos del A380 y el A350XWB eran en general suficientemente similares sobre la base de tipos de riesgo distintos del precio del riesgo.<sup>819</sup>

5.315. A nuestro modo de ver, las dos líneas de argumentación esgrimidas por la Unión Europea se basan en fundamentos muy similares. En esencia, la Unión Europea está impugnando al amparo del artículo 11 la constatación definitiva del Grupo Especial de que los riesgos asociados a los proyectos del A350XWB y el A380 eran en general suficientemente similares, habida cuenta de que el Grupo Especial no formuló una constatación de que la categoría individual "precio del riesgo" era "similar" en el momento del suministro de la AEP/FEM a los proyectos del A350XWB y el A380, respectivamente. En su primera línea de argumentación, la Unión Europea critica la constatación definitiva de existencia de "suficiente similitud" formulada por Grupo Especial aduciendo que esa constatación se basó en un *razonamiento incoherente*. A juicio de la Unión Europea, ello se pone de manifiesto en el hecho de que el Grupo Especial constató, por un lado,

<sup>813</sup> El Grupo Especial define el "precio del riesgo" por referencia a "la medida en que los prestamistas en el mercado estaban en general dispuestos a aceptar riesgos cuando se suministró la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.460).

<sup>814</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 434 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608 (no se reproducen las negritas de la Unión Europea)).

<sup>815</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 436 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608).

<sup>816</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 436 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608).

<sup>817</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 437.

<sup>818</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 437 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.608 y 6.610 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>819</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.608). Los Estados Unidos también señalan que, al llegar a esa conclusión, el Grupo Especial consideró y rechazó argumentos formulados por los Estados Unidos y la Unión Europea "según los cuales el entorno financiero en el momento de la conclusión del {proyecto} del A350XWB habría alterado el riesgo para proyectos específicos". (*Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.580 y 6.583-6.584)).

que los Estados Unidos "no ha{bían} satisfecho su carga probatoria"<sup>820</sup> con respecto al precio del riesgo y, por otro, "que los riesgos planteados por los dos proyectos '{eran}' suficientemente similares"<sup>821</sup>. En su segunda línea de argumentación, la Unión Europea sostiene que la constatación definitiva de "suficiente similitud" formulada por el Grupo Especial no tiene una base *probatoria*. En particular, la Unión Europea afirma que, como el propio Grupo Especial había constatado que los Estados Unidos "no habían demostrado la similitud del precio del riesgo" en el momento del suministro de la AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, "no había ninguna base para que el Grupo Especial constatará que los riesgos del A380 y el A350XWB '{eran}' '*suficientemente similares*' para que la prima de riesgo para proyectos basada en el A380 se aplicara al A350XWB".<sup>822</sup> Como ambas líneas de argumentación se basan esencialmente en los mismos fundamentos, las abordamos conjuntamente a continuación.

5.316. Recordamos que, en esta parte de su análisis del beneficio, el Grupo Especial entendía que la principal cuestión que se le había planteado era "si los Estados Unidos ha{bían} demostrado que los riesgos de proyectos específicos del programa A350XWB '{eran}' suficientemente similares a los del programa A380, de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A380XWB".<sup>823</sup> Los argumentos aducidos por las partes ante el Grupo Especial en relación con las diferencias en los perfiles de riesgo de los proyectos del A380 y el A350XWB se centraban en las siguientes cuestiones: i) el riesgo del programa; ii) el riesgo de los contratos; y iii) el precio del riesgo.<sup>824</sup>

5.317. Pasando a examinar las constataciones del Grupo Especial en relación con el precio del riesgo, comenzamos observando que el Grupo Especial no formuló una constatación de que la categoría "precio del riesgo" fuera similar en relación con los proyectos del A350XWB y el A380. A este respecto, la Unión Europea indica correctamente que lo que de hecho constató el Grupo Especial fue que, "{r}especto del precio del riesgo ... no pod{ía} aceptar los argumentos de los Estados Unidos porque no ha{bían} satisfecho su carga probatoria".<sup>825</sup> Sin embargo, la Unión Europea *omite mencionar* otros aspectos importantes del análisis del Grupo Especial relacionados con esa conclusión. En particular, la Unión Europea pasa por alto la cuestión jurídica que el Grupo Especial se propuso examinar, a saber, "si el entorno financiero -en particular, la crisis financiera y económica mundial entonces existente- significaba que un prestamista en el mercado habría solicitado un rendimiento más elevado en el momento en que se buscaba financiación para el A350XWB que en el momento en que se habría buscado para el A380, pese a que los riesgos que entrañaban el desarrollo y la comercialización de las aeronaves eran similares".<sup>826</sup> El Grupo Especial examinó esa cuestión al abordar el argumento de los Estados Unidos de que "la AEP/FEM para el A350XWB 'se concluyó en un momento en que las condiciones de préstamo que se venían aplicando en el pasado eran estrictas' con la consecuencia de que 'la prima de riesgo efectiva del A350XWB *debía probablemente ser más elevada* que la prima de riesgo del A380"<sup>827</sup>. En particular, los Estados Unidos adujeron ante el Grupo Especial que, "cuando se celebraron los contratos {de AEP/FEM} para el A350XWB, los efectos de la crisis financiera y económica mundial de 2008 seguían estando presentes y limitando la disponibilidad de crédito, lo que habría afectado a las condiciones de préstamo del proyecto A350XWB".<sup>828</sup>

<sup>820</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 436 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608).

<sup>821</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 436 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.608).

<sup>822</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 437 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.608 y 6.610 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>823</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>824</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.460.

<sup>825</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.608.

<sup>826</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.580.

<sup>827</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.581 (donde se cita el informe Jordan (Prueba documental USA-475 presentada al Grupo Especial) (ICC/ICSS)), párrafo 22 (sin cursivas en el original)).

<sup>828</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.581 (donde se hace referencia a las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 277). Los Estados Unidos fundamentaron su posición de la siguiente manera:

Los Estados Unidos presenta{ron} pruebas aportadas por el Dr. Jordan relativas al diferencial de rendimiento entre la deuda de grado de inversión y la de grado inferior al de inversión, que muestran el rendimiento adicional que los inversores solicitan por invertir en la deuda de calificación inferior. Según el Dr. Jordan "habida cuenta de que los riesgos relacionados con la

5.318. Al abordar el argumento de los Estados Unidos, el Grupo Especial estuvo de acuerdo con la Unión Europea en que "el alto diferencial de rendimiento registrado entre la deuda de grado de inversión y la deuda de grado inferior al de inversión en **[ICC]** cuando se concluyeron los acuerdos de AEP/FEM para el A350XWB, respecto de los niveles de 2006-2007, no demuestra que el precio del riesgo fuese 'como mínimo' tan caro o 'más' caro de lo que era cuando se concluyeron los acuerdos de AEP/FEM para el A380, en **[ICC]**".<sup>829</sup> El Grupo Especial explicó a continuación que "{e}l punto máximo del diferencial registrado en el momento de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB ofrece información sobre el precio del riesgo en aquel momento, pero no {le} permit{ía} determinar si el diferencial era más acusado que el registrado en el momento de los contratos de AEP/FEM para el A380".<sup>830</sup> Sobre la base de esas consideraciones, el Grupo Especial concluyó que, "{h}abida cuenta de que los Estados Unidos no ha{bían} proporcionado los diferenciales de rendimiento que {le} hubiesen permitido evaluar plenamente el fondo de su comunicación, no pod{ía} aceptar su argumento de que un prestamista en el mercado hubiese solicitado un rendimiento más elevado en la época en que se buscaba financiación para el A350XWB que en la época en que se habría buscado para el A380".<sup>831</sup>

5.319. En apelación, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial constató que "los Estados Unidos *no* habían establecido que el precio del riesgo en el contexto del proyecto del A380 fuera suficientemente similar al precio del riesgo en el contexto del proyecto del A350XWB".<sup>832</sup> Sin embargo, el Grupo Especial *no* constató que, con respecto al precio del riesgo, los Estados Unidos no hubieran establecido la existencia de una "suficiente similitud" entre los proyectos del A350XWB y el A380, sino que examinó y *rechazó* el argumento de los Estados Unidos de que, a causa del entorno financiero existente en el momento de la conclusión de la AEP/FEM para el A350XWB, el precio del riesgo era *más elevado* porque "un prestamista en el mercado hubiese solicitado un rendimiento más elevado en la época en que se buscaba financiación para el A350XWB que en la época en que se habría buscado para el A380".<sup>833</sup> Dicho de otro modo, el análisis del Grupo Especial estaba dirigido principalmente a rechazar la afirmación de los Estados Unidos de que la prima de riesgo para proyectos específicos aplicable a la AEP/FEM para el A350XWB debería ser *más elevada*.

5.320. Sobre la base de las constataciones efectivamente formuladas por el Grupo Especial, no vemos ninguna incoherencia entre, por un lado, el rechazo por el Grupo Especial del argumento de los Estados Unidos de que la prima de riesgo para proyectos específicos aplicable a la AEP/FEM para el A350XWB debería ser *más elevada* porque la AEP/FEM para el A350XWB se concluyó en un momento en que en que las condiciones de préstamo que se venían aplicando en el pasado eran estrictas y, por otro lado, la conclusión definitiva del Grupo Especial de que "los riesgos generales para proyectos específicos {eran} suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó al AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pueda aplicar al AEP/FEM para el A350XWB".<sup>834</sup> Dicho de otro modo, el hecho de que el Grupo Especial rechazara el argumento de los Estados Unidos de que la prima de riesgo para proyectos específicos aplicable a la AEP/FEM para el A350XWB debería ser *más elevada* en el contexto de su análisis del precio riesgo no socava la conclusión definitiva del Grupo Especial de que los riesgos generales para proyectos específicos

---

concesión de financiación para proyectos específicos para el A350XWB son indudablemente mucho mayores que los relacionados con la deuda de grado de inversión, la deuda sin grado de inversión permite evaluar mejor el efecto de las condiciones crediticias en la posible financiación del A350XWB". Los Estados remit{ieron} a las declaraciones del Dr. Jordan de que este diferencial de rendimiento seguía siendo elevado en **[ICC]** cuando los acuerdos de AEP/FEM se concluyeron, en relación con los niveles anteriores a 2007 ("antes de la crisis"). Concretamente, los Estados Unidos remit{ieron} a las pruebas aportadas por el Dr. Jordan de que el diferencial de rendimiento entre las empresas industriales con grado de inversión y las empresas industriales con grado inferior al de inversión era de entre el 1% y el 2% en el período antes de la crisis (2006-2007), alcanzó su punto máximo de casi el 7% durante la crisis financiera (finales de 2008 a principios de 2009) y, después, siguió siendo elevado entre el 3,5% y el 5% durante **[ICC]**.

(*Ibid.* (no se reproducen las notas de pie de página)).

<sup>829</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.585.

<sup>830</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.585.

<sup>831</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.588.

<sup>832</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 436. (las cursivas figuran en el original)

<sup>833</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.588.

<sup>834</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.608.



eran suficientemente similares. Esta interpretación está en contradicción con la aseveración de la Unión Europea de que las constataciones del Grupo Especial en relación con el precio del riesgo no respaldan la conclusión definitiva del Grupo Especial de que los riesgos de los proyectos del A350XWB y el A380 eran suficientemente similares. Por lo tanto, no vemos *ninguna* incoherencia en el razonamiento del Grupo Especial, ni, menos aún, una que dé lugar a una incompatibilidad con el artículo 11 del ESD.

5.321. Análogamente, estos reparos con respecto a la interpretación que hace la Unión Europea del análisis del Grupo Especial son pertinentes también en relación con la segunda línea de argumentación de la Unión Europea, según la cual la constatación definitiva de existencia de "suficiente similitud" formulada por el Grupo Especial no dispone de una base *probatoria*. Como se ha señalado, contrariamente a lo aseverado por la Unión Europea, el Grupo Especial en ningún momento constató que los Estados Unidos "no {hubieran} demostrado la similitud del precio del riesgo".<sup>835</sup> Antes bien, el análisis del Grupo Especial se centró en rechazar el argumento de los Estados Unidos de que, a causa del entorno financiero existente en el momento de la conclusión de la AEP/FEM para el A350XWB, el "precio del riesgo" era *superior* porque "un prestamista en el mercado hubiese solicitado un rendimiento más elevado en la época en que se buscaba financiación para el A350XWB que en la época en que se habría buscado para el A380".<sup>836</sup> Además, recordamos que de hecho el Grupo Especial *no* trató de formular constataciones *individuales* de "similitud" entre los proyectos del A350XWB y el A380 con respecto a cada una de las tres categorías de riesgo que examinó, sino que trató de hacer una evaluación *general* de los riesgos relativos entre los proyectos del A350XWB y el A380 para determinar si "los riesgos de proyectos específicos del programa A350XWB {eran} *suficientemente similares* a los del programa A380, de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A380XWB".<sup>837</sup> Dado el aspecto en el que se centró el análisis del Grupo Especial en relación con el precio del riesgo, y habida cuenta de la índole la evaluación general realizada por el Grupo Especial, no estamos de acuerdo en que, a consecuencia de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en ese contexto, no haya una base probatoria para la conclusión definitiva del Grupo Especial de que "los riesgos generales para proyectos específicos {eran} suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó al AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pu{diera} aplicar al AEP/FEM para el A350XWB".<sup>838</sup>

5.322. Por las razones precedentes, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis del precio del riesgo.

#### **5.3.2.3.4 Conclusión global con respecto a la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las diferencias de riesgo que pueden afectar a la prima de riesgo para proyectos específicos**

5.323. La Unión Europea ha presentado múltiples alegaciones de incompatibilidad con el artículo 11 del ESD, por las que impugna la evaluación realizada por el Grupo Especial de tres aspectos del riesgo relacionados con los perfiles de riesgo de los proyectos del A380 y el A350XWB: i) el riesgo del programa; ii) el riesgo de los contratos; y iii) el precio del riesgo.

5.324. En el contexto del riesgo del programa, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 en su análisis del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado, ni en su comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado. Con respecto al riesgo del contrato, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que la comparación de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y el A380 carezca de una base probatoria suficiente de una manera que sea incompatible con las prescripciones del artículo 11 del ESD. También constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no comparar las condiciones de los contratos

<sup>835</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 437.

<sup>836</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.588.

<sup>837</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459. (sin cursivas en el original)

<sup>838</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.608.

de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380. Por último, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis del precio del riesgo.

#### **5.3.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial adoptó erróneamente una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB**

5.325. En la presente sección, abordamos el *tercer* y último conjunto de alegaciones planteadas por la Unión Europea con respecto a las constataciones del Grupo Especial relacionadas con la prima de riesgo para proyectos específicos. En este contexto, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial adoptó erróneamente una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada (esto es, la prima de riesgo de Whitelaw) como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Según la Unión Europea, las condiciones de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB son similares en algunos aspectos, pero también difieren en otros aspectos. Así pues, la Unión Europea afirma que, al adoptar una única prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada que no tenía en cuenta un reparto de los riesgos distinto como consecuencia de las distintas condiciones de los contratos, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y además no realizó una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD.<sup>839</sup> Abordamos sucesivamente cada una de estas alegaciones.

##### **5.3.2.4.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al adoptar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB**

5.326. La Unión Europea señala que el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC exige la selección de un préstamo de referencia que tenga cuantos elementos comunes con el préstamo investigado sean posibles, y que se realicen ajustes en cada caso para tener en cuenta cualesquiera diferencias.<sup>840</sup> A la luz de este criterio jurídico, la Unión Europea señala que las propias constataciones fácticas del Grupo Especial ponen de manifiesto que hay diferencias importantes en las condiciones de los préstamos gubernamentales en cuestión que afectan al perfil de riesgo -y, por lo tanto, al precio de mercado- de cada préstamo.<sup>841</sup> Según la Unión Europea, los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB en sí mismos no son similares por lo que respecta a sus perfiles de riesgo. En consecuencia, una referencia de mercado que se corresponda con el perfil de riesgo de un contrato de AEP/FEM para el A350XWB podría no corresponderse con el perfil de riesgo de otro, al menos si no se realizan ajustes para tener en cuenta las diferencias que inciden en el precio de mercado de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>842</sup>

5.327. Según la Unión Europea, el Grupo Especial reconoció que existen diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB y que estas diferencias podrían afectar a la prima de riesgo que pediría un prestamista del mercado. No obstante, el Grupo Especial decidió que estas diferencias podían ignorarse porque el Grupo Especial inicial supuestamente había ignorado las diferencias existentes entre los perfiles de riesgo de los contratos de AEP/FEM para el A380 objeto del procedimiento inicial. En opinión de la Unión Europea, al aplicar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada, el Grupo Especial ni siquiera examinó las diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB que podían afectar a su precio de mercado, y mucho menos realizó ajustes, lo que constituye una aplicación errónea del párrafo 1 b) del artículo 1.<sup>843</sup>

<sup>839</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 517-518.

<sup>840</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 522.

<sup>841</sup> A modo de ejemplo, la Unión Europea señala que "[ICC] [ICC] de AEP/FEM para el A350XWB protegía al gobierno frente a [ICC] (es decir, el contrato de AEP/FEM [ICC]), mientras que otros contratos de AEP/FEM para el A350XWB no proporcionaban dicha protección (es decir, el contrato de AEP/FEM [ICC])". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 519 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.594 y 6.598)).

<sup>842</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 519.

<sup>843</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 521-522.

5.328. Los Estados Unidos rechazan la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 al adoptar una única prima de riesgo para proyectos específicos como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Según los Estados Unidos, la alegación de la Unión Europea se basa en una interpretación incorrecta del criterio jurídico. El apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC exige que la referencia sea "comparable", más que "idéntica" o "lo más parecida posible", al préstamo gubernamental en cuestión. A juicio de los Estados Unidos, habida cuenta de que la Unión Europea no ha fundamentado que la referencia adoptada por el Grupo Especial no sea "comparable" con ninguno de los cuatro casos de AEP/FEM para el A350XWB, esta alegación de error no debe prosperar.<sup>844</sup>

5.329. La alegación de error de la Unión Europea parece basarse en la presunción de que el *simple* hecho de que el Grupo Especial aplicara una "única prima de riesgo para proyectos no diferenciada" *sin realizar ajustes* constituye necesariamente un error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1.<sup>845</sup> Recordamos que el hecho de que el Grupo Especial no realizara esos ajustes no constituye, en sí mismo y por sí mismo, un error jurídico en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1.<sup>846</sup> De hecho, contrariamente a lo que indica la Unión Europea, no es posible determinar *en abstracto* si el Grupo Especial tenía que haber realizado *ajustes* a la prima de riesgo de Whitelaw para asegurarse de que esta tenía cuantos elementos comunes con cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB fuesen posibles.

5.330. A nuestro juicio, la premisa fundamental en que se basa la alegación de la Unión Europea es que el Grupo Especial reconoció que "existen diferencias en los perfiles de riesgo {entre} los contratos de AEP/FEM para el A350XWB" y que "estas diferencias *podían afectar a la prima de riesgo*".<sup>847</sup> A fin de examinar esta premisa, analizamos *infra* los aspectos pertinentes del informe del Grupo Especial.

5.331. En respuesta a los argumentos de la Unión Europea, el Grupo Especial examinó en efecto si los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB debían tener primas de riesgo diferentes. En particular, la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que "cada uno de los cuatro contratos {de AEP/FEM} para el A350XWB entraña niveles de riesgo distintos porque los contratos **[ICC]** protegen de los riesgos relacionados con **[ICC]**, mientras que el contrato **[ICC]** no lo hace".<sup>848</sup>

5.332. Como señaló la Unión Europea, el Grupo Especial "reconoció{ó} que existen algunas diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos {de AEP/FEM} para el A350XWB".<sup>849</sup> Sin embargo, el Grupo Especial seguidamente analizó y explicó por qué, pese a que existían algunas diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, no sería necesario aplicar dos o más primas de riesgo para proyectos específicos. El Grupo Especial señaló, por ejemplo, que en el procedimiento inicial existían también diferencias entre los cuatro contratos de AEP/FEM para el A380 con respecto a los cuales se utilizó la misma prima (es decir, la prima de riesgo de Whitelaw). En particular, el Grupo Especial explicó que, aunque en el procedimiento inicial, existían **[ICC]**, que constituirían condiciones "reductoras del riesgo", al menos en **[ICC]** de AEP/FEM para el A380, la prima de riesgo del Profesor Whitelaw se aplicó, no obstante, en aquel procedimiento como prima *mínima* para todos los contratos.<sup>850</sup>

5.333. Además, el Grupo Especial adujo razones *adicionales* de por qué las diferencias entre las condiciones de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB en cuestión, en este caso, no "justificar{ían} la aplicación de, como mínimo, dos primas de riesgo diferentes para dichos acuerdos".<sup>851</sup> En particular, el Grupo Especial señaló que "en el caso del contrato **[ICC]**, las

<sup>844</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 262. Los Estados Unidos también señalan que el Grupo Especial inicial utilizó una prima de riesgo para proyectos específicos uniforme en los cuatro casos de AEP/FEM para el A380, aunque presentaban variaciones similares como las que se cuestionan con respecto al A350XWB. (*Ibid.*).

<sup>845</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 522.

<sup>846</sup> Véase el párrafo 5.229 *supra*.

<sup>847</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 521. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>848</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.598.

<sup>849</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.604.

<sup>850</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.604.

<sup>851</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.596. (no se reproduce la nota de pie de página)

condiciones contractuales 'reductoras del riesgo' que la Unión Europea ha identificado son aplicables en circunstancias que entrañan **[ICC]**. Es decir, si se materializaran los riesgos de desarrollo previstos, como los riesgos tecnológicos, al parecer las condiciones 'reductoras del riesgo' pueden no ser aplicables".<sup>852</sup> Además, al Grupo Especial le pareció difícil aceptar el argumento de la Unión Europea de que el "**[ICC]**".<sup>853</sup> En opinión del Grupo Especial, "**[ICC]**".<sup>854</sup> Sobre la base de su análisis, al Grupo Especial no le convenció que "determinadas condiciones hagan que los acuerdos sean *significativamente diferentes y por ello requieran la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes en este procedimiento*".<sup>855</sup>

5.334. Además, señalamos que, aunque la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que existían diferencias entre los perfiles de riesgo de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, al parecer la Unión Europea no explicó qué *ajustes* consideraba que serían necesarios para tener en cuenta tales diferencias.

5.335. De conformidad con el criterio jurídico previsto en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un grupo especial debe determinar la cuestión de si, a la luz de las diferencias que se ha constatado que existen en un asunto determinado entre el préstamo gubernamental y el préstamo de referencia, es necesario realizar ajustes para asegurar que los préstamos en cuestión sean "comparables".<sup>856</sup> Habida cuenta del análisis realizado por el Grupo Especial y los argumentos que fueron sometidos a su consideración, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al aplicar una "única prima de riesgo para proyectos no diferenciada" sin realizar ajustes para tener en cuenta las diferencias entre los perfiles de riesgo de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>857</sup>

#### **5.3.2.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al adoptar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB**

5.336. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al aplicar "una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada" a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En particular, la Unión Europea sostiene que existe una incoherencia entre, por una parte, el enfoque del Grupo Especial en la identificación del primer componente de la referencia de mercado para el A350XWB (es decir, el tipo deudor para empresas), respecto del cual el Grupo Especial adoptó un tipo *diferenciado* en los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB y, por otra parte, la identificación posterior por el Grupo Especial del segundo componente de la referencia de mercado (es decir, la prima de riesgo), respecto del cual el Grupo Especial adoptó un tipo *no diferenciado* en los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>858</sup> La Unión Europea señala que, aunque el Grupo Especial constató diferencias pertinentes entre los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB con respecto a ambos componentes de la referencia de mercado, el enfoque del Grupo Especial al abordar estas diferencias fue incoherente, lo que es contrario a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.<sup>859</sup>

5.337. Los Estados Unidos rechazan la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de forma incompatible con el artículo 11 del ESD. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo

<sup>852</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.602.

<sup>853</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.603. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>854</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.603.

<sup>855</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.607. (sin cursivas en el original)

<sup>856</sup> A este respecto, señalamos que, en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación sostuvo lo siguiente:

{E}l apartado b) del artículo 14 también ofrece un cierto grado de flexibilidad para la selección de los puntos de referencia, de manera que esa selección pueda garantizar una comparación significativa para la determinación del beneficio. Al mismo tiempo, cuando recurra a un préstamo de referencia denominado en otra moneda o a un préstamo sustitutivo, una autoridad investigadora deberá asegurarse de que ese punto de referencia se ajuste para que se aproxime al "préstamo comercial comparable".

(Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 489).

<sup>857</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 522.

<sup>858</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 525.

<sup>859</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 529.

Especial tenía buenas razones para utilizar una prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada respecto de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB: el Grupo Especial inicial había utilizado también una única prima de riesgo para proyectos específicos respecto de los contratos de AEP/FEM para el A380, "aunque el contrato **[ICC]** de AEP/FEM para el A380 preveía condiciones similares a las denominadas condiciones 'reductoras de riesgo' previstas en los contratos **[ICC]** de AEP/FEM para el A350XWB".<sup>860</sup> Además, los Estados Unidos aducen que estaba justificado que el Grupo Especial adoptara un enfoque para contratos específicos con respecto del tipo deudor para empresas porque dicho enfoque aseguraba que el proceso de establecimiento de referencias se basara en información anterior a la conclusión de los términos y condiciones de cada uno de los contratos de AEP/FEM.<sup>861</sup>

5.338. Comenzamos por analizar las razones que adujo el Grupo Especial respecto del enfoque que adoptó para examinar los dos componentes de la referencia de mercado. Con respecto a la utilización de una prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial explicó por qué, pese a que existían algunas diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, no sería adecuado aplicar dos o más primas de riesgo para proyectos específicos. En particular, el Grupo Especial rechazó la afirmación de la Unión Europea de que debían aplicarse primas de riesgo diferentes sobre la base de las orientaciones ofrecidas en el procedimiento inicial y el alcance limitado de algunas de las condiciones "reductoras del riesgo" a que hizo referencia la Unión Europea. Por consiguiente, el Grupo Especial *discrepó* de la opinión de que "determinadas condiciones hagan que los acuerdos *sean significativamente diferentes y por ello requieran la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes en este procedimiento*".<sup>862</sup> Como se ha observado *supra*, no consideramos que el Grupo Especial haya incurrido en error al llegar a esta conclusión.

5.339. En cuanto a la adopción de un "enfoque para contratos específicos" al determinar el tipo deudor para empresas, recordamos que el Grupo Especial decidió no seguir el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw propuesto por la Unión Europea.<sup>863</sup> El Grupo Especial objetó el hecho de que el "enfoque de promediación del Profesor Whitelaw daría lugar a la aplicación de tipos deudores para empresas calculados respecto de períodos que son *diferentes* para los cuatro contratos de AEP/FEM {para el A350XWB}"<sup>864</sup> e incorporaría datos correspondientes al período *posterior* a la conclusión de tres de los cuatro contratos.<sup>865</sup> Al rechazar el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw, el Grupo Especial observó que dicho enfoque iría en contra de las orientaciones ofrecidas por el Órgano de Apelación de que las medidas de AEP/FEM y el préstamo de referencia deben compararse *ex ante*. De hecho, el Órgano de Apelación ha indicado que, en lugar de realizar un análisis *ex post*, un grupo especial debe determinar si se ha otorgado un

<sup>860</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 263 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.609).

<sup>861</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 263.

<sup>862</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.607. (sin cursivas en el original)

<sup>863</sup> La media del Profesor Whitelaw (es decir, su propuesta de tipo deudor para empresas) se obtuvo promediando el rendimiento al vencimiento del bono de EADS durante **[ICC]** meses. Tomó como su punto de partida **[ICC]** (la fecha de la *Convention* de Francia para el A350XWB) y su punto final fue **[ICC]**, la fecha del contrato de AEP/FEM para el A350XWB del Reino Unido **[ICC]**. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.378) El Profesor Whitelaw indicó que el rendimiento medio al vencimiento producido por el bono se calculó para **[ICC]** respecto de cada uno de los tres contratos de AEP/FEM denominados en euros, con un ajuste basado en el promedio de los tipos de permuta financiera de euros a libras esterlinas en el caso del contrato de AEP/FEM para el A350XWB del Reino Unido. (*Ibid.* (donde se hace referencia a la respuesta de Whitelaw a Jordan (Prueba documental EU-121 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), nota 12 al párrafo 12)).

<sup>864</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.386 (donde se hace referencia a la respuesta de Jordan (Prueba documental USA-505 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 27). (sin cursivas en el original) A modo de ejemplo, el Grupo Especial explicó lo siguiente:

el tipo de mercado para el acuerdo de préstamo británico, al aparecer más tarde, sería distorsionado al alza por los rendimientos superiores correspondientes al momento en el que se celebró el acuerdo francés, aproximadamente **[ICC]** antes (según el Profesor Whitelaw). Sin embargo, el tipo de mercado correspondiente al acuerdo de préstamo francés *no* sería evaluado respecto de tipos de mercado correspondientes a **[ICC]** antes de su celebración, cuando los rendimientos de los bonos eran incluso superiores y habrían distorsionado igualmente al alza los tipos.

(*Ibid.* (sin cursivas en el original)).

<sup>865</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.387.

beneficio sobre la base de un examen *ex ante* de "la forma en que el préstamo está estructurado y cómo se integran en él los riesgos".<sup>866</sup>

5.340. Además, señalamos que, tras rechazar el enfoque de promediación del Profesor Whitelaw, el Grupo Especial optó por recurrir a "los rendimientos correspondientes a un período coherente previo a la fecha de la celebración del contrato individual, según ha{bía}n sido calculados por el Dr. Jordan".<sup>867</sup> Como ha señalado el Grupo Especial, los distintos contratos se **[ICC]**<sup>868</sup> **[ICC]**.<sup>869</sup> En nuestra opinión, puesto que el Grupo Especial trató de basarse en "los rendimientos correspondientes a un período coherente previo a la fecha de la celebración del contrato individual"<sup>870</sup> al realizar un examen *ex ante*, hay una clara explicación que respalda la decisión del Grupo Especial de utilizar un tipo deudor para empresas *diferente* para cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM.

5.341. Sobre la base de nuestro análisis del informe del Grupo Especial y del expediente del Grupo Especial, no apreciamos ningún error en la decisión del Grupo Especial de adoptar, por una parte, una prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB y, por otra parte, un enfoque para contratos específicos con respecto al tipo deudor para empresas. En particular, no vemos ninguna incoherencia en el razonamiento del Grupo Especial a este respecto, y mucho menos una incoherencia que cuestionase la objetividad del Grupo Especial.

5.342. Por las razones expuestas *supra*, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que, al aplicar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial actuase de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

### **5.3.2.5 Conclusión sobre las constataciones del Grupo Especial relativas a la prima de riesgo para proyectos específicos**

5.343. La Unión Europea aduce que el Grupo Especial incurrió en error al identificar el componente de la referencia de mercado consistente en la prima de riesgo para proyectos específicos que se utilizó para determinar si los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB otorgaban un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 de Acuerdo SMC. En particular, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al utilizar la prima de riesgo para proyectos específicos desarrollada en el procedimiento inicial para el proyecto A380 como la prima de riesgo adoptada como referencia para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB. La Unión Europea ha planteado múltiples impugnaciones al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el artículo 11 del ESD con respecto a diversos aspectos del análisis del Grupo Especial.

5.344. Discrepamos de los *tres* conjuntos de alegaciones de error planteados por la Unión Europea en relación con el análisis realizado por el Grupo Especial sobre la prima de riesgo para proyectos específicos.

5.345. En primer lugar, discrepamos de que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 al no evaluar "si había disponible y podía utilizarse una referencia que comprendiese, entre otras cosas, una prima de riesgo para proyectos *adaptada a los riesgos de financiación del propio proyecto A350XWB* a fin de evaluar si los préstamos de AEP/FEM para el A350XWB otorgaban 'beneficios'".<sup>871</sup> Asimismo, discrepamos de que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al aplicar al proyecto A350XWB una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada procedente del proyecto A380 sin realizar ajustes. Además, puesto que ya hemos abordado y rechazado la

<sup>866</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 836.

<sup>867</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.388.

<sup>868</sup> **[ICC]**.

<sup>869</sup> Informe del Grupo Especial, cuadro 6 del párrafo 6.382.

<sup>870</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.388.

<sup>871</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 369. (las cursivas figuran en el original)

alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 al no llevar a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado<sup>872</sup>, consideramos innecesario ahondar en la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no analizar referencias alternativas y más adecuadas que las propuestas por los Estados Unidos. Además, discrepamos de la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque supuestamente se apartó de las constataciones del Grupo Especial inicial cuando adoptó una prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada que no estaba adaptada a los riesgos asociados a la AEP/FEM para el A350XWB.<sup>873</sup>

5.346. En segundo lugar, discrepamos de la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su examen de los perfiles de riesgo de los proyectos A380 y A350XWB, con inclusión de su análisis del: i) riesgo del programa; ii) riesgo de los contratos; y iii) precio del riesgo. Contrariamente a la opinión de la Unión Europea, el Grupo Especial no supuso simplemente que la prima de riesgo de Whitelaw serviría como una prima de riesgo para proyectos específicos adecuada para el A350XWB. En cambio, el Grupo Especial evaluó los riesgos relativos de proyectos específicos asociados a los proyectos A380 y A350XWB. La finalidad de este análisis comparativo era, a juicio del Grupo Especial, determinar "si los Estados Unidos ha{bían} demostrado que los riesgos de proyectos específicos del programa A350XWB {eran} suficientemente similares a los del programa A380, de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A350XWB".<sup>874</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial intentó abordar cuidadosamente los argumentos y pruebas presentados por las partes en relación con las posibles primas de riesgo que deberían utilizarse para reconstruir la referencia de mercado. Por lo que respecta al análisis del riesgo del programa realizado por el Grupo Especial, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD en su análisis del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado, o en su comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado. Con respecto al riesgo de los contratos, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que la comparación de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y el A380 realizada por el Grupo Especial no tenga una base probatoria suficiente, de manera incompatible con las prescripciones del artículo 11 del ESD. Asimismo constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no comparar las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380. Por último, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis del precio del riesgo.

5.347. Por último, discrepamos del tercer conjunto de alegaciones formulado respecto de las constataciones del Grupo Especial relativas a la prima de riesgo para proyectos específicos. En particular, rechazamos las alegaciones de la Unión Europea de que, al adoptar una única prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada para cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y además no realizó una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD.<sup>875</sup> El Grupo Especial reconoció que existían algunas diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>876</sup> Sin embargo, sobre la base de su análisis, el Grupo Especial no estaba convencido de que las condiciones de esos contratos hicieran que fueran significativamente diferentes y por ello requirieran la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes en este procedimiento. Habida cuenta del análisis realizado por el Grupo Especial y de los argumentos que se sometieron, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al aplicar una "única prima de riesgo para proyectos no diferenciada" sin realizar ajustes para tener en cuenta las diferencias entre los perfiles de riesgo de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>877</sup> Además, contrariamente a la alegación formulada por la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD, no vemos error

<sup>872</sup> Véase la sección 5.3.2.2.1 del presente informe.

<sup>873</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 423.

<sup>874</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>875</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 517-518.

<sup>876</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.604.

<sup>877</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 522.



alguno en la decisión del Grupo Especial de adoptar, por una parte, una prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB y, por otra parte, un enfoque para contratos específicos con respecto del tipo deudor para empresas. Así pues, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que, al aplicar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

5.348. Por las razones que anteceden, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.487 y 6.542 de su informe, de que los riesgos de desarrollo asociados al A350XWB eran *como mínimo tan elevados* como los asociados al A380 *o suficientemente similares a ellos*; las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.579 y 6.608 de su informe, de que los riesgos de mercado sufridos por el A380 y el A350XWB en general eran comparables en importancia y que los riesgos de mercado del A350XWB no habrían sido muy inferiores a los riesgos de mercado del A380; la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.595 y 6.609 de su informe, de que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB que prevén esas condiciones "reductoras del riesgo" no conllevan menos riesgo que al menos [ICC] de AEP/FEM para el A380 en que también se preveían condiciones similares en el procedimiento inicial; las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.607 y 6.609 de su informe, de que no le convenía que las diferencias en determinadas condiciones que afectan a los perfiles de riesgo de los distintos contratos de AEP/FEM para el A350XWB requerirían la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes; y, por consiguiente, la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.608 y 6.610 de su informe, de que los riesgos generales para proyectos específicos de los proyectos A380 y A350XWB eran suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó a la AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pueda aplicar a la AEP/FEM para el A350XWB.

### **5.3.3 Conclusiones generales sobre las constataciones del Grupo Especial relativas al "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC**

5.349. La Unión Europea ha apelado las constataciones formuladas por el Grupo Especial relativas a la evaluación de si los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB confieren un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En particular, la Unión Europea ha alegado que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el artículo 11 del ESD en su análisis de los dos componentes de la tasa de rentabilidad de la referencia de mercado: i) el cálculo del tipo deudor para empresas que habría tenido que pagar Airbus a un prestamista comercial por pedir dinero prestado; y ii) el cálculo de la prima de riesgo para proyectos específicos que representa la tasa de rentabilidad adicional que habría requerido un prestamista comercial para ofrecer a Airbus financiación en las condiciones específicas de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB pertinentes.<sup>878</sup>

5.350. Hemos rechazado las alegaciones formuladas por la Unión Europea con respecto al análisis del beneficio realizado por el Grupo Especial. Por tal razón, confirmamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.632 (incluido el cuadro 10) y 6.633 de su informe, de que Airbus pagó un tipo de interés inferior por la AEP/FEM para el A350XWB de la que habría podido obtener en el mercado y que, en consecuencia, se ha otorgado un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, confirmamos también las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.656 y 7.1.c.i. de su informe, de que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB constituyen cada uno una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, que los Estados Unidos han demostrado que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB son subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC. Por último, las consecuencias cuantitativas de las constataciones del Grupo Especial que acabamos de confirmar *supra* son las siguientes, como se indica en el cuadro 10 del párrafo 6.632 del informe del Grupo Especial:

<sup>878</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.350.



**Cuadro 4: Diferencia aproximada entre las tasas de rentabilidad y la tasa referencial de mercado**

Estado miembro de la UE	Tasa de rentabilidad interna (TRI) prevista de los contratos de AEP/FEM A	Tipo deudor para empresas reflejado en el rendimiento del bono de EADS <sup>879</sup> B	Comisiones normales de mercado C	Prima de riesgo de Whitelaw D	Cantidad aproximada en que la referencia excede de la TRI (B+C+D)-A
Francia	[ICC]	[ICC] a [ICC]	[ICC]	Prima de riesgo de Whitelaw	([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC] a ([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC]
Alemania	[ICC]	[ICC] a [ICC]	[ICC]	Prima de riesgo de Whitelaw	([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC] a ([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC]
España	[ICC]	[ICC] a [ICC] <sup>880</sup>	[ICC]	Prima de riesgo de Whitelaw	([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC] a ([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC]
Reino Unido	[ICC]	[ICC] a [ICC]	[ICC]	Prima de riesgo de Whitelaw	([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC] a ([ICC]+Prima de riesgo de Whitelaw)-[ICC]

#### 5.4 Párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC

##### 5.4.1 Introducción

5.351. Ante el Grupo Especial, la Unión Europea adujo que no tenía obligación de adoptar medida de cumplimiento alguna con respecto a las subvenciones que habían dejado de existir antes de la adopción por el OSD de las recomendaciones y resoluciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el 1º de junio de 2011.<sup>881</sup> El Grupo Especial rechazó el argumento de la Unión Europea y constató que:

se deduce del hecho de que las disciplinas del artículo 5 estén *basadas en los efectos*, y de la función que el párrafo 8 del artículo 7 tiene por objeto desempeñar para hacer que el Miembro al que corresponde la aplicación se ponga en conformidad con las obligaciones que le impone el Acuerdo SMC, que bien puede haber circunstancias fácticas particulares en las que la obligación de "adoptar{} medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" o "retirar{} la subvención" se aplique a subvenciones respecto de las que en un procedimiento inicial se haya constatado que

<sup>879</sup> Recordamos que, si bien el Grupo Especial determinó el tipo deudor para empresas en la forma de un intervalo de rendimientos medios, dio debidamente más importancia al rendimiento medio del bono EADS correspondiente a un mes en su determinación del tipo deudor para empresas. Véase el párrafo 5.140 *supra*.

<sup>880</sup> Como se ha señalado, la Unión Europea identifica un error material del Grupo Especial en los cuadros 7 y 10 de su informe en relación con el rendimiento medio correspondiente al mes anterior al Convenio de España para el A350XWB. En particular, la Unión Europea señala que "en el cuadro 6 del informe del Grupo Especial se muestra, con respecto a España, que el rendimiento medio correspondiente al mes anterior a la fecha del contrato era del [ICC], y no del [ICC] como figura en el cuadro 10 (y en el cuadro 7)". (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 286 al cuadro 2 del párrafo 322 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, cuadro 7 del párrafo 6.430 y cuadro 10 del párrafo 6.632) (el subrayado figura en el original)). La Unión Europea tiene razón al señalar que la cifra correcta en relación con el rendimiento medio correspondiente al mes anterior al Convenio de España para el A350XWB es [ICC], como figura en el cuadro 6 del informe del Grupo Especial, y no [ICC], que es el error material detectado en los cuadros 7 y 10 del informe del Grupo Especial. En respuesta a las preguntas formuladas en la audiencia, los Estados Unidos convinieron en que la cifra [ICC] es un error material. En consecuencia, a los efectos del presente informe, procederemos sobre la base de la cifra correcta mencionada por el Grupo Especial en el cuadro 6: [ICC].

<sup>881</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.794.

han causado efectos desfavorables, *con independencia de que esas subvenciones continúen o no existiendo* en el plazo para la aplicación.<sup>882</sup>

5.352. El Grupo Especial consideró por lo tanto que el cumplimiento en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC *solo* puede lograrse cuando "un Miembro que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones deje de causar efectos desfavorables mediante el empleo de las subvenciones, en el sentido del artículo 5 del Acuerdo SMC".<sup>883</sup> Según el Grupo Especial, "los eventos de 'expiración' *pasivos* en los que se bas{ó} la Unión Europea como *único fundamento* para demostrar que ha{bía} 'retirado' las subvenciones pertinentes a los efectos del párrafo 8 del artículo 7 no p{odían} describirse como tales, porque en el procedimiento inicial se constató que esas mismas subvenciones causaron efectos desfavorables durante un período que *siguió* a la 'expiración' total o parcial de casi todas esas subvenciones".<sup>884</sup> Aunque el Grupo Especial, sobre la base de su análisis, coincidió con la Unión Europea en que la mayoría de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380<sup>885</sup> *habían expirado* antes de la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial, constató que la Unión Europea seguía no obstante estando sujeta a la obligación de retirar esas subvenciones expiradas eliminando sus efectos desfavorables.<sup>886</sup>

5.353. La Unión Europea nos solicita que revoquemos las constataciones del Grupo Especial sobre la base de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 al exigir que el Miembro al que corresponde la aplicación "elimin{e} los efectos desfavorables" de subvenciones anteriores *con independencia* de que esas subvenciones continúen o no existiendo en el plazo para la aplicación.<sup>887</sup> En caso de que revoquemos la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 8 del artículo 7 y tratemos de completar el análisis jurídico, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para el A300B/B2/B4, el A300-600, el A310, el A320 y el A330/A340, así como las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para el A320 y el A330/A340<sup>888</sup>, habían "expirado" antes de que comenzara el plazo para la aplicación en la presente diferencia.<sup>889</sup> Por su parte, la Unión Europea apela condicionalmente el rechazo por el Grupo Especial de su argumento de que las subvenciones de España y Francia de AEP/FEM para el A300B/B2/B4, el A300-600, el A310, el A320 y el A330/A340, así como las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para el A320 y el A330/A340, terminaron cuando Airbus completó el reembolso de las contribuciones financieras pertinentes.<sup>890</sup> Abordaremos a continuación las alegaciones en apelación de los participantes por orden, comenzando con la impugnación por la Unión Europea de la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.

<sup>882</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.822. (las cursivas figuran en el original)

<sup>883</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1085.

<sup>884</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1102. (las cursivas figuran en el original)

<sup>885</sup> El Grupo Especial constató que todas las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380 habían expirado antes del plazo para la aplicación, salvo las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 y el A340-500/600. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.879 y nota 1547 a dicho párrafo) Como se explica *infra*, observamos que el Grupo Especial no formuló constataciones específicamente relativas a los efectos de esas dos subvenciones. (Véase la nota 2030 y el párrafo 5.719 del presente informe).

<sup>886</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1078-6.1103. El Grupo Especial constató que la vida de la mayoría de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380 había expirado antes del 1º de junio de 2011, pero consideró que esto "no puede{ } sustentar *por sí solo*{ } una constatación de que la Unión Europea y determinados Estados miembros han 'retirado' las subvenciones pertinentes con el fin de restaurar la conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del artículo 5 del Acuerdo SMC". (*Ibid.*, párrafo 6.1102 (las cursivas figuran en el original)). Sobre esa base, el Grupo Especial constató que "la Unión Europea no ha{bía} demostrado que *alguna* de las subvenciones impugnadas por los Estados Unidos en la presente diferencia sobre el cumplimiento haya sido 'retirada' a los efectos del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC". (*Ibid.*, nota 1848 al párrafo 6.1104 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>887</sup> Véase la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 11 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.822).

<sup>888</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.872-6.879.

<sup>889</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 8. Por lo que respecta a la condición subyacente en la apelación, véase la sección 5.4.3 *infra*.

<sup>890</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 191. Por lo que respecta a la condición subyacente en la apelación, véase la sección 5.4.4 *infra*.

## 5.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC

### 5.4.2.1 Alegaciones y argumentos en apelación

5.354. La Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC exige al Miembro al que corresponde la aplicación que "elimin[e] los efectos desfavorables" de subvenciones anteriores *con independencia* de que esas subvenciones continúen o no existiendo en el plazo para la aplicación.<sup>891</sup> La Unión Europea sostiene que el párrafo 8 del artículo 7 ofrece al Miembro al que corresponde la aplicación la opción de "eliminar los efectos desfavorables" o bien de "retirar[se] la subvención", y que el retiro de una medida incompatible con las normas de la OMC, mediante la expiración de esa medida o de otro modo, constituye el cumplimiento.<sup>892</sup> La Unión Europea mantiene que la interpretación del párrafo 8 del artículo 7 que hizo el Grupo Especial no se guió por las normas usuales de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>893</sup>, sino por "su deseo de evitar un resultado concreto que, a su juicio, haría que sus constataciones en el procedimiento inicial tuvieran una naturaleza 'meramente declaratoria'".<sup>894</sup> La Unión Europea aduce, sin embargo, que la preocupación del Grupo Especial no estaba justificada, porque no es infrecuente que los efectos temporalmente persistentes en el mercado de una medida incompatible con las normas de la OMC se mantengan tras el retiro de la medida.<sup>895</sup> La Unión Europea destaca que, con arreglo a la interpretación del Grupo Especial, los efectos temporalmente persistentes de una subvención con respecto a la cual se ha constatado que causa efectos desfavorables deben ser eliminados aun cuando la propia subvención haya sido retirada, mientras que en el caso de todos los demás instrumentos de política el retiro bastaría para lograr el cumplimiento con independencia de cualquier efecto persistente en el mercado.<sup>896</sup> A juicio de la Unión Europea, esto plantearía preocupaciones sistémicas considerables, porque las subvenciones recurribles se enfrentarían a una "obligación de cumplimiento singularmente estricta" que no existe con respecto a ninguna otra medida, incluidas las subvenciones prohibidas.<sup>897</sup> La Unión Europea mantiene asimismo que el Grupo Especial incurrió en los siguientes errores concretos. En primer lugar, la interpretación del Grupo Especial no se sustenta en el texto del párrafo 8 del artículo 7, ni encuentra apoyo en su contexto. Además, la interpretación del Grupo Especial agrupa las obligaciones sustantivas establecidas en el artículo 5 del Acuerdo SMC con las obligaciones de aplicación previstas en el párrafo 8 del artículo 7, privando con ello al texto del párrafo 8 del artículo 7 de un sentido independiente.<sup>898</sup> La Unión Europea añade que la interpretación del Grupo Especial es incompatible con el diseño y la estructura del Acuerdo SMC, y frustra su objeto y fin.<sup>899</sup>

5.355. En cambio, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 8 del artículo 7 al constatar que un Miembro al que corresponde la aplicación tiene una obligación de cumplimiento ininterrumpido en el marco de esta disposición con respecto a los efectos desfavorables causados mediante el empleo de subvenciones que han dejado de existir.<sup>900</sup> Los Estados Unidos sostienen también que el Grupo Especial reconoció acertadamente que el carácter basado en los efectos de la obligación que impone el artículo 5 del Acuerdo SMC es crucial para entender la acción prevista en el párrafo 8 del artículo 7 de dicho Acuerdo.<sup>901</sup> Según los Estados Unidos, la lectura que hace la Unión Europea del párrafo 8 del artículo 7 permitiría a los Miembros estructurar las subvenciones de modo que causen efectos desfavorables mucho más allá del final de la vida de la subvención, y después alegar que están en conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 una vez que ha terminado la subvención pertinente. A juicio de los Estados Unidos,

<sup>891</sup> Véase la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 11 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.822).

<sup>892</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 30.

<sup>893</sup> Hecha en Viena, 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/Conf.39/27.

<sup>894</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 109 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.840 y 6.1094).

<sup>895</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 113.

<sup>896</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 123.

<sup>897</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 122.

<sup>898</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 126-181.

<sup>899</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 175-186.

<sup>900</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 37.

<sup>901</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 106.

ello permitiría a un Miembro utilizar subvenciones en las circunstancias específicas en que el artículo 5 trata de impedir su empleo, contrariamente al objeto y fin del Acuerdo SMC.<sup>902</sup>

5.356. En su comunicación en calidad de tercero participante, el Brasil apoya la constatación del Grupo Especial de que debería interpretarse el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC en el sentido de que exige al Miembro al que incumbe la aplicación que se ponga en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 5 del Acuerdo SMC.<sup>903</sup> Refiriéndose al razonamiento del Órgano de Apelación y el Grupo Especial en el procedimiento inicial<sup>904</sup>, el Brasil sostiene que el Miembro que ha de proceder a la aplicación puede "retirar" una subvención con respecto a la cual se haya constatado que ha causado efectos desfavorables "tomando medidas positivas para modificar la subvención" o dejando "que expire, siempre que esas subvenciones modificadas o expiradas ya no sean una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables durante el plazo para la aplicación".<sup>905</sup>

5.357. El Canadá, en cambio, mantiene que la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 8 del artículo 7 es "profundamente errónea".<sup>906</sup> A juicio del Canadá, el texto claro del párrafo 8 del artículo 7 indica que la existencia de una subvención es un requisito previo para que exista una obligación de cumplimiento en el marco de esta disposición, y que el cumplimiento puede lograrse eliminando la subvención de que se trate. Según el Canadá, el contexto que ofrecen el párrafo 7 del artículo 4, el artículo 5 y el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, las restricciones a la aplicación de derechos compensatorios previstas en la Parte V del Acuerdo SMC y las normas generales establecidas en el ESD confirman en conjunto que únicamente las subvenciones que existen durante el plazo para la aplicación están sujetas a una obligación de cumplimiento en virtud del párrafo 8 del artículo 7. En opinión del Canadá, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 al hacer caso omiso del texto expreso de esa disposición, y al basarse indebidamente en el artículo 5 del Acuerdo SMC y diversas disposiciones del ESD para apoyar su lectura del párrafo 8 del artículo 7. Al obrar de este modo, el Grupo Especial creó una incertidumbre considerable en cuanto a las obligaciones que corresponden al Miembro al que incumbe la aplicación con respecto a las subvenciones que ya no existen.<sup>907</sup>

5.358. En el mismo sentido, China destaca que la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 8 del artículo 7 no da sentido efectivo al texto del tratado en su contexto pertinente y a la luz del objeto y fin de este Acuerdo, y no tiene respaldo en la jurisprudencia de la OMC. En opinión de China, al exigir que el Miembro que ha de proceder a la aplicación logre el cumplimiento del artículo 5 eliminando los efectos desfavorables con independencia de que una subvención continúe o no existiendo, el Grupo Especial eliminó efectivamente la opción de retirar la subvención establecida en el párrafo 8 del artículo 7.<sup>908</sup> China sostiene que ninguna de las disposiciones del ESD mencionadas por el Grupo Especial respalda la opinión de que un Miembro que ha retirado una medida incompatible con las normas de la OMC esté sujeto a una obligación adicional de eliminar cualquier efecto persistente de esa medida. Por último, China argumenta que las diferencias sustanciadas en la OMC invocadas por el Grupo Especial no prestan apoyo a su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 porque no ofrecen respuesta a la cuestión fundamental de la presente diferencia, a saber, si el Miembro al que corresponde la aplicación tiene la obligación de eliminar los efectos desfavorables con respecto a subvenciones que ya no se otorgan o mantienen.<sup>909</sup>

5.359. Por su parte, el Japón sostiene que el retiro de una subvención requeriría que se extinguiera el beneficio. Según el Japón, la existencia de un beneficio para el receptor de una subvención es crucial para que la subvención cause efectos desfavorables. Así pues, en opinión del

<sup>902</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 139.

<sup>903</sup> Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 7.

<sup>904</sup> Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 10.

<sup>905</sup> Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 14. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>906</sup> Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante, párrafo 22.

<sup>907</sup> Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante, párrafo 74.

<sup>908</sup> Comunicación presentada por China en calidad de tercero participante, párrafo 20.

<sup>909</sup> Comunicación presentada por China en calidad de tercero participante, párrafos 11-55.

Japón, los efectos desfavorables de una subvención cesan una vez que se ha eliminado el beneficio y el receptor ya no puede bajar el precio de los productos mediante el empleo de la subvención.<sup>910</sup>

5.360. Tras haber recordado los argumentos de los participantes y los terceros participantes, pasamos a examinar la cuestión de interpretación planteada por la Unión Europea en la presente apelación, a saber, si corresponde al Miembro que ha de proceder a la aplicación una obligación de cumplimiento en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC con respecto a las subvenciones que hayan dejado de existir antes del comienzo del plazo para la aplicación.

#### 5.4.2.2 Interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC

5.361. Nuestro análisis comienza con el texto del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, interpretado en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin de dicho Acuerdo. El párrafo 8 del artículo 7 establece lo siguiente:

Si se adopta un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación en el que se determina que cualquier subvención ha tenido efectos desfavorables para los intereses de otro Miembro, en el sentido del artículo 5, *el Miembro que otorgue o mantenga esa subvención adoptará las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirará la subvención.*<sup>911</sup>

5.362. El párrafo 8 del artículo 7 comprende dos cláusulas. La cláusula introductoria hace referencia a circunstancias en que se constata, en un informe adoptado de un grupo especial o del Órgano de Apelación, que una subvención ha "tenido efectos desfavorables para los intereses de otro Miembro". A continuación, la segunda cláusula especifica que, en esa situación, "el Miembro que otorga o mantiene esa subvención" puede ponerse en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo SMC de una de las dos maneras alternativas siguientes: i) puede o bien "adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables"; o ii) puede "retirar la subvención".<sup>912</sup> El uso de la palabra "o" en el contexto de la segunda cláusula del párrafo 8 del artículo 7 indica que el Miembro de que se trata puede aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD de conformidad con la Parte III del Acuerdo SMC eligiendo cualquiera de esas vías alternativas para lograr el cumplimiento.

5.363. Por lo que respecta a la referencia que se hace en el párrafo 8 del artículo 7 a "otorgar o mantener" una subvención, tomamos nota de la posición de la Unión Europea de que esas palabras deben interpretarse en presente continuo. Según la Unión Europea, ese texto del párrafo 8 del artículo 7 indica que "las obligaciones de cumplimiento que el párrafo 8 del artículo 7 impone a un Miembro que ha de proceder a la aplicación se extinguen con respecto a cualquier subvención que ya no se otorgue o mantenga, por ejemplo, porque la subvención ha expirado".<sup>913</sup> Los Estados Unidos, en cambio, aducen que las palabras "otorgue o mantenga" del párrafo 8 del artículo 7 *también* pueden interpretarse como un participio presente que se refiere al acto de "otorgar o mantener" una subvención cuya existencia se constató en el procedimiento inicial, más que en el sentido de que debe demostrarse que esa acción continúa durante el plazo para la aplicación.<sup>914</sup>

5.364. Como se ha indicado, el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC se refiere expresamente al "otorgamiento o mantenimiento" de una subvención con respecto a la cual se ha constatado que ha causado efectos desfavorables para los intereses de otro Miembro. En nuestra opinión, esas expresiones indican que el párrafo 8 del artículo 7 refleja la obligación de poner fin a toda conducta que equivalga al "otorgamiento o mantenimiento" de subvenciones que causan efectos desfavorables.<sup>915</sup> Esto es cierto con independencia de que las palabras "otorgar o

<sup>910</sup> Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafos 11 y 14.

<sup>911</sup> Sin cursivas en el original.

<sup>912</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), párrafo 236.

<sup>913</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 38.

<sup>914</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 55.

<sup>915</sup> Señalamos, a este respecto, la declaración del Órgano de Apelación de que "el artículo 5 refleja la idea de que la situación a que se refiere esa disposición es la situación en la que, mediante el empleo de una subvención, se causan efectos desfavorables, y no la concesión de la subvención". El Órgano de Apelación añadió que "la Parte III {del Acuerdo SMC} se ocupa en general de una situación que persiste a lo largo del

manten{er}" del párrafo 8 del artículo 7 se interpreten en presente continuo o como un elemento que califica a la palabra "Miembro". En efecto, el párrafo 8 del artículo 7 establece una obligación que "tiene carácter continuo y va más allá de las subvenciones otorgadas en el pasado".<sup>916</sup> Además, el *objeto* de la acción de "otorgar{} o manten{er}" es la "subvención" que causa efectos desfavorables. Habida cuenta de este texto del párrafo 8 del artículo 7, consideramos difícil ver cómo podría decirse que un Miembro "otorg{a} o mant{iene}" una *subvención* que da lugar a una obligación de cumplimiento si esa subvención ha expirado y por lo tanto ya no *existe*.

5.365. Parece que el Grupo Especial lo reconoció cuando afirmó que "no puede decirse que un Miembro esté 'otorg{ando} o mant{eniendo}' una subvención que ya no existe".<sup>917</sup> El Grupo Especial añadió que "hay motivos para considerar que ... el texto del párrafo 8 del artículo 7 indica que un Miembro respecto del que se haya constatado que ha causado efectos desfavorables mediante el uso de una subvención no tendría ninguna obligación de 'adoptar{} medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables' o 'retirar{} la subvención' si la subvención en cuestión *ya no existe* en el momento de la adopción por el OSD de las constataciones de la existencia de efectos desfavorables".<sup>918</sup> Sin embargo, sin un análisis más detallado del párrafo 8 del artículo 7, el Grupo Especial expresó la opinión de que, en el marco de esta disposición, el cumplimiento *solo* podrá lograrse cuando el "Miembro que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones deje de causar efectos desfavorables mediante el empleo de las subvenciones"<sup>919</sup> *con independencia* de que esas subvenciones hayan expirado debido al paso del tiempo. El Grupo Especial añadió que "el mero hecho de 'eliminar' o 'quitar' la medida pertinente, en el sentido de que se dé por terminada, puede no poner fin a los efectos comerciales no deseados" y por lo tanto "sería suficiente para establecer que ha tenido lugar el 'retiro'".<sup>920</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial interpretó que la opción de "retirar{} la subvención" prevista en el párrafo 8 del artículo 7 "se refiere a cualquier conducta por parte de un Miembro al que incumbe la aplicación *en relación con la subvención* que se ha constatado que causa efectos desfavorables que ponga a ese Miembro en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 5 del Acuerdo SMC".<sup>921</sup> En consecuencia, el Grupo Especial entendió que el "retiro" exige, *en cada caso*, que el Miembro al que incumbe la aplicación "elimin{e} los efectos desfavorables" de cualesquiera subvenciones anteriores, con independencia de que hayan expirado. Como se explica con mayor detalle *infra*, el análisis interpretativo realizado por el Grupo Especial nos plantea varias dudas.

5.366. En relación con el sentido corriente de la palabra "retirar" (en inglés "*withdraw*"), observamos que las definiciones de diccionario pertinentes de este término incluyen: "*{d}raw back or remove (a thing) from its place or position*" (extraer o quitar (una cosa) de su lugar o posición); "*{t}ake back or away (something bestowed or enjoyed)*" (recuperar o apartar (algo concedido o poseído)); "*{c}ease to do, refrain from doing*" (dejar *de hacer*, abstenerse *de hacer*).<sup>922</sup> Esto indica que el retiro de una subvención, con arreglo al párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, se refiere a la eliminación de esa subvención, y por lo tanto a que el Miembro "que otorgue o mantenga" una subvención cese en esa conducta. A fin de retirar una subvención, el Miembro al que corresponde la aplicación debería poder tomar medidas para ajustar las condiciones de la subvención a una referencia de mercado, o modificar de otro modo las condiciones de la subvención de forma que ya no pueda considerarse una subvención. A este respecto, el Grupo Especial argumentó que debería ser posible constatar que un Miembro al que incumbe la aplicación ha "retirado", es decir, "eliminado", "*una subvención que se ha constatado que causaba efectos desfavorables* cuando los términos o condiciones de esa subvención se han modificado de una manera que garantice que ya no cause efectos desfavorables".<sup>923</sup> Sin embargo, no nos queda claro cómo podría un Miembro al que incumbe la aplicación modificar los términos y condiciones de subvenciones que ya no existen. Es más, si bien la vía identificada por el Grupo Especial -es decir,

tiempo y no de actos concretos". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 681 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>916</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 237.

<sup>917</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.802.

<sup>918</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.802. (las cursivas figuran en el original)

<sup>919</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1085.

<sup>920</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1088.

<sup>921</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1098. (las cursivas figuran en el original)

<sup>922</sup> *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3652.

<sup>923</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1098. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)

la modificación de los términos o condiciones de una subvención de una manera que garantice que ya no causa efectos desfavorables- puede constituir una forma de que un Miembro al que incumbe la aplicación se ponga en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 8 del artículo 7, no vemos cómo se diferenciaría efectivamente de la otra opción de cumplimiento prevista en dicha disposición: la opción de adoptar "las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables".

5.367. Esta segunda opción de cumplimiento en el marco del párrafo 8 del artículo 7 se refiere a un enfoque con arreglo al cual un Miembro al que incumbe la aplicación puede ponerse en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de esta disposición "sin adoptar ninguna acción específica *en relación con la subvención* que se ha constatado que causa efectos desfavorables".<sup>924</sup> Como observó el Grupo Especial, un Miembro al que incumbe la aplicación podría optar, por ejemplo, por adoptar "iniciativas normativas, de política o de otro tipo compatibles con las normas de la OMC que alterarían los efectos de una subvención en el mercado".<sup>925</sup> También cabe la posibilidad de que esas "medidas" abarquen acciones relacionadas con la propia subvención, como las descritas *supra*.

5.368. Dicho esto, las opciones de cumplimiento en el marco del párrafo 8 del artículo 7 tienen un sentido distinto, como deja claro el uso de la palabra "o" en dicha disposición. En efecto, el Órgano de Apelación ha destacado que un grupo especial debe "evaluar si el Miembro de que se trata ha adoptado *una* de las medidas previstas en el párrafo 8 del artículo 7".<sup>926</sup> Los Miembros no están obligados a "adoptar" las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de una subvención y a "retirar" la misma subvención. Más bien, cualquiera de esas acciones puede lograr el cumplimiento. Por consiguiente, nos parece preocupante que la lectura del párrafo 8 del artículo 7 que hizo el Grupo Especial parezca reducir y refundir estas dos opciones de aplicación en una única opción que se refiere a la eliminación de todos los efectos desfavorables causados por cualquier subvención.

5.369. Para justificar su lectura del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial hizo referencia al "contexto y {a}l objeto y fin del párrafo 8 del artículo 7".<sup>927</sup> En este sentido, observamos que el artículo 7 del Acuerdo SMC se titula "Acciones", lo que sitúa al párrafo 8 del artículo 7 en un conjunto más amplio de disposiciones aplicables a las diferencias relativas a subvenciones recurribles cuya incompatibilidad con los artículos 5 y 6 de este Acuerdo se ha constatado. Además, el párrafo 8 del artículo 7 se refiere expresamente a los "efectos desfavorables ... en el sentido del artículo 5", que establece que "{n}ingún Miembro deberá causar, *mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones* a que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 1, *efectos desfavorables* para los intereses de otros Miembros".<sup>928</sup>

5.370. En nuestra opinión, el artículo 5 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC conciernen a dos indagaciones relacionadas pero distintas: mientras que el primero trata de establecer la existencia de efectos desfavorables y la relación causal entre *cualquier* subvención y los efectos desfavorables cuya existencia se ha constatado, el último especifica las *medidas de cumplimiento que debe adoptar* un Miembro que otorga o mantiene *una subvención* con respecto a la cual se ha constatado que causa efectos desfavorables. El análisis que hizo el Grupo Especial del artículo 5 parece difuminar la distinción entre esas dos disposiciones y, como indica la Unión Europea, "confundi{r} las obligaciones sustantivas enunciadas en el artículo 5 y las obligaciones de aplicación enunciadas en el párrafo 8 del artículo 7".<sup>929</sup> Observamos en particular que, en su análisis de las obligaciones de cumplimiento que, en virtud del párrafo 8 del artículo 7, corresponden a un Miembro que ha de proceder a la aplicación, el Grupo Especial se basó en gran medida en lo que describió como el "{carácter} basado en los efectos" del artículo 5 del Acuerdo SMC.<sup>930</sup> El Grupo Especial hizo referencia en particular al siguiente pasaje del informe del Órgano de Apelación en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*:

<sup>924</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1099. (las cursivas figuran en el original)

<sup>925</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1099.

<sup>926</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 235. (sin cursivas en el original)

<sup>927</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.803.

<sup>928</sup> Sin cursivas en el original.

<sup>929</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 164.

<sup>930</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.820.

el artículo 5 del Acuerdo SMC impone a los Miembros la obligación de no causar efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones definidas en el artículo 1. *No estamos de acuerdo con la tesis de que esta obligación no surge respecto de subvenciones que han terminado cuando concluye el período de referencia. De hecho, no excluimos que en determinadas circunstancias se pueda constatar que una subvención que ya no existe causa o ha causado efectos desfavorables que siguen existiendo durante el período de referencia.*<sup>931</sup>

5.371. En este pasaje se reconoce que no es necesario que una subvención y sus efectos sean contemporáneos.<sup>932</sup> Contrariamente a lo que parece haber supuesto el Grupo Especial, de lo anterior no se sigue que los efectos de una subvención puedan separarse de la propia subvención, de modo esos efectos puedan ser objeto de una obligación de cumplimiento distinta en el marco del párrafo 8 del artículo 7. No vemos cómo, cuando una subvención ha expirado y por ello ya no existe, podría seguir aplicándose una obligación de cumplimiento a los efectos persistentes de una subvención otorgada en el pasado. Más bien, lo importante en relación con el artículo 5, así como con el párrafo 8 del artículo 7, es *el hecho de que se causen* efectos desfavorables mediante el empleo de la subvención. Si bien se puede "constatar que una subvención que ya no existe causa o ha causado efectos desfavorables que siguen existiendo durante el período de referencia"<sup>933</sup>, la *fuerza* de la incompatibilidad de conformidad con el artículo 5 es no obstante la *subvención* que causa efectos desfavorables. La opción de "retirar{ } la subvención" prevista en el párrafo 8 del artículo 7 prevé una acción relacionada con la subvención con respecto a la cual se ha constatado que ha causado efectos desfavorables. En la medida en que la subvención correspondiente haya dejado de existir, no hay una prescripción adicional, con arreglo al párrafo 8 del artículo 7, de eliminar cualquier efecto persistente que pueda derivarse de esa subvención. Por lo tanto, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que del denominado "{carácter} basado en los efectos" de la disciplina del artículo 5 se desprende que correspondería al Miembro al que incumbe la aplicación una obligación de cumplimiento en virtud del párrafo 8 del artículo 7 con independencia de que la subvención continúe o no existiendo.<sup>934</sup>

5.372. Los Estados Unidos sostienen que el párrafo 8 del artículo 7 es "un *medio* por el cual se logra el objetivo del pleno cumplimiento del artículo 5"<sup>935</sup>, y que el Grupo Especial reconoció correctamente que el artículo 5 ofrece un contexto crucial para interpretar el párrafo 8 del artículo 7. Según los Estados Unidos, la interpretación dada por la Unión Europea al párrafo 8 del artículo 7 "aparta" esta disposición del artículo 5<sup>936</sup>, y significaría que un Miembro que causa efectos desfavorables mediante el empleo de una subvención "tiene obligaciones sustantivas diferentes en las distintas etapas de un procedimiento".<sup>937</sup> Específicamente, en un procedimiento inicial, el artículo 5 exigiría a un Miembro que no cause efectos desfavorables mediante el empleo de ninguna subvención, incluidas las subvenciones que han expirado, pero en un procedimiento sobre el cumplimiento se aplicaría de manera aislada el párrafo 8 del artículo 7, y un Miembro que causa efectos desfavorables mediante el empleo de subvenciones que han expirado no tendría obligación alguna en el marco de la OMC.

5.373. Como se ha expuesto, el artículo 5 se ocupa del hecho de que se causen efectos desfavorables mediante el "empleo" de subvenciones. En un análisis a tenor del artículo 5 se trata de determinar si un Miembro ha causado efectos desfavorables para los intereses de otro Miembro

<sup>931</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.820 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 712 (no se reproducen las cursivas del original; las cursivas son del Grupo Especial)).

<sup>932</sup> Aunque puede haber un desfase temporal entre la concesión de una subvención y sus efectos, el Órgano de Apelación hizo hincapié en que "los efectos de una subvención normalmente se disparan con el paso del tiempo y terminarán en algún momento después de que la subvención se haya extinguido. De hecho, como ocurre con una subvención que tiene una duración limitada y se materializa a lo largo del tiempo, también los efectos de una subvención se acumulan y disminuyen con el paso del tiempo". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 713).

<sup>933</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 712.

<sup>934</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.822. (no se reproducen las cursivas)

<sup>935</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 114. (las cursivas figuran en el original)

<sup>936</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 112.

<sup>937</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 115.



mediante el empleo de dichas subvenciones. A los efectos de tal constatación, el Órgano de Apelación ha dejado claro que no es necesaria una constatación de la existencia de una subvención "actual" para establecer que una subvención ha causado esos efectos desfavorables.<sup>938</sup> En cambio, el párrafo 8 del artículo 7 se ocupa de la continuación de la existencia de "esas subvenciones". Esta diferencia entre el artículo 5 y el párrafo 8 del artículo 7 no significa que un Miembro "tiene obligaciones sustantivas diferentes en las distintas etapas de un procedimiento".<sup>939</sup> Más bien, un Miembro siempre está obligado a asegurarse de que no otorga o concede subvenciones que causen efectos desfavorables, en el sentido del artículo 5 del Acuerdo SMC. Sin embargo, una constatación de incompatibilidad en el marco del artículo 5 no activa siempre necesariamente la obligación de "adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar la subvención", como estipula el párrafo 8 del artículo 7. Esto se debe a que, por sus propios términos, el párrafo 8 del artículo 7 se ocupa únicamente de las subvenciones que el Miembro "otorgue o mantenga" en el plazo para la aplicación. Al evaluar la compatibilidad con esta disposición, el análisis de un grupo especial debería centrarse en las subvenciones que siguen existiendo en el período posterior a la aplicación. En función de las peculiaridades de un asunto determinado, puede ser pertinente que el grupo especial examine con arreglo a los artículos 5 y 6 los efectos de subvenciones otorgadas en el pasado; aunque no para determinar si esas subvenciones causan "efectos desfavorables" en el período posterior a la aplicación, sino más bien como parte de una matriz de análisis que trate de identificar los efectos de las subvenciones que no han sido retiradas, y con respecto a las cuales sigue correspondiendo al Miembro al que incumbe la aplicación una obligación de cumplimiento en virtud del párrafo 8 del artículo 7.

5.374. En referencia al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), el Grupo Especial puso de relieve que "el alcance del párrafo 8 del artículo 7 no debe interpretarse de manera que haga que las constataciones de la existencia de efectos desfavorables formuladas en un procedimiento inicial sean meramente 'de naturaleza declarativa', ya que eso impediría que el Miembro reclamante obtuviera una reparación de los efectos desfavorables causados por el hecho de que otro Miembro haya utilizado subvenciones de una manera que incumple sus obligaciones sustantivas".<sup>940</sup> El recurso del Grupo Especial a esta declaración del Órgano de Apelación está fuera de lugar. El Órgano de Apelación no estaba señalando que corresponda al Miembro al que incumbe la aplicación una obligación de cumplimiento con respecto a una o más subvenciones que ya no existen. Más bien, el Órgano de Apelación indicó que la obligación que impone el párrafo 8 del artículo 7 abarcaría los pagos anuales recurrentes "mantenidos" por el demandado más allá del período de referencia inicial.<sup>941</sup> El razonamiento del Órgano de Apelación en aquella diferencia destaca el carácter prospectivo de las medidas correctivas en el sistema de solución de diferencias de la OMC, así como el hecho de que, en definitiva, la fuente de incompatibilidad es el "otorgamiento o mantenimiento" de subvenciones que causan efectos desfavorables. Las constataciones formuladas por un grupo especial inicial exigen el cese precisamente con respecto a ese "otorgamiento o mantenimiento". Con arreglo a nuestra lectura del párrafo 8 del artículo 7, un Miembro reclamante puede por lo tanto obtener reparación en forma de una medida correctiva prospectiva.

5.375. El Grupo Especial hizo referencia a una declaración del Órgano de Apelación en *China - Materias primas*, y expresó la opinión de que cabría esperar que un grupo especial hiciera recomendaciones con respecto a medidas que han expirado "siempre que fuera necesario para garantizar que se pone un remedio efectivo al alcance de un Miembro reclamante que trata de poner fin a infracciones continuas de los acuerdos abarcados".<sup>942</sup> El Grupo Especial también hizo

<sup>938</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 712. El Órgano de Apelación constató que "el requisito {establecido en los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC} de que los efectos de las subvenciones se dejen sentir en el período de referencia no significa que las subvenciones, y en particular el beneficio otorgado, también tengan que estar presentes durante ese período". (*Ibid.*).

<sup>939</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 115.

<sup>940</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.819.

<sup>941</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 237. El Órgano de Apelación destacó que el cumplimiento efectivo en el marco del párrafo 8 del artículo 7 haría impermissible una situación en que "los efectos desfavorables de pagos posteriores simplemente reemplazarían los efectos desfavorables que el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones estaba obligado a eliminar". (*Ibid.* Véanse también los párrafos 238, 241 y 245).

<sup>942</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.833. (las cursivas figuran en el original) Véase también el párrafo 6.831 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafos 263-265).

referencia a la recomendación del Grupo Especial que entendió en el asunto *CE - Embarcaciones comerciales* de que la Unión Europea pusiera una medida que había expirado formalmente en conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud del ESD en tanto la medida aún fuera operativa.<sup>943</sup> No vemos nada censurable *per se* en esas declaraciones del Grupo Especial. En efecto, en *China - Materias primas*, el Órgano de Apelación observó que las recomendaciones de un grupo especial "son de naturaleza prospectiva en el sentido de que tienen efectos en, o consecuencias para, las obligaciones de implementación del Miembro de la OMC que surgen después de que el OSD adopte el informe de un grupo especial y/o del Órgano de Apelación".<sup>944</sup> Como se ha indicado, el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC exige que se ponga fin a la conducta continuada consistente en el "otorgamiento o mantenimiento" de subvenciones que están causando efectos desfavorables. Del hecho de que las constataciones y recomendaciones de un grupo especial busquen poner fin a "infracciones continuas"<sup>945</sup> no se sigue que *únicamente* se pueda constatar en el marco del Acuerdo SMC que el retiro de una subvención ha tenido lugar en la medida en que la subvención ya no causa efectos desfavorables.

5.376. Nuestra lectura del párrafo 8 del artículo 7 también encuentra apoyo en las disposiciones pertinentes de la Parte II del Acuerdo SMC, titulada "Subvenciones prohibidas", que comprende los artículos 3 y 4. El párrafo 1 del artículo 3 establece que las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación (párrafo 1 a) del artículo 3) o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados (párrafo 1 b) del artículo 3) "se considerarán prohibidas". El párrafo 2 del artículo 3 establece además que "{n}ingún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere" el párrafo 1 del artículo 3. El artículo 4, como el artículo 7 del Acuerdo SMC, se titula "Acciones", y establece las normas para la solución de diferencias relativas a las subvenciones prohibidas a que se refiere el artículo 3. El párrafo 7 del artículo 4 dispone que, "{s}i se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el grupo especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora". El párrafo 7 del artículo 4 no exige que se eliminen los efectos de esas subvenciones. Más bien, el retiro de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 trata de eliminar la fuente de la incompatibilidad, es decir, la condición prohibida por el apartado a) o el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3. Análogamente, el párrafo 8 del artículo 7 se ocupa de la fuente de la infracción cuya existencia se ha constatado, y exige que se ponga fin a la conducta consistente en el otorgamiento o mantenimiento de subvenciones que causan efectos desfavorables. Sería incongruente, a nuestro juicio, que la eliminación de la fuente de la incompatibilidad fuera suficiente para cumplir las obligaciones que corresponden a un Miembro que ha de proceder a la aplicación en el contexto del párrafo 7 del artículo 4, pero no en el contexto del párrafo 8 del artículo 7.

5.377. Es también útil a este respecto examinar las normas que se aplican a la imposición de derechos compensatorios en virtud de la Parte V del Acuerdo SMC. Mientras que el perjuicio grave solo puede abordarse mediante las contramedidas impuestas con arreglo a la Parte III, las subvenciones que causan daño a la rama de producción nacional puede abordarse *bien* mediante las contramedidas impuestas con arreglo a la Parte III *o bien* mediante los derechos compensatorios previstos en la Parte V.

5.378. Con respecto a la imposición de derechos compensatorios, el párrafo 1 del artículo 19 del Acuerdo SMC estipula que pueden imponerse derechos compensatorios a las importaciones subvencionadas "a menos que se retire la subvención o subvenciones". Así pues, de conformidad con la Parte V del Acuerdo SMC, están previstas medidas correctivas con respecto a las subvenciones que causan daño a la rama de producción nacional. A nuestro modo de ver, lo mismo es cierto en el contexto de la Parte III del Acuerdo SMC, en el cual la incompatibilidad que ha de ser objeto de medidas correctivas se refiere a las *subvenciones* que constituyen una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables durante el plazo para la aplicación.<sup>946</sup> Por lo tanto, la incompatibilidad no se refiere únicamente a los efectos, como parece haber indicado el Grupo Especial, sino más bien a la *acción de emplear subvenciones* de una manera que causa efectos desfavorables.

<sup>943</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.835.

<sup>944</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 260.

<sup>945</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.833. (las cursivas figuran en el original)

<sup>946</sup> Véanse la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante, párrafo 60; y la comunicación presentada por China en calidad de tercero participante, párrafos 32-36.

5.379. Al buscar, más allá del Acuerdo SMC, el contexto que proporcionan otros acuerdos abarcados, observamos que el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC es una de "las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados" y se identifican en el párrafo 2 del artículo 1 y el Apéndice 2 del ESD, que prevalecen sobre las normas y procedimientos generales del ESD en la medida en que "*no sea posible* considerar que ... *se complementan* recíprocamente".<sup>947</sup> En este sentido, nos preocupa la decisión del Grupo Especial de basarse en el contexto que proporcionan varias disposiciones del ESD sin considerar debidamente la pertinencia contextual de disposiciones que figuran en otras partes del Acuerdo SMC. Esto es especialmente cierto porque, como "norma{} especial{} o adicional{}" en materia de solución de diferencias del Acuerdo SMC, el párrafo 8 del artículo 7 debe ser debidamente entendido en el contexto particular de las diferencias relativas a subvenciones.

5.380. Recordamos que "el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que estas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados".<sup>948</sup> Esto indica que, en el sistema de solución de diferencias de la OMC, la fuente del incumplimiento de una obligación prevista en los acuerdos abarcados es la propia medida. Además, la primera frase del párrafo 1 del artículo 19 del ESD establece que, cuando se constata que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, un grupo especial o el Órgano de Apelación recomendarán que el Miembro afectado "la ponga en conformidad con ese acuerdo".<sup>949</sup> Estas disposiciones, leídas conjuntamente, indican que es *la medida* lo que ocupa un lugar central en el sistema de solución de diferencias de la OMC, y que la conformidad con los acuerdos abarcados puede lograrse mediante "la supresión de las medidas de que se trate". En efecto, en referencia al párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del ESD, el Grupo Especial reconoció que la fuente de la infracción es la propia medida incompatible con las normas de la OMC.<sup>950</sup>

5.381. En el contexto específico del Acuerdo SMC, el párrafo 8 del artículo 7 establece normas especiales o adicionales sobre la forma de lograr la conformidad con dicho Acuerdo. Según se ha indicado, retirar la medida no tiene por qué ser la única manera de cumplir, puesto que el Miembro que otorga la subvención puede también ponerse en conformidad adoptando las medidas apropiadas para "eliminar los efectos desfavorables" pero manteniendo la subvención. Al mismo tiempo, el retiro de la propia subvención sigue siendo una medida correctiva contra la infracción, puesto que da lugar al cumplimiento del primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias, expuesto en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD -es decir, la supresión de la medida de que se trate-. Esto apoya también nuestra interpretación de que, cuando la medida pertinente -la subvención respecto de la cual se ha constatado que ha causado efectos desfavorables- ha dejado de existir, un Miembro ya no está obligado por el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC a adoptar otras medidas para eliminar los efectos desfavorables causados por la subvención. A este respecto, compartimos la opinión del Canadá de que "una prescripción de eliminar los efectos desfavorables de una subvención recurrible que ya no existe transformaría esta flexibilidad para lograr el cumplimiento en una obligación positiva adicional que no figura en ningún otro lugar de los acuerdos abarcados".<sup>951</sup>

5.382. El Órgano de Apelación ha afirmado que el objeto y fin del Acuerdo SMC es "aumentar y mejorar las disciplinas del GATT referentes al uso de las subvenciones y de los derechos compensatorios"<sup>952</sup>, y que el Acuerdo SMC "refleja un delicado equilibrio entre los Miembros que deseaban imponer más *disciplinas sobre la utilización de las subvenciones* y los que deseaban imponer más *disciplinas sobre la aplicación de las medidas compensatorias*".<sup>953</sup> Como se ha analizado *supra*, la lectura del párrafo 8 del artículo 7 que hizo el Grupo Especial significaría efectivamente que se podrían imponer contramedidas con arreglo a la Parte III del Acuerdo SMC para contrarrestar el "daño a la rama de producción nacional", en el sentido del apartado a) del

<sup>947</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 65. (las cursivas figuran en el original)

<sup>948</sup> Párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

<sup>949</sup> No se reproduce la nota de pie de página.

<sup>950</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.807.

<sup>951</sup> Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante, párrafo 70.

<sup>952</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 64.

<sup>953</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM*, párrafo 115. (sin cursivas en el original)

artículo 5 del Acuerdo SMC, *con independencia* de que la subvención en litigio haya sido o no retirada. Al mismo tiempo, no pueden imponerse derechos compensatorios, en el contexto de la Parte V del Acuerdo SMC, en la medida en que la subvención correspondiente haya sido retirada.<sup>954</sup> Es más, como se ha expuesto, el Grupo Especial consideró que la eliminación de la subvención en litigio constituiría el cumplimiento en el contexto de las subvenciones prohibidas en la Parte II, pero no en el contexto de la Parte III del Acuerdo SMC, en el cual se exigiría en cada caso la eliminación del efecto de la subvención con independencia de que el Miembro afectado siguiera o no otorgándola. A nuestro juicio, tal enfoque con respecto a las diversas disciplinas que se aplican en el marco del Acuerdo SMC carece de coherencia y es, en ese sentido, incompatible con su objeto y fin. Además, parece que la lectura del párrafo 8 del artículo 7 que hizo el Grupo Especial daría lugar a una incertidumbre considerable en cuanto a la responsabilidad de los Miembros con respecto a las subvenciones que ya no existen. En realidad, los efectos de las subvenciones bien pueden persistir incluso después de que las propias subvenciones hayan dejado de existir. Por ejemplo, pueden "dar lugar a la protección, creación o crecimiento de ramas de producción que de otro modo serían menos competitivas".<sup>955</sup> Aun así, el párrafo 8 del artículo 7 no se refiere a esos efectos de manera aislada; más bien, exige que se ponga fin a toda conducta continuada consistente en el "otorg{amiento} o manten{imiento}" de subvenciones respecto de las cuales se haya constatado que causan efectos desfavorables.<sup>956</sup> Por lo tanto, si bien las subvenciones que han expirado pueden dar lugar a efectos desfavorables, el párrafo 8 del artículo 7 no impone la obligación de eliminar esos efectos.

5.383. Habida cuenta de lo anterior, constatamos que la obligación de "adoptar{ } las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{ } la subvención" concierne a las subvenciones que el Miembro al que incumbe la aplicación sigue "otorg{ando} o manten{iendo}" al final del plazo para la aplicación. No se puede exigir a un Miembro al que incumbe la aplicación que retire una subvención que ha dejado de existir. Tampoco vemos un fundamento, en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, para exigir a un Miembro al que incumbe la aplicación que "adopt{e} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" de subvenciones que ya no existen. En consecuencia, revocamos la interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC que hizo el Grupo Especial, en virtud de la cual se exigiría a un Miembro al que incumbe la aplicación que "retirar{a}" o "eliminar{a} los efectos desfavorables" de subvenciones concedidas en el pasado *con independencia* de que esas subvenciones hubieran expirado antes del final del plazo pertinente para la aplicación.<sup>957</sup> De nuestra constatación se desprende que, en la presente diferencia, no corresponde a la Unión Europea ninguna obligación de cumplimiento con respecto a las subvenciones que expiraron antes del 1º de diciembre de 2011.

#### **5.4.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la "vida" *ex ante* de determinadas subvenciones de AEP/FEM había expirado - apelación condicional de los Estados Unidos**

5.384. Ello nos lleva a la apelación condicional formulada por los Estados Unidos respecto de la constatación del Grupo Especial de que la "vida" *ex ante* de varias subvenciones de AEP/FEM impugnadas había expirado para el 1º de diciembre de 2011 y que, por lo tanto, esas subvenciones habían dejado de existir.<sup>958</sup> En particular, los Estados Unidos nos solicitan que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que la "vida" *ex ante* de las siguientes subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380 había expirado antes del 1º de diciembre de 2011: las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320 y A330/A340 y las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340.<sup>959</sup> En caso de que revoquemos esas constataciones, los Estados Unidos solicitan además que determinemos que las subvenciones de Alemania, España, Francia y

<sup>954</sup> El párrafo 1 del artículo 19 del Acuerdo SMC especifica que pueden imponerse derechos compensatorios, en determinadas condiciones, "a menos que se retire la subvención o subvenciones".

<sup>955</sup> Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 46 a) del Grupo Especial, párrafo 122.

<sup>956</sup> Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), nota 494 al párrafo 243; *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 299.

<sup>957</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.822.

<sup>958</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 8.

<sup>959</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 8 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.794 y 7.1.d.ii-iii).

el Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340 *no* habían expirado antes de que finalizara el plazo para la aplicación el 1º de diciembre de 2011.<sup>960</sup> Asimismo, en el caso de que constatemos que la expiración de una subvención *después* del final del plazo para la aplicación constituye el retiro en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos apelan también la constatación del Grupo Especial de que la AEP/FEM para el A330-200 y el A340-500/600 expiró, respectivamente, en **[ICC]** y **[ICC]**.<sup>961</sup>

5.385. Al abordar las cuestiones planteadas por los Estados Unidos en su apelación condicional, recordamos brevemente las constataciones del Órgano de Apelación en relación con el concepto de "vida" de una subvención. En el procedimiento inicial, la Unión Europea alegó que los artículos 1, 5 y 6 del Acuerdo MSF obligan a demostrar la existencia de un beneficio "subsistente" o "actual" durante el período de referencia elegido para un análisis del perjuicio grave. El Órgano de Apelación observó que esa alegación concernía a la cuestión de "{la manera en que} ... la evaluación del beneficio otorgado en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC guarda relación con el análisis de los efectos desfavorables que debe realizar un grupo especial con arreglo a los artículos 5 y 6".<sup>962</sup> Tras examinar el texto del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y su contexto pertinente, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

El sentido corriente del párrafo 1 del artículo 1, interpretado a la luz del artículo 14 del Acuerdo SMC, confirma ... que el análisis del beneficio conforme al párrafo 1 b) del artículo 1 es prospectivo y se centra en proyecciones futuras. La naturaleza, la cuantía y el uso previsto de la subvención impugnada pueden ser factores pertinentes que conviene tener en cuenta en una evaluación del período a lo largo del cual el beneficio derivado de una contribución financiera puede esperarse que continúe. Por ejemplo, un grupo especial puede considerar, como parte de su análisis *ex ante* del beneficio, si la subvención se asigna para comprar insumos o activos fijos; la vida útil de esos insumos o activos; si la subvención es cuantiosa o pequeña; y el período durante el cual está previsto utilizar la subvención para la producción futura.<sup>963</sup>

5.386. El Órgano de Apelación estimó además que "el hecho de que se 'se considerará que existe' subvención de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 una vez que haya contribución financiera que otorga un beneficio no significa que la subvención no siga existiendo después del acto de conceder la contribución financiera".<sup>964</sup> El Órgano de Apelación añadió que la "vida" *ex ante* de una subvención, según se prevé en el momento de su concesión, puede verse afectada por "eventos intermedios" subsiguientes. Como explicó el Órgano de Apelación:

En el momento en que se concede la subvención se preverá necesariamente que tenga una *duración limitada* y que se utilice durante un *período determinado*. Para evaluar debidamente una reclamación formulada al amparo del artículo 5 de que una subvención causa efectos desfavorables, el grupo especial debe tener en cuenta que

<sup>960</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 8, 17 y 18.

<sup>961</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, nota 15 al párrafo 8 y nota 35 al párrafo 17. Los Estados Unidos sostienen que, "si el Órgano de Apelación constata que la 'expiración' pasiva de la AEP/FEM para el A340-500/600 {después del 1º de diciembre de 2011} constituye el 'retiro' a efectos del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos apelan condicionalmente la constatación del Grupo Especial de que ese tramo de la AEP/FEM expiró en **[ICC]**". (*Ibid.*, nota 15 al párrafo 8 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, cuadro 11 y párrafo 7.1.d.iii)) Sin embargo, en la nota 1547 al párrafo 6.879 y en el párrafo 7.1.d.iii de su informe, el Grupo Especial constató que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM *tanto* para el A330-200 *como* para el A340-500/600 había expirado *después* del final del plazo para la aplicación. A la luz de esa constatación, y de la aclaración realizada por los Estados Unidos en la audiencia, entendemos que la apelación de los Estados Unidos de la constatación del Grupo Especial relativa a la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM para el A330-200, como su apelación relativa a la AEP/FEM para el A340-500/600, también está supeditada a la condición adicional de que constatemos que la expiración *después* del plazo para la aplicación constituye el retiro a efectos del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.

<sup>962</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 701. (no se reproducen las cursivas)

<sup>963</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 707. (las cursivas figuran en el original, no se reproducen algunas cursivas; sin subrayar en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>964</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 708.

una subvención concedida se acumula y disminuye a lo largo del tiempo y tendrá una duración limitada. El análisis de los efectos desfavorables en el marco del artículo 5 es distinto del análisis del "beneficio" conforme al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y por consiguiente no es necesario volver a evaluar en el marco del artículo 5 la cuantía del beneficio otorgado en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1. Por el contrario, un análisis de los efectos desfavorables en virtud del artículo 5 debe considerar *la trayectoria de la subvención que se previó* que se materializara a lo largo de un determinado período en el momento de la concesión. De manera separada, *en los casos en que así se sostenga, el grupo especial debe evaluar si hay "eventos intermedios" que tuvieron lugar después de la concesión de la subvención que pueden afectar al valor previsto* de la subvención determinado en virtud del análisis *ex ante*. Esos eventos pueden ser pertinentes para un análisis de los efectos desfavorables, porque pueden afectar a la relación que la parte reclamante trata de establecer entre la subvención y sus supuestos efectos.<sup>965</sup>

5.387. Así pues, el Órgano de Apelación consideró que en el análisis de los efectos desfavorables que realice un grupo especial debe tenerse en cuenta "cómo se ha *materializado* la subvención *a lo largo del tiempo*".<sup>966</sup> Estas constataciones del Órgano de Apelación establecen el marco conceptual para comprender la "vida" de una subvención. Con arreglo a ese marco, es pertinente "examinar *la trayectoria de la duración* de una subvención" tanto desde una perspectiva *ex ante* como desde la perspectiva de los eventos intermedios.<sup>967</sup> El análisis *ex ante* guarda relación con la cuestión de "cómo se ve afectada la subvención ... por la depreciación de la subvención que se previó" *en el momento en que fue concedida*, y el análisis de los eventos intermedios entraña la evaluación de los eventos que tuvieron lugar *después de la concesión de la subvención* que pueden afectar al valor previsto de la subvención determinado en virtud del análisis *ex ante*.<sup>968</sup> Además, en su examen de las alegaciones de perjuicio grave al amparo del artículo 5 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación identificó determinados factores que pueden ser pertinentes al evaluar la "trayectoria de la {vida} de una subvención":

{P}ara evaluar adecuadamente una alegación fundada en el artículo 5 del Acuerdo SMC el grupo especial debe tener en cuenta en su análisis *ex ante* cómo se prevé que se materialice la subvención con el paso del tiempo. También debe considerar si la {vida} de una subvención ha terminado, por ejemplo debido a la amortización de la subvención a lo largo del período pertinente o porque se extrajo del receptor. ...

Aunque no apoyamos ni rechazamos el método de amortización específico propuesto por la Unión Europea en este caso, no vemos ningún motivo para no estar de acuerdo con la idea de que la asignación de una subvención a lo largo del tiempo previsto de comercialización de un programa de aeronaves pueda ser una forma de evaluar la duración de una subvención a lo largo del tiempo.<sup>969</sup>

5.388. Así pues, el Órgano de Apelación señaló que la asignación de una subvención a lo largo del tiempo previsto de comercialización de un proyecto de aeronave puede constituir una manera de evaluar la duración prevista de una subvención, y que eventos subsiguientes, como la "eliminación" de la subvención, también pueden ser pertinentes al evaluar si la "vida" de una subvención ha terminado.

5.389. En el presente procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial comenzó su examen de la alegación de los Estados Unidos de que la Unión Europea no había retirado las subvenciones de AEP/FEM en litigio examinando el argumento de la Unión Europea de que la

<sup>965</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 709. (no se reproducen las cursivas del original; se han añadido las cursivas)

<sup>966</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 710. (sin cursivas en el original)

<sup>967</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 714. (sin cursivas en el original)

<sup>968</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 710.

<sup>969</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1236 y 1241, respectivamente. (no se reproducen las cursivas ni la nota de pie de página)

"vida" *ex ante* de varias de las subvenciones impugnadas había expirado a causa de la amortización del beneficio. Con referencia al informe de amortización<sup>970</sup> emitido por PricewaterhouseCoopers (informe de amortización de PwC), la Unión Europea había propuesto ante el Grupo Especial dos maneras de determinar la "vida" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas: i) amortizándola a lo largo del tiempo que se preveía que Airbus tardaría en pagar en su totalidad el principal prestado más los intereses (enfoque de la vida del préstamo); o ii) a la luz de la vida de comercialización prevista de cada uno de los programas de LCA financiados (enfoque de la vida de comercialización). El Grupo Especial observó que los dos enfoques propuestos se basaban en las condiciones reales de los contratos de AEP/FEM, consideradas individualmente o en conjunción con los calendarios de entrega previstos.<sup>971</sup> El Grupo Especial añadió que, aunque los Estados Unidos "aparentemente acepta{ban} que la vida *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM estar{ía} determinada por la medida en que las partes contratantes esperaban que Airbus siguiera teniendo obligaciones de reembolso pendientes"<sup>972</sup>, los Estados Unidos sostenían, no obstante, que esas expectativas debían determinarse sobre la base de las obligaciones de reembolso que un hipotético proveedor comercial de una financiación como la AEP/FEM habría exigido que Airbus aceptara. Por lo tanto, a juicio del Grupo Especial, el enfoque de los Estados Unidos no guardaba relación con las expectativas de los gobiernos otorgantes de la subvención en la fecha en que aceptaron las condiciones de la AEP/FEM y, por consiguiente, el Grupo Especial rechazó el enfoque de los Estados Unidos.

5.390. El Grupo Especial pasó a examinar los dos enfoques propuestos por la Unión Europea. Recordó que el análisis que el Órgano de Apelación había realizado de la "vida" *ex ante* de una subvención en el procedimiento inicial tendía a centrarse en los *usos para los que se preveía* que se utilizase una subvención, y no en la duración prevista de la contribución financiera. Por consiguiente, el Grupo Especial manifestó su incertidumbre con respecto a la cuestión de si el enfoque de la vida del préstamo "{sería} el método más adecuado para determinar el 'valor previsto' de las subvenciones proporcionadas en virtud de los acuerdos de AEP/FEM", dado que ese enfoque parecía centrarse en las expectativas con respecto a la *mera duración* de la existencia de una "contribución financiera".<sup>973</sup> A juicio del Grupo Especial, "sería al menos igualmente adecuado equiparar la vida *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM pertinentes a la vida de comercialización prevista de la LCA pertinente".<sup>974</sup> No obstante, el Grupo Especial consideró innecesario "expres{ar} opiniones definitivas" sobre cuál de los dos métodos en los que la Unión Europea se apoyaba para determinar la "vida" *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM debía ser aceptado<sup>975</sup>, puesto que, a juicio del Grupo Especial, era "evidente {a juzgar por el informe de amortización de PwC} que con arreglo a cualquiera de esos métodos la "vida" *ex ante* de la mayoría de las subvenciones de AEP/FEM identificadas habrá llegado a su fin antes del final del plazo para la aplicación".<sup>976</sup> Por lo tanto, Grupo Especial constató, en el párrafo 6.879 de su informe, que:

la Unión Europea ha{bía} demostrado que la vida *ex ante* de las siguientes subvenciones de AEP/FEM "expiró" antes del 1º de junio de 2001 como consecuencia de la *amortización del beneficio*: la AEP/FEM de los gobiernos de Francia, Alemania y España para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320, A330/A340; y la AEP/FEM del Gobierno del Reino Unido para las aeronaves A320 y A330/A340.<sup>977</sup>

<sup>970</sup> PricewaterhouseCoopers, "Analysis of the expected life of subsidies to Airbus conferred by Member State Financing Loans, Capital contributions and regional development grants as found in the WTO dispute DS316", 29 de noviembre de 2011 y 2 de julio de 2012 (Prueba documental EU-5 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)).

<sup>971</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.874.

<sup>972</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.874.

<sup>973</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.878.

<sup>974</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.878.

<sup>975</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.879.

<sup>976</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.879.

<sup>977</sup> Las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original; no se reproduce la nota de pie de página.

El Grupo Especial también señaló en una nota que la Unión Europea había establecido que la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM francesa para el A330-200 y la AEP/FEM española y francesa para el A340-500/600 habían expirado, respectivamente, en **[ICC]** y **[ICC]**.<sup>978</sup>

5.391. Después de llegar a sus constataciones sobre la expiración *ex ante* de las subvenciones, el Grupo Especial procedió a examinar los argumentos relativos a los supuestos "eventos intermedios" que afectaron a la "vida" *ex ante* de determinadas subvenciones de AEP/FEM. A juicio del Grupo Especial, un evento intermedio es "aquel que tiene lugar después del otorgamiento de la subvención y modifica su 'vida' *ex ante* — es decir, un evento que cambia la manera en que una subvención se ha 'materializado a lo largo del tiempo' *en relación con las expectativas reinantes en el momento en que se otorgó*".<sup>979</sup> El Grupo Especial rechazó el argumento de la Unión Europea de que la supuesta "extracción" de las subvenciones y la supuesta "extinción" del beneficio mediante la privatización parcial y las ventas de acciones y transferencias de la propiedad fueron, en las circunstancias del presente asunto, "eventos intermedios" que pusieron fin a la vida de determinadas subvenciones anteriores al A350XWB.<sup>980</sup> El Grupo Especial también rechazó la alegación de los Estados Unidos de que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM para el A300 y el A310 aumentó a causa del lanzamiento del A330/A340<sup>981</sup>, y que la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM para el A340 finalizó a causa de la terminación del proyecto del A340-500/600 en 2011.<sup>982</sup> Por último, el Grupo Especial examinó y rechazó el argumento de la Unión Europea de que el reembolso real de los préstamos de AEP/FEM con intereses puso fin a dichos préstamos.<sup>983</sup> Sobre la base de su análisis, el Grupo Especial, llegó a la siguiente conclusión en el párrafo 6.1076 de su informe:

{H}emos constatado que la "vida" de estas subvenciones ha terminado porque el período total durante el que se esperaba "materializar" su "valor previsto" ha transcurrido *pasivamente sin que se haya producido ningún "evento intermedio"*. Dicho de otro modo, hemos constatado que la "vida" *ex ante* de las subvenciones pertinentes ha "expirado" sencillamente porque se han proporcionado a Airbus en su totalidad en la forma planificada y prevista inicialmente.<sup>984</sup>

5.392. Las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 6.879 y 6.1076, citadas *supra*, indican que el Grupo Especial examinó la cuestión de la "expiración" desde dos ángulos, a saber, tanto desde la perspectiva *ex ante* como a la luz de los supuestos eventos intermedios que tuvieron lugar después de la concesión de la subvención. En el párrafo 6.879, el Grupo Especial utilizó la palabra "expiró" para hacer referencia al *transcurso del período* a lo largo del cual se había *previsto* que se amortizaran las subvenciones, sin tener en cuenta ningún supuesto "evento intermedio" ni el reembolso real. Dicho de otro modo, la "expiración" hace referencia al hecho de que la duración esperada de las subvenciones —*prevista* en el momento en que fueron otorgadas— había transcurrido. La utilización de la palabra "expiró" en el párrafo 6.879 no guarda relación, por lo tanto, con la cuestión de si la "vida" de las subvenciones finalizó *realmente*.

<sup>978</sup> Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879. El Grupo Especial llegó a esta constatación basándose en el enfoque de la vida del préstamo. (Véase el informe del Grupo Especial, cuadro 11: Análisis de la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM) Señalamos que, con arreglo al enfoque de la vida de comercialización, la subvención de AEP/FEM para el A330-200 habría expirado en **[ICC]** —es decir, antes de concluir el plazo para la aplicación— y que para el A340-500/600, la subvención de AEP/FEM habría expirado en **[ICC]**. (*Ibid.*).

<sup>979</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.911. (sin cursivas en el original)

<sup>980</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.918-6.1055.

<sup>981</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1056-6.1059. Los Estados Unidos adujeron ante el Grupo Especial que, puesto que Airbus concibió el A330 y el A340 como derivados del A330, la "vida" de las subvenciones de AEP/FEM para el A300 y el A310 continúa con el A330 y el A340. El Grupo Especial no estuvo de acuerdo, y constató que "{s}implemente no ha{bía} ninguna prueba ante {él} que indi{cara} que el 'valor previsto' de las subvenciones de AEP/FEM para el A300 y el A310 se viera afectado por el lanzamiento del A330/A340", y que "los Estados Unidos confund{ían} la 'vida' de esas subvenciones con sus 'efectos indirectos'". (*Ibid.*, párrafo 6.1059) Los Estados Unidos no han apelado esas constataciones del Grupo Especial. Con respecto al análisis de los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM, véase la sección 5.6.3 del presente informe.

<sup>982</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1060-6.1064. Se examinan otros aspectos de las constataciones del Grupo Especial con respecto a la terminación del A340-500/600 en los párrafos 5.398-5.399 *infra*.

<sup>983</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1069-6.1074.

<sup>984</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1076. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)



Posteriormente, en el párrafo 6.1076, el Grupo Especial utilizó de nuevo el término "expirar", después de haber examinado los supuestos eventos intermedios y el supuesto reembolso de los préstamos, es decir, tras examinar los argumentos y pruebas pertinentes en relación con lo que realmente sucedió después de la concesión de las subvenciones. Por lo tanto, entendemos que el Grupo Especial ha constatado que las subvenciones pertinentes terminaron debido a la *amortización del beneficio*, al no existir ningún evento intermedio que hubiera alterado la forma en que esas subvenciones se materializaron a lo largo del tiempo en relación con las expectativas reinantes en el momento en que fueron otorgadas.

5.393. Los Estados Unidos han apelado la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.879 de su informe, así como la conclusión definitiva del Grupo Especial con respecto a la expiración de las subvenciones de AEP/FEM en litigio que figura en la sección 7 de su informe.<sup>985</sup> Sin embargo, los Estados Unidos no han impugnado específicamente el examen de los supuestos eventos intermedios realizado por el Grupo Especial. Antes bien, su apelación se centra en el análisis *ex ante* del Grupo Especial, es decir, en los períodos a lo largo de los cuales se *preveía* que se materializase el beneficio de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380. Los Estados Unidos mantienen que, al constatar que la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM anterior al A380 pertinente expiró pasivamente antes del 1º de diciembre de 2011, el Grupo Especial consideró erróneamente que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM en litigio se extendía a lo largo de un *número fijo* de años. Sin embargo, según aducen los Estados Unidos, "ni el Acuerdo SMC ni el razonamiento del Órgano de Apelación indican que la vida *ex ante* de una subvención deba tener siempre un número fijo".<sup>986</sup>

5.394. Reconocemos que, según las circunstancias de cada caso, puede no ser siempre posible determinar *ex ante* un *número fijo* de años a lo largo de los cuales se espere que continúe el beneficio de una subvención. Por ejemplo, cabe imaginar que las circunstancias de un caso permitan solo una estimación del *intervalo de años* dentro del cual se espera que persista la subvención. No obstante, como puso de relieve el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, "el momento en que se concede la subvención, se preverá necesariamente que tenga una *duración limitada* y que se utilice durante un tiempo *determinado*".<sup>987</sup> Además, el Órgano de Apelación declaró que no tenía "ningún motivo para no estar de acuerdo con la idea de que la asignación de una subvención a lo largo del tiempo previsto de comercialización de un programa de aeronaves pueda ser una forma de evaluar la duración de una subvención a lo largo del tiempo".<sup>988</sup> No compartimos la opinión de los Estados Unidos de que el Grupo Especial, al apoyarse en el tiempo previsto de comercialización de las LCA pertinentes, considerara erróneamente que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM en litigio se extiende a lo largo de un número fijo de años.<sup>989</sup> Antes bien, el enfoque del Grupo Especial es apropiado a la luz de la orientación del Órgano de Apelación conforme a la cual una subvención tiene una "vida" *limitada*, así como de las pruebas presentadas al Grupo Especial con respecto a la manera en que debía determinarse la "vida" *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM en litigio, incluido el informe de amortización de PwC. Contrariamente al argumento de los Estados Unidos, ese enfoque no es un ejercicio "especulativo" que "las propias partes no llevaron a cabo".<sup>990</sup>

5.395. Además, aunque los Estados Unidos mantienen que la "vida" *ex ante* de las subvenciones no necesariamente tiene que ser un número fijo<sup>991</sup>, su argumento no ofrece una base apropiada sobre la que pueda determinarse dicha "vida". Los Estados Unidos sostienen que el uso de los préstamos de AEP/FEM "indica que las partes esperaban que el beneficio de la AEP/FEM *durara toda la vida de los programas de aeronaves subvencionados*".<sup>992</sup> Dicho de otro modo, según los Estados Unidos la "vida" de las subvenciones debe durar tanto como la vida comercial del proyecto

<sup>985</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 17 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.879 y 7.1.d.ii-iii).

<sup>986</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 10.

<sup>987</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 709. (sin cursivas en el original)

<sup>988</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1241. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>989</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 10.

<sup>990</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 13.

<sup>991</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 10.

<sup>992</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 15. (sin cursivas en el original)

de aeronave financiado.<sup>993</sup> A nuestro juicio, la duración del proyecto de aeronave financiado depende del éxito del proyecto, y ese éxito, aunque podría ser pertinente para evaluar los *efectos* de la subvención, no guarda relación con la cuestión de cómo se prevé que se materialice la subvención. A nuestro entender, el argumento de los Estados Unidos confunde los *efectos* de la subvención —es decir, sus efectos "producto"<sup>994</sup>— con el *beneficio* de la subvención.<sup>995</sup>

5.396. Los Estados Unidos aducen además que el Grupo Especial no se ocupó de la "cuestión jurídica central" de su argumento, a saber, que, "en el caso de una financiación contingente, el otorgante y el receptor esperarían que el beneficio continuara mientras hubiera pagos adeudados, o durante la vida de toda condonación, si el programa fracasaba antes del pleno reembolso".<sup>996</sup> Por "financiación contingente" los Estados Unidos entienden el hecho de que "el otorgante espera que el beneficio continúe a lo largo de un período cuya duración está definida por su supeditación a otro *acontecimiento variable*, por ejemplo que un programa de grandes aeronaves civiles venda un determinado número de aeronaves, que activa la obligación de reembolsar el principal y los intereses devengados".<sup>997</sup> Los Estados Unidos añaden que, si, en el momento de la subvención, "se prevé que {el beneficio} se transforme en una condonación de la deuda al satisfacerse una determinada condición (por ejemplo, el fracaso prematuro de un programa de aeronaves), la vida de la subvención debe medirse en consecuencia".<sup>998</sup>

5.397. Como el Órgano de Apelación dejó claro en el procedimiento inicial, "el análisis del beneficio conforme al párrafo 1 b) del artículo 1 es prospectivo y se centra en proyecciones futuras".<sup>999</sup> El Órgano de Apelación también declaró que "{l}a naturaleza, la cuantía y el uso previsto de la subvención impugnada pueden ser factores pertinentes que conviene tener en cuenta en una evaluación del período a lo largo del cual el beneficio derivado de una contribución financiera *puede esperarse* que continúe".<sup>1000</sup> Así pues, la evaluación de durante cuánto tiempo podría "*esperarse*" que continúe el beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC se basa en previsiones realizadas en el momento de la concesión de la subvención. No consideramos que la existencia de un "acontecimiento variable" permita apartarse de ese enfoque *ex ante* para determinar la "vida" prevista de una subvención de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.<sup>1001</sup>

5.398. Al aducir que la "vida" prevista de una subvención depende de ciertos "acontecimientos variables", como el momento de la entrega y el pago, o el posible fracaso del proyecto antes del reembolso completo, el enfoque de los Estados Unidos no se ajusta a un análisis *ex ante* de la duración prevista del beneficio. Antes bien, su argumento guarda relación con la manera en que el *resultado real* de una subvención afecta a la "vida" de esa subvención y, por lo tanto, es más pertinente para un examen de cualquier supuesto evento intermedio que pueda haber afectado a la "vida" prevista de la subvención. De hecho, ante el Grupo Especial los Estados Unidos

<sup>993</sup> Este argumento formulado por los Estados Unidos en apelación reproduce la opinión que sostuvo ante el Grupo Especial según la cual "la vida de una subvención que crea un nuevo producto tiene que *medirse por la vida del producto que crea*". (Segunda comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 161 (sin cursivas en el original))

<sup>994</sup> Como se expone con más detalle en la sección 5.6.3 del presente informe, el Grupo Especial denominó "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM que dan lugar, o bien i) a la existencia y la presencia en el mercado de Airbus; o bien ii) a la capacidad de Airbus para ofrecer una gama completa de productos LCA competitivos. (Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1480) El Grupo Especial explicó que esos efectos "producto" pueden subdividirse en "efectos directos" y "efectos indirectos", según guarden relación con la LCA específicamente financiada por una subvención de AEP/FEM (directos) o con LCA subsiguientes (indirectos) (*Ibid.*, párrafo 6.1492) Los Estados Unidos adujeron que los "efectos directos" de una subvención de AEP/FEM declinarán de manera significativa al terminar el proyecto de LCA financiado específicamente, y que los "efectos indirectos" de una subvención de AEP/FEM persistirán siempre que las LCA subsiguientes, que se benefician del programa, permanezcan en producción. (*Ibid.*, párrafo 6.1493)

<sup>995</sup> Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.875.

<sup>996</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 12.

<sup>997</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 10. (sin cursivas en el original)

<sup>998</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, nota 17 al párrafo 10.

<sup>999</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 707. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1000</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 707. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1001</sup> Véase la comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 50.

describieron la condonación de deuda debida a la terminación de un proyecto como un "evento intermedio" que ampliaba la "vida" prevista de la subvención de AEP/FEM para el A340-500/600. En concreto, los Estados Unidos adujeron que, si la AEP/FEM para el A340-500/600 no hubiera terminado en 2011, la subvención se habría seguido suministrando mediante los reembolsos en condiciones inferiores a las del mercado pendientes en ese momento. Según los Estados Unidos, la terminación del proyecto A340-500/600 transformó esa subvención en "una donación a Airbus equivalente a la cantidad de deuda pendiente" respecto de los préstamos concedidos en virtud de los contratos de España y Francia de AEP/FEM para el A340-500/600.<sup>1002</sup> Los Estados Unidos adujeron además que, a consecuencia de la condonación de deuda, la vida de la AEP/FEM se amplió por un período equivalente a la vida media de un programa de aeronaves genérico, es decir, aproximadamente hasta 2028.<sup>1003</sup>

5.399. El Grupo Especial rechazó la opinión de que la terminación del proyecto del A340-500/600 era un evento intermedio que ampliaba la "vida" de la subvención de AEP/FEM.<sup>1004</sup> Al hacerlo, el Grupo Especial explicó que la terminación del proyecto del A340 "no {era} un evento que pueda decirse que haya modificado las expectativas que se albergaban en el momento en que se concedieron las subvenciones de AEP/FEM pertinentes sobre cómo el 'valor previsto' se 'materializaría a lo largo del tiempo'".<sup>1005</sup> El Grupo Especial añadió que "la terminación del programa A340 solo un año antes de la duración prevista de su vida de comercialización no impidió a Airbus utilizar las subvenciones de AEP/FEM pertinentes, *exactamente como se previó inicialmente*, para desarrollar e introducir en el mercado los derivados A340-500/600".<sup>1006</sup> El Grupo Especial también observó que "el hecho de que los plazos de reembolso con arreglo a los acuerdos de AEP/FEM pertinentes no estuvieran garantizados y estuvieran supeditados al éxito pon{ía} de manifiesto que la posible terminación del programa A340 antes de que se efectuara el reembolso completo era una característica intrínseca de los propios acuerdos de AEP/FEM".<sup>1007</sup> A juicio del Grupo Especial, ello implicaba que "los Gobiernos de Francia y España (y Airbus) deb{ían} haber previsto en sus hipótesis sobre el uso de las subvenciones de AEP/FEM la posibilidad de que el programa A340 pudiera no tener tanto éxito como se había planeado".<sup>1008</sup> El Grupo Especial añadió que, "precisamente porque el reembolso completo previsto en los acuerdos de AEP/FEM no podía garantizarse y estaba supeditado al éxito del A340-500/600, tanto la Unión Europea como los Estados Unidos convinieron en que era adecuado (y obligatorio) que los Estados miembros de la Unión Europea pertinentes cobraran una prima de riesgo para proyectos específicos en sus préstamos".<sup>1009</sup> A juicio del Grupo Especial, de ello se seguía "que la posibilidad de la terminación del programa A340 antes del reembolso completo de los préstamos de AEP/FEM ... debía haberse planeado y utilizado para informar las expectativas sobre la manera en que el 'valor previsto' de las subvenciones de AEP/FEM pertinentes se 'materializaría a lo largo del tiempo', cuando fueron concedidas".<sup>1010</sup> Los Estados Unidos no han apelado este razonamiento del Grupo Especial, y no vemos ninguna razón por la que no pueda aplicarse igualmente a los argumentos que los Estados Unidos formulan en apelación en relación con el carácter "contingente" de la financiación en forma de AEP/FEM, incluido el hecho de que los cuatro Estados miembros pueden haber esperado que la vida de las subvenciones de AEP/FEM dependa de un "acontecimiento variable, por ejemplo que un programa de grandes aeronaves civiles venda un

<sup>1002</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1060.

<sup>1003</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1060.

<sup>1004</sup> A juicio del Grupo Especial, la posible terminación del proyecto del A340 antes del reembolso completo era una característica intrínseca de los propios contratos de AEP/FEM. El Grupo Especial declaró lo siguiente:

{P}recisamente porque el reembolso completo previsto en los acuerdos de AEP/FEM no podía garantizarse y estaba supeditado al éxito del A340-500/600 ... era adecuado (y obligatorio) que los Estados miembros de la Unión Europea cobraran una prima de riesgo para proyectos específicos en sus préstamos. De ello se desprende, por tanto, que la posibilidad de la terminación del programa A340 antes del reembolso completo de los préstamos de AEP/FEM no era un evento imprevisto y debía haberse planeado y utilizado para informar las expectativas sobre la manera en que el "valor previsto" de las subvenciones de AEP/FEM pertinentes se "materializaría a lo largo del tiempo", cuando fueron concedidas.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1063).

<sup>1005</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1062.

<sup>1006</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1063. (sin cursivas en el original)

<sup>1007</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1063.

<sup>1008</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1063.

<sup>1009</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1063.

<sup>1010</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1063.

determinado número de aeronaves, que activa la obligación de reembolsar el principal y los intereses devengados.<sup>1011</sup> A nuestro modo de ver, esos "acontecimientos variables" son una característica intrínseca de la financiación en forma de AEP/FEM, que cabe esperar que los Gobiernos de los cuatro Estados miembros hayan previsto en sus hipótesis sobre el uso de las subvenciones de AEP/FEM. Las incertidumbres de esa naturaleza que entraña la financiación en forma de AEP/FEM ya se reflejan, a nuestro entender, en la prima de riesgo para proyectos específicos calculada por el Grupo Especial inicial y el Grupo Especial que actuó en el presente procedimiento, en el contexto del análisis del beneficio correspondiente a cada una de las subvenciones de AEP/FEM subyacentes. Por lo tanto, no estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no se ocupara de los argumentos que los Estados Unidos formularon a este respecto.

5.400. Por otro lado, recordamos que un análisis *ex ante* respecto del beneficio de una subvención sirve de *punto de partida* para el análisis encaminado a determinar si una subvención sigue existiendo al final del plazo para la aplicación. Para formular tal determinación, también es necesario realizar un análisis respecto de "si hay 'eventos intermedios' que tuvieron lugar después de la concesión de la subvención que pueden afectar al valor previsto de la subvención determinado en virtud del análisis *ex ante*".<sup>1012</sup> Por consiguiente, un examen de la "vida" *ex ante* de una subvención, basado en las expectativas albergadas *en el momento en que se concedió la subvención*, debería complementarse con una evaluación de los *eventos intermedios* subsiguientes que supuestamente ocurrieron tras la concesión de la subvención, con el fin de determinar si la subvención *se materializó* de la manera prevista.

5.401. Tras haber formulado constataciones sobre la expiración prevista de las subvenciones, el Grupo Especial pasó a examinar los argumentos relativos a los supuestos eventos intermedios que afectaron a la duración real de determinadas subvenciones de AEP/FEM. Sobre la base de su análisis, el Grupo Especial concluyó que "la 'vida' de estas subvenciones ha terminado porque el período total durante el que se esperaba 'materializar' su 'valor previsto' ha transcurrido pasivamente sin que se haya producido ningún 'evento intermedio'".<sup>1013</sup> A nuestro juicio, la conclusión definitiva del Grupo Especial con respecto a la duración *real* de esas subvenciones se basó en un análisis adecuado tanto de la duración prevista de las subvenciones como de los supuestos eventos intermedios tras la concesión de las subvenciones. Ello está en consonancia con el enfoque aplicado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, con arreglo al cual la evaluación de la "vida" de una subvención debe comprender tanto un análisis *ex ante* como una evaluación de los eventos intermedios.

5.402. Por estas razones, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.879, 6.1076 y 7.1.d.ii de su informe, de que la Unión Europea ha demostrado que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320, A330/A340 y las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340, expiró antes del 1º de junio de 2011.

5.403. Los Estados Unidos también apelan la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea había demostrado que la "vida" *ex ante* de la subvención de Francia de AEP/FEM para el A330-200 y de las subvenciones de España y de Francia de AEP/FEM para el A340-500/600 expiró, respectivamente, en **[ICC]** y **[ICC]**.<sup>1014</sup> Este aspecto de la apelación de los Estados Unidos se supedita a la condición de que constatemos que la expiración pasiva de esas subvenciones *después* del 1º de diciembre de 2011 satisface la obligación de "retirar{} la subvención", en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.<sup>1015</sup> Recordamos que, tras la adopción de los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial el 1º de junio de 2011, la Unión Europea, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC, disponía de seis meses para "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos

<sup>1011</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 10. (sin cursivas en el original)

<sup>1012</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 709.

<sup>1013</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1076. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)

<sup>1014</sup> Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879 y párrafo 7.1.d.iii.

<sup>1015</sup> Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, nota 15 al párrafo 8 y nota 35 al párrafo 17.

desfavorables" o "retirar{} la subvención". El 1º de diciembre de 2011 la Unión Europea informó al OSD, en su comunicación sobre el cumplimiento, de que había adoptado las medidas apropiadas para poner sus medidas "plenamente en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD".<sup>1016</sup> Posteriormente, se estableció el Grupo Especial para que examinara la alegación de los Estados Unidos de que "las acciones y eventos enumerados en la {comunicación sobre el cumplimiento de la Unión Europea} no retiran las subvenciones ni eliminan sus efectos desfavorables, a los efectos del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC".<sup>1017</sup>

5.404. Al examinar si la Unión Europea cumplió la obligación que le impone el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la pregunta pertinente que se planteaba al Grupo Especial era si la Unión Europea se había puesto en conformidad *antes del final del plazo para la aplicación*, es decir, antes del 1º de diciembre de 2011. A efectos del *presente procedimiento sobre el cumplimiento*, por lo tanto, la expiración de las subvenciones *posteriores* al 1º de diciembre de 2011 no guarda relación *directa* con la cuestión que se pidió al Grupo Especial que examinara, a saber, si se había logrado el cumplimiento antes del final del plazo para la aplicación. Dadas las circunstancias, no consideramos necesario seguir abordando este aspecto de la apelación de los Estados Unidos.

#### **5.4.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su constatación relativa al reembolso de la contribución financiera - apelación condicional de la Unión Europea**

5.405. La Unión Europea apela condicionalmente la constatación del Grupo Especial de que "el reembolso de una contribución financiera no pone fin a la vida de una subvención".<sup>1018</sup> La Unión Europea solicita, en particular, que constatemos que la "vida" de las siguientes subvenciones finalizó a causa del "reembolso" de los préstamos de AEP/FEM subyacentes con arreglo a sus condiciones subvencionadas: la AEP/FEM de Francia para el A310-300 y el A330-200, la AEP/FEM de España y Francia para el A300B/B2/B4 y el A300-600 y la AEP/FEM de España, Francia y el Reino Unido para el A320 y el A330/A340.<sup>1019</sup>

5.406. Hemos confirmado la constatación del Grupo Especial de que casi todas las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380, incluidas aquellas a las que se ha hecho referencia *supra*, expiraron antes del comienzo del plazo para la aplicación establecido en la presente diferencia, es decir, antes del 1º de junio de 2011.<sup>1020</sup> También hemos constatado que la Unión Europea no tiene *ninguna* otra obligación de cumplimiento, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, con respecto a esas subvenciones expiradas. No vemos ninguna razón para formular constataciones adicionales, con el fin de resolver la presente diferencia, sobre la cuestión de si la AEP/FEM de Francia para el A310-300, la AEP/FEM de España y Francia para el A300B/B2/B4 y el A300-600 y la AEP/FEM de España, Francia y el Reino Unido para el A320 y el A330/A340 *también* finalizaron a causa del reembolso real de los préstamos con intereses.<sup>1021</sup>

<sup>1016</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.6 (donde se cita la comunicación sobre el cumplimiento).

<sup>1017</sup> WT/DS316/19, página 3.

<sup>1018</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 197 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1072-6.1074). Véase también el párrafo 190.

<sup>1019</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 214-215.

<sup>1020</sup> El Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 y el A340-500/600 expiraron, respectivamente, en **[ICC]** y **[ICC]**, es decir, una vez finalizado el plazo para la aplicación. (Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879) El Grupo Especial constató que la presencia en el mercado del A340 llegó a su fin antes de que comenzara el período posterior a la aplicación, ya que Airbus puso fin al programa A340 en noviembre de 2011. (*Ibid.*, nota 2188 al párrafo 6.1293) Como se expone en las secciones 5.6.3 y 5.6.4 del presente informe, observamos que el Grupo Especial no formuló constataciones relativas específicamente a los efectos de esas dos subvenciones.

<sup>1021</sup> A este respecto, recordamos la constatación del Grupo Especial de que la AEP/FEM de Francia para el A330-200 expiró en **[ICC]**. (Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879) Sin embargo, el Grupo Especial *no* formuló constataciones con respecto a la cuestión de si Airbus había "reembolsado" esa subvención antes del final del plazo para la aplicación. (*Ibid.*, párrafo 6.1074) Al no existir constataciones fácticas del Grupo Especial, no podemos pronunciarnos con respecto a si la AEP/FEM de Francia para el A330-200 finalizó mediante "reembolso", como la Unión Europea aduce en apelación.

## 5.5 La apelación consiguiente formulada por la Unión Europea al amparo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC

5.407. La Unión Europea sostiene que, debido al error en que incurrió el Grupo Especial en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos desfavorables causados por las subvenciones impugnadas también deben revocarse. Según la Unión Europea, esto se debe a que el Grupo Especial no reconoció que una subvención expirada "ya no se podía utilizar para fundamentar una constatación de incumplimiento, incluso sobre la base de que cause efectos desfavorables actuales después de concluido el plazo para la aplicación".<sup>1022</sup> La Unión Europea también aduce que, con arreglo a una interpretación adecuada del párrafo 8 del artículo 7, un análisis de los efectos desfavorables debe basarse en una "cesta reconstituida de subvenciones" de la que se excluyan las subvenciones expiradas<sup>1023</sup>, y que el Grupo Especial no realizó ese análisis.<sup>1024</sup> Sobre esta base, la Unión Europea nos solicita que revoquemos una serie de constataciones intermedias formuladas en el contexto del análisis de los efectos desfavorables realizado por el Grupo Especial<sup>1025</sup>, así como su conclusión definitiva de que las medidas de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una causa "auténtica y sustancial" de perjuicio grave en el sentido del apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1026</sup> Además, la Unión Europea nos solicita que revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que las subvenciones que no son AEP/FEM objeto de litigio (incluidas las aportaciones de capital<sup>1027</sup> y determinadas donaciones para desarrollo regional) son una causa "auténtica" de dicho perjuicio grave y pueden "acumularse" a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas.<sup>1028</sup>

5.408. Por su parte, los Estados Unidos sostienen que la apelación consiguiente de la Unión Europea debe rechazarse. Los Estados Unidos subrayan que el presente procedimiento sobre el cumplimiento se refiere a unas constataciones de que un grupo de subvenciones causaron colectivamente efectos desfavorables actuales con respecto a varios modelos de aeronaves. Aun suponiendo, a efectos de argumentación, que la expiración de algunas de las subvenciones de ese grupo diera lugar al cumplimiento de la obligación que corresponde a un Miembro en virtud del párrafo 8 del artículo 7 *con respecto a las subvenciones expiradas*, "seguiría planteándose la cuestión de cómo evaluar la obligación {de la Unión Europea} en virtud del párrafo 8 del artículo 7 con respecto al resto del grupo de subvenciones".<sup>1029</sup> En opinión de los Estados Unidos, en un análisis de las subvenciones existentes en el presente procedimiento sobre el cumplimiento se deben tener en cuenta los "efectos agravantes de las subvenciones expiradas" y "no se podría simplemente pretender que esos efectos guarden relación con un comportamiento compatible con las normas de la OMC".<sup>1030</sup> Los Estados Unidos subrayan a este respecto que, dado que "los

<sup>1022</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 187. Véanse también los párrafos 188-189.

<sup>1023</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 1076 y 1088. La Unión Europea aduce además que los efectos de estas subvenciones expiradas se deben tener en cuenta como factores de no atribución a fin de analizar los efectos de la cesta reconstituida de subvenciones (es decir, la "cesta" que contiene solo las subvenciones existentes). (*Ibid.*, párrafo 1097).

<sup>1024</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 187.

<sup>1025</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 189 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1451-6.1452, 6.1463, 6.1534, 6.1774 y 7.1.d.xii-xiii).

<sup>1026</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 189 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1798, 6.1817 y 7.1.d.xiv-xvi).

<sup>1027</sup> El Grupo Especial constató que la Unión Europea había demostrado que la "vida" *ex ante* de las subvenciones en forma de aportación de capital había "expirado" antes del 1º de diciembre de 2011 y, por consiguiente, antes de concluido el plazo para la aplicación. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.907). Esta constatación del Grupo Especial no ha sido objeto de apelación.

<sup>1028</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 189 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1838, 6.1846, 6.1847 y 7.1.d.xvii). Además, al recordar la constatación del Grupo Especial de que las subvenciones que no son AEP/FEM "complementaron y suplementaron" los efectos de las subvenciones de AEP/FEM, la Unión Europea afirma que el fundamento de esta constatación "decaería" tras una revocación de las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos desfavorables de las subvenciones de AEP/FEM. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 1060 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1847) y 1061).

<sup>1029</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 158.

<sup>1030</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 158. Los Estados Unidos señalan que, durante las actuaciones ante el Grupo Especial, la Unión Europea adujo que los efectos incompatibles con las normas de la OMC de las subvenciones expiradas pasaron a ser compatibles con las normas de la OMC a los efectos de un procedimiento sobre el cumplimiento. Según los Estados Unidos, la

efectos desfavorables actuales de esas subvenciones expiradas son incompatibles con las obligaciones de la Unión Europea en virtud del artículo 5", un grupo especial sobre el cumplimiento "agregaría debidamente cualquier subvención expirada que siguiera causando efectos desfavorables".<sup>1031</sup> A juicio de los Estados Unidos, esto "sería especialmente cierto si dichas subvenciones expiradas colocasen a los receptores de la subvención en una situación en la que las subvenciones posteriores tuvieran efectos más acusados".<sup>1032</sup>

5.409. Señalamos que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD identifica la labor de un grupo especial que actúa de conformidad con esta disposición, a saber, examinar si las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas en la diferencia inicial se han aplicado de manera compatible con los acuerdos abarcados. Un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no tiene lugar aisladamente, sino que forma parte de un "conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad".<sup>1033</sup> Por esta razón, un grupo especial sobre el cumplimiento que evalúe si un Miembro al que incumbe la aplicación ha cumplido sus obligaciones en virtud del párrafo 8 del artículo 7 debe tener debidamente en cuenta el razonamiento y las constataciones formuladas en el procedimiento inicial.<sup>1034</sup>

5.410. Dicho esto, recordamos que el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC se refiere al "otorgamiento o mantenimiento" de subvenciones que causan efectos desfavorables y exige el cese de dicha conducta. En la medida en que la subvención correspondiente haya dejado de existir, no hay ninguna prescripción adicional, de conformidad con esta disposición, de eliminar ningún efecto persistente que pueda derivarse de dicha subvención.<sup>1035</sup> La cuestión pertinente a los efectos del presente procedimiento sobre el cumplimiento es, por lo tanto, si los Estados Unidos han establecido que las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011) causan efectos desfavorables. Una evaluación de los efectos de dichas subvenciones puede estar informada, en parte, por las constataciones formuladas en el procedimiento inicial relativas a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM, incluidas las subvenciones expiradas, en la capacidad de Airbus para lanzar los productos LCA en cuestión en el procedimiento inicial en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>1036</sup> Estas constataciones describen el diseño, la estructura y el funcionamiento de las subvenciones expiradas y la manera en que "repercutieron" en las operaciones de Airbus hasta el final de 2006".<sup>1037</sup> Por consiguiente, no descartamos que las subvenciones expiradas puedan ser pertinentes para nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial como parte de un modelo de análisis que trata de comprender los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación.

Unión Europea afirmó que, en su análisis de los efectos desfavorables, el Grupo Especial tendría que separar y distinguir los efectos de las subvenciones expiradas de los efectos de las subvenciones existentes y basar su análisis de los efectos desfavorables solo en las subvenciones existentes. (*Ibid.*, nota 217 al párrafo 158 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 1099)). Los Estados Unidos además sostienen que, aunque la Unión Europea "no ha formulado explícitamente ese argumento {en la apelación}, es una consecuencia lógica de la posición de la {Unión Europea} y demuestra el absurdo de dicha posición". (*Ibid.*, nota 217 al párrafo 158).

<sup>1031</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 160.

<sup>1032</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 160. También señalamos el argumento formulado por los Estados Unidos ante el Grupo Especial de que las subvenciones de AEP/FEM expiradas "todavía tienen efectos actuales en la competencia debido a los efectos duraderos de la AEP/FEM y a la pauta persistente de subvencionar un programa de LCA de Airbus tras otro y conceder a Airbus nuevas AEP/FEM". (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 325 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1033</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda VI* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá*), párrafos 102-103; informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz* (párrafo 5 del artículo 21 - *Estados Unidos*), párrafo 121.

<sup>1034</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios* (párrafo 5 del artículo 21 - *Argentina*), párrafo 136. Sin embargo, señalamos que en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, incumbe al reclamante la carga de demostrar que existe una incompatibilidad de la "medida destinada a cumplir" con las normas de la OMC al final del plazo para la aplicación. A este respecto, el Grupo Especial también reconoció la importancia de no "simplemente transponer" constataciones del procedimiento inicial al presente procedimiento. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1462).

<sup>1035</sup> Véase la sección 5.4.2 del presente informe.

<sup>1036</sup> Como se explica en la sección 5.6 del presente informe, el Grupo Especial se refirió a esos efectos como los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1492, 6.1536 y 6.1777).

<sup>1037</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1461.



5.411. A la luz de lo anterior, discrepamos de la Unión Europea en que se desprenda *necesariamente* de la manera en que el Grupo Especial caracterizó el alcance de la obligación de cumplimiento prevista en el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC que las constataciones de efectos desfavorables formuladas por el Grupo Especial deban revocarse en relación con cada uno de los mercados de países y productos específicos respecto de los cuales los Estados Unidos formularon sus alegaciones.<sup>1038</sup> Señalamos que el análisis de los efectos desfavorables realizado por el Grupo Especial llevó a su conclusión definitiva de que "la Unión Europea y determinados Estados miembros no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de 'adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{} la subvención'".<sup>1039</sup> En nuestra opinión, la cuestión de si el Grupo Especial tenía una base suficiente para llegar a esta conclusión definitiva solo puede responderse tras un examen detenido del razonamiento y el análisis del Grupo Especial, en particular, su análisis relativo a los efectos desfavorables de las subvenciones de AEP/FEM *existentes* que se mantienen u otorgan en el período posterior a la aplicación. Por lo tanto, no desestimamos la totalidad del análisis del Grupo Especial relativo a los efectos desfavorables únicamente sobre la base de su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 de Acuerdo SMC. Más bien, no descartamos que la cuestión pertinente en el presente procedimiento sobre el cumplimiento —es decir, si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables— pueda seguir respondiéndose sobre la base del análisis efectuado por el Grupo Especial de las subvenciones existentes. Un análisis de las subvenciones expiradas es pertinente a tal efecto en la medida en que arroje luz sobre si las subvenciones de AEP/FEM otorgadas o mantenidas por la Unión Europea en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables.

5.412. Teniendo presentes estas consideraciones, procedemos a examinar el análisis que llevó al Grupo Especial a su conclusión definitiva sobre los efectos desfavorables. Como se explica *infra*, nuestro examen se centrará en las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos de las subvenciones que la Unión Europea siguió otorgando o manteniendo en el período posterior a la aplicación, incluidas, en particular, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB de Airbus, que no han expirado.<sup>1040</sup>

## 5.6 Artículos 5 y 6, y párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC: efectos desfavorables

5.413. Tras haber constatado que los Estados Unidos habían establecido que la Unión Europea no ha "retirado la subvención" en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC<sup>1041</sup>, el Grupo Especial pasó a examinar la alegación de los Estados Unidos de que la Unión Europea no había "adopta{do} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" como exige esta disposición. El Grupo Especial consideró que la cuestión que tenía ante sí era "si ... las subvenciones impugnadas *continúan* causando un perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos después del 1º de diciembre de 2011, es decir, después de concluido el plazo para la aplicación".<sup>1042</sup> Para empezar, tras haber rechazado la alegación de la Unión Europea de que ha retirado determinadas subvenciones de AEP/FEM en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC como consecuencia de su expiración<sup>1043</sup>, el Grupo Especial desestimó la afirmación de la Unión Europea de que debía excluir del análisis de los efectos desfavorables las subvenciones impugnadas que habían expirado.<sup>1044</sup> Por lo tanto, en el marco del análisis del Grupo Especial relativo a los efectos desfavorables, la referencia a las subvenciones de AEP/FEM "impugnadas"

<sup>1038</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 187-189.

<sup>1039</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.2.

<sup>1040</sup> Véanse los párrafos 5.554-5.557 *infra*. Asimismo, recordamos la constatación del Grupo Especial de que las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 y el A340-500/600 habían expirado, respectivamente, [ICC], es decir, después de concluido el plazo para la aplicación. (Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879 y nota 1600 al párrafo 6.907) Señalamos que estas aeronaves eran productos derivados, respectivamente, del A330 y el A340. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1622) Como se analizará más detalladamente en las secciones 5.6.3 y 5.6.4 del presente informe, observamos que el Grupo Especial no formuló constataciones relacionadas específicamente con los efectos de estas dos subvenciones y centramos nuestro análisis en las subvenciones con respecto a las que el Grupo Especial formuló constataciones, a saber, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB.

<sup>1041</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1102.

<sup>1042</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1104. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1043</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1107 (donde se hace referencia a la sección 6.6.2 del informe del Grupo Especial). Véase también la sección 5.6.3.1 del presente informe.

<sup>1044</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1106-6.1107. Véanse también los párrafos 6.1449-6.1450.



abarca *todas* las subvenciones de AEP/FEM otorgadas por la Unión Europea hasta la fecha, incluidas las que el Grupo Especial constató que habían expirado, así como las existentes en el período posterior a la aplicación.<sup>1045</sup>

5.414. El Grupo Especial empezó abordando dos cuestiones "previas".<sup>1046</sup> En primer lugar, el Grupo Especial desestimó el argumento de la Unión Europea de que, para acreditar sus alegaciones sobre el desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos deben demostrar que su producto supuestamente objeto de desplazamiento u obstaculización es un "producto similar no subvencionado".<sup>1047</sup> En segundo lugar, el Grupo Especial discrepó de la afirmación de la Unión Europea de que los Estados Unidos no habían establecido la existencia de los tres supuestos mercados de productos LCA a los efectos de su reclamación<sup>1048</sup>, y constató, en cambio, que los mercados identificados por los Estados Unidos representaban los tres segmentos en los que normalmente tendría lugar la mayoría de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes.<sup>1049</sup>

5.415. Por lo que respecta a los efectos actuales de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas en los tres segmentos de mercado de productos pertinentes<sup>1050</sup>, el Grupo Especial trató de determinar si las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, como grupo combinado<sup>1051</sup>, son una causa "auténtica y sustancial" de perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido de los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. El Grupo Especial dividió su análisis en tres partes.

5.416. Las dos primeras partes se refieren a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM, es decir, los efectos de dichas subvenciones *en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado* determinados modelos de LCA de Airbus en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>1052</sup> En primer lugar, el Grupo Especial analizó los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en las aeronaves A320, A330 y A380, y constató que las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB continúan siendo una causa auténtica y sustancial de la actual presencia en el mercado de las familias de LCA de Airbus A320, A330 y A380.<sup>1053</sup> En segundo lugar, tras analizar los "efectos producto" de *todas las* subvenciones de AEP/FEM impugnadas en el A350XWB, el Grupo Especial constató que estas subvenciones, a

<sup>1045</sup> Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1104 y 6.1440. Como se explica más detalladamente *infra*, nuestro examen del análisis del Grupo Especial sobre los efectos desfavorables se centra en las constataciones del Grupo Especial relativas a un subconjunto de estas subvenciones impugnadas, a saber, las existentes en el período posterior a la aplicación.

<sup>1046</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1107.

<sup>1047</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1114 y 6.1154.

<sup>1048</sup> Los tres mercados de productos son: el mercado de LCA de pasillo único correspondiente a las familias de LCA de Airbus A320neo y A320ceo, y de Boeing 737MAX y 737NG; el mercado de LCA de doble pasillo correspondiente a las familias de LCA de Airbus A330 y A350XWB, y de Boeing 767, 777 y 787; y el mercado de VLA correspondiente a las familias de Airbus A380 y de Boeing 747. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1411).

<sup>1049</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416.

<sup>1050</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1417. Antes de examinar esta cuestión, el Grupo Especial examinó la cuestión preliminar relativa al período de referencia y consideró que las alegaciones de incumplimiento de los Estados Unidos solo prosperarían si podían establecer la existencia de un perjuicio grave *presente* en el sentido de los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011). (*Ibid.*, párrafos 6.1441-6.1444).

<sup>1051</sup> Como se analiza más detalladamente en los párrafos 5.563 y 5.593 *infra*, el Grupo Especial, al igual que el Grupo Especial inicial, llevó a cabo una evaluación conjunta de los efectos de todas las subvenciones de AEP/FEM porque eran similares en su "diseño, estructura y funcionamiento". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1448). El Grupo Especial señaló además que, al combinar los efectos de las subvenciones, el Grupo Especial inicial había examinado "la medida en que los efectos directos e indirectos de la AEP/FEM, por sí solos y en combinación, permitieron a Airbus lanzar, desarrollar e introducir en el mercado cada uno de los modelos de LCA existentes en el período de referencia 2001-2006". (*Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1052</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1492, 6.1536 y 6.1777. Véanse también los párrafos 6.1448, 6.1464 y 6.1480. Como se analiza más detalladamente *infra*, el Grupo Especial constató que los "efectos producto" de la AEP/FEM consistían en "efectos directos" y "efectos indirectos", en función de si los efectos afectaban a la capacidad de Airbus para lanzar el modelo de LCA concreto específicamente financiado por la subvención de AEP/FEM (directos) u otros modelos de LCA (indirectos). (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1492. Véanse también los párrafos 5.563 y 5.593 *infra*).

<sup>1053</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1534. Véase también el párrafo 7.1.d.xii.

excepción de las AEP/FEM otorgadas para las aeronaves A300 y A310, son una causa auténtica y sustancial de la presencia actual en el mercado de la familia de LCA de Airbus A350XWB.<sup>1054</sup>

5.417. En tercer lugar, al analizar la repercusión de los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas en los mercados de productos pertinentes, el Grupo Especial constató que todos los pedidos de LCA de Airbus que los Estados Unidos identificaron en el período posterior a la aplicación representaron una pérdida de ventas "significativa" para la rama de producción de LCA estadounidense.<sup>1055</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa auténtica y sustancial de:

pérdida de ventas significativa en los mercados mundiales ... de pasillo único, de doble pasillo y de {VLA}, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, lo que constituye un perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC ....<sup>1056</sup>

El Grupo Especial además constató que, de no existir las subvenciones de AEP/FEM, el volumen de las entregas y las cuotas de mercado que se habrían alcanzado en la rama de producción de LCA estadounidense habrían sido superiores a su nivel actual en todos los mercados de productos pertinentes.<sup>1057</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa "auténtica y sustancial" de:

... desplazamiento y/u obstaculización de las importaciones de un producto similar de los Estados Unidos en los mercados ... de pasillo único, de doble pasillo y de {VLA} de la Unión Europea, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC, lo que constituye un perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC<sup>1058</sup>; {y}

... desplazamiento y/u obstaculización de las exportaciones en el mercado de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, el mercado de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur y el mercado de {VLA} de Australia, China, Corea, los Emiratos Árabes Unidos y Singapur, en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, lo que constituye un perjuicio grave a los intereses de los Estados Unidos en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC<sup>1059</sup>

5.418. La Unión Europea apela las constataciones del Grupo Especial con respecto a ambas cuestiones "previas", alegando que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la existencia de las subvenciones concedidas a los productos LCA estadounidenses<sup>1060</sup> y que incurrió en error en su identificación de los mercados de productos pertinentes por lo que respecta a su análisis de los efectos desfavorables.<sup>1061</sup> La Unión Europea también alega que el Grupo Especial incurrió en error al formular sus constataciones relativas a: i) los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en las aeronaves A320, A330 y A380<sup>1062</sup>; ii) los "efectos producto" de subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB en el A350XWB<sup>1063</sup>; iii) y la relación causal entre las subvenciones pertinentes, por una parte, y la pérdida de ventas y el

<sup>1054</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1778. Véase también el párrafo 7.1.d.xiii.

<sup>1055</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1798.

<sup>1056</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xvi.

<sup>1057</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817.

<sup>1058</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiv.

<sup>1059</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xv. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial "no formuló ninguna determinación respecto de la alegación de los Estados Unidos de *amenaza* de desplazamiento y obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea, dado que los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que considerara esa alegación solo si rechazaba las alegaciones de perjuicio grave *actual*". (*Ibid.*, párrafo 6.1818 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página). Véase también el párrafo 7.1.d.xix)

<sup>1060</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 641-750.

<sup>1061</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 533-640.

<sup>1062</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 832-884.

<sup>1063</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 885-913.

"desplazamiento y/u obstaculización" en determinados países y mercados de productos, por otra parte.<sup>1064</sup> Abordamos sucesivamente estas alegaciones de error.

### 5.6.1 Producto similar no subvencionado

5.419. Pasamos ahora a examinar la apelación de la Unión Europea relativa a la pertinencia de la expresión "producto similar no subvencionado", que figura en el párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC, a los efectos de evaluar las alegaciones de perjuicio grave formuladas al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC. Según la Unión Europea, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que: i) no tenía ante sí un "asunto nuevo"<sup>1065</sup>; y ii) no existían, en cualquier caso, "razones imperativas" para que el Grupo Especial se apartara de las constataciones del Grupo Especial inicial sobre la relación existente entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1066</sup> Además, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto que tenía ante sí, contrariamente al deber que le impone el artículo 11 del ESD.<sup>1067</sup>

5.420. Ante el Grupo Especial, la Unión Europea presentó dos líneas argumentales principales al respecto. En primer lugar, la Unión Europea adujo que el Acuerdo SMC establece una medida correctiva con arreglo al párrafo 3 b) del artículo 6 *solo* para situaciones en las que el Miembro reclamante haya demostrado que su producto similar no está subvencionado. Según la Unión Europea, los Estados Unidos, por lo tanto, tenían la obligación de establecer que las LCA de Boeing (el producto similar en cuestión) "no estaban subvencionadas" para acreditar las alegaciones de perjuicio grave que habían formulado al amparo de dicha disposición.<sup>1068</sup> La Unión Europea se refirió a este argumento como su argumento de "manos limpias".<sup>1069</sup> Además, la Unión Europea alegó que la subvención del producto similar debía, "en cualquier caso, tenerse en cuenta en la evaluación de la relación causal, de manera debidamente equilibrada, orientada por las aclaraciones intermedias del Órgano de Apelación sobre la relación existente entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6".<sup>1070</sup> La Unión Europea se refirió a este segundo argumento como su argumento de "relación causal"<sup>1071</sup>, y explicó en apelación que este era su argumento principal<sup>1072</sup> en relación con la pertinencia del párrafo 4 del artículo 6 en la presente diferencia. Según la Unión Europea, el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de pronunciarse sobre estos argumentos basándose en su opinión de que el Grupo Especial inicial había formulado una decisión sobre el "asunto" y no existían "razones imperativas" para "reabrir" el asunto y decidir algo distinto.<sup>1073</sup>

5.421. Comenzamos por presentar un breve resumen de las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, antes de pasar a los argumentos planteados por las partes ante el Grupo Especial y las constataciones del Grupo Especial en el presente procedimiento sobre el cumplimiento. Después, exponemos los argumentos formulados por los participantes en apelación, empezando por un examen del enfoque que el Grupo Especial adoptó con respecto a las preguntas planteadas por la Unión Europea.

#### 5.6.1.1 Constataciones formuladas en el procedimiento inicial

5.422. Ante el Grupo Especial inicial, las Comunidades Europeas habían alegado que el desplazamiento u obstaculización previsto en el "párrafo 3 b) del artículo 6 {sólo puede demostrarse} si el Miembro reclamante no proporciona una subvención, en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, al producto similar exportado".<sup>1074</sup> El Grupo Especial inicial consideró que el

<sup>1064</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 914-958 y 966-1056.

<sup>1065</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 700 y 717.

<sup>1066</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 724.

<sup>1067</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 724.

<sup>1068</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.114.

<sup>1069</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 645.

<sup>1070</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 714. (no se reproducen las cursivas ni la nota de pie de página) Véase también la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 706-727.

<sup>1071</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 645.

<sup>1072</sup> Respuesta de la Unión Europea a las preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>1073</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 686-698.

<sup>1074</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1762. (no se reproducen las cursivas)

argumento de las Comunidades Europeas se basaba en la presunción de que el párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC establece un "instrumento ... exclusivo para demostrar el desplazamiento u obstaculización de exportaciones al mercado de un tercer país en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1075</sup> Por consiguiente, procedió a examinar si esto era así o si, por el contrario, el desplazamiento y la obstaculización podían demostrarse, en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6, sin referencia al párrafo 4 del artículo 6.

5.423. Recordando la constatación formulada por el Grupo Especial en *Indonesia - Automóviles*<sup>1076</sup>, el Grupo Especial inicial constató que "el párrafo 4 del artículo 6 describe una situación concreta", en la que "el producto similar del Miembro reclamante no está subvencionado" y en la que un aumento de la cuota de mercado del producto subvencionado "basta{ría} para la acreditación *prima facie* de desplazamiento u obstaculización en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1077</sup> No obstante, el Grupo Especial señaló que aunque los Estados Unidos habían hecho una alegación al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, al que se hace referencia en el párrafo 4 del artículo 6 de dicho Acuerdo, "no pretend{ía}n invocar la *norma especial* establecida en el párrafo 4 del artículo 6, y simplemente afirma{ba}n que ha{bía}n demostrado que el desplazamiento u obstaculización de sus exportaciones a mercados de terceros países e{ra} efecto de las subvenciones en litigio".<sup>1078</sup> El Grupo Especial inicial consideró que su lectura del párrafo 4 del artículo 6 llevaba "a concluir que si se satisfacen las circunstancias enunciadas en dicho artículo ya no e{ra} necesaria una nueva evaluación de si los cambios en la cuota de mercado {era}n 'efecto de la subvención'".<sup>1079</sup>

5.424. Tras haber formulado estas observaciones, el Grupo Especial inicial constató que nada en el texto del párrafo 4 del artículo 6 "sugiere que el análisis en él establecido constituye el único medio de demostrar el desplazamiento u obstaculización de exportaciones a los efectos del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1080</sup> El Grupo Especial inicial consideró que el uso de las palabras "se entenderá que hay" indicaba que puede haber otras circunstancias, no establecidas en el párrafo 4 del artículo 6, en las que un Miembro podría demostrar el desplazamiento u obstaculización a los efectos del párrafo 3 b) del artículo 6. El Grupo Especial inicial añadió que, "en lugar de limitar las circunstancias en las que puede satisfacerse lo dispuesto en el párrafo 3 b) del artículo 6", el párrafo 4 del artículo 6 simplemente "brinda orientación adicional para la aplicación de esa disposición en determinadas circunstancias específicas".<sup>1081</sup>

5.425. Sobre la base de este razonamiento, el Grupo Especial inicial rechazó la opinión de las Comunidades Europeas de que "el párrafo 4 del artículo 6 constitu{ía} la única base para una constatación de desplazamiento u obstaculización en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1082</sup> Al hacerlo, el Grupo Especial inicial subrayó que la interpretación que sugerían las Comunidades Europeas significaría que el Acuerdo SMC "solo establece una medida correctiva del desplazamiento u obstaculización de exportaciones en mercados de terceros países en los casos en que se ha demostrado que el producto del Miembro reclamante está subvencionado".<sup>1083</sup> El Grupo Especial inicial lo caracterizó como "una especie de prescripción de 'manos limpias' de los

<sup>1075</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1766.

<sup>1076</sup> El Grupo Especial en el asunto *Indonesia - Automóviles* constató lo siguiente:

Si el tipo de análisis establecido en el párrafo 4 del artículo 6 es adecuado en el presente caso, los reclamantes podrían aducir la pretensión de desplazamiento u obstaculización demostrando simplemente que la cuota de mercado de un producto subvencionado ha aumentado a lo largo de un plazo adecuadamente representativo. Si, por el contrario, el tipo de análisis establecido en el párrafo 4 del artículo 6 no es adecuado en el presente caso, los reclamantes tendrán que demostrar que "*la subvención tiene por efecto*" desplazar u obstaculizar las importaciones en Indonesia, es decir, que han perdido ventas en concepto de exportación a Indonesia que de no ser así habrían realizado, y que esas exportaciones se perdieron como consecuencia de las subvenciones proporcionadas con arreglo al Programa de Automóviles Nacionales.

(Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 14.209 (las cursivas figuran en el original)) (Véase también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1767).

<sup>1077</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1767.

<sup>1078</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1768. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>1079</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1769.

<sup>1080</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1769.

<sup>1081</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1769.

<sup>1082</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1770.

<sup>1083</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1770. (no se reproducen las cursivas)

Miembros reclamantes como *requisito previo* para formular una alegación al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1084</sup>

5.426. El Grupo Especial inicial halló respaldo para su opinión en la historia de las negociaciones del artículo 6 del Acuerdo SMC. En particular, consideró que su lectura del párrafo 3 del artículo 6:

encaja con la estructura global del artículo 6 tal como se negoció y adoptó originalmente, con distintas obligaciones probatorias para establecer el perjuicio grave, que abarcan desde lo que "se considerará" perjuicio grave en el caso de determinadas subvenciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 6 hasta un criterio, aplicable a Miembros reclamantes con "manos limpias", es decir, con un producto competidor no subvencionado, menos estricto que el requisito de demostrar que los efectos de desplazamiento u obstaculización en el mercado se deben a las subvenciones.<sup>1085</sup>

5.427. Ninguna de las partes apeló estas constataciones y el OSD adoptó el informe del Grupo Especial inicial, modificado por el informe del Órgano de Apelación respecto de otras cuestiones. En consecuencia, el Órgano de Apelación no tuvo la ocasión de examinar las constataciones del Grupo Especial inicial a este respecto. No obstante, al completar —al menos en cierta medida— el análisis jurídico de las alegaciones sobre el desplazamiento formuladas por los Estados Unidos al amparo de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación hizo determinadas declaraciones en relación con los párrafos 3 y 4 del artículo 6. El Órgano de Apelación constató que, si bien hay desplazamiento de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 6 "si las importaciones de un producto similar del Miembro reclamante están disminuyendo en el mercado del Miembro que concede la subvención y están siendo sustituidas por el producto subvencionado", de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 6, hay desplazamiento "cuando las exportaciones del *producto similar del Miembro reclamante* están disminuyendo en el mercado del tercer país de que se trate, y están siendo sustituidas por exportaciones del producto subvencionado".<sup>1086</sup> Con respecto al párrafo 4 del artículo 6, el Órgano de Apelación señaló que, de conformidad con esta disposición, las variaciones en las cuotas de mercado pertinentes se demostrarán "durante un período apropiadamente representativo, suficiente para demostrar tendencias claras en la evolución del mercado del producto afectado".<sup>1087</sup>

#### **5.6.1.2 Argumentos formulados ante el Grupo Especial y constataciones del Grupo Especial en el procedimiento sobre el cumplimiento**

5.428. Ante el Grupo Especial, la Unión Europea adujo que, para que los Estados Unidos acreditaran sus alegaciones sobre el desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, "los Estados Unidos deb{ían} demostrar, a tenor del párrafo 4 del artículo 6, que {su} producto supuestamente objeto de desplazamiento u obstaculización en todo mercado de un tercer país pertinente e{ra} un 'producto similar no subvencionado'".<sup>1088</sup> La Unión Europea afirmó que "el hecho de que ahora exist{ier}a una determinación multilateral {en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación)} de que los 'productos similares' de los Estados Unidos est{aba}n subvencionados significa{ba} que las circunstancias fácticas pertinentes ha{bía}n cambiado" de tal manera que "ahora el Grupo Especial sobre el cumplimiento t{enía} ante sí un 'asunto' nuevo que se deb{ía} resolver".<sup>1089</sup> Además, la Unión Europea adujo que habida cuenta del contexto del párrafo 4 del artículo 6, "la existencia de dicha subvención" era algo que el Grupo Especial tenía que tener en cuenta en su evaluación de la relación causal y de la no atribución.<sup>1090</sup> La Unión Europea alegó que, en cualquier

<sup>1084</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1770. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>1085</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1771.

<sup>1086</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1170. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>1087</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1166. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1088</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1114.

<sup>1089</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1115 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 708-712).

<sup>1090</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 645. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1116.

caso, existían "razones imperativas" para revisar la interpretación que hizo el Grupo Especial inicial de la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1091</sup>

5.429. En respuesta, los Estados Unidos afirmaron que "los argumentos relativos al 'producto similar no subvencionado' ... en esta diferencia sobre el cumplimiento ya se abordaron y rechazaron en las constataciones que no fueron objeto de apelación formuladas en el procedimiento inicial y que adoptó el OSD", lo que "significa{ba} que la Unión Europea no t{enía} derecho a reabrir el asunto".<sup>1092</sup> Según los Estados Unidos, la afirmación de la Unión Europea de que el Grupo Especial tenía ante sí un "asunto" nuevo "habida cuenta del supuesto 'cambio en los hechos' se basa{ba} en una caracterización errónea de las constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial".<sup>1093</sup> Los Estados Unidos afirmaron que "el rechazo por el Grupo Especial inicial de los argumentos planteados por las Comunidades Europeas relativos a la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 se basó en una interpretación jurídica, por lo que la cuestión de hecho de la existencia de subvención respecto de los productos similares de los Estados Unidos pasó a ser 'irrelevante en este asunto'".<sup>1094</sup> Además, los Estados Unidos discreparon de la afirmación de la Unión Europea de que existían "razones imperativas" para que el Grupo Especial revisara las constataciones del Grupo Especial inicial.<sup>1095</sup>

5.430. El Grupo Especial empezó su análisis señalando que, en el procedimiento inicial, "las Comunidades Europeas {habían seguido} esencialmente la misma línea argumental" que ahora presentaban en este procedimiento sobre el cumplimiento para respaldar su afirmación de que las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 debían rechazarse.<sup>1096</sup> El Grupo Especial recordó la constatación del Grupo Especial inicial de que "la expresión 'producto similar no subvencionado' que figura en el párrafo 4 del artículo 6 ... 'puede perfectamente requerir que un Miembro reclamante demuestre, en las circunstancias que contempla esa disposición, que su producto similar ... no está subvencionado'".<sup>1097</sup> No obstante, el Grupo Especial señaló que el Grupo Especial inicial había pasado a examinar "otra cuestión, a saber: 'si el párrafo 4 del artículo 6 {era} el instrumento necesario o exclusivo para demostrar el desplazamiento u obstaculización de exportaciones ... en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6, o si ... el desplazamiento y la obstaculización p{odía}n demostrarse, en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6, sin referencia al párrafo 4 del artículo 6'".<sup>1098</sup> El Grupo Especial consideró que la constatación del Grupo Especial inicial de que "el texto del párrafo 4 del artículo 6 no establecía el único medio por el que un Miembro reclamante podía demostrar el desplazamiento u obstaculización a los efectos del párrafo 3 b) del artículo 6 fue suficiente para llegar a una resolución sobre el argumento de las Comunidades Europeas".<sup>1099</sup> El Grupo Especial señaló además que "{l}a Unión Europea no apeló las constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial sobre esta cuestión, y el OSD adoptó el informe del Grupo Especial {inicial}, modificado por el Órgano de Apelación respecto de otras cuestiones".<sup>1100</sup>

5.431. El Grupo Especial entendió que la Unión Europea solicita ahora que este "{se pronuncie} sobre lo que es esencialmente la misma cuestión jurídica que se resolvió en el procedimiento inicial y/o revis{e} y modifi{que} las constataciones jurídicas del Grupo Especial inicial".<sup>1101</sup> El Grupo Especial analizó primero el argumento de la Unión Europea de que las "nuevas circunstancias fácticas significa{ba}n que el Grupo Especial ... t{enía} ante sí un 'asunto' nuevo" y que, por lo tanto, al Grupo Especial "no le est{aba} vedado analizar los argumentos de la Unión

<sup>1091</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1115.

<sup>1092</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1121 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 404-406, 409-410 y 412).

<sup>1093</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1122.

<sup>1094</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1122 (donde se cita la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 413-415 (el Grupo Especial no reproduce las cursivas ni la nota de pie de página)).

<sup>1095</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1122.

<sup>1096</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1126.

<sup>1097</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1127 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1765).

<sup>1098</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1127 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1766).

<sup>1099</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1130.

<sup>1100</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1131.

<sup>1101</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1131.

Europea relativos a la interpretación de los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6".<sup>1102</sup> El Grupo Especial constató, no obstante, que la interpretación que hizo el Grupo Especial inicial de la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 había sido lo "que {había decidido} el asunto"<sup>1103</sup>, y consideró que "la medida en que las LCA de Boeing estaban subvencionadas no desempeñó ningún papel en el análisis jurídico del Grupo Especial inicial".<sup>1104</sup> Según el Grupo Especial, las recomendaciones y resoluciones adoptadas en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* en relación con "la subvención de LCA de Boeing", por lo tanto, no significaba que el Grupo Especial tuviera ante sí "ahora ... un 'asunto' nuevo" "en lo que respecta al recurso de la Unión Europea al párrafo 4 del artículo 6 para rechazar las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1105</sup>

5.432. A continuación, el Grupo Especial pasó a abordar el argumento de la Unión Europea de que "exist{ía}n 'razones imperativas' para que el Grupo Especial ... revis{ara} la interpretación que hizo el Grupo Especial inicial de la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6" del Acuerdo SMC.<sup>1106</sup> El Grupo Especial comenzó por señalar que "el concepto de 'razones imperativas' se ha planteado, en general, en casos en que los grupos especiales se han apartado o se les ha pedido que se aparten de constataciones anteriores del Órgano de Apelación adoptadas en *diferencias distintas*".<sup>1107</sup> El Grupo Especial recordó las constataciones formuladas en el asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)* donde el Grupo Especial había indicado los tipos de consideraciones que podrían justificar, en determinados casos, que un grupo especial adoptara una interpretación diferente.<sup>1108</sup> Remitiéndose al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Acero inoxidable (México)*, el Grupo Especial expresó la opinión de que "grupo especial sobre el cumplimiento estaría cometiendo un error de derecho" si revisara y reconsiderara los aspectos de fondo de una interpretación jurídica formulada por el grupo especial encargado del procedimiento inicial de la misma diferencia, cuando "esa interpretación jurídica no haya sido objeto de apelación y, en última instancia, haya sido objeto de recomendaciones y

<sup>1102</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1132 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 709-710).

<sup>1103</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1135.

<sup>1104</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1136.

<sup>1105</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1138.

<sup>1106</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1139 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 657; y a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 713 y 727).

<sup>1107</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1140 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero inoxidable (México)*, párrafos 160-162; y *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 362; y a los informes de los Grupos Especiales, *China - Tierras raras*, párrafos 7.55-7.61; y *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 7.315-7.317). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1108</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1143 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 7.315-7.317). En el asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, el Grupo Especial señaló que, aunque el Órgano de Apelación no ha definido el concepto de "razones imperativas", su referencia a "razones imperativas" debe ser examinada en el contexto de sus demás declaraciones relativas a la jerarquía prevista en el ESD entre el propio Órgano de Apelación y los grupos especiales, los objetivos que pueden alcanzarse mediante el desarrollo de una jurisprudencia uniforme, coherente y previsible, y las preocupaciones que ha expresado cuando un grupo especial se ha apartado de su jurisprudencia anterior. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 7.316). Por consiguiente, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

A nuestro entender, las razones "imperativas", es decir, las razones que pudieran justificar, en determinados casos, que un grupo especial adoptara una interpretación diferente, serían, entre otras, las siguientes: i) una interpretación multilateral de una disposición de los acuerdos abarcados, de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, que se desvíe de una interpretación anterior del Órgano de Apelación; ii) una demostración de que la interpretación anterior del Órgano de Apelación ha resultado ser inviable en unas determinadas circunstancias comprendidas en el ámbito de aplicación de la obligación de que se trate; iii) una demostración de que la interpretación anterior del Órgano de Apelación da lugar a un conflicto con otra disposición de un acuerdo abarcado que no se ha sometido al Órgano de Apelación; o iv) una demostración de que la interpretación del Órgano de Apelación se basaba en una premisa no ajustada a los hechos.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafo 7.317).

resoluciones adoptadas por el OSD".<sup>1109</sup> En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que no estaba convencido de que la "Unión Europea t{uviese} derecho a reabrir las constataciones del Grupo Especial inicial respecto de sus argumentos sobre la pertinencia del párrafo 4 del artículo 6 ... en relación con las alegaciones planteadas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1110</sup> En cualquier caso, el Grupo Especial constató que, "aunque fuera jurídicamente admisible que un grupo especial sobre el cumplimiento revisara una interpretación jurídica formulada por un grupo especial inicial que no haya sido objeto de apelación y que haya sido adoptada por el OSD en la misma diferencia"<sup>1111</sup>, las explicaciones ofrecidas por la Unión Europea no "constitu{í}an 'razones imperativas'".<sup>1112</sup> Sobre esta base, el Grupo Especial desestimó la solicitud de la Unión Europea de que rechazase la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC habida cuenta de las recomendaciones y resoluciones adoptadas en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* en relación con las subvención de LCA de Boeing.<sup>1113</sup>

### 5.6.1.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación

5.433. Como se ha señalado, la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que al abordar la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial debía tener en cuenta el contexto del párrafo 4 del artículo 6, incluida, en particular, la expresión "producto similar no subvencionado", cuando evaluara las afirmaciones de los Estados Unidos sobre la cuestión de la relación causal.<sup>1114</sup> En apelación, la Unión Europea subraya que había aducido no solo que "toda subvención al producto similar excluiría o frustraría una alegación al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 (el argumento inicial de 'manos limpias'), sino también que "la existencia de dicha subvención era algo que el Grupo Especial ... debía tener en cuenta, en cualquier caso, en su evaluación de la relación causal y la no atribución en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6 (el argumento de 'relación causal')".<sup>1115</sup> La Unión Europea añadió que "existía ahora, por primera vez, una determinación multilateral expresa en {*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*} a los efectos de que los productos similares a que aluden los Estados Unidos (LCA de Boeing) están subvencionados".<sup>1116</sup> En opinión de la Unión Europea, la constatación del Grupo Especial de que "no había ante sí un asunto nuevo"<sup>1117</sup>, es errónea porque "{un} 'asunto' comprende necesariamente los términos del tratado que las partes identifican como marco de la obligación cuyo incumplimiento (debidamente aclarado) se ha alegado, así como los hechos específicos identificados tanto por el reclamante como por el demandado".<sup>1118</sup> Por consiguiente, la Unión Europea reprocha al Grupo Especial no haber tenido en cuenta "el hecho de que, entre el procedimiento inicial y el procedimiento sobre el cumplimiento, las tesis interpretativas presentadas ... y los hechos mencionados por la Unión Europea al referirse al párrafo 4 del artículo 6 han cambiado".<sup>1119</sup>

5.434. La Unión Europea además afirma que los Estados Unidos formularon una alegación al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6, en respuesta a la cual "la Unión Europea se refirió al párrafo 4 del artículo 6 y también formuló determinadas afirmaciones fácticas y aportó determinadas pruebas en respaldo de su posición".<sup>1120</sup> Según la Unión Europea, "esto constituía el asunto que el Grupo Especial sobre el cumplimiento estaba obligado a evaluar objetivamente".<sup>1121</sup> Por lo tanto, la Unión Europea afirma que no estaba pidiendo al Grupo Especial que "reabriera" las constataciones

<sup>1109</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1142 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero inoxidable (México)*, nota 309 al párrafo 158). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1110</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1143.

<sup>1111</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1143.

<sup>1112</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1143.

<sup>1113</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1154.

<sup>1114</sup> Véase la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 701.

<sup>1115</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 645. (no se reproducen las negritas)

<sup>1116</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 703.

<sup>1117</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 705 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1138).

<sup>1118</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 710. (no se reproducen las negritas)

<sup>1119</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 712.

<sup>1120</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 726.

<sup>1121</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 726.



formuladas en el procedimiento inicial, sino "simplemente {le} pedía" que "aclarara las disposiciones jurídicas pertinentes, teniendo en cuenta las orientaciones intermedias ofrecidas por el Órgano de Apelación, y las aplicara a los argumentos y a la estructura fáctica planteados en el presente procedimiento sobre el cumplimiento".<sup>1122</sup>

5.435. Remitiéndose al artículo 11 del ESD, la Unión Europea también alega que el trato que el Grupo Especial dio a los argumentos de la Unión Europea pone de manifiesto "una falta de imparcialidad por parte del Grupo Especial".<sup>1123</sup> La Unión Europea menciona una serie de supuestas "matizaciones, omisiones y declaraciones erróneas", y sostiene que el Grupo Especial trató de proteger de "un examen una interpretación de los párrafos 3 b) y 4 de artículo 6 {hecha por el Grupo Especial inicial} que es claramente incorrecta".<sup>1124</sup> En particular, la Unión Europea alega que el Grupo Especial privó "a la Unión Europea de defender sus derechos en relación con este asunto" e indicó erróneamente que a la Unión Europea le "estaba vedado" impugnar una interpretación "adoptada" con anterioridad, "mientras al mismo tiempo reformulaba esa misma interpretación y eliminaba con carácter retroactivo elementos clave del razonamiento".<sup>1125</sup> La Unión Europea también identifica varios "elementos adicionales" que, según alega, "tomados en conjunto o en cualquier combinación" demuestran una infracción del artículo 11 del ESD.<sup>1126</sup>

5.436. Por su parte, los Estados Unidos recuerdan que el Grupo Especial inicial consideró que la cuestión que tenía ante sí era "si el párrafo 4 del artículo 6 e{ra} el instrumento necesario o exclusivo para demostrar el desplazamiento u obstaculización de exportaciones al mercado de un tercer país en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6, o si, por el contrario, el desplazamiento y la obstaculización p{odían} demostrarse, en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6, sin referencia al párrafo 4 del artículo 6".<sup>1127</sup> Según los Estados Unidos esto "era una cuestión *jurídica* respecto de la cual la existencia (o no) de subvenciones a grandes aeronaves civiles de Boeing carecía de pertinencia"<sup>1128</sup>, y el Grupo Especial "concluyó correctamente que el otorgamiento de subvenciones a grandes aeronaves civiles de Boeing no había desempeñado ningún papel en la interpretación jurídica del párrafo 4 del artículo 6 formulada por el Grupo Especial inicial, que no había sido objeto de apelación y que había sido adoptada por el OSD".<sup>1129</sup> Remitiéndose a los informes del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de la presente diferencia y en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, los Estados Unidos añaden que, si bien el Órgano de Apelación ha constatado que la frase del párrafo 4 del artículo 6 "durante un período apropiadamente representativo, suficiente para demostrar tendencias claras en la evolución del mercado del producto afectado" proporciona un contexto pertinente para la interpretación del párrafo 3 b) del artículo 6<sup>1130</sup>, no ha "constatado que las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 deban *en todos los casos* también cumplir *cada una de las disposiciones* previstas en el párrafo 4 del artículo 6".<sup>1131</sup> Los Estados Unidos añaden que "el párrafo 4 del artículo 6 no describe la única base sobre la que pueda demostrarse una alegación al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6"<sup>1132</sup>, y que "*aunque* existieran declaraciones intermedias pertinentes del Órgano de Apelación en otra diferencia, no está claro en absoluto que esas declaraciones permitieran a un Grupo Especial sobre el cumplimiento apartarse de constataciones del OSD adoptadas anteriormente".<sup>1133</sup>

5.437. Con respecto a las alegaciones de la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial "llevó a cabo una labor minuciosa y meditada al examinar las cuestiones que tenía ante sí" y que "es evidente que la afirmación {de la Unión

<sup>1122</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 746.

<sup>1123</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 718.

<sup>1124</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 718.

<sup>1125</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 718.

<sup>1126</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 718 y 749.

<sup>1127</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 371 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1766).

<sup>1128</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 371. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1129</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 372.

<sup>1130</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 395.

<sup>1131</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 379. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1132</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 381.

<sup>1133</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 382. (las cursivas figuran en el original)

Europea} no impugna una falta de objetividad en la evaluación del Grupo Especial sobre los hechos, sino la exactitud del análisis jurídico del Grupo Especial de que le est{aba} vedado examinar la interpretación que hizo el Grupo Especial inicial del párrafo 4 del artículo 6".<sup>1134</sup> Según los Estados Unidos, "si el Órgano de Apelación decide no tomar en consideración la afirmación {de la Unión Europea} respecto de la interpretación jurídica del párrafo 4 del artículo 6 que hizo el Grupo Especial inicial y que fue adoptada por el OSD, las alegaciones {de la Unión Europea} al amparo del artículo 11 merecerían un trato similar".<sup>1135</sup> En cualquier caso, los Estados Unidos afirman que la Unión Europea no ha identificado "errores específicos que s{ea}n tan importantes que, 'considerados conjunta o individualmente', socav{e}n la objetividad de la evaluación por el {G}ruppo {E}special del asunto sometido a su consideración".<sup>1136</sup>

5.438. Tras haber resumido los análisis efectuados por el Grupo Especial inicial y por el Grupo Especial, así como los argumentos de las partes en apelación, pasamos a abordar las cuestiones planteadas por la Unión Europea.

#### 5.6.1.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de abordar los argumentos planteados por la Unión Europea

5.439. Como se ha señalado *supra*, la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que: i) el Acuerdo SMC establece una medida correctiva para el desplazamiento u obstaculización de las exportaciones a mercados de terceros países en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6 *solo* en los casos en que el Miembro reclamante haya demostrado que su producto similar no está subvencionado; y ii) la subvención del producto similar, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta en la evaluación de la relación causal. Al hacerlo, la Unión Europea expresó preocupación, en particular, por lo siguiente: i) la descripción por el Grupo Especial inicial del párrafo 4 del artículo 6 como "norma especial"; ii) sus conclusiones, inferidas de la expresión "*shall include*" ("se entenderá que hay") de la primera frase del párrafo 4 del artículo 6, sobre la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6; iii) su referencia a los trabajos preparatorios; y v) su opinión sobre la manera en que su interpretación se adapta a la arquitectura general del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1137</sup>

5.440. Sobre la base de su examen de los argumentos formulados por la Unión Europea, el Grupo Especial consideró que la Unión Europea había articulado "razones" de por qué "*discrepa{ba}*" de las constataciones del Grupo Especial inicial con respecto a la relación entre las disposiciones pertinentes y determinados 'otros asuntos conexos mencionados' en el informe del Grupo Especial {inicial}".<sup>1138</sup> El Grupo Especial añadió que "las afirmaciones de la Unión Europea parec{ía}n ser argumentos que una parte podría plantear en una apelación de una interpretación jurídica ante el Órgano de Apelación".<sup>1139</sup> Como se ha explicado detalladamente *supra*, el Grupo Especial consideró, no obstante, que la interpretación que hizo el Grupo Especial inicial de la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 fue lo que "decidió el asunto"<sup>1140</sup> y, por lo tanto, se abstuvo de "reabrir las constataciones del Grupo Especial inicial respecto de {los} argumentos {de la Unión Europea} sobre la pertinencia del párrafo 4 del artículo 6 ... en relación con las alegaciones planteadas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1141</sup> A juicio del Grupo Especial, no existían "razones imperativas" para hacerlo.<sup>1142</sup>

5.441. Recordamos que los Estados Unidos alegaron ante el Grupo Especial que Boeing seguía experimentando el desplazamiento y/u obstaculización de sus exportaciones a determinados mercados de terceros países y aportaron pruebas en respaldo de su alegación al amparo del

<sup>1134</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 399.

<sup>1135</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 399.

<sup>1136</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 400 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Perú – Productos agropecuarios*, párrafo 5.66, en que a su vez se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1318; y *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 337 (los Estados Unidos no reproducen las notas a pie de página)).

<sup>1137</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1152.

<sup>1138</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1153. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1139</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1153.

<sup>1140</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1135.

<sup>1141</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1143.

<sup>1142</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1143.

párrafo 3 b) del artículo 6. Por su parte, la Unión Europea trató de refutar la alegación de los Estados Unidos remitiéndose al párrafo 4 del artículo 6 y a las orientaciones interpretativas ofrecidas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de la presente diferencia y en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* con respecto al sentido del párrafo 3 b) del artículo 6 y la pertinencia contextual del párrafo 4 del artículo 6.<sup>1143</sup> La Unión Europea también hizo referencia a las recomendaciones y resoluciones del OSD en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* por las que se establecía que las LCA de Boeing estaban subvencionadas, y adujo que estas debían tenerse en cuenta al evaluar las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6.<sup>1144</sup>

5.442. A nuestro juicio, el Grupo Especial tenía el deber, en virtud del artículo 11 del ESD, de pronunciarse sobre las alegaciones planteadas por los Estados Unidos en el presente procedimiento sobre el cumplimiento a la luz de las pruebas y los argumentos presentados por la Unión Europea y la jurisprudencia pertinente de la OMC. Para ello, el Grupo Especial debía examinar el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, incluida la relación existente entre esta disposición y el párrafo 4 del artículo 6, como ha aclarado el Órgano de Apelación en *el procedimiento inicial de la presente diferencia* y en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*. Asimismo, era apropiado que el Grupo Especial tuviera en cuenta las constataciones y el razonamiento del Grupo Especial inicial relativos al sentido del párrafo 4 del artículo 6. Señalamos, como lo hizo el Grupo Especial, que "una constatación incluida en el informe de un grupo especial y que *no ha sido objeto de apelación* y ha sido *adoptada* por el OSD debe ser tratada como una *resolución definitiva* de una diferencia entre las partes por lo que respecta a la *alegación en particular* y al componente *específico* de una medida que es el objeto de esa alegación".<sup>1145</sup>

5.443. Dicho esto, señalamos que la Unión Europea planteó argumentos y pruebas nuevos relativos a la pertinencia de la supuesta subvención al producto similar para refutar las nuevas alegaciones planteadas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 con respecto al período posterior a la aplicación, que es diferente del período de referencia abarcado en el procedimiento inicial. Al hacerlo, la Unión Europea recurrió a las orientaciones contextuales relativas a la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 ofrecidas por el Órgano de Apelación en *el procedimiento inicial de la presente diferencia*<sup>1146</sup> y en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*. En estas circunstancias, el Grupo Especial no podía simplemente negarse a abordar los argumentos y las pruebas que tenía ante sí al ocuparse de las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6; antes bien, el Grupo Especial estaba obligado a pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 a la luz de los argumentos planteados y las pruebas presentadas por ambas partes en la diferencia.<sup>1147</sup> Al negarse a *tomar plenamente en consideración* los hechos y circunstancias específicos del asunto actual y los argumentos jurídicos planteados por las partes en la diferencia, el Grupo Especial incumplió los deberes que le impone el artículo 11 del ESD. En consecuencia, declaramos superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1154 de su informe, relativa al recurso de la Unión Europea al párrafo 4 del artículo 6 para rechazar las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC. Tras haber llegado a esta conclusión, no consideramos necesario formular constataciones adicionales con respecto a la cuestión de si el Grupo Especial también incurrió en error al constatar que no existían "razones imperativas" para apartarse de las constataciones del Grupo Especial inicial o si el Grupo Especial

<sup>1143</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 727-728.

<sup>1144</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 645 y 703.

<sup>1145</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1140 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 93 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1146</sup> Señalamos a este respecto que las constataciones incluidas en el informe del Grupo Especial inicial sobre la cuestión del "producto similar no subvencionado" fueron adoptadas por el OSD junto con las orientaciones contenidas en el informe del Órgano de Apelación del mismo procedimiento inicial relativas a la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

<sup>1147</sup> Recordamos que, tras haber señalado que el artículo 11 del ESD prevé que un grupo especial "deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos", el Órgano de Apelación explicó que "{e}l 'asunto' está constituido tanto por los hechos (y, en particular, las medidas concretas en litigio) como por las alegaciones de derecho planteadas". (Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 105 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 73))

actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD por otros motivos, como alega la Unión Europea. No vemos cómo estas constataciones adicionales ayudarían a asegurar una "solución positiva" a la diferencia o una "solución satisfactoria de la cuestión".

5.444. Por consiguiente, procedemos a abordar los argumentos de la Unión Europea relativos a la relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1148</sup>

#### 5.6.1.4.1 La relación entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC

5.445. A nuestro entender, las cuestiones planteadas por la Unión Europea en apelación se refieren a dos preguntas fundamentales: i) ¿qué papel desempeña el párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC a los efectos de las alegaciones de perjuicio grave formuladas al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, incluido si puede considerarse que el párrafo 4 del artículo 6 prevé una vía exclusiva para demostrar el desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en el mercado de un tercer país a los efectos del párrafo 3 b) del artículo 6? y ii) ¿en qué medida, en su caso, la subvención al producto similar debe tenerse en cuenta en un análisis de los efectos desfavorables en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6?

5.446. Comenzando por el texto de las disposiciones pertinentes, señalamos que el párrafo 3 b) del artículo 6 prevé que puede haber perjuicio grave en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC cuando "la subvención tenga por efecto desplazar u obstaculizar las exportaciones de un producto similar de otro Miembro al mercado de un tercer país". Por lo tanto, el párrafo 3 b) del artículo 6 se refiere a la cuestión de si existe una "relación causal" entre la subvención impugnada y sus efectos. El párrafo 4 del artículo 6, en cambio, se refiere más directamente al fenómeno de mercado pertinente causado por la subvención, es decir, el "desplazamiento u obstaculización de las exportaciones". En la primera frase del párrafo 4 del artículo 6 se describe el vínculo entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6 de la manera siguiente:

A los efectos de las disposiciones del párrafo 3 b), *se entenderá que hay* desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en todos los casos en que, a reserva de las disposiciones del párrafo 7, se haya demostrado que se ha producido una variación de las cuotas de mercado relativas desfavorable al producto similar no subvencionado (durante un período apropiadamente representativo, suficiente para demostrar tendencias claras en la evolución del mercado del producto afectado, que en circunstancias normales será por lo menos de un año).<sup>1149</sup>

5.447. El uso de las palabras "se entenderá que hay ... en todos los casos" en el párrafo 4 del artículo 6 indica que puede haber casos, *distintos de los establecidos* en el párrafo 4 del artículo 6, en los que un Miembro podría demostrar el "desplazamiento u obstaculización de las exportaciones" a los efectos del párrafo 3 b) del artículo 6. Por consiguiente, el párrafo 4 del artículo 6 *no* establece un medio exclusivo por el que demostrar el desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en el mercado de un tercer país.<sup>1150</sup> Al mismo tiempo, el párrafo 4 del artículo 6 ofrece orientaciones con respecto al sentido de los términos "desplazamiento" y "obstaculización", e indica que puede constatarse la existencia de estos fenómenos cuando "se haya demostrado que se ha producido una variación de las cuotas de mercado relativas desfavorable al producto similar no subvencionado". La segunda frase del párrafo 4 del artículo 6 indica que puede constatarse que existe dicha "variación de las cuotas de mercado relativas" cuando: a) "haya un aumento de la cuota de mercado del producto subvencionado"; b) "la cuota de mercado del producto subvencionado permanezca constante en circunstancias en que, de no existir la subvención, hubiera descendido"; c) la cuota de mercado del producto subvencionado descienda, pero a un ritmo inferior al del descenso que se habría producido de no existir la subvención".

5.448. No interpretamos que el párrafo 4 del artículo 6 exima de la prescripción de evaluar la relación causal; es decir, "que la subvención {en cuestión} tenga por efecto" cualquier variación

<sup>1148</sup> Véase la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 720-723.

<sup>1149</sup> Las cursivas no figuran en el original.

<sup>1150</sup> En cambio, el párrafo 7 del artículo 6 del Acuerdo SMC describe las circunstancias en las que no se constatará que existe el desplazamiento u obstaculización previstos en el párrafo 3 del artículo 6 de dicho acuerdo.

de las cuotas de mercado relativas desfavorable al producto similar no subvencionado. Habida cuenta de que el párrafo 4 del artículo 6 prevé que se formule una constatación del "desplazamiento u obstaculización de las exportaciones" "{a} los efectos del" párrafo 3 b) del artículo 6, parecería que el vínculo entre la subvención y los efectos pertinentes debe demostrarse sobre la base de una evaluación de si dicha subvención constituye una causa auténtica y sustancial de dichos efectos. Por lo tanto, más que indicar que un reclamante no estaría obligado a demostrar la existencia de una "relación causal" entre la subvención y sus efectos en la medida en que haya demostrado que su producto similar no está subvencionado, como parece haber indicado el Grupo Especial inicial<sup>1151</sup>, el párrafo 4 del artículo 6 ofrece orientaciones sobre *cómo* puede demostrarse la existencia de desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en determinados casos o situaciones.

5.449. Examinando el contexto del párrafo 3 b) del artículo 6, observamos que no hay ninguna disposición correspondiente similar al párrafo 4 del artículo 6 que aclare cómo puede demostrarse el desplazamiento y/u obstaculización con respecto a las "importaciones de un producto similar de otro Miembro en el mercado del Miembro que concede la subvención" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 6. Entendemos que la Unión Europea aduce que, cuando un reclamante plantea alegaciones al amparo tanto del párrafo 3 a) como del párrafo 3 b) del artículo 6, tendría que demostrar que su producto similar no está subvencionado a los efectos de cualquier alegación formulada al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6, pero no a los efectos de las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 a) del artículo 6. Nos resulta difícil ver que haya un fundamento para esta distinción habida cuenta de que tanto el párrafo 3 a) como el párrafo 3 b) del artículo 6 se refieren al desplazamiento y/u obstaculización, aunque en mercados geográficos diferentes. De hecho, como constató el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, el párrafo 4 del artículo 6 "se aplica a ambos fenómenos, tal como se alude a ellos en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6" y exige simplemente que, como en el caso del desplazamiento, una constatación de obstaculización debe basarse en pruebas de variaciones de la cuota de mercado relativa en favor del producto subvencionado a lo largo de un período suficientemente representativo, para demostrar 'tendencias claras' en la evolución del mercado de que se trate".<sup>1152</sup>

5.450. Asimismo, señalamos que el párrafo 3 c) del artículo 6 establece que puede haber perjuicio grave, en el sentido del apartado c) del artículo 5 del Acuerdo SMC, en casos en los que la subvención tenga por efecto una significativa subvaloración de precios del producto subvencionado en comparación con el precio de un producto similar de otro Miembro en el mismo mercado". Además, el párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo SMC establece lo siguiente:

*A los efectos de las disposiciones del párrafo 3 c), se entenderá que existe subvaloración de precios, en todos los casos en que se haya demostrado esa subvaloración de precios mediante una comparación de los precios del producto subvencionado con los precios de un producto similar no subvencionado suministrado al mismo mercado. La comparación se hará en el mismo nivel comercial y en momentos comparables, teniéndose debidamente en cuenta cualquier otro factor que afecte a la comparabilidad de los precios. No obstante, si no fuera posible realizar esa comparación directa, la existencia de subvaloración de precios podrá demostrarse sobre la base de los valores unitarios de las exportaciones.*<sup>1153</sup>

5.451. El párrafo 5 del artículo 6 aclara, por lo tanto, que "se entenderá que existe" subvaloración de precios en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 en todos los casos en que se haya demostrado esa subvaloración de precios mediante una comparación de los precios del producto subvencionado con los precios de "un producto similar no subvencionado" suministrado al mismo mercado. Consideramos que la relación entre los párrafos 3 c) y 5 del artículo 6 es similar a la que existe entre los párrafos 3 b) y 4 del artículo 6, en el sentido de que el párrafo 3 c) del artículo 6 se refiere en general a la cuestión de si existe una "relación causal" entre la subvención impugnada y los efectos sobre los precios pertinentes, mientras que el párrafo 5 del artículo 6 se refiere a uno de los fenómenos de mercado pertinentes mencionados en el párrafo 3 c) del artículo

<sup>1151</sup> Véase el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1769 y 7.1771.

<sup>1152</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1086.

<sup>1153</sup> Las cursivas no figuran en el original.

6, es decir, la "significativa subvaloración de precios" y cómo puede constatarse su existencia comparando determinados precios. Más que indicar que un reclamante no estaría obligado a demostrar una "relación causal" entre la subvención y la subvaloración de precios de un "producto similar no subvencionado", el párrafo 5 del artículo 6 ofrece una orientación sobre los precios que deben compararse para determinar si hay subvaloración. No encontramos respaldo en el párrafo 5 del artículo 6 para sostener que un reclamante estaría obligado en cada caso a demostrar que su producto similar no está subvencionado en el contexto de las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 c) del artículo 6.

5.452. La Unión Europea afirma que "el texto del párrafo 4 del artículo 6 debe tenerse en cuenta en *cualesquiera* circunstancias en que se aplique el párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1154</sup> En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación señaló que el párrafo 4 del artículo 6 "establece que habrá de demostrarse que se ha producido una variación de las cuotas de mercado relativas 'durante un período apropiadamente representativo, suficiente para demostrar tendencias claras en la evolución del mercado del producto afectado'".<sup>1155</sup> Además, remitiéndose a las constataciones que formuló en el procedimiento inicial de la presente diferencia, el Órgano de Apelación declaró en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* que "el efecto de una subvención debe examinarse 'durante un período suficientemente largo y que no está limitado a la campaña en que se pagó' porque la consideración de acontecimientos que cubren un período más largo 'proporciona una base más sólida para una evaluación de perjuicio grave'".<sup>1156</sup> El Órgano de Apelación añadió que el párrafo 4 del artículo 6 "se aplica a ambos fenómenos, tal como se alude a ellos en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6".<sup>1157</sup> y establece que, como en el caso del desplazamiento, una constatación de obstaculización "debe basarse en pruebas de variaciones de la cuota de mercado relativa en favor del producto subvencionado, durante un período suficientemente representativo, para demostrar 'tendencias claras' en la evolución del mercado de que se trate".<sup>1158</sup> Si bien coincidimos con la Unión Europea en que el párrafo 4 del artículo 6 constituye un contexto para una interpretación adecuada del párrafo 3 b) del artículo 6, no consideramos que de ello se desprenda que un reclamante debe en cada caso demostrar que su producto similar no está subvencionado para establecer la existencia del desplazamiento u obstaculización en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6. Tampoco hallamos respaldo para una afirmación así en los informes del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de la presente diferencia ni en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*. Como hemos señalado anteriormente, el párrafo 4 del artículo 6 y, en particular, su referencia al "producto similar no subvencionado", no establece una vía exclusiva por la que demostrar el desplazamiento u obstaculización de las exportaciones en el mercado de un tercer país.

5.453. La Unión Europea sostiene también, subsidiariamente, que la existencia de subvenciones al producto similar (LCA de Boeing) "era algo que el Grupo Especial ... debía tener en cuenta, en cualquier caso, en su evaluación de la relación causal y la no atribución en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6".<sup>1159</sup> En función de los argumentos y las pruebas que las partes sometían a la consideración de un grupo especial, puede ser pertinente que un grupo especial considere, como parte de su análisis de la relación causal, si el producto similar del reclamante está subvencionado. Sin embargo, no vemos ningún motivo por el que un grupo especial estaría obligado a determinar si un Miembro que concede una subvención está causando un fenómeno de

<sup>1154</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 644. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1155</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1166. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1156</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1081 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1166, en que a su vez se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 478).

<sup>1157</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1086.

<sup>1158</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1086.

<sup>1159</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 645. (no se reproducen las negritas)

mercado concreto que suponga la exclusión de otro Miembro que concede una subvención, como parece indicar la Unión Europea.<sup>1160</sup>

#### 5.6.1.5 Conclusión

5.454. En relación con los argumentos de la Unión Europea relativos a la pertinencia del párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC con respecto a las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 de dicho Acuerdo, el Grupo Especial debía examinar el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6, incluida la relación existente entre esta disposición y el párrafo 4 del artículo 6, como ha aclarado el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de la presente diferencia y en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*. Asimismo, era apropiado que el Grupo Especial tuviera en cuenta las constataciones y el razonamiento del Grupo Especial inicial relativos al sentido del párrafo 4 del artículo 6. El Grupo Especial no podía simplemente negarse a abordar los argumentos y las pruebas que tenía ante sí al ocuparse de las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6. Antes bien, el Grupo Especial tenía la obligación de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 a la luz de los argumentos planteados y las pruebas presentadas por ambas partes en la diferencia, e incurrió en error al abstenerse de hacerlo.

5.455. En consecuencia, declaramos superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1154 de su informe, relativa al recurso de la Unión Europea al párrafo 4 del artículo 6 para rechazar las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC. Sobre la base de nuestra interpretación del párrafo 3 b) del artículo 6, leído conjuntamente con el párrafo 4 del artículo 6, discrepamos, no obstante, de la Unión Europea en que un reclamante deba demostrar, en cada caso, que su producto similar no está subvencionado a fin de mostrar que la subvención tiene por efecto el desplazamiento y/u obstaculización de su producto similar en el mercado de un tercer país.

### 5.6.2 Los mercados de productos pertinentes

5.456. Pasamos a continuación a examinar la apelación de la Unión Europea respecto del análisis de los mercados de productos pertinentes realizado por el Grupo Especial, que, como señala la Unión Europea, constituyó la base de la posterior evaluación por el Grupo Especial de los efectos desfavorables de las subvenciones impugnadas.<sup>1161</sup> Para situar en contexto nuestro análisis, comenzamos repasando las constataciones del Grupo Especial con cierto detalle, antes de abordar las cuestiones planteadas por los participantes en apelación.

#### 5.6.2.1 Argumentos formulados ante el Grupo Especial y constataciones del Grupo Especial

5.457. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que hay tres mercados de productos distintos que son pertinentes para sus alegaciones de perjuicio grave en la presente diferencia, a saber: i) el mercado de aeronaves de pasillo único; ii) el mercado de aeronaves de doble pasillo; y iii) el mercado de VLA.<sup>1162</sup> Más concretamente, los Estados Unidos hicieron referencia a los siguientes mercados de productos:

<sup>1160</sup> Véase la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 672. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1161</sup> La Unión Europea ha apelado por separado con respecto al hecho de que el Grupo Especial no tuviera debidamente en cuenta, en su análisis de la relación causal, las diferencias en la naturaleza y el grado de la competencia entre los productos LCA de Airbus y Boeing en los diversos mercados de productos y geográficos respecto de los cuales los Estados Unidos formularon sus alegaciones de perjuicio grave. (Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 521 al párrafo 559 y nota 616 al párrafo 626 (donde se hace referencia a la sección VIII.E.4 de su comunicación del apelante))

<sup>1162</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1155.

**Cuadro 5: Relaciones de competencia entre LCA según los Estados Unidos**

<b>Mercado de competencia</b>	<b>Producto subvencionado</b>	<b>Producto similar</b>
Aeronaves de pasillo único	A318, A319, A319neo, A320, A320neo, A321, A321neo	737-600, 737-700, 737 MAX 7, 737-800, 737 MAX 8, 737-900ER, 737 MAX 9
Aeronaves de doble pasillo	A330-200, A330-300, A340-300, A340-500, A340-600, A350XWB-800, A350XWB-900, A350XWB-1000	767-300ER, 787-8, 787-9, 777-200ER, 777-200LR, 777-300ER
Aeronaves de muy gran tamaño	A380	747-8

Fuente: Informe del Grupo Especial, cuadro 14, párrafo 6.1155.

5.458. En cambio, la Unión Europea adujo que debían considerarse más de tres, y hasta seis o siete, mercados de productos en el contexto de un análisis del perjuicio grave<sup>1163</sup>:

**Cuadro 6: Relaciones de competencia entre LCA según la Unión Europea**

<b>Mercado de competencia</b>	<b>Producto subvencionado</b>	<b>Producto similar</b>
<b>Aeronaves de pasillo único</b>		
Versiones actuales, entrega a corto plazo	A318, A319, A320, A321	737-600, 737-700, 737-800, 737-900ER
Nueva generación, entrega al final de la década	A319neo, A320neo, A321neo	737 MAX 7, 737 MAX 8, 737 MAX 9
<b>Aeronaves de doble pasillo</b>		
	Ninguno	767-300ER
De menor tamaño, para distancias medianas, entrega a corto plazo	A330-200, A330-300	Ninguno
Nueva generación, entregas a más largo plazo	A350XWB-800, A350XWB-900, A350XWB-1000	787-8, 787-9
De mayor tamaño, para distancias más largas, entrega a corto plazo	Ninguno	777-200ER, 777-200LR, 777-300ER
Aeronaves de muy gran tamaño, de menor tamaño	Ninguno	747-8
Aeronaves de muy gran tamaño de nueva generación, de mayor tamaño	A380	Ninguno

Fuente: Informe del Grupo Especial, cuadro 15, párrafo 6.1156.

5.459. Remitiéndose al procedimiento de apelación inicial en la presente diferencia, el Grupo Especial señaló que las partes "parecieron aceptar la idea (o al menos no se opusieron a ella) de que podía considerarse que la competencia en la rama de producción de LCA tenía lugar en tres mercados de productos de aeronaves de pasajeros distintos, a saber, los mercados de pasillo único, de doble pasillo y de aeronaves de muy gran tamaño".<sup>1164</sup> El Grupo Especial recordó, sin embargo, que la Unión Europea había aducido en el presente procedimiento sobre el cumplimiento que Airbus y Boeing compiten en hasta seis o siete mercados de productos distintos, dos de los cuales son mercados monopolísticos "temporales" en los que el único proveedor fiable es o bien Airbus o bien Boeing.<sup>1165</sup> El Grupo Especial observó también que los Estados Unidos sostenían que

<sup>1163</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1156.

<sup>1164</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1157 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1177-1178).

<sup>1165</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1157.



los mismos tres mercados de productos en que se basó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial siguen existiendo.<sup>1166</sup>

5.460. Antes de pasar a examinar las respectivas posiciones de las partes, el Grupo Especial citó y remitió ampliamente a las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en relación con la identificación de los mercados de productos pertinentes y la manera en que esta puede ayudar a un grupo especial a determinar si el reclamante ha formulado debidamente sus alegaciones de perjuicio grave.<sup>1167</sup> El Grupo Especial reconoció, en particular, que, al examinar alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, "el grupo especial debe hacer una evaluación objetiva de la *relación de competencia* entre productos específicos y determinar en virtud de esa evaluación la medida en que el reclamante ha planteado su argumento con respecto a los mercados de productos correctos".<sup>1168</sup> El Grupo Especial también observó que el Órgano de Apelación había indicado que el concepto de "mercado" hace referencia "{a}l conjunto de productos (y de zonas geográficas) que imponen *alguna* restricción de la competencia los unos a los otros".<sup>1169</sup> El Grupo Especial recordó además que el Órgano de Apelación había explicado que, "cuando las pruebas ponen de manifiesto que la relación de competencia no es directa, sino, 'a lo sumo, indirecta o remota', ese hecho se debe tener en cuenta debidamente en el análisis"<sup>1170</sup>, y que el hecho de que "dos productos no sean sustituibles entre sí desde el punto de vista de la demanda parecería indicar que probablemente esos dos productos compiten en dos mercados distintos, y no en un único mercado".<sup>1171</sup> El Grupo Especial añadió que, "para determinar si dos productos compiten en el mismo mercado de productos también podría ser necesario tener en cuenta la sustituibilidad *desde el punto de vista de la oferta*".<sup>1172</sup>

5.461. Con estas consideraciones en mente, el Grupo Especial pasó a evaluar el fundamento de las respectivas posiciones de las partes, a fin de determinar si los Estados Unidos habían formulado debidamente sus alegaciones de perjuicio grave. Al hacerlo, el Grupo Especial tomó nota del argumento de la Unión Europea de que los Estados Unidos estaban obligados a presentar "un *análisis cuantitativo* en respaldo de sus alegaciones de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda entre los productos LCA pertinentes".<sup>1173</sup> El Grupo Especial constató que no hallaba en el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial nada que indicara que "un reclamante que plantee una alegación de perjuicio grave *deba* identificar los mercados de productos pertinentes utilizando pruebas que estén 'basadas en' *análisis cuantitativos*".<sup>1174</sup> En lugar de ello, el Grupo Especial entendía que el Órgano de Apelación simplemente había constatado que, al determinar si dos productos "forman parte del mismo mercado de productos, será importante investigar y analizar las características y rasgos concretos de la demanda y, en determinadas situaciones, de la oferta".<sup>1175</sup> A juicio del Grupo Especial, la referencia del Órgano de Apelación a la prueba "del aumento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios" (SSNIP) era simplemente una referencia a una prueba "que se aplica *habitualmente* en el ámbito de la reglamentación de la competencia para determinar si dos productos se imponen recíprocamente restricciones de la competencia"<sup>1176</sup>, y no daba a entender que el Órgano de Apelación hubiera considerado que "tenga que aplicarse la prueba SSNIP ni, en consecuencia,

<sup>1166</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1157.

<sup>1167</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1158-6.1172.

<sup>1168</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1160. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1169</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1169 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 2467 al párrafo 1120 (las cursivas son del Grupo Especial)).

<sup>1170</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1169 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1136).

<sup>1171</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1170 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1134).

<sup>1172</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1172. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1173</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1174. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1174</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1178 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1120-1121). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1175</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1178.

<sup>1176</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1179 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 2468 al párrafo 1120 (las cursivas son del Grupo Especial)).

ningún otro método cuantitativo de análisis, en todas y cada una de las diferencias relativas a un perjuicio grave para identificar los mercados de productos pertinentes".<sup>1177</sup>

5.462. Habida cuenta de las características particulares de la rama de producción de LCA, así como de la ausencia de información fiable sobre los precios y las dificultades que comporta la identificación de los mercados de productos pertinentes, el Grupo Especial puso de relieve además que "la tarea de realizar un análisis econométrico fiable de la demanda de productos LCA entrañaría varias dificultades significativas en relación con el método y los datos".<sup>1178</sup> El Grupo Especial observó a continuación que no podía ver cómo, a falta de información exacta sobre los precios, "los Estados Unidos ... podrían haber generado resultados *significativos* a partir de la aplicación de alguno de los métodos de análisis cuantitativos ... pertinentes identificados por la Unión Europea".<sup>1179</sup> Refiriéndose a la práctica de las autoridades de competencia, el Grupo Especial añadió que la Comisión Europea, por ejemplo, "solo tendr{ía} en cuenta 'los elementos cuantitativos disponibles' a efectos de identificar los mercados de productos pertinentes cuando 'pued{a}n ser objeto de un análisis minucioso'; y la decisión al respecto 'depend{erá} en gran medida de la disponibilidad de los datos necesarios, de las especificidades del caso de que se trate y de las limitaciones de tiempo que afecten al procedimiento en cuestión".<sup>1180</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial no veía "ninguna razón para censurar la decisión de los Estados Unidos de no utilizar la prueba SSNIP, o cualquier otro análisis cuantitativo basado en los precios, para probar su opinión de que hay tres mercados de productos pertinentes en la rama de producción de LCA".<sup>1181</sup> En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que "los Estados Unidos estaban facultados a presentar sus argumentos utilizando todas y cada una de las pruebas que a su juicio estable{cieran} la existencia de los tres mercados de productos pertinentes".<sup>1182</sup>

5.463. El Grupo Especial pasó a continuación a examinar el argumento de la Unión Europea de que "los Estados Unidos no ha{bía}n establecido la existencia de los tres supuestos mercados de productos de LCA de pasajeros porque no ha{bía}n demostrado que todas las aeronaves que supuestamente compiten en cada uno de los tres mercados de productos distintos se impongan unos a otros 'restricciones *significativas* de la competencia'".<sup>1183</sup> El Grupo Especial recordó la constatación del Órgano de Apelación de que dos productos se encuentran en el mismo mercado de productos cuando "se pued{a}n sustituir el uno al otro en medida suficiente para crear restricciones mutuas de la competencia".<sup>1184</sup> El Grupo Especial observó que el Órgano de Apelación no había matizado esa afirmación al declarar "que las restricciones de la competencia requeridas deban ser 'significativas'".<sup>1185</sup> A juicio del Grupo Especial, "en la medida en que el Órgano de Apelación h{ubier}a ofrecido en absoluto alguna orientación respecto del grado o intensidad de competencia necesario que debe existir entre dos productos para constatar que están comprendidos en el mismo mercado de productos", era "evidente" que el Órgano de Apelación no había enunciado una norma que "*exi{gier}a* demostrar que dos productos se imponen unos a otros 'restricciones significativas de la competencia' o que esos productos est{ba}n 'en estrecha competencia'".<sup>1186</sup>

5.464. Sobre la base de su análisis, el Grupo Especial no halló ninguna base para interpretar la palabra "mercado" que figura en el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC "de manera que signifique que solo pueda constatar la existencia de un 'perjuicio grave' en el contexto de los

<sup>1177</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1179. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1178</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1205.

<sup>1179</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1207. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1180</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1207 (donde se citan, respectivamente, la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia, párrafo 39, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DO C 372 (1997) (Prueba documental USA-551 presentada al Grupo Especial), párrafo 38; y *OECD Policy Roundtables, Competition Committee, Background Note on Market Definition* (2012) (Prueba documental USA-549 presentada al Grupo Especial), comunicación de la Unión Europea, página 336).

<sup>1181</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1208.

<sup>1182</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1208.

<sup>1183</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1209 (donde se citan la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 626-704; y las respuestas de la Unión Europea a las preguntas 48, 49, 50, 52-56, 70-71, 75 y 79 del Grupo Especial, párrafos 213, 215, 221-225, 227, 230, 232, 250, 253, 255, 258, 261, 277, 288-291, 303 y 327, respectivamente (las cursivas son del Grupo Especial)).

<sup>1184</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1210 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120).

<sup>1185</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1210.

<sup>1186</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1211. (las cursivas figuran en el original)

mercados de productos cuando exista una competencia vigorosa ('significativa' o 'cercana')<sup>1187</sup>, en contraposición a "los mercados en que la competencia entre los productos sea relativamente débil, o incluso, en determinadas circunstancias, a los mercados en que un producto imponga fuertes restricciones de la competencia a uno o varios productos, que, por su parte, impongan pequeñas, o nulas, restricciones de la competencia al competidor más fuerte".<sup>1188</sup> El Grupo Especial recordó que "la finalidad fundamental de identificar los mercados de productos pertinentes en una diferencia relativa a un perjuicio grave es determinar si ciertos efectos comerciales específicos han sido causados por *el uso de subvenciones*".<sup>1189</sup>

5.465. Después, y tras recordar las condiciones generales de competencia en la rama de producción de LCA<sup>1190</sup>, el Grupo Especial examinó determinada documentación de comercialización y presentaciones de diapositivas en su evaluación de "la medida en que los argumentos de las partes demuestran la existencia de los supuestos mercados de productos LCA ... de pasillo único, de doble pasillo y de muy gran tamaño".<sup>1191</sup> El Grupo Especial no estaba convencido de que esa información presentara "un panorama claro de en qué medida Airbus y Boeing considera{ba}n que la competencia se da *exclusivamente* en los tres mercados de productos LCA ... que afirman los Estados Unidos".<sup>1192</sup> No obstante, el Grupo Especial consideró que esas pruebas indicaban que "Airbus y Boeing s{olía}n analizar y presentar sus actividades de LCA comerciales sobre la base de un segmento de aeronaves de pasillo único, uno de aeronaves de doble pasillo y uno de aeronaves de muy gran tamaño".<sup>1193</sup> A juicio del Grupo Especial, por lo tanto, la información pertinente prestaba "cierto apoyo a la subsistencia de los tres mercados de LCA ... en la que se basa{ba}n los Estados Unidos para plantear su reclamación de perjuicio grave" en la presente diferencia sobre el cumplimiento.<sup>1194</sup>

5.466. El Grupo Especial pasó a continuación a examinar las posiciones de las partes con respecto a cada uno de los tres supuestos mercados de productos individualmente. Respecto de cada mercado, el Grupo Especial examinó los argumentos y pruebas de las partes, incluidas múltiples declaraciones de expertos, abordando: i) las características físicas y de rendimiento, los usos finales y los clientes de las diversas LCA; ii) la medida en que las diferentes LCA ejercían restricciones relativas a los precios las unas sobre las otras; y iii) las estrategias de comercialización y las campañas de ventas de Airbus y Boeing.

5.467. En relación con las LCA de pasillo único, los Estados Unidos adujeron que cada uno de los modelos de LCA de la familia 737 de Boeing compite con cada modelo de LCA de la familia A320 de Airbus.<sup>1195</sup> Aunque la Unión Europea estuvo de acuerdo en que existía competencia entre los productos de pasillo único de Airbus y Boeing, adujo que esa competencia se da "en dos mercados de productos separados: uno para las aerolíneas que requieren una *entrega a corto plazo* de productos LCA, en que las versiones actuales de la familia A320 compiten con las versiones actuales de la familia 737NG; y otro para las aerolíneas que requieren una *entrega para fines del decenio*, en que la competencia efectiva tiene lugar únicamente entre la nueva generación de productos de pasillo único de Airbus y Boeing, a saber, el A320neo y sus derivados, por una parte, y el 737MAX y sus derivados, por otra".<sup>1196</sup>

5.468. El Grupo Especial observó que había "un alto grado de elementos comunes en los atributos físicos, los usos finales y los clientes de todas las versiones actuales y de nueva generación de aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing"<sup>1197</sup> y constató en último término que "las aeronaves de pasillo único de nueva generación de Airbus y Boeing pueden considerarse versiones

<sup>1187</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1211.

<sup>1188</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1211.

<sup>1189</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1211. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1190</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1213-6.1223.

<sup>1191</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1224.

<sup>1192</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1236. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1193</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1236.

<sup>1194</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1236.

<sup>1195</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1237.

<sup>1196</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1237 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 600-606; Christophe Mourey, Vicepresidente Superior para Contratos, Airbus, "Statement on Current Competitive Conditions in the LCA Industry", 4 de julio de 2012 (declaración de Mourey) (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafos 75-84). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1197</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1287.

actualizadas y con mayor eficiencia en el consumo de combustible que sus ofertas actuales de aeronaves de pasillo único, principalmente destinadas a cumplir las mismas misiones en que ya operan los clientes existentes de aeronaves de pasillo único".<sup>1198</sup>

5.469. En relación con la existencia de una competencia efectiva entre la generación actual y nueva de productos LCA de pasillo único el Grupo Especial constató que "la mayor eficiencia en el consumo de combustible de la nueva generación de aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing no significa{ba} que {fueran} inmunes a la competencia de las versiones actuales".<sup>1199</sup> El Grupo Especial constató que, en la medida en que la Unión Europea hubiera demostrado que "el A320ceo no puede superar la ventaja de eficiencia del A320neo en el consumo de combustible mediante descuentos en los precios cuando *ambas aeronaves se entregan en la misma fecha*"<sup>1200</sup>, de ello "no se deduc{ía} automáticamente que nunca será posible que el A320ceo se ofrezca a un precio tal que, a la luz de otros términos y condiciones potencialmente importantes como las fechas de entrega, superará la eficiencia energética del A320neo en el consumo de combustible".<sup>1201</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial constató no solo que las versiones actuales de las aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing compiten con los modelos de nueva generación, "sino también que esa competencia implicará inevitablemente restricciones recíprocas relativas a los precios, cuyo grado dependerá y variará en función de las características concretas de las necesidades de los distintos clientes y de las distintas campañas de ventas".<sup>1202</sup>

5.470. El Grupo Especial también evaluó la cuestión de si la existencia de competencia entre las aeronaves de generación actual y de nueva generación de pasillo único de Airbus y Boeing estaba respaldada por las pruebas aportadas por los Estados Unidos respecto de dos campañas de ventas específicas: las campañas de American Airlines de 2011 y Norwegian Air Shuttle de 2011-2012.<sup>1203</sup> El Grupo Especial constató que el A320neo había sido un "competidor muy fuerte" en esas campañas de ventas<sup>1204</sup>, y concluyó que "los Estados Unidos ha{bía}n demostrado que las ofertas de todas las LCA de pasillo único de Airbus y Boeing ejercen entre sí un grado de restricciones de la competencia suficiente para que pueda considerarse que todas ellas están comprendidas en el mismo mercado de productos a los efectos de {sus} alegaciones de perjuicio grave".<sup>1205</sup>

5.471. En relación con las LCA de doble pasillo, los Estados Unidos adujeron que las familias de LCA 767, 777 y 787 de Boeing compiten en el mismo mercado de productos que las familias A330 y A350XWB.<sup>1206</sup> Por el contrario, la Unión Europea aseveró que existían varios mercados separados para esas cinco familias de LCA de Airbus y Boeing. En particular, la Unión Europea sostuvo que "el A350XWB y el 787 compiten estrechamente en el mismo mercado de productos de aeronaves de nueva generación tecnológicamente avanzadas y eficientes en el consumo de combustible", y que "el A330 y el 777 se venden cada uno en su propio mercado monopolístico separado para aeronaves más pequeñas y de autonomía media (en el caso del A330) y para aeronaves más grandes y de mayor autonomía (en el caso del 777) disponibles para su entrega a corto plazo".<sup>1207</sup> Con respecto al 767, la Unión Europea sostuvo que "su

<sup>1198</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1287. Véase también el párrafo 6.1246.

<sup>1199</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1288.

<sup>1200</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1288. (las cursivas figuran en el original) El Grupo Especial recordó además que la Unión Europea no había divulgado la información sobre concesiones de precios que se utilizó en la declaración complementaria de Mourey (Christophe Mourey, Vicepresidente Superior para Contratos, Airbus, "*Supplemental statement on current competitive conditions in the LCA industry*", 12 de diciembre de 2012 (Declaración complementaria de Mourey) (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS))) para llegar a sus conclusiones. (*Ibid.*, nota 2187 al mismo (donde se hace referencia a párrafo 6.1262)).

<sup>1201</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1288.

<sup>1202</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1288.

<sup>1203</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1277.

<sup>1204</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1290.

<sup>1205</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1292.

<sup>1206</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293. El Grupo Especial observó que los Estados Unidos también habían aducido que el supuesto mercado para las LCA de doble pasillo incluye el A340. Sin embargo, el Grupo Especial constató que la presencia en el mercado de esa familia de LCA de Airbus llegó a su fin antes de que comenzara el período posterior a la aplicación, ya que Airbus puso fin al proyecto del A340 en noviembre de 2011. Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que la familia de LCA de Airbus A340 ya no estaba disponible y, en consecuencia, no podía estar comprendida en el ámbito del supuesto mercado de LCA de doble pasillo que existe en la actualidad. (*Ibid.*, nota 2188 a dicho párrafo).

<sup>1207</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293.

tecnología supuestamente 'obsoleta' e 'inferior' implica{ba} que no compet{ía} en el mismo mercado de productos que el A330 y que, en cualquier caso, ha{bía} sido sustituido por el 787".<sup>1208</sup>

5.472. El Grupo Especial constató que, "por lo que respecta a las características físicas y los usos finales, las cinco familias de LCA de doble pasillo de Airbus y Boeing pueden, en conjunto, satisfacer un espectro relativamente amplio de necesidades de misión, que abarca desde las rutas regionales a las que dan servicio a las familias de aeronaves más pequeñas, los 767 y los A330, hasta las misiones de mayor capacidad y larga distancia para las que fueron diseñadas específicamente las versiones de mayor tamaño del 777 y el A350XWB".<sup>1209</sup> El Grupo Especial añadió que "dentro de la gama de posibles necesidades de los clientes que pueden satisfacer las cinco familias de LCA, ha{bía} notables coincidencias, y seis versiones de aeronaves de cuatro familias (A330-200, 777-200ER, A350XWB-900, 787-8, 787-9 y A350XWB-800) ocupa{ba}n posiciones muy próximas entre sí".<sup>1210</sup> A juicio del Grupo Especial, ello indicaba que, "aunque e{ra} probable que la base de clientes potenciales de las aeronaves de doble pasillo de Airbus y de Boeing {fuera} más variada que la base de clientes potenciales de sus aeronaves de pasillo único, cualquier cliente individual tendr{ía} probablemente varias combinaciones de aeronaves de doble pasillo de Airbus y de Boeing de características relativamente muy similares entre las que elegir".<sup>1211</sup>

5.473. El Grupo Especial "no consider{ó} que el hecho de que el rendimiento operativo de la nueva generación de aeronaves de doble pasillo de Airbus y de Boeing {fuera} superior al de los modelos de la generación actual {fuese} signo de que esos productos se vend{ía}n en mercados de productos diferentes".<sup>1212</sup> Antes bien, el Grupo Especial consideró que "Airbus y Boeing comp{etiría}n habitualmente entre sí respecto del momento de la disponibilidad de sus aeronaves".<sup>1213</sup> Según el Grupo Especial, ello se debía a "la importancia de las consideraciones relativas a la entrega en la decisión de compra del posible cliente".<sup>1214</sup> Sin embargo, el Grupo Especial no consideró que "la disponibilidad ... a un plazo relativamente corto" del A330 y el 777 fuera una ventaja que situara a esos modelos de aeronave en "mercados de productos 'temporales' distintos".<sup>1215</sup> Antes bien, la veía simplemente como "*uno* de los factores que tendr{ía}n en cuenta en sus decisiones de compra los clientes".<sup>1216</sup> El Grupo Especial señaló a este respecto que "factores distintos del precio que no sean el plazo de entrega (por ejemplo, las características comunes de la flota) ... pueden servir para reducir las ventajas en rendimiento de las aeronaves de nueva generación respecto de la actual generación de aeronaves" y podrían "facilita{r} que los descuentos del precio tengan una importancia mayor en la decisión de compra del cliente".<sup>1217</sup>

5.474. El Grupo Especial constató además que "las relaciones de competencia entre las cinco familias de aeronaves {de doble pasillo} de Airbus y de Boeing han estado evolucionando constantemente, a consecuencia no solo de los cambios en ... la demanda sino también del ritmo y la naturaleza de la innovación en las aeronaves".<sup>1218</sup> Sin embargo, el Grupo Especial advirtió de que "decir que *cada vez* que una aeronave tecnológicamente avanzada o más eficiente detrae ventas de los modelos existentes significa que no afronta restricciones de la competencia impuestas por las aeronaves que no fueron elegidas por los clientes" sería "incorrecto y constituiría una simplificación excesiva de la complicada dinámica de la competencia en la rama de producción de LCA".<sup>1219</sup> A juicio del Grupo Especial, "es{a}s y otras consideraciones indica{ba}n que el 787 y

<sup>1208</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 607-619; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 626-628; y la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 70 del Grupo Especial).

<sup>1209</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1363.

<sup>1210</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1363.

<sup>1211</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1363.

<sup>1212</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1364.

<sup>1213</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1364.

<sup>1214</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1364.

<sup>1215</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1364.

<sup>1216</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1364. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1217</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1365.

<sup>1218</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1367.

<sup>1219</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1367. (las cursivas figuran en el original)

el A350XWB no afronta únicamente las restricciones de la competencia que se imponen entre sí, sino también las de otras aeronaves de doble pasillo".<sup>1220</sup>

5.475. Por último, el Grupo Especial pasó a examinar la aseveración de los Estados Unidos de que la existencia de las supuestas relaciones de competencia entre i) "las aeronaves A330 y 787", y ii) "las aeronaves A330, A350XWB y 777", se demuestra también por la ICSS y otras pruebas presentadas al Grupo Especial.<sup>1221</sup> El Grupo Especial constató que "{r}resulta{ba} difícil creer que Airbus o Boeing ... contrajeran el gasto de participar en una campaña de ventas si cualquiera de esas empresas no creyera tener una posibilidad razonable de convencer a un cliente de que comprara sus productos LCA antes que los de su rival"<sup>1222</sup>, o, "como mínimo, de imponer un cierto nivel de restricción de la competencia a la oferta de su rival".<sup>1223</sup> A este respecto, el Grupo Especial recordó la constatación formulada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en la que se desestimaba la apelación de la Unión Europea contra la conclusión del Grupo Especial inicial de que, "no obstante la ausencia de toda oferta formal de aeronaves por parte de Boeing, un pedido de A380 realizado por Emirates Airlines en 2000 constituyó una 'perdidas de ventas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos".<sup>1224</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial consideró que "las pruebas de que tanto Airbus como Boeing *de hecho sí participaron* en la misma campaña de ventas deben, *a fortiori*, interpretarse como un indicio firme de que ... los productos en cuestión competían entre sí por las ventas al cliente pertinente".<sup>1225</sup> En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que los Estados Unidos habían establecido que las cinco familias de LCA de doble pasillo de Airbus y Boeing "ejercen todas entre sí, en grados diferentes, pero globalmente suficientes, restricciones de la competencia, de manera que debe considerarse que todas están comprendidas en el mismo mercado de productos a efectos de las alegaciones de perjuicio grave".<sup>1226</sup>

5.476. Por último, con respecto a las VLA, el Grupo Especial recordó el argumento de los Estados Unidos de que el A380 y el 747-8I compiten en el mercado de productos VLA y, además, "el A380 y el 747-8I pueden sustituirse entre sí, si bien de manera imperfecta, ya que ambas {aeronaves} pueden utilizarse para cubrir esencialmente las mismas misiones de larga distancia, con sujeción a intervalos horarios y con fuerte demanda de transporte de pasajeros".<sup>1227</sup> En cambio, la Unión Europea había afirmado que "el A380 y el 747-8I se venden en dos mercados monopolísticos distintos" y que "las considerables diferencias entre esos dos productos LCA, particularmente en lo que concierne al número de asientos y a las tecnologías, generan una ventaja insuperable en ingresos potenciales y número de asientos en favor del A380, situándolo, por lo tanto, en un mercado de productos diferente del mercado de productos del 747-8I".<sup>1228</sup>

5.477. El Grupo Especial observó que el A380 y el 747-8I son las aeronaves civiles de mayor tamaño que fabrican Airbus y Boeing, y que ambas pueden utilizarse generalmente para cubrir las mismas rutas de larga distancia.<sup>1229</sup> El Grupo Especial declaró que, "{s}i bien el mayor número de asientos y la tecnología relativamente moderna que incorpora el A380 suponen una ventaja en cuanto a costos de explotación e ingresos por asiento respecto del 747-8I", consideraba que "{esa} ventaja disminuir{ía} cuanto más se aproxim{ara} el número de asientos previsto para una misión determinada al número de asientos máximo del 747-8I".<sup>1230</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que "se desprend{ía} claramente de las condiciones de competencia de la rama de producción de LCA que el A380 y el 747-8I tendr{ían} una base de clientes potenciales que incluir{ía} aerolíneas que realicen misiones cuyas exigencias coincidan con las posibilidades

<sup>1220</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1365.

<sup>1221</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1346.

<sup>1222</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1348.

<sup>1223</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1348.

<sup>1224</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1349. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1223.

<sup>1225</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1349. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1226</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1370.

<sup>1227</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1371 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 492; y la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 50, 52 63 del Grupo Especial, párrafos 156, 166 y 247, respectivamente).

<sup>1228</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1371 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 620-633).

<sup>1229</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407.

<sup>1230</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407.

que ofrecen las dos aeronaves".<sup>1231</sup> El Grupo Especial no consideró que "la ventaja que presenta el A380 en cuanto a costos de explotación e ingresos respecto del 747-8I en misiones en que el número de pasajeros se acerque a {la capacidad} máxim{a} {del A380}" demostrara que la primera "se vende en su propio mercado monopolístico".<sup>1232</sup>

5.478. El Grupo Especial examinó a continuación si la existencia de competencia entre el A380 y el 747-8I en el mismo mercado de productos se ponía de manifiesto también por la presión sobre los precios que cada aeronave ejercía sobre la otra. "{H}abida cuenta de que habr{ía} una gama de demandas de clientes de LCA con capacidad para más {de} 400 pasajeros", el Grupo Especial constató que "cabría esperar que exist{ieran} grados diferentes de restricciones recíprocas relativas a los precios entre el A380 y el 747-8I, en función de la medida en que las necesidades de un cliente concreto reflejen la ventaja relativa de una aeronave respecto de la otra".<sup>1233</sup> Sin embargo, el Grupo Especial consideró que "{eso} no implica{ba} que no exista competencia", sino solo que "las restricciones de competencia que imponga una LCA sobre otra ser{ía}n más o menos intensas en función de qué producto satisf{iciera} en mayor medida las necesidades pertinentes de un cliente potencial".<sup>1234</sup>

5.479. Por último, el Grupo Especial se ocupó del argumento de los Estados Unidos de que "la existencia de una sustitución desde el punto de vista de la demanda y de una competencia real entre el 747-8I y el A380 queda demostrada por las pruebas de las campañas de ventas de Emirates, Hong Kong Airlines, Asiana Airlines y Skymark".<sup>1235</sup> El Grupo Especial consideró que "de las pruebas ICSS presentadas por los Estados Unidos se extra{ía} claramente que Boeing ofreció el 747-8I como alternativa al A380 a cada una de las aerolíneas pertinentes".<sup>1236</sup> El Grupo Especial constató que "las pruebas ICSS presentadas por los Estados Unidos {mostraban} claramente que Boeing vio no solo una oportunidad de vender el 747-8I a cada una de las aerolíneas pertinentes, sino también que tendría que competir con el A380 para obtener esas ventas".<sup>1237</sup> El Grupo Especial consideró además que la tesis de que el 747-8I y el A380 compiten periódicamente por los mismos clientes "se apoya también en las campañas de ventas de Qantas y British Airways que dieron lugar al pedido de 20 A380 en 2006 y 2007".<sup>1238</sup> Aunque observó que el A380 y el 747-8I no eran "sustitutos perfectos", el Grupo Especial consideró, no obstante, que "el hecho de que una LCA tenga un valor económico superior que otra en determinadas condiciones de demanda no la hace inmune a la competencia".<sup>1239</sup> En lugar de ello, el Grupo Especial constató que "{l}a ventaja económica de una aeronave frente a otra puede sencillamente reflejar el hecho de que esté mejor situada para *imponerse en la competencia* por las ventas entre dos productos imperfectamente sustituibles entre sí".<sup>1240</sup> En consecuencia, el Grupo Especial constató que "los Estados Unidos ha{bía}n demostrado que, a los efectos de evaluar sus alegaciones de perjuicio grave al amparo del párrafo 3 del artículo 6 ... {podía} considerarse que el A380 y el 747-8I compiten entre sí en un solo mercado de productos de VLA".<sup>1241</sup>

5.480. Por todas esas razones, el Grupo Especial concluyó que sería adecuado analizar las alegaciones de perjuicio grave formuladas por los Estados Unidos sobre la base de los tres mercados de productos separados identificados *supra*.<sup>1242</sup> Sin embargo, el Grupo Especial puso de relieve que:

al formular esta constatación, *no* consideramos que el grado de competencia existente en cada uno de estos mercados sea idéntico entre todos los pares o combinaciones de aeronaves. Habrá relaciones de competencia más débiles o más fuertes en cada

<sup>1231</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407 (donde se hace referencia a los párrafos 6.1379-6.1383).

<sup>1232</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407.

<sup>1233</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>1234</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>1235</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1396 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 483-486 y 493-503; y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 49 del Grupo Especial).

<sup>1236</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1400.

<sup>1237</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1400.

<sup>1238</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1402.

<sup>1239</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1405.

<sup>1240</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1405. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1241</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1410.

<sup>1242</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1416 y 7.1.d.xi.

mercado en función de las circunstancias concretas de la venta. Asimismo, también puede haber relaciones de competencia importantes entre pares o combinaciones de aeronaves *en dos*, o incluso en los tres, mercados de productos. Por tanto, si bien está claro que los tres mercados de productos en los que los Estados Unidos han optado por basarse para plantear su reclamación de incumplimiento no reflejan exhaustivamente el modo en que la competencia se desarrolla entre las aeronaves del sector de LCA en todo momento, estamos convencidos de que actualmente (como en el procedimiento inicial) representan los tres segmentos en los que normalmente tendrá lugar la mayoría de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes.<sup>1243</sup>

### 5.6.2.2 Alegaciones formuladas en apelación

5.481. En su comunicación del apelante, la Unión Europea disiente de las constataciones del Grupo Especial por tres motivos. En primer lugar, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que el término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC significa que dos productos están comprendidos en el mismo mercado de productos siempre que haya "alguna" relación de competencia entre los productos y, por tal motivo, no realizar un análisis cuantitativo de la naturaleza y el grado de competencia entre los productos en cuestión para determinar si este era "significativo".<sup>1244</sup> En segundo lugar, la Unión Europea aduce que, aun suponiendo que la interpretación del Grupo Especial fuera correcta, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC porque no hizo la constatación relativa al mercado de productos que su interpretación implicaba necesariamente, a saber, que existe un único mercado de productos que "engloba al menos *todas las LCA*"<sup>1245</sup>, habida cuenta de la existencia de "alguna" competencia entre cada modelo de LCA de Airbus y de Boeing. En tercer lugar, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD, ya que evaluó la alegación de efectos desfavorables formulada por los Estados Unidos sobre la base de la segmentación tripartita del mercado propuesta por los Estados Unidos, sin evaluar la naturaleza y el alcance de la competencia entre las aeronaves que los Estados Unidos habían situado en mercados de productos separados.<sup>1246</sup>

5.482. Abordamos a continuación cada una esas alegaciones, comenzando por la interpretación del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC y el tipo de análisis de los efectos desfavorables que se precisa en el marco de dicho Acuerdo. Observamos que, al aducir que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "mercado", la Unión Europea hace referencia a diversas declaraciones formuladas por el Grupo Especial que, a su juicio, demuestran que este incurrió en error en su enfoque interpretativo.<sup>1247</sup>

### 5.6.2.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC

5.483. La Unión Europea se apoya en las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial para aducir que "*la naturaleza e intensidad de la competencia*", y *no simplemente la existencia de competencia*, son decisivas para determinar 'el alcance del mercado de productos pertinente'.<sup>1248</sup> A juicio de la Unión Europea, "*la simple existencia de competencia entre dos productos es insuficiente para agruparlos en el mismo mercado de productos*" a efectos de la realización de un análisis de los efectos desfavorables.<sup>1249</sup> La Unión Europea sostiene que, en lugar de ello, dos productos estarían comprendidos en el mismo mercado solo cuando un análisis

<sup>1243</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página)

<sup>1244</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 597-598 y 606.

<sup>1245</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 639. (las cursivas figuran en el original) Véase también el párrafo 540.

<sup>1246</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 541-542 y 639.

<sup>1247</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 599-601.

<sup>1248</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 577 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>1249</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 579. (sin cursivas en el original)



de "la 'naturaleza e intensidad de la competencia' entre ellos ponga de manifiesto que se imponen recíprocamente '*restricciones significativas de la competencia*'".<sup>1250</sup> Por el contrario, estarían en mercados de productos separados si no existiera una competencia "significativa" entre ellos.<sup>1251</sup> La Unión Europea aduce, por lo tanto, que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que el término "mercado" significa que dos productos están en el mismo mercado de productos siempre que exista "alguna" relación de competencia entre los productos, con independencia de la naturaleza o el grado de esa relación.<sup>1252</sup> Según la Unión Europea, la interpretación errónea del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC realizada por el Grupo Especial se refleja en el análisis que este hizo de las delimitaciones del mercado de productos propuestas por ambas partes ante el Grupo Especial.

5.484. Los Estados Unidos responden que el Grupo Especial siguió las orientaciones del Órgano de Apelación con respecto al término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 y a la importancia de hacer una evaluación objetiva de los mercados de productos con arreglo al sentido de ese término.<sup>1253</sup> Contrariamente a lo que la Unión Europea da a entender, el Grupo Especial no "constató que deba constatarse siempre que todos los productos que tienen alguna relación de competencia, con independencia de la naturaleza o el grado de esa relación, están en el mismo mercado a efectos del párrafo 3 del artículo 6"<sup>1254</sup>; ni consideró que la intensidad de la competencia entre distintos pares de productos LCA "no sea pertinente".<sup>1255</sup> En lugar de ello, a juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial "seleccionó las mejores definiciones de mercado posibles -las que reflejaban 'la mayoría de las relaciones de competencia'-, habida cuenta de la dificultad que entraña 'trazar una línea' entre productos que son sustitutos imperfectos sometidos a una demanda de naturaleza 'compleja, cambiante y, con frecuencia, idiosincrásica'".<sup>1256</sup> Los Estados Unidos sostienen además que el Grupo Especial correctamente "reconoció que el Órgano de Apelación había identificado los métodos de análisis cuantitativos como instrumentos que podrían ser útiles, sin imponer la obligación jurídica de que deban utilizarse en cada caso".<sup>1257</sup>

5.485. En relación con el sentido del término "mercado", observamos que el Órgano de Apelación ha explicado que "un mercado abarca únicamente los productos que ejercen entre sí una acción recíproca de restricción de la competencia".<sup>1258</sup> También ha considerado que "dos productos estarían en el mismo mercado si estuvieran o pudieran estar en competencia en ese mercado".<sup>1259</sup> En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación indicó que el concepto de "mercado" hace referencia al "conjunto de productos (y de zonas geográficas) que imponen alguna restricción de la competencia los unos a los otros".<sup>1260</sup> Al hacerlo, el Órgano de Apelación hizo referencia a una *gama* de consideraciones que pueden ayudar a determinar si dos productos compiten en el mismo mercado, en el sentido de que "ejercen entre sí una acción recíproca de restricción de la competencia".<sup>1261</sup> En concreto, con respecto a la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, el Órgano de Apelación explicó que puede ser pertinente que un grupo especial

<sup>1250</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 579 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>1251</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 579.

<sup>1252</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 597 y 602.

<sup>1253</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 273.

<sup>1254</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 274.

<sup>1255</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 274 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 599).

<sup>1256</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1412).

<sup>1257</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 277.

<sup>1258</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1259</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 408. En esa diferencia, el Órgano de Apelación también estuvo de acuerdo con una definición de "mercado" con arreglo a la cual este constituye "la zona de actividad económica en la que compradores y vendedores se unen y las fuerzas de la oferta y la demanda afectan a los precios". (*Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 7.1236, en que a su vez se cita el *Merriam-Webster Dictionary online*)).

<sup>1260</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 2467 al párrafo 1120 (donde se cita Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2005), página 102).

<sup>1261</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

considere, por ejemplo, "si los clientes demandan una gama de productos o si únicamente están interesados en un tipo concreto de producto".<sup>1262</sup> Factores como "la homogeneidad de los productos, la autonomía de vuelo, el número de asientos, el precio, la eficiencia del consumo de combustible y otras características de rendimiento" también pueden ser pertinentes.<sup>1263</sup> El Órgano de Apelación señaló que "normalmente, el producto subvencionado y el producto similar forman parte de un mercado de productos mayor", pero "puede darse el caso de que un reclamante decida definir el producto subvencionado y el similar de forma tan amplia que haya que analizarlos en diferentes mercados de productos".<sup>1264</sup> Por consiguiente, la existencia de competencia se puede constatar no *solo* respecto de pares específicos de tipos de productos<sup>1265</sup>, sino que, "en algunas circunstancias, toda la gama de productos que ofrece el reclamante podrá competir con la gama de productos supuestamente subvencionados del demandado".<sup>1266</sup>

5.486. El Órgano de Apelación ha constatado que un grupo especial "debe realizar una evaluación objetiva de la relación de competencia entre productos concretos en el mercado y definir el mercado de productos pertinente para establecer si se puede considerar que determinados productos forman parte de un único mercado de productos o de varios mercados de productos" a efectos de un análisis del perjuicio grave en el marco de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1267</sup> A nuestro modo de ver, un grupo especial está llamado, a este respecto, a llevar a cabo un examen holístico de todas las pruebas y argumentos pertinentes que tenga ante sí, a fin de realizar una determinación objetiva del mercado de productos pertinente. Un grupo especial debe evaluar si es apropiado examinar las alegaciones de perjuicio grave sobre la base de la segmentación del mercado concreta propuesta por el reclamante, o si la gama de productos en cuestión compite en mercados diferentes y distintos.<sup>1268</sup> Al hacerlo, el grupo especial tiene que examinar los argumentos del demandado en los que se alega la existencia de segmentaciones del mercado diferentes y se refutan los argumentos del reclamante.<sup>1269</sup> Una evaluación de la cuestión de "si los supuestos productos subvencionados y similares compiten en el mismo mercado o en mercados múltiples" es, según ha constatado el Órgano de Apelación, "un requisito previo para apreciar" las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del

<sup>1262</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1263</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1134. Recordamos también que en *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que "el alcance del 'mercado', a los efectos de determinar la zona de competencia entre dos productos, puede depender de varios factores, como la naturaleza del producto, la homogeneidad de las condiciones de competencia y los costos de transporte". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 408 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1264</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1119. El Órgano de Apelación puso de relieve, sin embargo, que "es importante señalar que el hecho de que una gama amplia o reducida de productos se beneficie o no de subvenciones dice poco sobre si todos esos productos compiten en el mismo mercado", y que "los productos que se benefician de subvenciones pueden competir en mercados muy diferentes". (*Ibid.*, párrafo 1123).

<sup>1265</sup> Recordamos que el Órgano de Apelación ha constatado que "es posible que una evaluación de las condiciones de competencia revele la existencia de múltiples mercados de productos en los que determinados productos del Miembro reclamante compiten con determinados productos subvencionados del demandado". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123).

<sup>1266</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123.

<sup>1267</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123.

<sup>1268</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131.

<sup>1269</sup> En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial estaba "obligado a hacer una evaluación independiente y objetiva de las alegaciones de perjuicio grave presentadas por los Estados Unidos y, en particular, de si resultaba procedente considerar todas las LCA de Airbus como un único 'producto subvencionado' y todas las LCA de Boeing como un único 'producto similar' para su examen de los efectos desfavorables". Al hacerlo, el Órgano de Apelación declaró que el Grupo Especial inicial también debía haber evaluado "la alegación de las Comunidades Europeas de que había, en realidad, cinco mercados de productos distintos para las LCA de Airbus y Boeing". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131 (las cursivas figuran en el original)). Según el Órgano de Apelación, el Grupo Especial inicial debería haber llegado entonces a una conclusión sobre si era apropiada la definición de "mercado de productos" de cualquiera de las partes, u otra definición diferente, a efectos de su análisis del desplazamiento. (*Ibid.*).

artículo 6.<sup>1270</sup> Sin embargo, para determinar si dos productos "compiten en el mismo mercado no basta evaluar si comparten características físicas particulares o tienen los mismos usos generales; también puede ser importante examinar si los clientes demandan una gama de productos o si únicamente están interesados en un tipo concreto de producto".<sup>1271</sup> Según el Órgano de Apelación, "el hecho de que los clientes adquieran una gama de productos para satisfacer sus necesidades puede ser indicativo de que todos esos productos pueden estar compitiendo en el mismo mercado".<sup>1272</sup> Así pues, dos productos están en el mismo mercado de productos cuando "se pueden sustituir el uno al otro en medida suficiente para crear restricciones mutuas de la competencia"<sup>1273</sup>, o si ejercen "presiones competitivas significativas"<sup>1274</sup> entre sí.<sup>1275</sup>

5.487. A nuestro entender, la Unión Europea no aduce que el uso de métodos de análisis cuantitativos sea obligatorio en cada caso. La Unión Europea insiste, sin embargo, en que situar dos productos en el mismo mercado exige una consideración cuidadosa de la naturaleza y el grado de la competencia entre ellos.<sup>1276</sup> La Unión Europea sostiene además que, al evaluar el alcance de los mercados de productos en un caso determinado, un grupo especial debe asegurarse de que los productos comprendidos en un mercado compiten más estrechamente entre sí que con productos que estén fuera de ese mercado de productos.<sup>1277</sup>

5.488. Como ha observado el Órgano de Apelación, tomar en consideración instrumentos y pruebas *cuantitativos* puede ayudar a un grupo especial a definir los mercados de productos pertinentes<sup>1278</sup> y responder a la pregunta de si los productos ejercen entre sí restricciones significativas de la competencia y son suficientemente sustituibles entre sí para estar comprendidos en el mismo mercado de productos. Sin embargo, como el Grupo Especial, no vemos una razón que impida que una inspección cuidadosa de pruebas *cualitativas* pueda, también, ser suficiente, siempre que permita un análisis informativo y significativo de los mercados de productos pertinentes. Según las particularidades de cada caso<sup>1279</sup>, puede ser

<sup>1270</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1128.

<sup>1271</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1272</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120. El Órgano de Apelación observó que "[a]unque las características físicas, los usos finales y las preferencias de los consumidores pueden ayudar a decidir si dos productos están en el mismo mercado, no se debe considerar que estos factores son los únicos que se han de tener en cuenta para decidir si los productos se pueden sustituir uno al otro en medida suficiente para crear restricciones mutuas de la competencia". (*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1273</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1274</sup> Observamos que en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (párrafo 5 del artículo 21 - UE) el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que "la Unión Europea no ha demostrado que las aeronaves de tecnología actual y las aeronaves de nueva tecnología de capacidad, autonomía y MTOW similares ya no ejerzan entre sí presiones competitivas significativas de modo que actualmente compitan en mercados de productos LCA distintos". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (párrafo 5 del artículo 21 - UE), párrafo 9.39). Observamos además que, al llegar a esa conclusión, ese Grupo Especial sobre el cumplimiento señaló la constatación del Grupo Especial encargado de la presente diferencia de que "todas las aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing compiten en un único mercado de productos LCA" y que "las cinco familias de LCA de doble pasillo de Airbus y de Boeing ejercen todas entre sí, en grados diferentes, pero globalmente suficientes, presiones competitivas, de manera que debe considerarse que todas están comprendidas en el mismo mercado de productos LCA a efectos de las alegaciones de perjuicio grave". (*Ibid.*, nota 2712 al párrafo 9.39 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1286 y 6.1370)).

<sup>1275</sup> En su declaración inicial en la segunda sesión de la audiencia, la Unión Europea recordó que en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (párrafo 5 del artículo 21 - UE) el Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó la formulación "*meaningful competitive constraints*" ("presiones competitivas significativas") en lugar de "*significant competitive constraints*" ("restricciones significativas de la competencia"). La Unión Europea puso de relieve que lo importante no es el adjetivo elegido para describir la obligación, siempre que el análisis del grupo especial tenga debidamente en cuenta la naturaleza y el grado requeridos de la competencia entre los productos.

<sup>1276</sup> Declaración inicial de la Unión Europea en la segunda sesión de la audiencia.

<sup>1277</sup> Declaración inicial de la Unión Europea en la segunda sesión de la audiencia.

<sup>1278</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1134 y nota 2492 al mismo.

<sup>1279</sup> A este respecto, recordamos la orientación del Órgano de Apelación según la cual la identificación del mercado o los mercados productos pertinentes "es probable ... que varíe de un caso a otro en función de

suficiente que el grupo especial examine pruebas *cualitativas* en relación con la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda y de la oferta, las características del producto, los usos finales y la preferencias del cliente, para llegar a una conclusión con respecto a la naturaleza y el grado de la competencia entre dos productos. En relación con los argumentos planteados en su comunicación del apelante, la Unión Europea aclaró en la audiencia que *no* estaba aduciendo que los reclamantes *tengan* que utilizar análisis *cuantitativos* para identificar los mercados de productos pertinentes *en cada caso*, sino, como la Unión Europea había aducido ante el Grupo Especial, que esos instrumentos deberían utilizarse cuando sea posible y cuando ayuden en la tarea de identificar los mercados de productos pertinentes.<sup>1280</sup> A nuestro modo de ver, el Grupo Especial se apoyó correctamente en el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial para rechazar la tesis de que los "métodos cuantitativos de análisis deban, *como cuestión de derecho*, utilizarse siempre para guiar la determinación de los mercados de productos pertinentes en las diferencias relativas a un perjuicio grave".<sup>1281</sup> Aunque la Unión Europea no aduce que sea obligatorio en cada caso un examen *cuantitativo* de las pruebas, su comunicación del apelante se centra en aspectos específicos del análisis del Grupo Especial para aducir que este consideró que la intensidad de la competencia entre diferentes pares de productos "no era pertinente" en modo alguno.<sup>1282</sup> Abordamos esos argumentos a continuación, en particular al examinar el análisis por el Grupo Especial de las segmentaciones del mercado de productos propuestas por las partes.

5.489. El Órgano de Apelación ha puesto de relieve que, en los casos en que un reclamante decida definir el producto subvencionado y el similar "de forma ... amplia", habrá que "analizarlos en diferentes mercados de productos ... para analizar en más detalle las interacciones competitivas reales que tienen lugar y determinar así si hay desplazamiento {u obstaculización}".<sup>1283</sup> Aunque cabe la posibilidad de que se realice un análisis de los efectos desfavorables y se llegue a constataciones significativas de la existencia de perjuicio grave en casos en que "no todos los productos compiten directamente por las mismas ventas o los mismos pedidos (o cuando la relación de competencia entre dichos productos es, a lo sumo, indirecta o remota)"<sup>1284</sup>, este hecho, sin embargo, se ha de "tomar debidamente en cuenta" en el análisis del perjuicio grave.<sup>1285</sup> Así pues, en la medida en que el reclamante haya adoptado una definición amplia del mercado de productos, puede ser más difícil, en función de los hechos de caso de que se trate, que ese reclamante establezca la existencia de efectos desfavorables. Por lo tanto, estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que da a entender que hay una relación determinante entre la definición del mercado de productos y el análisis de la relación causal, en el sentido de que, cuanto más restrictiva sea la definición del mercado, más fácil será demostrar la relación causal e, por el contrario, cuanto más laxa sea la definición del mercado más difícil puede ser demostrar la relación causal.<sup>1286</sup>

5.490. Como se ha expuesto con detalle *supra*, el Grupo Especial hizo amplia referencia al informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, incluida la constatación de que dos productos se encuentran en el mismo mercado de productos cuando "se pued{e}n sustituir el uno al otro en medida suficiente para crear restricciones mutuas de la competencia".<sup>1287</sup> En particular, el Grupo Especial observó correctamente que, "al determinar si dos productos son sustituibles entre sí en medida suficiente para crear restricciones mutuas de la competencia y, por lo tanto, forman parte del mismo mercado de productos, será importante investigar y analizar las características y rasgos

---

las circunstancias de hecho concretas". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123).

<sup>1280</sup> Respuesta de la Unión Europea a preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>1281</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1204. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1282</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 599 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289), párrafo 600 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1382) y párrafo 601 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1280, 6.1315, 6.1320 y 6.1348).

<sup>1283</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1119. El Órgano de Apelación observó que se puede esgrimir un argumento parecido respecto de la obstaculización. (*Ibid.*, nota 2466 al mismo párrafo)

<sup>1284</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1136.

<sup>1285</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1136.

<sup>1286</sup> Declaración inicial de la Unión Europea en la segunda sesión de la audiencia.

<sup>1287</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1210 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120).

concretos de la demanda y, en determinadas situaciones, de la oferta".<sup>1288</sup> El Grupo Especial también reconoció que, al examinar alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 6, "el grupo especial debe hacer una evaluación objetiva de la *relación de competencia* entre productos específicos y determinar en virtud de esa evaluación la medida en que el reclamante ha planteado su argumento con respecto a los mercados de productos correctos".<sup>1289</sup> Al hacerlo, el Grupo Especial enunció correctamente, a nuestro juicio, el criterio que debe aplicarse al identificar el mercado o los mercados de productos pertinentes en la presente diferencia. Sin embargo, observamos que la Unión Europea hace referencia determinadas declaraciones formuladas por el Grupo Especial<sup>1290</sup> que, según de la Unión Europea, demuestran que el Grupo Especial incurrió en error en su enfoque interpretativo. En particular, la Unión Europea sostiene que esas declaraciones formuladas por el Grupo Especial ponen de manifiesto que "el Grupo Especial consideró que la intensidad de la competencia no era pertinente"<sup>1291</sup> para llegar a su delimitación del mercado de productos. Pasamos ahora, por lo tanto, a examinar los argumentos específicos que la Unión Europea formula a este respecto.

5.491. Recordamos que el Grupo Especial llevó a cabo una evaluación cualitativa de la intensidad de la competencia entre productos a efectos de identificar los mercados de productos pertinentes en la presente diferencia, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Órgano de Apelación y las pruebas y argumentos pertinentes que tenía ante sí. Al hacerlo, el Grupo Especial observó que los argumentos de las partes se centraban poco en la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta<sup>1292</sup>, y que el debate entre ellas abordaba principalmente la medida en que se demostraba la existencia de un determinado nivel de sustitución desde el punto de vista de la demanda entre diferentes aeronaves de Airbus y Boeing por: i) las características físicas y de rendimiento, los usos finales y los clientes de las diferentes aeronaves de Airbus y Boeing; ii) la existencia y naturaleza de cualquier restricción relativa a los precios entre esas aeronaves; y iii) las pruebas respecto de campañas de ventas.<sup>1293</sup> Con estos antecedentes en mente, comenzamos nuestro examen del mercado de LCA de pasillo único.

#### 5.6.2.3.1 Mercado de LCA de pasillo único

5.492. Comenzando por el análisis de la competencia en el mercado de LCA de pasillo único realizado por el Grupo Especial, la Unión Europea señala la declaración del Grupo Especial de que:

{p}ara aceptar que el 737NG no competía con el A320neo en esas ventas tendríamos que estar convencidos de que, de no existir el A320neo, las mismas aerolíneas habrían preferido no adquirir *aeronave alguna*, es decir, que en el momento de las ventas el A320neo tenía un monopolio temporal.<sup>1294</sup>

5.493. La Unión Europea hace referencia a esa declaración para respaldar su afirmación de que el Grupo Especial consideró que dos productos se encuentran "en mercados de productos distintos solo cuando hay ausencia de competencia, de tal manera que los clientes no comprarían *producto alguno* si el producto subvencionado no estuviera disponible".<sup>1295</sup>

5.494. Los Estados Unidos responden que la Unión Europea interpreta erróneamente las constataciones del Grupo Especial cuando invoca esa declaración en respaldo de la tesis de que el criterio del Grupo Especial sitúa los productos en el mismo mercado salvo que no exista

<sup>1288</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1178.

<sup>1289</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1160. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1290</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 599 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289), párrafo 600 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1382), y párrafo 601 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1280, 6.1315, 6.1320 y 6.1348).

<sup>1291</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 599.

<sup>1292</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1238, 6.1294 y 6.1372.

<sup>1293</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1238, 6.1294 y 6.1372.

<sup>1294</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 599 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1295</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 597 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1210, 6.1211, 6.1236, 6.1289 y 6.1382). (las cursivas figuran en el original)

competencia entre ellos.<sup>1296</sup> Según los Estados Unidos, el Grupo Especial estaba señalando que "el éxito del A320neo 'en lugar del 737NG' en una determinada campaña de ventas no demuestra la ausencia de competencia".<sup>1297</sup>

5.495. Contrariamente a lo que la Unión Europea da entender, no consideramos que la declaración del Grupo Especial citada *supra* indique que este considerara que la intensidad de la competencia entre diferentes tipos de productos sea *per se carente de pertinencia*. Antes bien, el Grupo Especial simplemente parece haber expresado la opinión de que, para aceptar el argumento de la Unión Europea de que no había competencia en absoluto entre el 737NG y el A320neo en la campaña de ventas en cuestión, tendría que haber constatado que el A320neo tenía un monopolio temporal en el momento de las ventas. De ello no se sigue que el Grupo Especial hubiese considerado que podía constatar que dos productos compiten en el mismo, o en diferentes, mercados de productos *con independencia de la naturaleza y el grado de la competencia* que exista entre ellos. Antes bien, el Grupo Especial reconoció que el grado de competencia existente en cada uno de los mercados de productos pertinentes no "se{rá} idéntico entre todos los pares o combinaciones de aeronaves", que "{h}abr{á} relaciones de competencia más débiles o más fuertes en cada mercado *en función de las circunstancias concretas de la venta*"<sup>1298</sup> y que "puede haber relaciones de competencia importantes entre pares o combinaciones de aeronaves *en dos*, o incluso en los tres, mercados de productos".<sup>1299</sup> Sin embargo, el Grupo Especial constató que:

si bien est{aba} claro que los tres mercados de productos en los que los Estados Unidos ha{bían} optado por basarse para plantear su reclamación de incumplimiento no reflejan exhaustivamente el modo en que la competencia se desarrolla entre las aeronaves del sector de LCA en todo momento, {el Grupo Especial} est{aba} convencido de que actualmente (como en el procedimiento inicial) representan los tres segmentos en los que normalmente tendrá lugar la *mayoría* de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes.<sup>1300</sup>

5.496. En concreto, con respecto a la competencia en el mercado de LCA de pasillo único, el Grupo Especial observó que "el propio Airbus ha{bía} hecho hincapié en el elevado número de características comunes que tienen el A320ceo y el A320neo, en una serie de exposiciones de diapositivas y documentación puesta a disposición del público".<sup>1301</sup> El Grupo Especial también constató que "las aeronaves de pasillo único de nueva generación de Airbus y Boeing pueden considerarse versiones actualizadas y con mayor eficiencia en el consumo de combustible que sus ofertas actuales de aeronaves de pasillo único, principalmente destinadas a cubrir las mismas misiones en que ya operan los clientes existentes de aeronaves de pasillo único".<sup>1302</sup> A juicio del Grupo Especial, de ello se seguía que "un cliente típico que quiera comprar una aeronave de pasillo único tendr{í}a una opción *potencial* de elegir entre dos aeronaves de cada fabricante, una de una versión actual y otra de la nueva generación de productos".<sup>1303</sup> Así pues, a nuestro modo de ver, al evaluar la naturaleza y el alcance de la competencia entre "las gamas de productos de pasillo único de nueva generación de ambos productores {y} sus versiones actuales"<sup>1304</sup>, el Grupo Especial tuvo en cuenta la orientación del Órgano de Apelación relativa a la identificación de los mercados de productos pertinentes, ya que tomó en consideración los factores de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda requeridos.<sup>1305</sup> Por lo tanto, contrariamente a lo que la Unión Europea parece dar a entender, el Grupo Especial no pasó por alto el argumento de la Unión Europea de que la competencia en el mercado de LCA de pasillo único tiene lugar en dos mercados de productos separados: uno para las versiones actuales de las familias del A320 y 737NG; y el

<sup>1296</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 330.

<sup>1297</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 329 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1298</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (sin cursivas en el original)

<sup>1299</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1300</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1301</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1244.

<sup>1302</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1287. Véase también el párrafo 6.1246.

<sup>1303</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1287. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1304</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1237.

<sup>1305</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1120-1122 y 1134.

otro para las familias de nueva generación del A320neo y el 737MAX.<sup>1306</sup> Antes bien, el Grupo Especial se ocupó de ese argumento de la Unión Europea, pero no estuvo de acuerdo con él.

5.497. El Grupo Especial tomo en consideración, por ejemplo, el argumento de los Estados Unidos de que "la existencia de una competencia *efectiva* entre la generación actual y nueva de productos LCA de pasillo único se pone de manifiesto por la presión sobre los precios que se imponen dos grupos de LCA entre sí".<sup>1307</sup> El Grupo Especial constató a este respecto que, "al fijar el precio de los productos de nueva generación, Airbus y Boeing tendr{ia}n que considerar no solo el precio fijado por el otro para el 737MAX y el A320neo, sino también el fijado para el 737NG y el A320ceo".<sup>1308</sup> Según el Grupo Especial ello parecía indicar que "las versiones actuales de Airbus y Boeing imponen restricciones relativas a los precios de sus modelos de nueva generación".<sup>1309</sup> El Grupo Especial halló respaldo adicional en las pruebas obrantes en el expediente, y observó lo siguiente:

Desde la perspectiva del cliente, la única diferencia significativa que existe entre {las aeronaves de la versión actual y de nueva generación} es una diferencia en los costos de explotación derivada de la mayor eficiencia en el consumo de combustible de los nuevos motores incorporados en los modelos neo y MAX. *Ni Airbus ni Boeing pueden aumentar el precio de los modelos más nuevos para reflejar el valor actual neto de su mayor eficiencia en el consumo de combustible, ya que eso neutralizaría la ventaja que presentan en cuanto a los costos de explotación respecto de los modelos actuales, por lo que se dejaría a los clientes sin apenas incentivo para adoptar los modelos más nuevos.* De hecho, el precio del A320neo y del 737MAX está, generalmente, restringido por la presencia en el mercado de modelos anteriores, ya que el valor de la desventaja relativa al consumo de combustible de estos últimos tiende a disminuir dólar por dólar a medida que aumenta el precio de los modelos neo y MAX.<sup>1310</sup>

Las aerolíneas podrán tomar las ventajas relativas al consumo de combustible anunciadas y garantizadas de las aeronaves de nueva generación y aplicar sus conocimientos sobre el precio del combustible y sus propias operaciones para calcular estos valores actuales. *De este modo, podrán cuantificar la ventaja que representa operar una aeronave de nueva generación para la cuenta de resultados de la aerolínea en comparación con una aeronave de la generación actual. En la práctica, Boeing y Airbus han tenido que "compartir" las ventajas en cuanto al ahorro de costos y al valor de los modelos neo y MAX de nueva generación con los clientes del mercado de pasillo único.*<sup>1311</sup>

5.498. El Grupo Especial también tomó en consideración los argumentos de la Unión Europea de que "las versiones actuales de los productos LCA de pasillo único de Airbus y Boeing no impon{ia}n ninguna restricción relativa a los precios significativa en sus respectivos modelos de nueva generación"<sup>1312</sup> y que "las únicas restricciones relativas a los precios significativas que afectan a la venta de las aeronaves de nueva generación de Airbus y Boeing son consecuencia

<sup>1306</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1237 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 600-606; declaración de Mourey (Prueba documental EU-8) (ICC)), párrafos 75-84).

<sup>1307</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1249 (donde se hace referencia a la declaración de Bair (Prueba documental USA-339) (ICC)), párrafos 27 y 29; y a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 63 del Grupo Especial). (sin cursivas en el original) Observamos que Bair utiliza la expresión "*significant competitive relationships*" (relaciones de competencia significativas) para describir la competencia entre el 737NG, el 737MAX, el A320ceo y el A320neo. (Declaración de Bair (Prueba documental USA-339) (ICC)), párrafos 27 y 29).

<sup>1308</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1252.

<sup>1309</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1252.

<sup>1310</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1252 (donde se cita la declaración de Bair (Prueba documental USA-339) (ICC)), párrafo 27 (las cursivas son del Grupo Especial)).

<sup>1311</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1252 (donde se cita la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124) (ICC/ICSS)), párrafo 23 (las cursivas son del Grupo Especial)). (no se reproduce la nota de pie de página adicional)

<sup>1312</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1251 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 63 del Grupo Especial, párrafos 509-510).

exclusiva de la presión competitiva que el 737MAX y el A320neo se imponen entre sí".<sup>1313</sup> Sobre la base su análisis de las pruebas aportadas por la Unión Europea, el Grupo Especial constató que, "{s}i bien los costos de explotación (incluida la eficiencia en el consumo de combustible) desempeñar{ia}n invariablemente una función importante en toda decisión de compra del cliente, exist{ia}n otros factores que también desempeñar{ia}n una función importante", como "el precio, las características comunes con la flota y la fecha de entrega".<sup>1314</sup> El Grupo Especial consideró además que "la fecha de entrega disponible de una determinada aeronave tendr{ia} un gran peso en la evaluación económica que reali{zaría} un posible cliente del valor de esa aeronave para su modelo comercial y sus objetivos estratégicos".<sup>1315</sup> En cada caso, el cliente tendría que elegir entre dos opciones: i) "la compra de una aeronave {de nueva generación} con un precio relativamente más elevado y unos costos de explotación relativamente bajos que *no está* disponible a corto plazo"; o ii) "la compra de {la versión actual} de una aeronave de un precio inferior y unos costos de explotación más elevados que *está* disponible a corto plazo".<sup>1316</sup> Sobre esa base, el Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que "la superioridad de la aeronave de nueva generación respecto de las versiones actuales cuando se entregan en la misma fecha *no establece que los dos conjuntos de LCA no sean sustituibles entre sí*".<sup>1317</sup> El Grupo Especial añadió:

en la medida en que las fechas de entrega pueden (por sí solas o en combinación con otros factores no relacionados con el precio) desempeñar una función determinante en la decisión de compra de un cliente, es evidente que las aerolíneas que desean comprar una aeronave que pueda realizar misiones de pasillo único probablemente consideren que los modelos de LCA de pasillo único de Airbus y Boeing de las versiones actuales y de nueva generación son *sustitutos potenciales*.<sup>1318</sup>

5.499. A continuación, el Grupo Especial examinó los argumentos y pruebas presentados por las partes respecto de campañas de ventas específicas. Sobre la base de su análisis, el Grupo Especial no consideró que las campañas de ventas de AirAsia, Cebu Pacific Air, GoAir, IndiGo, Lufthansa, Qantas/Jetstar y TAM de 2001 "{fueran} ejemplos de situaciones en que los clientes consideraron que las versiones actuales y de nueva generación de las aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing no competían".<sup>1319</sup> Antes bien, a juicio del Grupo Especial, "el hecho de que varias aerolíneas decidieran adquirir el A320neo *en lugar del 737NG* simplemente da{ba} a entender que cada uno de los correspondientes clientes consideró que el A320neo se adaptaba mejor a su modelo de negocio y sus objetivos estratégicos, a la luz del valor económico ofrecido por *cada aeronave*, con inclusión de los términos y condiciones de venta propuestos".<sup>1320</sup>

5.500. Pasando a las campañas de American Airlines de 2011 y Norwegian Air Shuttle de 2011-2012, el Grupo Especial constató que esas campañas de ventas "no dem{ostraban} que el 737NG no compitiera *suficientemente* con el A320neo para concluir que las dos aeronaves se encuentran en mercados de productos diferentes, sino únicamente que el A320neo, en los términos y condiciones en que se ofreció en esa campaña de ventas, era un competidor muy fuerte".<sup>1321</sup> El Grupo Especial añadió que, {e}n lugar de demostrar que el 737NG no comp{etía} con el A320neo", la campaña de ventas de American Airlines de 2011 representaba "un claro aspecto de *la propia esencia de la competencia* entre Airbus y Boeing"<sup>1322</sup>, a saber, "la introducción de productos tecnológicamente superiores con el fin de *imponerse en la competencia* por obtener clientes de aeronaves de pasillo único".<sup>1323</sup> El Grupo Especial declaró además que "no cre{ía} que la reconocida superioridad en cuanto a consumo de combustible de la nueva generación de LCA de pasillo único de Airbus y Boeing signifi{cara} *necesariamente* que no compet{ia}n con las

<sup>1313</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1251.

<sup>1314</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1260. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1315</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1264 (donde se hace referencia al párrafo 6.1217).

<sup>1316</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1264. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1317</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1265. (sin cursivas en el original)

<sup>1318</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1265. (sin cursivas en el original)

<sup>1319</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289.

<sup>1320</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1321</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1290. (sin cursivas en el original)

<sup>1322</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1280. (sin cursivas en el original)

<sup>1323</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1280. (sin cursivas en el original) Recordamos que, al evaluar las condiciones generales de la competencia en la rama de producción de LCA, el Grupo Especial consideró que, como en el procedimiento inicial, la innovación tecnológica seguía siendo un elemento de competencia fundamental entre Airbus y Boeing. (*Ibid.*, párrafo 6.1220).



versiones actuales de sus ofertas de aeronaves de pasillo único".<sup>1324</sup> En lugar de ello, el Grupo Especial recordó que "las aeronaves de nueva generación de ambos fabricantes esta{ban} específicamente destinadas a operar en misiones que se superpondr{ían} en gran medida con las que ya lleva{ban} a cabo las versiones actuales".<sup>1325</sup> Ese fue el contexto en el que el Grupo Especial declaró que, "{p}ara aceptar que el 737NG no competía con el A320neo en esas ventas, tendría{ } que estar convencido{ } de que, de no existir el A320neo, las mismas aerolíneas habrían preferido no adquirir *aeronave alguna*, es decir, que en el momento de las ventas el A320neo tendría un monopolio temporal".<sup>1326</sup> A nuestro entender, esa declaración del Grupo Especial concierne a las circunstancias en que el Grupo Especial podría constatar que el 737NG y el A320neo no competían en el contexto de una campaña de ventas concreta; no da a entender que el Grupo Especial considerara que el grado y la naturaleza de la competencia entre diferentes tipos de productos no sea en modo alguno pertinente, como indica la Unión Europea. De hecho, el Grupo Especial observó que la naturaleza y el grado de la competencia entre tipos de productos pueden variar "*en función de las circunstancias concretas de la venta*".<sup>1327</sup>

5.501. Por lo tanto, a nuestro juicio, el Grupo Especial examinó suficientemente la naturaleza y el alcance de la competencia efectiva o potencial entre las LCA de pasillo único de Boeing y Airbus de nueva generación y de la generación actual, a la luz de los argumentos y pruebas presentados por las partes, para en última instancia que "*el grado de sustitución desde el punto de vista de la demanda que existe entre estas dos líneas de aeronaves de pasillo único es suficiente*".<sup>1328</sup> para confirmar la alegación de los Estados Unidos de que, "a los efectos de las disciplinas del Acuerdo SMC sobre el perjuicio grave, todas las aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing compiten en el mismo mercado de productos".<sup>1329</sup> Al llegar a esa conclusión, el Grupo Especial analizó los factores cualitativos pertinentes en relación con la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda en su evaluación de la naturaleza y el alcance de la competencia efectiva o potencial, y también consideró que, en las circunstancias de la presente diferencia, "producir pruebas cuantitativas exactas y fiables del grado de sustitución entre diferentes productos LCA desde el punto de vista de la demanda sería una tarea formidable".<sup>1330</sup> En particular, el Grupo Especial consideró que, "para generar resultados exactos y fiables" que utilizar un análisis cuantitativo a efectos de identificar los mercados de productos pertinentes, sería necesario "un volumen significativo de información histórica sobre los precios *efectivamente* pagados por los clientes de LCA".<sup>1331</sup> El Grupo Especial "plante{ó} dudas sobre la disponibilidad de esos datos sobre los precios reales"<sup>1332</sup>, y observó además que, "cuando se le pidió que revelara la información sobre los precios previstos del A350XWB utilizada por el Profesor Whitelaw para obtener las tasas de rentabilidad interna", la Unión Europea "suprimió de su respuesta los datos relativos a los precios".<sup>1333</sup> El Grupo Especial observó seguidamente que, "incluso con esa información, la tarea de realizar un análisis econométrico fiable de la demanda de productos LCA entrañaría varias dificultades significativas en relación con el método y los datos".<sup>1334</sup> Además, el Grupo Especial tomó en consideración los "argumentos muy limitados {presentados} con respecto a la *sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta*"<sup>1335</sup> por las partes.<sup>1336</sup>

5.502. En resumen, estamos convencidos de que la identificación por el Grupo Especial del mercado de LCA de pasillo único como un mercado que comprende las LCA de pasillo único de Boeing y Airbus de nueva generación y de la generación actual se basó en un análisis adecuado de la competencia entre esos productos, el cual, según constató el Grupo Especial, demostraba la

<sup>1324</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1280. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1325</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1280.

<sup>1326</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1289. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)

<sup>1327</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (sin cursivas en el original)

<sup>1328</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1286. (sin cursivas en el original)

<sup>1329</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1286.

<sup>1330</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1205.

<sup>1331</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1205. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1332</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1205.

<sup>1333</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1181 (donde se hace referencia a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 132 del Grupo Especial; y las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 132 del Grupo Especial).

<sup>1334</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1205.

<sup>1335</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1294. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1336</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1238, 6.1294 y 6.1372.

existencia de un grado de sustituibilidad suficiente, con arreglo al criterio enunciado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. No estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el análisis de la competencia en el mercado de LCA de pasillo único realizado por el Grupo Especial se basara en la premisa de que dos productos estarían "en mercados de productos distintos solo cuando ... los clientes no comprarían *producto alguno* si el producto subvencionado no estuviera disponible."<sup>1337</sup> Tampoco estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial pasara por alto los argumentos de la Unión Europea en relación con la naturaleza y el grado de la competencia entre las LCA de pasillo único de Boeing y Airbus de nueva generación y de la generación actual, con arreglo a los cuales dichas aeronaves debían situarse en mercados de productos diferentes. Antes bien, como se ha señalado, el Grupo Especial tomó en consideración esos argumentos, pero decidió rechazarlos. A la luz de las consideraciones precedentes, estamos convencidos de que el análisis del Grupo Especial que identifica el mercado de LCA de pasillo único refleja una lectura adecuada del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

#### 5.6.2.3.2 Mercado de LCA de doble pasillo

5.503. La Unión Europea sostiene, análogamente, que el Grupo Especial consideró que la intensidad de la competencia era "carente de pertinencia" cuando constató que "el A330 y el 777 pertenecen al mismo mercado de productos por {la} *'probabilidad de que la base de clientes potenciales del A330 como mínimo se solape con los tipos de clientes que {estarían} interesados en el 777'*"<sup>1338</sup> y, asimismo, cuando constató que "el A330-300 y el 777-200ER pertenec{í}a{n al mismo mercado de productos" sobre la base de la ausencia de pruebas que indicaran que ejercen "entre sí restricciones de la competencia".<sup>1339</sup>

5.504. Los Estados Unidos sostienen que una superposición de las bases de clientes es sumamente pertinente para evaluar la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, así como la dinámica de la competencia, pero que "el Grupo Especial nunca dio a entender que fuera la única, o siquiera la principal, razón de sus definiciones del mercado del productos".<sup>1340</sup> Según los Estados Unidos, la declaración que figura en el informe del Grupo Especial a la que Unión Europea hace referencia "es simplemente una observación" tomada de un análisis detallado realizado por el Grupo Especial.<sup>1341</sup>

5.505. Recordamos a este respecto que, al examinar la "relación de competencia entre el A330 y el 777"<sup>1342</sup>, el Grupo Especial observó que "la decisión de un cliente de adquirir una LCA estar{í}a guiada por el valor global del paquete relativo a la aeronave que se le ofrece", a "la luz de varios factores, entre ellos su modelo de negocio concreto; y uno de los determinantes fundamentales del modelo de negocio de una aerolínea ser{í}a{n los tipos de misiones que tiene intención de realizar".<sup>1343</sup> El Grupo Especial observó que "la demanda de los pasajeros es un parámetro polifacético que variar{í}a para cada ruta concreta 'en cada momento del día o de una temporada o año al siguiente', no solo entre las distintas aerolíneas, sino también para una aerolínea determinada".<sup>1344</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que "e{ra} probable que el proceso de previsión del número de asientos y las estructuras de ruta necesarios durante la vida comercial de cualquier aeronave determinada para un posible cliente de LCA {fuera} extremadamente complejo y conllevar{a} un cierto grado de riesgo".<sup>1345</sup> Sobre la base de su análisis, el Grupo Especial consideró que era "difícil comprender cómo el simple hecho de que el A330 pueda ser más apropiado que el 777" para "realizar la gama concreta de misiones de distancia mediana para las que {estaba} diseñado específicamente implica{ba} necesariamente

<sup>1337</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 597 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1210, 6.1211, 6.1236, 6.1289 y 6.1382). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1338</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 601 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1315 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>1339</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 601 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1320).

<sup>1340</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 333.

<sup>1341</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 333.

<sup>1342</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1312.

<sup>1343</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1313.

<sup>1344</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1313 (donde se cita la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124) (ICC/ICSS)), párrafo 91).

<sup>1345</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1313.

que no se enfrentar{í}a a competencia alguna del 777".<sup>1346</sup> El Grupo Especial declaró a continuación que, "{s}i las ventajas de rendimiento relativas en misiones *optimizadas* fueran una base suficiente para identificar los mercados de productos pertinentes en el sector de las LCA"<sup>1347</sup>, parecería que "la mayoría, si no todas, las familias de LCA de doble pasillo de Airbus y Boeing estarían en mercados monopolísticos separados definidos estrictamente, porque, de un modo u otro, todas las LCA de doble pasillo de Airbus y Boeing se diferencian por sus características de rendimiento".<sup>1348</sup>

5.506. Ese fue el contexto en el que Grupo Especial tomó en consideración "la{s} base{s} de clientes potenciales" del A330 y el 777 en el marco de su evaluación de las relaciones de competencia entre esas aeronaves y señaló que las pruebas de la existencia de "una superposición de la base de clientes potenciales ... puede{n} ser sumamente pertinente{s} para la tarea de identificar los mercados de productos de LCA".<sup>1349</sup> A este respecto, los Estados Unidos habían señalado "varios ejemplos de aerolíneas que ha{bía}n decidido operar con varias aeronaves de doble pasillo diferentes en las mismas rutas"<sup>1350</sup>, aduciendo que ello "respalda{ba} la opinión de que exist{í}a un grado de superposición en el uso de todas las aeronaves de doble pasillo" y, en consecuencia, que "ha{bía} que ser cauteloso al definir estrictamente límites claros para segmentar un espacio de productos", dado que las "pautas de demanda de los consumidores y uso de los productos {eran} tan complejas".<sup>1351</sup> Sobre la base de las pruebas que tenía ante sí, el Grupo Especial constató, por ejemplo, que la decisión de Malaysia Airlines y Singapore Airlines de "sustitu{ir} {el} 777 por el A330 ... no solo ofrec{í}a un *ejemplo claro de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda* entre dos productos diferenciados"<sup>1352</sup>, sino que "también demostra{ba} la función importante e indiscutible del desarrollo tecnológico en la elección de aeronave por un cliente y destaca{ba} una dimensión fundamental de la competencia entre Airbus y Boeing".<sup>1353</sup> No vemos ningún error en el análisis del Grupo Especial a este respecto. Tampoco entendemos que las declaraciones a las que hace referencia la Unión Europea<sup>1354</sup> indiquen que el Grupo Especial considerase que la intensidad de la competencia en el mercado de LCA de doble pasillo carecía de pertinencia. De hecho, como observó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, "el hecho de que los clientes adquieran una gama de productos para satisfacer sus necesidades puede ser indicativo de que todos esos productos pueden estar compitiendo en el mismo mercado".<sup>1355</sup>

5.507. Además, observamos que el Grupo Especial tomó en consideración los argumentos de la Unión Europea y llegó a la conclusión de que, para el Grupo Especial, "aceptar que las diferencias entre los {valores actuales netos} del A330 y el 777 al realizar *misiones optimizadas* demostra{ba}n que ambas aeronaves no se impon{í}an entre sí restricciones de la competencia"<sup>1356</sup> sería similar a constatar que "actualmente solo dos tipos de clientes esta{ba}n interesados en considerar las dos aeronaves: o bien, a) clientes que bus{cara}n una aeronave para trasladar un número relativamente grande de pasajeros a través de rutas relativamente largas (lo que favorecería al 777); o bien, b) clientes que qui{sie}ran una aeronave para transportar una menor cantidad de pasajeros a través de rutas de mediana distancia (que elegirían el A330)".<sup>1357</sup> El Grupo Especial constató que la posición de la Unión Europea "e{ra} demasiado simplista y esta{ba} en contradicción con la descripción que la propia Unión Europea hac{í}a de las características básicas de la demanda de aeronaves".<sup>1358</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial rechazó el argumento de la Unión Europea de que "el A330 y el 777 se venden cada uno en su

<sup>1346</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1314.

<sup>1347</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1314. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1348</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1314.

<sup>1349</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1316-6.1317.

<sup>1350</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1318.

<sup>1351</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1318 (donde se citan las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 75 del Grupo Especial).

<sup>1352</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1322. (sin cursivas en el original)

<sup>1353</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1322.

<sup>1354</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 601 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1315 y 6.1320).

<sup>1355</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1356</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1344. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1357</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1344.

<sup>1358</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1344 (donde se hace referencia a los párrafos 6.1311-6.1322).

propio mercado monopolístico separado para aeronaves más pequeñas y de autonomía media (en el caso del A330) y para aeronaves más grandes y de mayor autonomía (en el caso del 777) disponibles para su entrega a corto plazo".<sup>1359</sup>

5.508. Pasando al A350XWB, el Grupo Especial recordó la afirmación de la Unión Europea de que "el A350XWB y el 787 comp{etía}n estrechamente en el mismo mercado de productos de aeronaves de nueva generación tecnológicamente avanzadas y eficientes en el consumo de combustible".<sup>1360</sup> Sin embargo, el Grupo Especial consideró que el hecho de que Airbus decidiera subrayar "las supuestas ventajas de rendimiento del A350XWB-900 frente al 787-9 y el 777-200ER en el momento de su lanzamiento" indicaba que "debió de haber previsto que los clientes potenciales estarían interesados en conocer las características de rendimiento relativas de *las tres aeronaves*".<sup>1361</sup> El Grupo Especial observó además que, "desde su lanzamiento, Airbus ... continu{ó} comercializando la familia del A350XWB como alternativa al 787 y el 777".<sup>1362</sup> El Grupo Especial consideró que el hecho de que en las pruebas obrantes en el expediente se intentara "destacar la '*competitividad*' del A350XWB tecnológicamente avanzado centrándose en sus ventajas de rendimiento relativas respecto de las aeronaves 787, 777 y 767" era coherente con el hecho de que "el A350XWB se desarrolla{ra} con el objetivo específico de *obtener ventas* de una serie de clientes que de otro modo podrían estar interesados en las características de rendimiento de las tres familias de aeronaves de Boeing, como mínimo".<sup>1363</sup>

5.509. El Grupo Especial constató además que había pruebas que indicaban que "Airbus tenía la intención de ganar ventas al 787 no solo utilizando el A350XWB, *sino también el A330*".<sup>1364</sup> A este respecto, el Grupo Especial explicó que "no entend{ía} que la ausencia de posiciones de entrega a corto plazo de una aeronave en comparación con otra signifique necesariamente que no se imponen entre sí restricciones de la competencia".<sup>1365</sup> Según el Grupo Especial, en las pruebas obrantes en el expediente se reconocía que "el A330 mantenía ... una relación de competencia con el 787"<sup>1366</sup> y, en particular, "en la declaración de Mourey ... se explica{ba} que 'como consecuencia del lanzamiento por Boeing del 787 {en 2004}, durante varios años los precios, los pedidos y la cuota de mercado del A330 disminuyeron drásticamente, ya que las aerolíneas encargaban el 787'.<sup>1367</sup> A juicio del Grupo Especial, esas consideraciones indicaban que "el 787 y el A350XWB no afronta{ba}n únicamente las restricciones de la competencia que se impon{ía}n entre sí, sino también las de otras aeronaves de doble pasillo".<sup>1368</sup>

5.510. En cuanto al 767, el Grupo Especial constató que "los tipos de misiones y los rendimientos de explotación ofrecidos por el 767" eran "en cierta medida limitados en comparación con las versiones más grandes del 787 y las familias del 777 y el A350XWB".<sup>1369</sup> El Grupo Especial observó que las pruebas indicaban que el 767 y el A330 eran aproximadamente del mismo tamaño y ofrecían una "autonomía comparable"<sup>1370</sup> y, además, que, con la introducción del 787, las ventas tanto "del 767 como del A330 se vieron afectadas significativamente".<sup>1371</sup> Ello, a juicio del Grupo Especial, indicaba la posibilidad de que los clientes estuvieran eligiendo las aeronaves de nueva generación de Boeing en lugar tanto del A330 como del 767.<sup>1372</sup> El Grupo Especial también halló pruebas de que el A330 se comercializaba "comparando sus resultados de ventas y características de explotación no solo con el 777 y el 787, sino también con el 767".<sup>1373</sup> Por último, el Grupo Especial consideró que, "{e}n cuanto 'posible sustituto' de una aeronave que en aquel momento Airbus consideraba que era un rival con mejores rendimientos del 767", lógicamente "el A350XWB

<sup>1359</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293.

<sup>1360</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293.

<sup>1361</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1307. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1362</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1308. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1363</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1309. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1364</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1310. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1365</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1311.

<sup>1366</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1310.

<sup>1367</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1310 (donde se cita declaración de Mourey (Prueba documental EU-8) (ICC)), párrafo 88).

<sup>1368</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1365.

<sup>1369</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1327.

<sup>1370</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1327. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1371</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1327. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1372</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1327.

<sup>1373</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1327. (no se reproducen las cursivas ni la nota de pie de página)

atraería inevitablemente a una gama de clientes que incluiría a algunos de los que podrían haber estado interesados en explorar la idoneidad del 767 o el A330".<sup>1374</sup> En esa medida, constatamos que el Grupo Especial ha abordado y rechazado el argumento de la Unión Europea de que el 767 no competía con el A330 y que, en cualquier caso, había sido sustituido por el 787.<sup>1375</sup>

5.511. El Grupo Especial observó que "las relaciones de competencia entre las cinco familias de aeronaves de Airbus y de Boeing ha{bía}n estado evolucionando constantemente, a consecuencia no solo de los cambios en ... la demanda, sino también del ritmo y la naturaleza de la innovación en las aeronaves".<sup>1376</sup> El Grupo Especial explicó además que:

por lo que respecta a las características físicas y los usos finales, las cinco familias de LCA de doble pasillo de Airbus y de Boeing pueden, en conjunto, satisfacer un espectro relativamente amplio de necesidades de misión, que abarca desde las rutas regionales a las que dan servicio las familias de aeronaves más pequeñas, los 767 y los A330, hasta las misiones de mayor capacidad y larga distancia para las que fueron diseñadas específicamente las versiones de mayor tamaño del 777 y el A350XWB.<sup>1377</sup>

5.512. Sin embargo, como se ha señalado *supra*, al rechazar la afirmación de la Unión Europea, el Grupo Especial advirtió de que "decir que *cada vez* que una aeronave tecnológicamente avanzada o más eficiente detrae ventas de los modelos existentes significa{ba} que no afronta{ba} restricciones de la competencia impuestas por las aeronaves que no fueron elegidas por los clientes" sería "incorrecto y constituiría una simplificación excesiva de la complicada dinámica de la competencia en la rama de producción de LCA".<sup>1378</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial "no consider{ó} que el hecho de que el rendimiento operativo de la nueva generación de aeronaves de doble pasillo de Airbus y de Boeing {fuera} superior al de los modelos de la generación actual {fuese} signo de que esos productos se vend{ía}n en mercados de productos diferentes".<sup>1379</sup>

5.513. A nuestro modo de ver, el análisis del Grupo Especial relativo al mercado de doble pasillo tuvo en cuenta los argumentos y pruebas en contrario aducidos por la Unión Europea en respaldo de su posición. A nuestro juicio, la identificación del mercado de LCA de doble pasillo por el Grupo Especial como un mercado que comprende las familias del 767, el 777 y el 787 de Boeing y del A330 y el A350XWB de Airbus se basó en un análisis adecuado de la competencia entre esos productos, el cual, según constató el Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente, con arreglo al criterio enunciado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Antes de llegar a esa constatación, el Grupo Especial examinó los argumentos de las partes con respecto a la intensidad de la competencia entre las diversas LCA de doble pasillo ofrecidas por Boeing y Airbus. A nuestro entender, las partes no pusieron en cuestión la existencia de una competencia significativa en relación con determinados pares de productos de Airbus y Boeing (el A350XWB y el 787). Sin embargo, no estaban de acuerdo en la naturaleza y el grado de la competencia entre otras LCA de doble pasillo de Airbus y de Boeing (el 767, el 777 y el A330). Tras haber evaluado los argumentos de las partes en relación con los diversos grados de relación de competencia entre esas LCA de doble pasillo, no vemos ninguna razón para no estar de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que "las cinco familias LCA de doble pasillo de Airbus y de Boeing ejerc{ía}n todas entre sí, en grados diferentes, pero globalmente suficientes, restricciones de la competencia, de manera que debe considerarse que todas están comprendidas en el mismo mercado de productos a efectos de las alegaciones de perjuicio grave".<sup>1380</sup> A la luz de las consideraciones precedentes, estamos convencidos de que el análisis del Grupo Especial que identifica los mercados de LCA de doble pasillo refleja una lectura adecuada del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

<sup>1374</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1327.

<sup>1375</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1293 y 6.1338.

<sup>1376</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1367.

<sup>1377</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1363.

<sup>1378</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1367. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1379</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1364.

<sup>1380</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1370.

### 5.6.2.3.3 Mercado de VLA

5.514. Con respecto al análisis del mercado de VLA realizado por el Grupo Especial, la Unión Europea señala una declaración más del Grupo Especial y aduce que demuestra que este consideró que la naturaleza y el alcance de la competencia "no era{n} pertinentes".<sup>1381</sup> En particular, la Unión Europea cuestiona la siguiente declaración del Grupo Especial:

para aceptar que la ventaja relativa en rendimiento del A380 respecto del 747-8I sitúa a la primera aeronave en un mercado monopolista, tendríamos que aceptar que el A380 fue desarrollado *exclusivamente para cubrir un determinado espacio de clientes a los que no podría atraer el 747, ni, de hecho, ninguna otra aeronave*.<sup>1382</sup>

5.515. Los Estados Unidos recuerdan que el Grupo Especial analizó ampliamente las razones por las que las dos aeronaves compiten entre sí, incluida la existencia de una base de clientes coincidente, que, a su vez, era compatible con "la estructura de la interacción competitiva que motiva{ba} las decisiones de oferta de Airbus y de Boeing".<sup>1383</sup> Los Estados Unidos señalan además la descripción que hizo el Grupo Especial de la estrategia empleada por ambos productores de LCA para satisfacer la demanda con el menor número posible de líneas de productos para satisfacer una amplia variedad de necesidades.<sup>1384</sup> Por consiguiente, los Estados Unidos sostienen que la declaración del Grupo Especial destacada por la Unión Europea tenía por objeto explicar que "la teoría {de la Unión Europea} de que el A380 está situado en un mercado monopolístico exigiría aceptar que el A380 se desarrolló, no para competir con el competidor más próximo de Boeing, sino para cubrir un espacio de clientes a los que el 747 no podía atraer, lo que está en contradicción con las pruebas respecto de la manera en que Boeing y Airbus desarrollan sus líneas de productos".<sup>1385</sup>

5.516. Comenzamos observando que el Grupo Especial formuló la declaración citada por la Unión Europea en el contexto del análisis de las características físicas y de rendimiento, usos finales y clientes del A380 y el 747-8I para determinar si el A380 y el 747-8I estaban comprendidos en el mismo mercado de productos, es decir, el mercado de productos de VLA, como proponían los Estados Unidos. Sin embargo, previamente, el Grupo Especial había considerado que, en lo concerniente al A380 y el 747-8I, "el punto de divergencia esencial entre las partes se centra{ba} en las conclusiones que p{odía}n extraerse respecto del *grado de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda* que exist{ía} entre el A380 y el 747-8I a consecuencia de sus ventajas de rendimiento relativo".<sup>1386</sup> En consecuencia, el Grupo Especial era consciente de su tarea de considerar la naturaleza y el grado de la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, un factor que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación había considerado "indispensable" al evaluar si dos productos se encuentran en el mismo mercado.<sup>1387</sup>

5.517. El Grupo Especial comenzó presentando el siguiente cuadro, elaborado a partir de datos facilitados por las partes.

<sup>1381</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 599.

<sup>1382</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 600 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1382 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>1383</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 332 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1382).

<sup>1384</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 332.

<sup>1385</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 332.

<sup>1386</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1378. (sin cursivas en el original)

<sup>1387</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1121.

**Cuadro 7: Características físicas y de rendimiento básicas de las VLA de Airbus y de Boeing**<sup>1388</sup>

Modelo	Número de asientos típico (Airbus / Boeing)	Peso máximo al despegue (t) (Airbus/ Boeing)	Autonomía máxima (mn) (a plena capacidad) (Airbus/ Boeing)	Longitud (m)	Envergadura (m) (Airbus/ Boeing)	Precio de catálogo en 2011 (millones de \$EE.UU.)
<b>A380-800</b>	525/555	560/633,9	8.500/7.870	72,72/72,70	79,7 /79,80	375,3
<b>747-8I</b>	405/467	447,7/493,5	7.600/7.760	76,30	68,50	332,9

Fuente: Informe del Grupo Especial, cuadro 18 del párrafo 6.1373.

5.518. El Grupo Especial consideró que, aunque la Unión Europea negaba la existencia de una competencia que no fuera "débil o mínima" entre el 747-8I y el A380<sup>1389</sup>, en la declaración de Mourey "se reconoc{ía} que las dos aeronaves 'eran} las que más próximas est{aba}n entre sí' en cuanto al tamaño"<sup>1390</sup> y que, "además, 'ten{ía}n autonomías de vuelo similares', lo que significa{ba} que ambas 'pod{ía}n en general utilizarse para las mismas rutas de larga distancia'".<sup>1391</sup> En consecuencia, el Grupo Especial observó que, por lo tanto, las partes "parec{ía}n estar de acuerdo en que las diferencias entre el A380 y el 747-8I en lo que respecta al tamaño y la autonomía de vuelo no imped{ía}n que, en general, las dos pu{dier}an utilizarse para cubrir las mismas rutas de larga distancia".<sup>1392</sup>

5.519. El Grupo Especial observó que el A380 y el 747-8I eran las aeronaves civiles de mayor tamaño que fabricaban Airbus y Boeing, y que ambas podían utilizarse generalmente para cubrir las mismas rutas de larga distancia.<sup>1393</sup> El Grupo Especial declaró que, "s{i bien el mayor número de asientos y la tecnología relativamente moderna que incorpora{ba} el A380 supon{ía}n una ventaja en cuanto a costos de explotación e ingresos por asiento respecto del 747-8I", consideraba que "es{a} ventaja disminu{ía} cuanto más se aproxim{ara} el número de asientos previsto para una misión determinada al número de asientos máximo del 747-8I".<sup>1394</sup> A juicio del Grupo Especial, "c{uanto menor {fuera} la diferencia, mayor ser{ía} la posibilidad de que la ventaja del A380 pu{dier}a verse superada por una combinación de otros factores que influyen en la decisión de compra de un cliente, incluidos el precio, las características comunes con la flota y/o la fecha de entrega".<sup>1395</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que "se desprend{ía} claramente de las *condiciones de competencia* de la rama de producción de LCA que el A380 y el 747-8I tendr{ía}n una base de clientes potenciales que realicen misiones cuyas exigencias coincidan con las posibilidades que ofrecen las dos aeronaves".<sup>1396</sup> El Grupo Especial constató que varias características de la demanda y la oferta de productos LCA<sup>1397</sup> indicaban que "la base de clientes potenciales del A380 e{ra} más amplia y abarca{ba} no solo las aerolíneas que prev{iese}n niveles de demanda de pasajeros sistemáticamente altos, sino también aerolíneas con previsiones de demanda de pasajeros menores o variables situadas en la zona de coincidencia entre las capacidades del A380 y el 747-8I".<sup>1398</sup> El Grupo Especial concluyó que "e{sas} características de la demanda de LCA, tanto generales como específicas del A380, no abona{ba}n

<sup>1388</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1373, cuadro 18 (donde se hace referencia a la declaración de Mourey (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC)), cuadro 7; y la declaración de Bair (Prueba documental USA-339 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 43).

<sup>1389</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1378 (donde se citan la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 65; y la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 690).

<sup>1390</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1378 (donde se cita la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 79).

<sup>1391</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1378 (donde se cita la declaración de Mourey (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 149).

<sup>1392</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1378.

<sup>1393</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407.

<sup>1394</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407.

<sup>1395</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1396</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1397</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1380.

<sup>1398</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1379.

el argumento de que los clientes potenciales del A380 *solo* considerarían seriamente comprar esa aeronave para misiones que no podrían ser cubiertas también por el 747-8I".<sup>1399</sup> Ello, a juicio del Grupo Especial, "implica{ba} que .. ha{bía} clientes que investigar{ían}, con el fin de realizar misiones comparables, tanto las condiciones económicas del A380 como las del 747-8I".<sup>1400</sup>

5.520. Ese fue el contexto en el que el Grupo Especial declaró que "para aceptar que la ventaja relativa en rendimiento del A380 respecto del 747-8I situa{ba} a la primera aeronave en un mercado monopolista, tendr{ía} que aceptar que el A380 fue desarrollado exclusivamente para cubrir un determinado espacio de clientes a los que no podría atraer el 747, ni, de hecho, ninguna otra aeronave".<sup>1401</sup> A nuestro entender, en ese contexto, el Grupo Especial parece simplemente haber expresado esa opinión *solo* con respecto a la ventaja relativa en rendimiento del A380 en relación con el 747-78I. De ello no se sigue que el Grupo Especial considerara que el A380 y el 747-8I competirían en el mismo mercado *con independencia de la naturaleza y el grado de competencia* que existiera entre ellos. Recordamos que el Grupo Especial constató que las condiciones de competencia ponían de manifiesto que "el A380 y el 747-8I tendr{ían} una base de clientes potenciales que incluir{ía} aerolíneas que realicen misiones cuyas exigencias coincidan con las posibilidades que ofrecen las dos aeronaves".<sup>1402</sup> El análisis del Grupo Especial está en consonancia con la orientación dada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial con arreglo a la cual, al determinar "si dos productos compiten en el mismo mercado ... también puede ser importante examinar si los clientes demandan una gama de productos o *si únicamente están interesados en un tipo concreto de producto*".<sup>1403</sup> En el primer caso, el Órgano de Apelación consideró que, "el hecho de que los clientes adquieran una gama de productos para satisfacer sus necesidades puede ser indicativo de que todos esos productos pueden estar compitiendo en el mismo mercado".<sup>1404</sup>

5.521. Además, observamos que el análisis del Grupo Especial no finalizó en ese punto, sino que, tras examinar las pruebas obrantes en el expediente, el Grupo Especial observó que, "al margen del contexto de este procedimiento, Airbus ha{bía} mantenido sistemáticamente la opinión de que e{ra} probable que los clientes potenciales del A380 también t{uvier}an en cuenta seriamente el 747-8I en un segmento del mercado de LCA que no est{aba} cubierto por ninguna otra aeronave".<sup>1405</sup>

5.522. Como hizo en el contexto de su análisis de la competencia en los mercados de LCA de pasillo único y de doble pasillo, el Grupo Especial pasó a continuación a considerar si la existencia de competencia entre el A380 y el 747-8I se ponía de manifiesto por la presión sobre los precios que cada nave ejercía sobre la otra.

5.523. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos habían hecho referencia a determinadas pruebas ICSS que, a su juicio, revelaban los análisis del valor actual neto realizados por Boeing y sus consideraciones relativas a los precios de ambas aeronaves en las campañas de ventas de 2007 de Emirates y de 2006 de British Airways.<sup>1406</sup> Los Estados Unidos adujeron además que "la existencia de restricciones recíprocas relativas a los precios e{ra} una consecuencia lógica de la dinámica de las negociaciones de venta de la rama de producción de LCA, en la que 'las empresas negocian los precios sobre la base de la mejor alternativa a un acuerdo negociado ... de que dispone cada parte'".<sup>1407</sup> El Grupo Especial observó que, aunque la Unión Europea aceptaba que "la presencia del A380 ha{bía} causado una presión significativa sobre los precios

<sup>1399</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1381. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1400</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1381.

<sup>1401</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1382.

<sup>1402</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1407. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1403</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120. (sin cursivas en el original)

<sup>1404</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1405</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1383.

<sup>1406</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1387 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 53 (párrafo 176 (ICSS)) y 58 del Grupo Especial; **[[ICSS]]** Prueba documental USA-539 presentada al Grupo Especial (ICSS); y **[[ICSS]]** Prueba documental USA-557 presentada al Grupo Especial (ICSS)).

<sup>1407</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1387 (donde se citan la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Grupo Especial, párrafo 177; y *Expert Declaration of Dr Chetan Sanghvi*, NERA, 21 de mayo de 2013 (Prueba documental USA-530 presentada al Grupo Especial), párrafos 40-41).



del 747-8I"<sup>1408</sup>, negaba que "el 747-8I restrin{gier}a la fijación por Airbus de los precios del A380 de manera sustancial"<sup>1409</sup>, y afirmaba además que, el mero hecho de que "el 747-8I pueda ser la 'alternativa más cercana' al A380 no revela{ba} ... el grado de competencia que exist{ía} entre los dos productos y, por ese motivo, e{ra} insuficiente jurídica y fácticamente para establecer la necesaria sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda".<sup>1410</sup>

5.524. El Grupo Especial estuvo de acuerdo en que "el mero hecho de que una aeronave pueda ser una 'alternativa' a otra para volar en las mismas misiones {decía} poco sobre el grado de competencia que ha{bía} entre esas aeronaves".<sup>1411</sup> El Grupo Especial consideró también que "las pruebas ICSS en las que se ha{bía}n basado los Estados Unidos no representa{ba}n más que la opinión de Boeing de que en determinado momento de las campañas de ventas de 2007 de Emirates y de 2006 de British Airways, [ICC]".<sup>1412</sup> Al examinar los análisis del valor actual neto del A380 y el 747-8I realizados por la Unión Europea, el Grupo Especial constató que el análisis de comparación del valor actual neto realizado en la declaración complementaria de Mourey "no dem{ostrab}a que las dos aeronaves no comp{etía}n entre sí en el mismo mercado de productos".<sup>1413</sup> El Grupo Especial argumentó que "todo lo que los análisis del {valor actual neto} dem{ostraba}n en última instancia e{ra} que, si se exclu{ía}n el precio, la existencia de características comunes de la flota, la fecha de entrega y otros factores ... el A380 tendr{ía} una ventaja significativa en cuanto a los costos operativos y los ingresos frente al 747-8I en misiones en la que este último no p{udier}a satisfacer la demanda de número de asientos, una demanda que solo satisfac{ía} una aeronave de la rama de producción de LCA, el A380".<sup>1414</sup>

5.525. El Grupo Especial observó además que, al ser el A380 y el 747-8I las dos únicas aeronaves capaces de transportar un número de pasajeros muy superior a 400 en rutas de larga distancia, le resultaba "difícil creer que las aerolíneas interesadas en comprar LCA que ofre{ciera}n posibilidades como las del A380 y el 747-8I no intent{ara}n negociar ... un descuento en el precio" con Airbus y Boeing "en función de la solidez de la oferta de venta respectiva de cada empresa, a pesar de que la superioridad de una aeronave respecto de la otra pueda ser relativamente evidente".<sup>1415</sup> El Grupo Especial constató que "el hecho de que Airbus afront{ara} una presión sobre los precios relativamente menor del 747-8I cuando un cliente potencial bus{cara} una LCA con un número de asientos que se aproxim{ara} a la capacidad máxima del A380 no significa{ba} necesariamente que no exist{ier}an restricciones recíprocas relativas a los precios".<sup>1416</sup> Antes bien, a juicio del Grupo Especial, "habida cuenta de que habr{ía} una gama de demandas de clientes de LCA con capacidad para más {de} 400 pasajeros", cabría "esperar que exist{ier}an grados diferentes de restricciones recíprocas relativas a los precios entre el A380 y el 747-8I, en función de la medida en que las necesidades de un cliente concreto reflej{ara}n la ventaja relativa de una aeronave respecto de la otra".<sup>1417</sup> El Grupo Especial concluyó que, "{e}n cualquiera de los extremos de este rango de necesidades de los clientes, una aeronave impondr{ía} mayor presión sobre los precios en la otra".<sup>1418</sup> Sin embargo, a juicio del Grupo Especial, ello "no implica{ba} que no exist{ier}a competencia, sino solo *que las restricciones de la competencia que imp{usier}a una LCA sobre la otra ser{ía}n más o menos intensas en función de qué producto satisfic{ier}a en mayor medida las necesidades pertinentes del cliente potencial*".<sup>1419</sup> A nuestro entender, esta declaración indica que el Grupo Especial consideró que la naturaleza y el

<sup>1408</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1388 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 693).

<sup>1409</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1388 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 631; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 693; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 54 del Grupo Especial, párrafo 258 y nota 434 al párrafo 256; y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 54 del Grupo Especial, párrafo 392).

<sup>1410</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1388 (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 53 del Grupo Especial, párrafos 381-382).

<sup>1411</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1390.

<sup>1412</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1391. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1413</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1394.

<sup>1414</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1394.

<sup>1415</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>1416</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>1417</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>1418</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>1419</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408. (sin cursivas en el original)

grado de la competencia entre esos dos tipos de productos varía según las necesidades del cliente. A nuestro juicio, ello está en consonancia con la observación del Grupo Especial de que la naturaleza y el grado de la competencia entre los tipos de productos podría variar *"en función de las circunstancias concretas de la venta"*.<sup>1420</sup> No creemos que el Grupo Especial haya considerado que la naturaleza y el grado de la competencia entre esos dos tipos de productos no fuera pertinente en modo alguno, como indica la Unión Europea.

5.526. Pasando a la campaña de ventas en cuestión, el Grupo Especial consideró que, pese que no obraban ante él pruebas "de evaluaciones de *clientes* reales de los aspectos económicos del A380 y del 747-8I, las pruebas ICSS de los Estados Unidos sobre el análisis efectuado por Boeing de la interacción competitiva entre las dos aeronaves en las campañas de ventas para Emirates de 2007 y para British Airways de 2006"<sup>1421</sup> parecían indicar que, "según Boeing, en un momento determinado durante esas campañas, **[ICC]**".<sup>1422</sup> El Grupo Especial constató que ello era coherente "no solo con las pruebas que m{ostrab}an que Airbus consideró que la competencia por las ventas de British Airways fue 'intensa'"<sup>1423</sup>, sino también con "las pruebas que h{abía} examinado de otras cuatro campañas de ventas (Asiana Airlines, Hong Kong Airlines, Skymark and Qantas)", "de las que se desprend{ía} claramente que Boeing presentó el 747-8I como alternativa al A380 con miras a ganar ventas de los clientes pertinentes".<sup>1424</sup> En particular, el Grupo Especial consideró que la campaña de ventas para British Airways demostraba que Airbus aparentemente "reconoció de manera explícita la existencia de una presión competitiva '*intensa*', ya que Tom Enders, a la sazón Director Ejecutivo de Airbus, señaló que la campaña de ventas de British Airways había conllevado 'una intensa evaluación competitiva durante un año'".<sup>1425</sup> Además, recordamos también que, en su análisis de las campañas de ventas para Transaero, Korean Air y Lufthansa, el Grupo Especial observó que, "{s}i bien esta{ba} de acuerdo con la Unión Europea en que las pruebas ... indica{ba}n que las tres aerolíneas adquirieron el A380 y el 747-8I para cubrir diferentes segmentos de capacidad de sus actividades", el Grupo Especial no "cre{ía} que es{e} hecho por sí solo impli{cara} que las dos LCA se vendieron a cada cliente sin que hubiese una competencia real".<sup>1426</sup>

5.527. Sobre la base de su análisis, el Grupo Especial constató que, "pese a que exist{ía}n algunas diferencias apreciables", el A380 y el 747-8I son "suficientemente similares para ser tenidos en cuenta por las aerolíneas que quieren ... realizar misiones de larga distancia con sujeción a intervalos horarios que requieran un número máximo de asientos superior a 400".<sup>1427</sup> El Grupo Especial concluyó que los Estados Unidos habían demostrado que, "a los efectos de evaluar sus alegaciones de perjuicio grave al amparo del párrafo 3 del artículo 6, p{odía} considerarse que el A380 y el 747-8I compiten entre sí en un solo mercado de productos de VLA".<sup>1428</sup> El Grupo Especial consideró además que su "conclusión refleja{ba} la confirmación explícita por el Órgano de Apelación ... de que 'ha{bía} competencia entre el Airbus A380 y el Boeing 747-8I y de que Airbus y Boeing compitieron por {los pedidos del A380 realizados por} Emirates' Airlines en 2000".<sup>1429</sup>

5.528. Sobre la base de lo que antecede, no vemos ningún error de interpretación en la lectura que hizo el Grupo Especial del término "mercado" y del criterio que trató de aplicar. Tampoco estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial considerara que la naturaleza y el grado de la competencia en el mercado de VLA no eran pertinentes a efectos de su análisis. De hecho, como se ha señalado, el Grupo Especial aclaró que "{h}abr{ía} relaciones de competencia más débiles o más fuertes en cada mercado en función de las circunstancias concretas de la venta".<sup>1430</sup> También discrepamos de la Unión Europea en la medida en que indica

<sup>1420</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (sin cursivas en el original)

<sup>1421</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1409. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1422</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1409. (no se reproducen las cursivas del original)

<sup>1423</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1409.

<sup>1424</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1409.

<sup>1425</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1402 (donde se cita el comunicado de prensa de EADS, "*British Airways to buy 12 Airbus A380 aircraft for long haul fleet*", 27 de septiembre de 2007 (Prueba documental USA-256 presentada al Grupo Especial)). (sin cursivas en el original)

<sup>1426</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1405.

<sup>1427</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1386.

<sup>1428</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1410.

<sup>1429</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1410 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1227-1228).

<sup>1430</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416.

que el Grupo Especial no consideró si esos tipos de productos eran suficientemente sustituibles entre sí para estar situados en el mismo mercado, y que el Grupo Especial pasó por alto el argumento de la Unión Europea de que "la mayor capacidad de transporte de pasajeros y las tecnologías avanzadas del A380" significaban que "este t{enía} una ventaja insuperable en costo de explotación por asiento y genera{ba} ingresos más altos ... lo que lo sit{uaba} en un mercado de productos distinto".<sup>1431</sup> Antes bien, a nuestro entender el Grupo Especial ha tomado en consideración esos argumentos, pero los ha rechazado sobre la base de su examen de los argumentos de las partes y de pruebas relativas a las características físicas, los usos finales, las restricciones relativas a los precios y las campañas de ventas. A la luz de las precedentes consideraciones, estamos convencidos de que el análisis del Grupo Especial que identifica el mercado de productos VLA refleja una lectura adecuada del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

5.529. Además, a nuestro entender, el Grupo Especial tomó en consideración la afirmación de la Unión Europea de que "exist{ía}n distintos grados de competencia que no lleg{aba} a ser intensa entre otras combinaciones de aeronaves de Airbus y Boeing"<sup>1432</sup> y que, "en algunos casos, un producto LCA de un fabricante p{odría} imponer restricciones de la competencia importantes a otro producto LCA sin que el primero t{uvier}a que hacer frente al mismo, o a ningún, grado de restricción de la competencia por parte del segundo".<sup>1433</sup> En particular, el Grupo Especial recordó que, según la Unión Europea, había "una competencia 'limitada' o 'muy limitada' entre las generaciones nueva y actual de aeronaves de pasillo único y doble pasillo de Airbus y Boeing"<sup>1434</sup>, "una competencia 'reducida' o 'débil' entre el A330 y las tres familias de LCA de doble pasillo de Boeing"<sup>1435</sup>; y "una competencia 'muy limitada' o 'muy débil' entre el A380 y el 747-8".<sup>1436</sup> Sin embargo, globalmente, el Grupo Especial consideró que, "si bien esta{ba} claro que los tres mercados de productos en los que los Estados Unidos ha{bía}n optado por basarse para plantear su reclamación ... no refleja{ba}n exhaustivamente el modo en que la competencia se desarrolla entre las aeronaves del sector de LCA en todo momento", estaba convencido de que "representa{ba}n los tres segmentos en los que normalmente tendr{ía} lugar la mayoría de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes".<sup>1437</sup>

5.530. A nuestro modo de ver, esta reflexión del Grupo Especial, incluida su especial atención a los tres segmentos de mercado como zonas en que tiene lugar "la mayoría de las relaciones de competencia", indica claramente que el Grupo Especial consideró que la intensidad de la competencia entre las aeronaves en cuestión era pertinente, y trató de tenerla en cuenta en su

<sup>1431</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1377 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 626-629; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 691; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 49 del Grupo Especial, párrafo 222; la declaración de Mourey (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafos 151-152 y 160; y la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 67-69).

<sup>1432</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1413.

<sup>1433</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1413.

<sup>1434</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1413 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 491, 602, 604 y 718; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 636, 639 y 677; la declaración de Mourey (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 82; la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 10, 13, 19 y 22).

<sup>1435</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1413 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 860; la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 10, 26, 35, 43, 50-51 y 60).

<sup>1436</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1413 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 629; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 690; la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 58 del Grupo Especial; la declaración de Mourey (Prueba documental EU-8 presentada al Grupo Especial (ICC)), párrafo 176; y la declaración complementaria de Mourey (Prueba documental EU-124 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 65).

<sup>1437</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (sin cursivas en el original) En una nota, el Grupo Especial recordó también que, en el procedimiento inicial ante el Órgano de Apelación, "las partes parecieron aceptar la idea (o al menos no se opusieron a ella) de que podía considerarse que la competencia en la rama de producción de LCA tenía lugar en tres mercados de productos de aeronaves de pasajeros distintos, a saber, los mercados de pasillo único, de doble pasillo y de aeronaves de muy gran tamaño", y señaló además que el Órgano de Apelación procedió a "completar el análisis" sobre base esos mismos tres mercados de productos. (*Ibid.*, nota 2416 a dicho párrafo).

análisis. Por lo tanto, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en que el Grupo Especial simplemente trató de evaluar si había "ciertas" restricciones de la competencia, o relaciones de competencia, entre diferentes modelos de LCA. En lugar de ello, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que, en consonancia con la orientación dada por el Órgano de Apelación, el Grupo Especial tenía conocimiento de las diferencias en el grado de competencia entre los productos<sup>1438</sup> y "no definió los mercados sobre la base de las más ligeras restricciones de la competencia, o relaciones de competencia, como se pone de manifiesto en su constatación de que la delimitación de los tres mercados 'no reflej{a} exhaustivamente el modo en que la competencia se desarrolla entre las aeronaves del sector de LCA en todo momento'".<sup>1439</sup> El análisis que hemos realizado *supra* también indica que la triple delimitación del mercado de productos por el Grupo Especial estaba basada en un análisis adecuado de la competencia entre las LCA pertinentes, el cual, a juicio del Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente, con arreglo al criterio enunciado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.

5.531. Por último, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial consideró que la intensidad de la competencia "carecía de pertinencia", cuando declaró que "la mera participación de Airbus y Boeing con una determinada oferta de productos en una campaña{ } de ventas era 'sumamente pertinente{e}' para {la} tarea de determinar la existencia de mercados de productos pertinentes' porque indicaba que el fabricante tenía una expectativa razonable de 'imponer *un cierto nivel de restricción de la competencia* a la oferta de su rival'".<sup>1440</sup>

5.532. Por su parte, los Estados Unidos recuerdan la explicación del Grupo Especial de que "{r}esulta difícil creer que Airbus o Boeing ... contrajeran el gasto de participar en una campaña de ventas si cualquiera de esas empresas no creyera tener una posibilidad razonable de convencer a un cliente de que comprara sus productos LCA antes que los de su rival o, como mínimo, de imponer un cierto nivel de restricción de la competencia a la oferta de su rival".<sup>1441</sup> Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial actuó con acierto en este análisis y que nada indica que considerase que la intensidad, el grado o el nivel de la competencia "carecieran de pertinencia".<sup>1442</sup>

5.533. Recordamos la constatación del Grupo Especial de que "las pruebas que demuestran que Airbus y Boeing presentaron u ofrecieron formalmente uno o varios productos LCA para su consideración en una determinada campaña ser{í}n sumamente pertinentes para {su} tarea de determinar la existencia de mercados de productos pertinentes".<sup>1443</sup> El Grupo Especial consideró que tales pruebas constituían un "fuerte indicio de que la decisión última de compra de un cliente depender{í}a de su análisis de los puntos fuertes y los puntos débiles relativos de las ofertas respectivas de cada una de las empresas".<sup>1444</sup> En respaldo de esa afirmación, el Grupo Especial recordó la constatación por la que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación desestimó la apelación de la Unión Europea contra la conclusión del Grupo Especial inicial de que, "no obstante la ausencia de toda oferta formal de aeronaves por parte de Boeing, un pedido de A380 realizado por Emirates Airlines en 2000 constituyó una 'pérdidas de ventas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos".<sup>1445</sup> Contrariamente a lo que la Unión Europea da a entender, a nuestro juicio el Grupo Especial no consideró que la participación en una determinada campaña de ventas fuera determinante para establecer que dos productos compiten en el mismo mercado. Antes bien, el Grupo Especial declaró que resultaba difícil creer que "Airbus o Boeing ... contrajeran el gasto de participar en una campaña de ventas si cualquiera de esas empresas no creyera tener una posibilidad razonable de convencer a un cliente de que comprara sus productos antes que los de su rival" o, "como mínimo, de imponer un cierto nivel de restricción de la competencia a la oferta de su rival".<sup>1446</sup> No vemos nada que sea *per se* censurable en estas

<sup>1438</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 349.

<sup>1439</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 349 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1440</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 601 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1348 (las cursivas son de la Unión Europea)).

<sup>1441</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 333 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1348).

<sup>1442</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 333.

<sup>1443</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1348.

<sup>1444</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1399.

<sup>1445</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1349. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1223.

<sup>1446</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1348.

declaraciones. A nuestro entender, el Grupo Especial tampoco descontó la intensidad de la competencia entre las LCA pertinentes al llegar a su triple delimitación del mercado. En lugar de ello, como hemos expuesto *supra*, el análisis global del Grupo Especial demuestra, a nuestro juicio, que la evaluación e identificación de los tres mercados de productos por el Grupo Especial se basó en una competencia "significativa" entre los pares de LCA pertinentes.

5.534. A la luz de las consideraciones precedentes, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1447</sup> En lugar de ello, el examen que hemos realizado *supra* respecto del análisis de los mercados de productos llevado a cabo por el Grupo Especial demuestra, incluso en relación con cada uno de los tres mercados de LCA, que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

#### **5.6.2.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC**

5.535. La Unión Europea sostiene subsidiariamente que, aun suponiendo que el Grupo Especial interpretara correctamente el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, incurrió, no obstante, en error al aplicar esa disposición a los hechos del presente asunto.<sup>1448</sup> A este respecto, la Unión Europea recuerda que ambas partes estuvieron de acuerdo en que, con arreglo a un enfoque amplio de la interpretación del término "mercado", todas las LCA podían estar situadas en el mismo mercado de productos.<sup>1449</sup> La Unión Europea añade que las pruebas presentadas por las partes "son compatibles con las constataciones del Grupo Especial de la existencia de competencia entre aeronaves que los Estados Unidos situaban en mercados de productos separados"<sup>1450</sup>, y señala en particular la competencia entre el 747-8 (situado en el mercado de VLA) y el 777-300ER y el A350XWB-1000 (situados en el mercado de LCA de doble pasillo), invocada por el propio Grupo Especial.<sup>1451</sup> Por lo tanto, la Unión Europea sostiene que, "al haber reconocido que existía competencia entre todas las LCA, el Grupo Especial debería haber aplicado su criterio de mercado de productos para constatar la existencia de un único mercado de productos en el que competían todas las LCA (cuando no también toda una gama de otros medios de transporte)".<sup>1452</sup>

5.536. Los Estados Unidos responden que el argumento de la Unión Europea se basa en "la premisa errónea de que el Grupo Especial 'sustituyó el criterio de las 'restricciones significativas de la competencia' del Órgano de Apelación' por un criterio basado en la mera existencia de restricciones de la competencia'".<sup>1453</sup> Los Estados Unidos sostienen además que ninguna de las partes ha abogado por ampliar las definiciones del mercado de productos y que, "en cualquier caso, al ampliar las definiciones se habría corrido el riesgo de incluir en el mismo mercado productos que se imponían recíprocamente restricciones de la competencia insuficientes".<sup>1454</sup>

5.537. Entendemos que este aspecto de la apelación de la Unión Europea depende de su opinión de que el Grupo Especial consideró que la existencia de *cualquier* grado, o *cierto* grado, de competencia era suficiente para respaldar una constatación de que dos productos están comprendidos en el mismo mercado de productos. Hemos manifestado *supra* que no estamos de acuerdo con esa afirmación. En lugar de ello, hemos constatado que la triple delimitación del mercado de productos por el Grupo Especial estaba basada en un análisis adecuado de la competencia entre las LCA pertinentes, el cual, a juicio del Grupo Especial, demostraba la

<sup>1447</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 615.

<sup>1448</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 616. Observamos que la Unión Europea nos solicita que examinemos esta apelación solo en caso de que rechacemos su apelación respecto de la interpretación por el Grupo Especial del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 y, en lugar de ello, consideremos que el Grupo Especial interpretó correctamente el término "mercado". (*Ibid.*, párrafo 540, y nota 576 al párrafo 595).

<sup>1449</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 619.

<sup>1450</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 620.

<sup>1451</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 621 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, nota 2415 al párrafo 6.1416).

<sup>1452</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 623.

<sup>1453</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 348 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 624).

<sup>1454</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 350.

existencia de un grado de sustituibilidad suficiente, con arreglo al criterio enunciado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Dadas las circunstancias, no vemos ninguna razón para seguir examinando los argumentos aducidos por la Unión Europea a este respecto.

#### 5.6.2.5 Artículo 11 del ESD

5.538. En un último conjunto de argumentos, la Unión Europea alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden de conformidad con el artículo 11 del ESD al considerar que su tarea consistía únicamente en llevar a cabo un examen de "la cuestión de si existía competencia dentro de los mercados entre productos que los *Estados Unidos* habían situado dentro de cada uno de sus tres supuestos mercados de productos".<sup>1455</sup> Según la Unión Europea, ello no era suficiente, ya que el Grupo Especial también estaba obligado a evaluar si "la dinámica de competencia entre un determinado par de aeronaves respecto de las que los Estados Unidos afirmaban que se encontraban en dos mercados de productos *separados* era tal que las aeronaves debieran, en lugar de ello, situarse en el *mismo* mercado de productos".<sup>1456</sup> La Unión Europea sostiene que, "únicamente sobre la base de que los Estados Unidos alegaron que se encontraban en diferentes mercados de productos, el Grupo Especial omitió por completo examinar si el A321neo impone restricciones de la competencia al 767 o si el 777-300ER o el A350XWB-1000 imponen restricciones de la competencia al 747-8".<sup>1457</sup> La Unión Europea sostiene que ello constituye un error en el marco del artículo 11 del ESD.<sup>1458</sup>

5.539. Por su parte, los Estados Unidos sostienen que "el Grupo Especial determinó que los tres mercados de productos descritos por los Estados Unidos ofrecían una base adecuada para analizar las alegaciones de desplazamiento, obstaculización y pérdida de ventas"<sup>1459</sup>, aunque reconoció, sobre la base de las abundantes pruebas aducidas por las partes, que "también puede haber relaciones de competencia importantes entre pares o combinaciones de aeronaves *en dos*, o incluso en los tres, mercados de productos".<sup>1460</sup> Sin embargo, el Grupo Especial determinó que, "si bien est{aba} claro que los tres mercados de productos en los que los Estados Unidos ha{bía}n optado por basarse para plantear su reclamación de incumplimiento no refleja{ba}n exhaustivamente el modo en la competencia se desarrolla{ba} entre las aeronaves del sector del LCA en todo momento", estaba "convencid{o} de que actualmente (como en el procedimiento inicial) representa{ba}n los tres segmentos en los que normalmente tendrá lugar la mayoría de las relaciones de competencia existentes entre las aeronaves pertinentes".<sup>1461</sup> Con respecto a la afirmación de la Unión Europea de que el Grupo Especial omitió examinar, por ejemplo, si el A321neo imponía restricciones de la competencia al 767, los Estados Unidos sostienen que, "pese a haber presentado exposiciones de miles de páginas y miles de pruebas de documentales, ninguna de las partes había dado a entender que el A321neo (que pertenece a la familia A320) y el 767 estuvieran en el mismo mercado".<sup>1462</sup> En consecuencia, los Estados Unidos mantienen que no había ningún motivo para que el Grupo Especial "explicara con detalle por qué esos productos no estaban situados en el mismo mercado".<sup>1463</sup> Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial "llevó a cabo un examen exhaustivo de todas las pruebas y argumentos presentados por las

<sup>1455</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 629. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1456</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 635. (las cursivas figuran en el original) En su declaración inicial en la segunda sesión de la audiencia, la Unión Europea adujo que, al evaluar el alcance de los mercados de productos en un caso determinado, un grupo especial debe asegurarse de que los productos comprendidos en un mercado competirían más estrechamente entre sí que con productos que estuvieran fuera de ese mercado de productos.

<sup>1457</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 630.

<sup>1458</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 637.

<sup>1459</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 354.

<sup>1460</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 355 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1461</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 355 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1462</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 356.

<sup>1463</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 356.

partes, y prestó la misma atención a las propuestas de cada una de las partes"<sup>1464</sup>, y que no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.<sup>1465</sup>

5.540. A efectos de identificar el mercado o los mercados de productos pertinentes en el contexto de un análisis del perjuicio grave en el marco de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, el mandato que el artículo 11 del ESD impone a un grupo especial es "realizar una evaluación objetiva de la relación de competencia entre productos concretos en el mercado y definir el mercado de productos pertinente para establecer si se puede considerar que determinados productos forman parte de un único mercado de productos o de varios mercados de productos".<sup>1466</sup> A este respecto, un grupo especial debe llevar a cabo un examen holístico de todas las pruebas y argumentos pertinentes que tenga ante sí, a fin de realizar una determinación objetiva del mercado de productos pertinente. Un grupo especial debe evaluar si es apropiado examinar las alegaciones de perjuicio grave sobre la base de la segmentación del mercado concreta propuesta por el reclamante, o si la gama de productos en cuestión compite en mercados diferentes y distintos. Al hacerlo, el grupo especial debe examinar los argumentos del demandado en los que se alega la existencia de segmentaciones del mercado diferentes y se refutan los argumentos del reclamante.<sup>1467</sup>

5.541. En función de los hechos de cada caso concreto, puede haber múltiples maneras en que un demandante puede decidir formular el alcance de sus alegaciones de perjuicio grave. Recordamos que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación reconoció que "el reclamante no tiene limitaciones para formular como prefiera su alegación con respecto al alcance del 'producto subvencionado'"<sup>1468</sup>, y añadió que "lo puede hacer como considere que mejor se avenga a los efectos desfavorables que trata de impugnar".<sup>1469</sup> En consecuencia, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial inicial en que "los Miembros de la OMC tienen el derecho soberano de estructurar sus reclamaciones como deseen".<sup>1470</sup> Sin embargo, al mismo tiempo, el Órgano de Apelación puso de relieve que "la diferencia entre la libertad de un Miembro de la OMC para formular su reclamación"<sup>1471</sup> y el deber de un grupo especial de examinar "si la reclamación así formulada es cierta y da verdadera cuenta del fenómeno en litigio, ya se trate de desplazamiento, obstaculización o cualquier otro efecto de una subvención".<sup>1472</sup>

5.542. El Grupo Especial encargado del presente procedimiento sobre el cumplimiento tomó nota del argumento de la Unión Europea de que actualmente las LCA "se compran y venden ... en hasta seis o siete mercados de productos distintos, dos de los cuales son supuestos mercados monopolísticos 'temporales' en los que {el} único proveedor fiable {es} o bien Airbus o bien Boeing".<sup>1473</sup> Al mismo tiempo, el Grupo Especial también tomó nota del argumento de los Estados Unidos de que "los mismos tres mercados de productos de LCA ... en que se basó el Órgano de Apelación para 'completar el análisis' siguen existiendo".<sup>1474</sup>

5.543. Como hemos expuesto *supra*, al evaluar la triple segmentación del mercado propuesta por los Estados Unidos, el Grupo Especial ha realizado, a nuestro entender, su propia evaluación subjetiva de los mercados de productos pertinentes, a la luz de los argumentos y pruebas contrapuestos presentados por las partes. Como se ha señalado, el Grupo Especial comenzó su análisis con la triple segmentación propuesta por el reclamante; sin embargo, al realizar su

<sup>1464</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 357.

<sup>1465</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 358.

<sup>1466</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123.

<sup>1467</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131.

<sup>1468</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131.

<sup>1469</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131.

<sup>1470</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1130.

<sup>1471</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1130.

<sup>1472</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1130.

<sup>1473</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1157.

<sup>1474</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1157.

análisis, también se ocupó de los argumentos de la Unión Europea relativos a la existencia de "hasta seis o siete mercados de productos distintos".<sup>1475</sup> En particular, el Grupo Especial tuvo en cuenta la orientación dada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en relación con la *gama* de factores que pueden ayudar a un grupo especial a determinar si dos productos están en el mismo mercado, en el sentido de que "crean restricciones mutuas de la competencia".<sup>1476</sup> El Grupo Especial también evaluó cuidadosamente si los clientes de LCA trataban de adquirir una gama de productos para satisfacer sus necesidades y exigencias. En efecto, "el hecho de que los clientes adquieran una gama de productos para satisfacer sus necesidades puede ser indicativo de que todos esos productos pueden estar compitiendo en el mismo mercado".<sup>1477</sup> El Grupo Especial analizó los factores *cualitativos* pertinentes en relación con la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda en su evaluación de la naturaleza y el alcance de la competencia efectiva o potencial entre productos específicos. También señaló que "producir pruebas cuantitativas exactas y fiables del grado de sustitución entre diferentes productos LCA desde el punto de vista de la demanda sería una tarea formidable".<sup>1478</sup> Basándose en los argumentos y pruebas que tenía ante sí, el Grupo Especial consideró que "sería adecuado analizar las alegaciones de perjuicio grave formuladas por los Estados Unidos sobre la base de los tres mercados de productos separados que {el Grupo Especial había} identificado".<sup>1479</sup>

5.544. Sin embargo, al hacerlo, el Grupo Especial advirtió que "*no considera{ba}* que el grado de competencia existente en cada uno de estos mercados {fuera} idéntico entre todos los pares o combinaciones de aeronaves"<sup>1480</sup>, así como que "{h}abr{ía} relaciones de competencia más débiles o más fuertes en cada mercado en función de las circunstancias concretas de la venta".<sup>1481</sup> En ese contexto, el Grupo Especial observó que "también p{odían} haber {existido} relaciones de competencia importantes entre pares o combinaciones de aeronaves *en* dos, o incluso en los tres, mercados de productos".<sup>1482</sup> El Grupo Especial declaró además que, si bien los tres mercados de productos en los que los Estados Unidos habían optado por basarse para plantear su reclamación "no refleja{ba}n exhaustivamente el modo en que la competencia se desarrolla{ba} entre las aeronaves del sector de LCA en todo momento", estaba convencido de que "representa{ba}n los tres segmentos en los que normalmente tendr{ía} lugar *la mayoría de las relaciones de competencia* existentes entre las aeronaves pertinentes".<sup>1483</sup> Dicho esto, observamos que la Unión Europea no adujo ante el Grupo Especial que el 747-8I y el 777-300ER y el A350XWB-1000 deberían haber sido situados en el mismo mercado de productos. Tampoco sostuvo que el A321neo y el 767 compitieran en el mismo mercado. Por el contrario, a nuestro entender la posición de la Unión Europea ante el Grupo Especial fue la de que la "tecnología supuestamente 'obsoleta' e 'inferior {del 767} implica{ba} que no comp{etía} en el mismo mercado de productos que el A330 y que, en cualquier caso, ha{bía} sido sustituido por el 787".<sup>1484</sup> Con respecto al 777-300ER, la Unión Europea adujo que la familia 777 se encontraba en un mercado

<sup>1475</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1157.

<sup>1476</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1477</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1478</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1205.

<sup>1479</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416.

<sup>1480</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1481</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416.

<sup>1482</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1483</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416. (sin cursivas en el original) En una nota, el Grupo Especial también recordó que, durante el procedimiento inicial del Órgano de Apelación, "al parecer las partes aceptaron (o al menos no formularon objeciones al respecto) que podía considerarse que la competencia en la rama de producción de LCA tiene lugar en tres mercados de productos de aeronaves de pasajeros distintos, a saber, los mercados de pasillo único, doble pasillo y VLA", y señaló además que el Órgano de Apelación procedió a "complet{ar} el análisis" sobre la base de los tres mismos mercados de productos. (*Ibid.*, nota 2416 a dicho párrafo).

<sup>1484</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 607-619; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 626-628; y la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 70 del Grupo Especial). El Grupo Especial observó que la Unión Europea "también parec{ía} aducir que es posible que no exista en absoluto ningún mercado en el que se venda actualmente el 767-300ER". (*Ibid.*, párrafo 6.1157 (no se reproduce la nota de pie de página)).



monopolístico "temporal"<sup>1485</sup>, mientras que el A350XWB-1000 competía estrechamente con la familia 787 en el mercado de aeronaves de nueva generación tecnológicamente avanzadas y eficientes en el consumo de combustible.<sup>1486</sup> La Unión Europea no situó el 747-8I en ese mercado de productos, sino en un mercado de productos propio.<sup>1487</sup> Por lo tanto, no vemos por qué habría debido el Grupo Especial analizar por separado la cuestión de si "el A321neo impon{ia} restricciones de la competencia al 767 o si el 777-300ER o el A350XWB-1000 impon{ia}n restricciones de la competencia al 747-8", de tal manera que debieran haber sido situados en el mismo mercado, y formular constataciones al respecto.<sup>1488</sup> Antes bien, a nuestro modo de ver, el Grupo Especial "deb{ia} realizar una evaluación objetiva de la relación de competencia entre productos concretos en el mercado y definir el mercado de productos pertinente"<sup>1489</sup>, teniendo debidamente en cuenta los argumentos y pruebas de la Unión Europea con respecto a la existencia de hasta seis o siete mercado de productos distintos.<sup>1490</sup> A nuestro juicio, el Grupo Especial no tenía obligación alguna de formular constataciones adicionales sobre la naturaleza y el grado de la competencia entre LCA respecto de las que ninguna de las partes había aducido que estaban en una relación de competencia significativa o que eran suficientemente sustituibles entre sí.

5.545. Observamos que, de conformidad con el artículo 11 del ESD, un grupo especial está obligado "a examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan un fundamento adecuado en esas pruebas".<sup>1491</sup> Un grupo especial no incurre en error simplemente por abstenerse de atribuir a las pruebas o a un argumento el peso que una de las partes cree que se les debería atribuir.<sup>1492</sup> A nuestro modo de ver, en el presente asunto el Grupo Especial evaluó adecuadamente la triple segmentación del mercado realizada por los Estados Unidos, a la luz de los argumentos y pruebas que tenía ante sí, con inclusión de los presentados por la Unión Europea con respecto a la existencia de delimitaciones del mercado más segmentadas, antes de concluir que era "adecuado analizar las alegaciones de perjuicio grave formuladas por los Estados Unidos sobre la base de los tres mercados de productos separados que {el Grupo Especial había} identificado *supra*".<sup>1493</sup> Al llegar a esa conclusión, el Grupo Especial no dio a entender que la identificación de los mercados de productos pertinentes realizada por los Estados Unidos fuera la *única* manera de analizar los efectos desfavorables de las subvenciones impugnadas. El hecho de que el Grupo Especial no estuviera de acuerdo con la séxtuple o séptuple segmentación del mercado propuesta por la Unión Europea no significa que el Grupo Especial cometiera un error de derecho que constituya una infracción del artículo 11 del ESD.

5.546. Por todas estas razones, no vemos ninguna base para constatar que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

<sup>1485</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1156, cuadro 15: Relaciones de competencia entre LCA según la Unión Europea.

<sup>1486</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1293.

<sup>1487</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1156, cuadro 15: Relaciones de competencia entre LCA según la Unión Europea.

<sup>1488</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 630.

<sup>1489</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1123.

<sup>1490</sup> En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación declaró que "{e}l {Grupo Especial inicial} también debía haber evaluado la alegación de las Comunidades Europeas de que había, en realidad, cinco mercados de productos distintos para las LCA de Airbus y Boeing". (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1131).

<sup>1491</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.78 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178, en que a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; *CE - Hormonas*, párrafos 132 y 133; *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinas*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258).

<sup>1492</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; y *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 164.

<sup>1493</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416.

### 5.6.2.6 Conclusión general

5.547. En relación con el término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, a efectos de la realización de un análisis de los efectos desfavorables, dos productos están en el mismo mercado si son suficientemente sustituibles entre sí y se imponen recíprocamente restricciones de la competencia "significativas". Tener en cuenta instrumentos y pruebas *cuantitativos* puede ayudar a un grupo especial a definir los mercados de productos pertinentes y a responder a la pregunta de si los productos se imponen recíprocamente restricciones de la competencia significativas y son suficientemente sustituibles entre sí para estar comprendidos en el mismo mercado. Sin embargo, como el Grupo Especial, no vemos ninguna razón que impida que un examen cuidadoso de pruebas *cualitativas* también pueda ser suficiente, siempre que permita un análisis informativo y significativo de los mercados de productos pertinentes. Según las particularidades de cada caso, puede ser suficiente que un grupo especial examine pruebas *cualitativas* en relación con la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda y desde el punto de vista de la oferta, las características del producto, los usos finales y las preferencias del cliente, con el fin de llegar a una conclusión con respecto a la naturaleza y el grado de la competencia entre dos productos. Tras haber examinado el análisis de la competencia en los mercados de productos de LCA de pasillo único, de LCA de doble pasillo y de VLA realizado por el Grupo Especial, estamos convencidos de que la identificación de los mercados de productos por el Grupo Especial en la presente diferencia se basó en un análisis adecuado de la competencia entre los productos pertinentes, que, según constató el Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente, con arreglo al criterio enunciado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. También estamos convencidos de que los análisis del Grupo Especial que identifican los mercados de productos de LCA de pasillo único, de LCA de doble pasillo y de VLA reflejan una lectura adecuada del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, y no estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

5.548. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1416 de su informe, de que los Estados Unidos han presentado sus alegaciones relativas a los efectos desfavorables con respecto a mercados de productos de LCA debidamente definidos, a saber, los mercados mundiales de LCA de pasillo único, de LCA de doble pasillo y de VLA.

5.549. Dicho esto, deseamos poner de relieve que la identificación de mercados de productos pertinentes es una cuestión preliminar, cuya resolución informa el subsiguiente análisis de la cuestión de si el reclamante ha establecido que el efecto de una determinada subvención es un perjuicio grave. Aunque cabe la posibilidad de que se realice un análisis de los efectos desfavorables y se llegue a constataciones significativas de la existencia de perjuicio grave en casos en que "no todos los productos compiten directamente por las mismas ventas o los mismos pedidos (o cuando la relación de competencia entre dichos productos es, a lo sumo, indirecta o remota)"<sup>1494</sup>, este hecho, sin embargo, se ha de "tomar debidamente en cuenta" en el análisis del perjuicio grave.<sup>1495</sup>

## 5.6.3 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en las LCA de Airbus

### 5.6.3.1 Introducción

5.550. Como se ha analizado *supra*, al examinar la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM y el supuesto perjuicio grave, el Grupo Especial empezó examinando los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM.<sup>1496</sup> El Grupo Especial constató que las subvenciones

<sup>1494</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1136.

<sup>1495</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1136.

<sup>1496</sup> Como se ha indicado *supra*, el Grupo Especial utilizó la expresión "efectos producto" para referirse a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM en la capacidad de Airbus de lanzar y llevar al mercado una LCA de Airbus en la forma y en el momento en que lo hizo, y constató además que los "efectos producto" consistían en "efectos directos" y "efectos indirectos", en función de que los efectos se refirieran a la capacidad de Airbus de lanzar el modelo concreto de LCA específicamente financiado por una subvención de AEP/FEM (directos) o a otros modelos de LCA (indirectos). (Véase *supra*, nota 1052).

de AEP/FEM anteriores al A350XWB siguen siendo una causa auténtica y sustancial de la presencia actual en el mercado de las familias A320, A330 y A380 de LCA de Airbus.<sup>1497</sup> El Grupo Especial constató además que las subvenciones de AEP/FEM combinadas, a excepción de la AEP/FEM otorgada para las aeronaves A300 y A310, son una causa auténtica y sustancial de la presencia en el mercado del A350XWB.<sup>1498</sup>

5.551. En apelación, la Unión Europea mantiene que la interpretación errónea que hizo el Grupo Especial del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC "le llevó a evaluar, erróneamente, los efectos desfavorables de subvenciones retiradas"<sup>1499</sup>, y que el Grupo Especial hizo su evaluación de la relación causal "con respecto a una cesta de subvenciones excesivamente amplia".<sup>1500</sup> La Unión Europea sostiene asimismo que el Grupo Especial "agravó" sus errores al incurrir en varios errores adicionales en su análisis de la relación causal.<sup>1501</sup> Con respecto a las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error al basarse únicamente en la constatación del Grupo Especial inicial de que Airbus no habría existido con su conjunto actual de ofertas de productos durante el período de referencia inicial (2001-2006), porque Airbus no habría lanzado esos productos "en la forma y en el momento" en que lo hizo "de no ser por" las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB.<sup>1502</sup> Según la Unión Europea, aunque con este enfoque "de no ser por" se puede identificar la causa "necesaria" de la presencia actual en el mercado de las ofertas de productos de Airbus<sup>1503</sup>, no se puede determinar una causa auténtica y sustancial en este caso, puesto que dicho enfoque no tiene en cuenta el paso del tiempo ni los eventos pertinentes acontecidos durante ese tiempo, entre ellos la expiración de varias subvenciones de AEP/FEM y las inversiones no subvencionadas en las familias A320 y A330 de LCA de Airbus.<sup>1504</sup>

5.552. Como cuestión preliminar, observamos que los errores alegados *supra* por la Unión Europea relativos a las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en la presencia en el mercado de las familias A320 y A330 de LCA de Airbus conciernen principalmente a las subvenciones de AEP/FEM que habían expirado antes del final del plazo para la aplicación, es decir, las subvenciones para las aeronaves A300, A310, A320, A330 y A340. En particular, la Unión Europea sostiene que "la cesta de subvenciones considerada por el Grupo Especial incluía subvenciones que fueron concedidas hace más de cuatro decenios, con respecto a la mayoría de las cuales el propio Grupo Especial constató que habían expirado desde entonces".<sup>1505</sup> A juicio de la Unión Europea, "por lo tanto, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la tarea del Grupo Especial sobre el cumplimiento consistía en examinar si el paso del tiempo y los eventos que han tenido lugar durante ese tiempo, incluidas la expiración de las subvenciones y las ingentes inversiones no subvencionadas posteriores al lanzamiento, habían dado lugar a la 'eliminación de' los efectos desfavorables' cuya existencia se había constatado en el procedimiento inicial".<sup>1506</sup>

5.553. En la sección 5.4.2 del presente informe, hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que la Unión Europea tiene una obligación de cumplimiento con respecto a subvenciones que habían expirado antes de la adopción de los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial -es decir, antes del comienzo del plazo para la aplicación-. Por lo tanto, al ocuparnos de la apelación consiguiente de la Unión Europea en la sección 5.5 del presente informe, hemos hecho hincapié en que la cuestión pertinente a los efectos del presente procedimiento sobre el cumplimiento es si las subvenciones otorgadas o mantenidas por la Unión Europea -es decir, las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación

<sup>1497</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1534.

<sup>1498</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1778 y 7.1.d.xiii.

<sup>1499</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 774. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1500</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 776.

<sup>1501</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 776.

<sup>1502</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 834 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1920, 7.1940, 7.1984 y 7.2025).

<sup>1503</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 834.

<sup>1504</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 777, 854 y 857.

<sup>1505</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 854 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.907).

<sup>1506</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 854.

(después del 1º de diciembre de 2011)- causan efectos desfavorables. Por lo tanto, en la medida en que algunas subvenciones han expirado, no sería necesario realizar un nuevo examen de la eliminación de los efectos de esas subvenciones. En otras palabras, no es pertinente examinar si las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones *expiradas* pueden apoyar su conclusión definitiva de incumplimiento en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. En consonancia con esta opinión, no consideramos necesario formular constataciones separadas sobre la apelación de la Unión Europea por cuanto concierne al hecho de que supuestamente el Grupo Especial no evaluó debidamente el paso del tiempo y los eventos acontecidos durante ese tiempo al llegar a sus constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones expiradas.<sup>1507</sup>

5.554. Además, hemos señalado *supra* que la cuestión de si el Grupo Especial tenía una base suficiente para sus conclusiones definitivas solo puede ser respondida después de un examen detenido de su razonamiento y su análisis en lo relativo a las subvenciones de AEP/FEM *existentes* en el período posterior a la aplicación. Por consiguiente, al abordar los errores que alega la Unión Europea con respecto al análisis de los efectos desfavorables realizado por el Grupo Especial<sup>1508</sup>, centraremos nuestro examen en el análisis y las constataciones del Grupo Especial en relación con los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, y en la apelación de la Unión Europea respecto de estos, para determinar si esas constataciones respaldan la conclusión definitiva del Grupo Especial relativa al perjuicio grave.

5.555. Con respecto a las subvenciones de AEP/FEM para el A380, que no habían expirado, la Unión Europea alega en apelación que, en la medida en que el Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 dieron lugar a "efectos directos" en el A380, esa constatación carece de base probatoria suficiente.<sup>1509</sup> En cuanto a la constatación del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB, la Unión Europea alega en primer lugar que la constatación del Grupo Especial de que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB tuvieron "efectos directos" en el lanzamiento del A350XWB carece de base probatoria suficiente<sup>1510</sup>, y que algunas otras constataciones formuladas por el Grupo Especial la contradicen.<sup>1511</sup> En segundo lugar, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la AEP/FEM para el A380 tuvo "efectos indirectos" en la capacidad de Airbus de lanzar el A350XWB.<sup>1512</sup>

5.556. Al llevar a cabo nuestro análisis de esas alegaciones, tenemos presentes las constataciones del procedimiento inicial concernientes a los efectos de las subvenciones de AEP/FEM en la capacidad de Airbus de lanzar los productos de LCA en litigio en el procedimiento inicial en la forma y en el momento en que lo hizo. Como se ha indicado, las subvenciones expiradas son pertinentes para nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, *no* para determinar si *las subvenciones* causan "efectos desfavorables", sino solo como parte de una matriz de análisis que trata de entender los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación. Esto es particularmente cierto dado que, como se analiza con más detalle *infra*, las subvenciones en litigio en el presente procedimiento sobre el cumplimiento siguen la misma vía causal que las subvenciones con respecto a las cuales se constató en el procedimiento inicial que habían causado efectos desfavorables.<sup>1513</sup>

5.557. Teniendo presentes esas consideraciones, comenzamos ofreciendo un panorama de las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM. Seguidamente, recordamos brevemente el criterio de causalidad en el marco de los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC, conforme ha sido explicado por el Órgano de Apelación en diferencias anteriores. A continuación describimos las constataciones pertinentes del procedimiento inicial concernientes a los "efectos producto" de la AEP/FEM anterior al A350XWB, y examinamos en qué medida las constataciones del procedimiento inicial informaron las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos desfavorables en el presente procedimiento sobre el cumplimiento. Por último, procedemos

<sup>1507</sup> Como se ha indicado *supra*, entre esos eventos se incluyen la expiración de determinadas subvenciones de AEP/FEM y las inversiones no subvencionadas en las familias A320 y A330 de LCA de Airbus.

<sup>1508</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 776-786.

<sup>1509</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 878-884.

<sup>1510</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 888, 889 y 913.

<sup>1511</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 901 y 913.

<sup>1512</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 890-895.

<sup>1513</sup> Véanse las secciones 5.6.3.4 y 5.6.3.5 del presente informe.

a examinar la apelación de la Unión Europea respecto de las constataciones del Grupo Especial concernientes a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, es decir, sus constataciones relativas a las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB.

### 5.6.3.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial

5.558. El Grupo Especial explicó, al principio de su análisis, que los efectos de las subvenciones pertinentes deberían determinarse realizando un análisis hipotético unitario, que "conlleva una comparación de la situación real del mercado que la autoridad tiene ante sí con la situación que existiría en el mercado sin las subvenciones impugnadas".<sup>1514</sup> El Grupo Especial coincidió con los Estados Unidos en que el punto de partida del análisis hipotético en el presente procedimiento sobre el cumplimiento debía ser la hipótesis que constituyó la base de las constataciones del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación sobre los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el período 2001-2006.<sup>1515</sup> Además, el análisis hipotético en la presente diferencia requiere un examen de la medida en que "el diseño, la estructura y el funcionamiento de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas" son de tal naturaleza que los mismos efectos que se constató existían en el período de referencia 2001-2006, o efectos similares, siguen estando presentes *en el período posterior a la aplicación* (es decir, después del 1º de diciembre de 2011).<sup>1516</sup> Tras haber recordado las constataciones pertinentes del procedimiento inicial<sup>1517</sup>, el Grupo Especial consideró que cabe caracterizar los efectos de las *subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB* en el período 2001-2006 como indispensables para:

- a. la *existencia misma* de Airbus, lo cual implica que sin las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB Airbus no podría haber estado presente en el mercado (la hipótesis "plausible"); o
- b. la capacidad de Airbus para ofrecer *una gama completa de AEP/FEM competitivas*, lo cual implica que sin las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB habría estado presente en el mercado una Airbus "mucho más débil" "que habría dispuesto a lo sumo de una oferta más limitada de modelos de LCA"<sup>1518</sup> (la hipótesis "improbable").<sup>1519</sup>

5.559. Después de haber examinado las constataciones del procedimiento inicial, el Grupo Especial explicó que comenzaría su evaluación determinando en primer lugar los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el período posterior a la aplicación en las familias A320, A330 y A380 de LCA de Airbus, antes de examinar en qué medida *todas* las subvenciones de AEP/FEM impugnadas (con inclusión de las subvenciones de AEP/FEM anteriores

<sup>1514</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1453 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1110). El Grupo Especial explicó que, a diferencia de un "enfoque unitario", un análisis "en dos etapas" trata primero de identificar los fenómenos de mercado descritos en los apartados a) a d) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, y después, como segunda etapa, examina si hay una relación causal entre los fenómenos y las subvenciones impugnadas. El Grupo Especial recordó que el Órgano de Apelación, aunque en el procedimiento inicial aceptó la validez de este enfoque, declaró expresamente que un "análisis unitario" sería preferible. (*Ibid.*, nota 2490 a dicho párrafo (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1107 y 1109)).

<sup>1515</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1457 y 6.1461. Véanse también la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 335-352; y la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 367-373. Como se analiza más detenidamente en el párrafo 5.591 *infra*, el Grupo Especial inicial examinó cuatro hipótesis relativas a "{la industria de las LCA} en un mundo hipotético en que no existieran las subvenciones a Airbus". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1984) Las hipótesis 1 y 2, que el Grupo Especial inicial consideró "plausibles", preveían que una Airbus no subvencionada no habría tenido presencia en el mercado en el período 2001-2006. Las hipótesis 3 y 4, que el Grupo Especial inicial consideró "improbables", preveían que una Airbus no subvencionada habría competido en el período 2001-2006 como una empresa "mucho más débil" "que habría dispuesto a lo sumo de una oferta más limitada de modelos de LCA". (*Ibid.*, párrafos 7.1984 y 7.1993)

<sup>1516</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1462.

<sup>1517</sup> Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1464-6.1479.

<sup>1518</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1475 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1984 y 7.1993).

<sup>1519</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1475. (las cursivas figuran en el original)

al A350XWB y las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB) permitieron a Airbus lanzar e introducir en el mercado el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.

#### 5.6.3.2.1 Constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en las aeronaves A320, A330 y A380

5.560. El Grupo Especial consideró que, para aceptar el argumento de los Estados Unidos de que las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB tienen *hoy en día* fundamentalmente los mismos "efectos producto" que tuvieron en el momento del procedimiento inicial, los Estados Unidos tendrían que demostrar: i) que una Airbus no subvencionada no existiría hoy en día; o ii) que cualquier empresa Airbus no subvencionada que llegara a existir después del final de 2006 no habría desarrollado e introducido en el mercado las aeronaves A320, A330 y A380 (o una gama comparable de productos LCA), en un período ulterior de aproximadamente cinco a nueve años.<sup>1520</sup> El Grupo Especial señaló la complejidad de la producción de LCA y la dinámica y los antecedentes de la competencia en la rama de producción de LCA, y que le resultaba difícil creer que una empresa Airbus no subvencionada nacida después de finales de 2006 pudiera haber desarrollado una gama completa de LCA iguales o comparables en tan corto plazo.<sup>1521</sup>

5.561. El Grupo Especial observó que la Unión Europea no adujo que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, Airbus habría llegado a existir en algún momento después de 2006 y desarrollar una gama completa de LCA para el 1º de diciembre de 2011 (o en cualquier momento ulterior), ni que una Airbus no subvencionada "mucho más débil", que habría dispuesto "a lo sumo de una oferta más limitada de modelos de LCA" en el período 2001-2006, podría haber desarrollado una gama de LCA igual o comparable a la que ofrece hoy en día.<sup>1522</sup> El Grupo Especial señaló que, en lugar de ello, el "argumento central" de la Unión Europea era que cualesquiera "efectos producto" que se constató existieron hasta finales de 2006 hoy en día o bien: i) se han disipado con el paso del tiempo; o bien ii) han sido significativamente atenuados por diversas inversiones no subvencionadas de Airbus en el A320 y el A330.<sup>1523</sup> El Grupo Especial pasó entonces a abordar esos argumentos.<sup>1524</sup>

5.562. Con respecto al primer argumento, recordando que el Órgano de Apelación había reconocido que la "vida" de una subvención no necesariamente define la duración de sus efectos<sup>1525</sup>, el Grupo Especial consideró que la medida en que los efectos de una subvención se disiparán con el paso del tiempo y finalmente se extinguirán será una cuestión *relacionada con hechos específicos* que podrá estar informada, pero *no necesariamente definida*, por la manera en que la "vida" de esa subvención ha evolucionado a lo largo del tiempo.<sup>1526</sup> El Grupo Especial observó que la "vida" *ex ante* de todas las subvenciones de AEP/FEM para las aeronaves A300, A310 y A320 "llegó a su fin antes de la conclusión del período de referencia 2001-2006", pero en el procedimiento inicial se constató que los efectos de las mismas subvenciones, junto con los efectos de todas las demás subvenciones impugnadas, eran una causa "auténtica y sustancial" de perjuicio grave.<sup>1527</sup> El Grupo Especial no vio motivos por los que la lógica subyacente en esas constataciones no debiera ser igualmente aplicable para determinar la medida en que los efectos

<sup>1520</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1480.

<sup>1521</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1481.

<sup>1522</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1481 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1984 y 7.1993).

<sup>1523</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1481.

<sup>1524</sup> El Grupo Especial también observó que, "{a}demás, subsidiariamente", la Unión Europea había aducido que cualesquiera efectos actualmente subsistentes de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas no eran la causa de ningunos efectos desfavorables actuales, porque las alegaciones de los Estados Unidos de que Boeing perdió ventas y fue desplazada en varios mercados de productos LCA podían explicarse por varios factores que no estaban relacionados con los efectos de la AEP/FEM. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1481) El Grupo Especial examinó el argumento "subsidiario" en la última parte de su análisis de las alegaciones de pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización de Boeing en los diversos mercados de productos LCA formuladas por los Estados Unidos. (*Ibid.*, párrafos 6.1782-6.1783, 6.1790-6.1797 y 6.1810-6.1816)

<sup>1525</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1488.

<sup>1526</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1489.

<sup>1527</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1490 (donde se hace referencia a los párrafos 6.879 y 6.1076).

de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas objeto de este procedimiento sobre el cumplimiento se han disipado y han terminado con el paso del tiempo.<sup>1528</sup>

5.563. El Grupo Especial recordó que las constataciones en materia de relación causal formuladas en el procedimiento inicial se basaron en la existencia de dos tipos de "efectos producto" atribuibles a las subvenciones de AEP/FEM: i) "efectos directos", a saber, los efectos de una determinada subvención de AEP/FEM en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado el modelo concreto de LCA de Airbus específicamente financiado por ese préstamo de AEP/FEM; y ii) "efectos indirectos", a saber, los efectos financieros, de "aprendizaje" y de gama que una determinada subvención de AEP/FEM proporcionada concretamente para un modelo de LCA puede tener en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado otro modelo de LCA.<sup>1529</sup> El Grupo Especial consideró que la duración de los "efectos directos" de cualquier subvención de AEP/FEM en particular debía determinarse teniendo en cuenta hasta qué punto esos efectos sustentan la presencia en el mercado de la aeronave específicamente financiada a lo largo del tiempo. El Grupo Especial consideró que, como es lógico, cuando los hechos demuestran que la existencia misma y la continuidad de la presencia en el mercado de un programa de aeronaves en particular dependen de una subvención de AEP/FEM específicamente designada, es probable que los "efectos directos" de esa subvención de AEP/FEM se sigan sintiendo a lo largo de la vida de comercialización de la aeronave específicamente financiada.<sup>1530</sup> En cuanto a los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM, el Grupo Especial opinó que la duración de tales "efectos indirectos" debía "determinarse teniendo en cuenta hasta qué punto los efectos financieros, de 'aprendizaje' y de gama asociados a una determinada medida de AEP/FEM proporcionada para un modelo específico de LCA sustentan la presencia en el mercado de uno o más de otros modelos de LCA a lo largo del tiempo".<sup>1531</sup> En síntesis, el Grupo Especial afirmó que "no ve{í}a en qué modo, como cuestión de hecho, el *mero paso del tiempo* podría haber puesto fin a la relación 'auténtica y sustancial' de causa a efecto entre las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB y las aeronaves A320, A330 y A380 mientras esas aeronaves se siguen vendiendo".<sup>1532</sup>

5.564. Pasando a las inversiones supuestamente no subvencionadas en las familias A320 y A330 de LCA, el Grupo Especial no abrigó "la menor duda" de que las inversiones posteriores al lanzamiento especificadas por la Unión Europea fueron significativas y sirvieron para que Airbus pudiera perfeccionar las tecnologías y procesos de producción asociados a los programas A320 y A330 originales en una forma que permitió a esa empresa mantener su competitividad.<sup>1533</sup> No obstante, el Grupo Especial recordó que, conforme a las dos hipótesis "plausibles" se constató que los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB explicaban "la existencia misma de Airbus en el período 2001-2006".<sup>1534</sup> El Grupo Especial razonó que, como una parte considerable de las inversiones de Airbus posteriores al lanzamiento tuvo lugar *antes* de finales de 2006, "debe deducirse lógicamente que tampoco estas habrían podido realizarse de no haberse dado los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas".<sup>1535</sup> Lo mismo cabía decir, a juicio del Grupo Especial, por lo que respecta a las inversiones posteriores al lanzamiento que, según indicó la Unión Europea, tuvieron lugar *después* del final de 2006. El Grupo Especial consideró difícil imaginar en qué modo una Airbus no subvencionada que entró en el mercado de LCA en 2007 (como pronto) hubiera podido desarrollar los conocimientos técnicos y disponer de la

<sup>1528</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1491.

<sup>1529</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1492. Según el Grupo Especial, los efectos financieros, de aprendizaje y de gama se refieren al grado en que las subvenciones de AEP/FEM permiten a Airbus: i) desarrollar "conocimientos, técnicas y experiencias" para lanzar otros modelos de LCA; ii) compartir insumos y distribuir los costos entre distintos modelos de LCA; y iii) reducir el costo de financiar nuevos modelos de LCA y generar ingresos que no existirían sin la AEP/FEM. (*Ibid.*, párrafos 6.1510-6.1511).

<sup>1530</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1508. (no se reproducen las cursivas) En cambio, el Grupo Especial observó que, cuando la existencia misma y la continuidad de la presencia en el mercado de una aeronave que había sido específicamente financiada con subvenciones de AEP/FEM *no* dependen de esa financiación, en el sentido de que la misma aeronave habría sido desarrollada e introducida en el mercado en algún momento sin la subvención de AEP/FEM específicamente designada, sería "altamente improbable que los efectos *directos* de esa financiación de AEP/FEM perduraran a lo largo de toda la vida de comercialización del programa de LCA pertinente". (*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1531</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1513.

<sup>1532</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1515. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1533</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1524.

<sup>1534</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1525.

<sup>1535</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1525.



solidez financiera necesarios para lanzar e introducir en el mercado dos tipos de aeronaves comparables a aquellas con respecto a las cuales Airbus decidió realizar las inversiones posteriores a 2006.<sup>1536</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial constató que los "efectos directos" y los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB seguían siendo una causa "auténtica y sustancial", aunque no la única causa, de la presencia en el mercado de las actuales versiones de las familias A320 y A330 de LCA de Airbus.<sup>1537</sup>

5.565. En conclusión, el Grupo Especial no estaba convencido de que los argumentos y pruebas pertinentes que tenía ante sí "demostrarían" que el mero paso del tiempo, o los pocos eventos que la Unión Europea {había} especificado han tenido lugar desde comienzos de 2007 (o incluso antes), ha{bían} erosionado de manera importante la relación causal que en el procedimiento inicial se constató existía hasta el final de 2006".<sup>1538</sup> En opinión del Grupo Especial, los argumentos y pruebas de la Unión Europea concernientes al paso del tiempo y a las inversiones posteriores al lanzamiento no eran, "desde el punto de vista fáctico, convincentes".<sup>1539</sup> En consecuencia, el Grupo Especial constató que los "efectos directos" y los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB siguen siendo una causa auténtica y sustancial de la presencia actual en el mercado de las familias A320, A330 y A380 de LCA de Airbus. En otras palabras, sin las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB, hoy en día Airbus no podría estar vendiendo esas aeronaves.<sup>1540</sup>

#### 5.6.3.2.2 Constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas en el A350XWB

5.566. Con respecto al A350XWB, el Grupo Especial intentó determinar si Airbus podría haber lanzado el A350XWB *en la forma y en el momento en que lo hizo*, en diciembre de 2006, sin las "repercusiones individuales y/o combinadas" de: i) los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB; y ii) los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB.<sup>1541</sup> En su análisis, el Grupo Especial utilizó las dos hipótesis "improbables" del procedimiento inicial como punto de partida<sup>1542</sup>, después de haber concluido que, conforme a las hipótesis "plausibles" adoptadas en el procedimiento inicial, "no cabía duda de que el A350XWB no podría haber sido lanzado e introducido en el mercado sin AEP/FEM".<sup>1543</sup>

5.567. Los argumentos expuestos por las partes al Grupo Especial se centraron en la medida en que la Airbus *subvencionada* que *efectivamente existió* en el período 2006-2010 podría haber lanzado el A350XWB sin las repercusiones individuales y/o combinadas de los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB y los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB. El Grupo Especial explicó que esos argumentos se basaban en "una hipótesis que es distinta de la que constituía el fundamento de la pregunta" que el Grupo Especial había planteado, y que ninguna de las partes había presentado argumentos relativos a la capacidad de la empresa Airbus *no subvencionada* que existiría conforme a las hipótesis "improbables" para lanzar el A350XWB.<sup>1544</sup> No obstante, el Grupo Especial consideró que, examinando la repercusión de la AEP/FEM en la empresa Airbus *subvencionada* que *efectivamente existió* de 2006 a 2010, "{podían} sacarse conclusiones acerca de la medida en que la empresa Airbus no subvencionada que {habría} existido conforme a las hipótesis 'improbables' podría haber hecho lo mismo", porque "la empresa Airbus no subvencionada que operara conforme a las hipótesis 'improbables' sería, por definición, un competidor 'mucho más débil' 'que habría dispuesto a lo sumo de una oferta más limitada de modelos de LCA' que la empresa Airbus que efectivamente existía".<sup>1545</sup> El Grupo Especial, adoptando este marco analítico, pasó a examinar el

<sup>1536</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1526.

<sup>1537</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1527.

<sup>1538</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1531.

<sup>1539</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1534.

<sup>1540</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1534.

<sup>1541</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1535. (no se reproducen las cursivas)

<sup>1542</sup> Véase el párrafo 5.591 *infra*. Véase también *supra*, nota 1515.

<sup>1543</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1535. El Grupo Especial explicó que, conforme a las hipótesis "plausibles", en 2006 no habría existido una Airbus no subvencionada; y que, además, el Grupo Especial no tenía ante sí pruebas que indicaran (y la Unión Europea no adujo tal cosa) que una Airbus no subvencionada podría haber llegado a existir en cualquier momento posterior. (*Ibid.*).

<sup>1544</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1537.

<sup>1545</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1537. (no se reproduce la nota de pie de página)



fundamento de los argumentos de las partes relativos a la capacidad de Airbus -tal como existía efectivamente en 2006- para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo, con el fin de extraer inferencias concernientes a si la empresa Airbus no subvencionada que habría existido conforme a las hipótesis "improbables" podría haber lanzado el A350XWB *en la forma y en el momento en que lo hizo*.<sup>1546</sup>

#### 5.6.3.2.2.1 Constataciones sobre los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB en el A350XWB

5.568. El Grupo Especial comenzó exponiendo los antecedentes fácticos del lanzamiento del A350XWB, en forma de una "narración" del programa A350XWB "desde sus orígenes hasta el período en el que se concluyeron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB".<sup>1547</sup> El Grupo Especial dividió su narración en tres partes principales, empezando con un examen del "período anterior al lanzamiento"<sup>1548</sup>, pasando después al "{l}anzamiento y estudio de viabilidad del A350XWB"<sup>1549</sup> y al "período posterior al lanzamiento".<sup>1550</sup>

5.569. Comenzando con el "período anterior al lanzamiento", el Grupo Especial identificó tres temas "importantes": i) los orígenes del programa A350XWB; ii) el estado de desarrollo del programa A350XWB hasta el lanzamiento; y iii) la situación financiera de Airbus y de EADS hasta el lanzamiento.<sup>1551</sup> Sobre la base de su análisis de las pruebas relativas a esos temas, el Grupo Especial formuló las siguientes constataciones con respecto al período anterior al lanzamiento: i) "Airbus y EADS experimentaron graves dificultades financieras que incidieron desfavorablemente en su situación financiera a futuro"<sup>1552</sup>; ii) pese a la previsión de que sería un programa muy costoso, Airbus consideró la realización del A350XWB suficientemente importante debido, entre otras cosas, a la considerable importancia estratégica de la aeronave para la competitividad de Airbus; iii) Airbus y EADS siguieron múltiples estrategias para colocarse en una situación en la que pudieran estar suficientemente seguros de su capacidad de financiar el programa A350XWB, una de las cuales fue obtener compromisos de los Estados miembros respecto de la concesión futura de algún tipo de asistencia financiera en relación con el programa A350XWB; y iv) gracias a estas estrategias Airbus y EADS pudieron superar sus problemas financieros, hasta el punto de estar preparados para adoptar la decisión de lanzamiento del programa A350XWB.<sup>1553</sup>

5.570. Pasando a la exposición del estudio de viabilidad del A350XWB el **[ICC]**, en preparación para el lanzamiento del A350XWB, el Grupo Especial tomó "nota especialmente" de tres aspectos.<sup>1554</sup> En primer lugar, el Grupo Especial consideró, sobre la base de distintos comunicados de prensa, que las discrepancias entre los accionistas de EADS en cuanto a la forma en que se financiaría el A350XWB retrasaron el lanzamiento, y que esas discrepancias se resolvieron, al menos en parte, con una garantía del Gobierno de Francia de proporcionar determinado apoyo financiero al programa.<sup>1555</sup> En segundo lugar, el Grupo Especial constató que el supuesto de que el programa A350XWB "se financiaría en parte con financiación en que participarían los Estados miembros **[ICC]** permeaba el estudio de viabilidad del A350XWB".<sup>1556</sup> Por último, el Grupo

<sup>1546</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1538.

<sup>1547</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1540. El Grupo Especial se refirió a ello como el "período de contratación". Véase también el párrafo 6.1539.

<sup>1548</sup> Se trata del período que comprende los eventos en torno al programa A350XWB que tuvieron lugar antes del lanzamiento del A350XWB, es decir, antes del 1º de diciembre de 2006. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1541).

<sup>1549</sup> Esto se refiere al estudio de viabilidad del A350XWB, presentado al Consejo de Administración de EADS el **[ICC]**, en preparación para el lanzamiento del A350XWB, y a la aprobación oficial por EADS del lanzamiento del A350XWB sobre la base del estudio de viabilidad, el 1º de diciembre de 2006. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1568; exposición del estudio de viabilidad del A350XWB (Prueba documental EU-130 presentada al Grupo Especial (ICSS))).

<sup>1550</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1574. Este período se refiere a determinados eventos relacionados con el programa A350XWB que se produjeron después del lanzamiento del A350XWB a lo largo del período de contratación. (*Ibid.*).

<sup>1551</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1541.

<sup>1552</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1567. Véanse también, por ejemplo, los párrafos 6.1544 y 6.1550-6.1553.

<sup>1553</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1567.

<sup>1554</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1573.

<sup>1555</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1573. Véase también el párrafo 6.1568.

<sup>1556</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1573. Véanse también los párrafos 6.1569-6.1570.

Especial consideró que en el estudio de viabilidad se destacaban tanto los riesgos como los beneficios estratégicos asociados al programa A350XWB.<sup>1557</sup>

5.571. A continuación el Grupo Especial analizó pruebas correspondientes al período posterior al lanzamiento relativas a los cuatro temas siguientes: i) la situación de desarrollo del programa A350XWB; ii) la situación financiera de Airbus y EADS en ese período; iii) las negociaciones entre Airbus y los Estados miembros respecto de la asistencia financiera para el programa A350XWB, en general, y la AEP/FEM para el A350XWB en particular; y iv) determinados documentos gubernamentales en que se examina la importancia de la asistencia financiera de los Estados miembros en relación con el programa A350XWB. El Grupo Especial formuló las siguientes constataciones: i) en la fecha del primer contrato<sup>1558</sup>, EADS había tenido cierto éxito en sus esfuerzos por mitigar los problemas financieros que se le habían planteado en el período anterior al lanzamiento, pero siguió tropezando con problemas financieros más adelante<sup>1559</sup>; ii) aunque Airbus había completado una labor importante en lo que se refiere al A350XWB sin AEP/FEM para el A350XWB, las partes del programa que requerían más efectivo llegaron en torno a la fecha del primer contrato o poco después<sup>1560</sup>; iii) las declaraciones formuladas por determinados funcionarios del Reino Unido y responsables de Airbus, las Decisiones sobre ayuda estatal de la Comisión Europea<sup>1561</sup>, y una evaluación escrita del Gobierno del Reino Unido sobre la justificación de la solicitud de Airbus de AEP/FEM para el A350XWB<sup>1562</sup> (la evaluación del Reino Unido), respaldan la tesis de que habría sido extremadamente difícil para Airbus y EADS financiar de manera efectiva el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB<sup>1563</sup>; y iv) Airbus y los Estados miembros siguieron estando en estrecho contacto a propósito de la futura recepción de la asistencia financiera de los Estados miembros correspondiente al programa A350XWB, y no hay pruebas de peso de que Airbus alguna vez cuestionase la disponibilidad de esa asistencia.<sup>1564</sup>

5.572. Tras haber expuesto su explicación narrativa del programa A350XWB, el Grupo Especial evaluó los argumentos de las partes relativos a la medida en la que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB tuvieron una repercusión en la capacidad de la empresa Airbus *realmente existente* en el período 2006-2010 para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. Al realizar esa evaluación, el Grupo Especial centró su análisis en la repercusión de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB en la "viabilidad" del programa en relación tanto con la fecha del lanzamiento como con la fecha del primer contrato.<sup>1565</sup> El Grupo Especial examinó cuatro aspectos principales del programa A350XWB que influyeron en la cuestión de la viabilidad, a saber: i) la capacidad prevista de Airbus de financiar efectivamente el programa con financiación en condiciones de mercado; ii) el VAN del programa previsto en la hipótesis básica; iii) los motivos estratégicos que movieron a Airbus a llevar adelante el programa que no se hubieran tenido ya en cuenta en el VAN de la hipótesis básica; y iv) los riesgos del programa.<sup>1566</sup>

5.573. Comenzando por la capacidad de Airbus de financiar el programa sin AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial examinó pruebas concernientes a: i) un mayor recurso a asociados que comparten los riesgos<sup>1567</sup>; ii) la mayor rentabilidad y generación de efectivo<sup>1568</sup>; iii) la

<sup>1557</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1573. Véanse también los párrafos 6.1571-6.1572.

<sup>1558</sup> El Grupo Especial empleó la frase "fecha del primer contrato" para hacer referencia a la fecha en que las pruebas demuestran que existió el primer contrato de AEP/FEM. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1631).

<sup>1559</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1624. Véanse también los párrafos 6.1585-6.1587.

<sup>1560</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1584 y 6.1624.

<sup>1561</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1613-6.1623.

<sup>1562</sup> Evaluación del Reino Unido (Prueba documental EU-(Artículo 13)-34 presentada al Grupo Especial (ICSS)).

<sup>1563</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1600-6.1609 y 6.1624.

<sup>1564</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1624. Véase también el párrafo 6.1598.

<sup>1565</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1639.

<sup>1566</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1638.

<sup>1567</sup> El Grupo Especial consideró que, aunque en teoría era posible que Airbus hubiera hecho participar, en alguna medida, a un mayor número de asociados que comparten los riesgos en el programa A350XWB, no estaba convencido de que en la práctica Airbus hubiera podido recurrir a ellos hasta un nivel que se hubiera acercado a duplicar su participación en comparación con la situación real. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1656).

<sup>1568</sup> El Grupo Especial estimó que distaba mucho de resultarle claro que EADS estuviera en condiciones de seguir reduciendo considerables costos de su presupuesto en cualquier momento pertinente, al menos sin

enajenación de activos no esenciales; iv) una reducción de las distribuciones a los accionistas; v) la financiación relacionada con el capital<sup>1569</sup>; vi) las reservas de efectivo<sup>1570</sup>; y vii) un mayor endeudamiento.<sup>1571</sup> Además del *alcance* de los recursos financieros disponibles para financiar efectivamente el programa A350XWB, el Grupo Especial tomó en consideración otros tres factores que influían en la cuestión de la viabilidad en relación con la fecha del lanzamiento y la fecha del primer contrato, a saber: i) el VAN del programa en la hipótesis básica; ii) los beneficios estratégicos del programa; y iii) los riesgos del programa.<sup>1572</sup>

5.574. Teniendo en cuenta todos esos factores, el Grupo Especial constató que, aunque "las opciones de financiación alternativas que Airbus tenía a su disposición, unidas a las sólidas razones estratégicas que tenía para lanzar y desarrollar una nueva generación de aeronaves de doble pasillo, significaban que el programa A350XWB habría sido suficientemente atractivo y, por lo tanto, *viable* para Airbus incluso sin la AEP/FEM para el A350XWB", las pruebas demostraban que la continuación del programa sin la AEP/FEM para el A350XWB habría sido "una empresa más complicada, más costosa y más arriesgada"<sup>1573</sup>, de manera que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, habría sido muy probable que, en cierta medida, Airbus hubiera tenido que "hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1574</sup> En consecuencia, el Grupo Especial constató que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, "la empresa Airbus que *realmente existía* solo podría haber continuado el programa por un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1575</sup>

5.575. Siguiendo sus constataciones sobre la repercusión de la AEP/FEM para el A350XWB en la capacidad de la empresa Airbus *subvencionada* para lanzar e introducir en el mercado el A350XWB, y recordando que, con arreglo a las dos hipótesis "improbables", una Airbus no subvencionada que operase en el período 2001-2006 habría sido "una empresa 'mucho más débil' 'que habría dispuesto a lo sumo de una oferta más limitada de modelos de LCA'", el Grupo Especial constató que una Airbus *no subvencionada* que operase en las hipótesis "improbables" no habría podido lanzar el A350XWB o una aeronave de ese tipo para finales de 2006.<sup>1576</sup> El Grupo Especial explicó que una Airbus no subvencionada que operase en las hipótesis "improbables" a finales de 2006 "no habría tenido la misma gama y calidad de aeronaves en el mercado que la Airbus subvencionada tenía en la época del lanzamiento del A350XWB", y que "una Airbus no subvencionada que operase en las hipótesis 'improbables' no habría tenido la pericia técnica ni de

---

provocar perturbaciones y otros posibles problemas para sus operaciones. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1659).

<sup>1569</sup> Aunque el Grupo Especial aceptó que la enajenación de activos no esenciales y la reducción de las distribuciones a los accionistas por EADS, así como la financiación relacionada con el capital, podían haber sido opciones para EADS, concluyó que la medida en que pudieran ser fuentes de financiación fiables para el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB en cualquier momento pertinente seguía siendo especulativa. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1657, 6.1664 y 6.1668).

<sup>1570</sup> El Grupo Especial consideró que, si bien EADS tenía considerable efectivo que podría haber desviado al programa A350XWB, proceder de ese modo habría entrañado considerables riesgos para EADS habida cuenta de las incertidumbres que rodeaban sus futuras posiciones de caja y de las presiones en conflicto sobre sus reservas de efectivo. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1690).

<sup>1571</sup> Aunque el Grupo Especial manifestó ciertas reservas sobre el valor probatorio de las pruebas presentadas por la Unión Europea, encontró escasas pruebas de que EADS "no hubiera tenido una capacidad apreciable de endeudamiento en los períodos pertinentes sin la existencia de AEP/FEM", y por lo tanto aceptó que esta era probablemente una opción que se podría haber puesto en práctica al menos hasta cierto grado importante. (*Ibid.*, párrafo 6.1700 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1572</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1701. Véanse también los párrafos 6.1702-6.1712.

<sup>1573</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717. Según el Grupo Especial, a que cada una de las opciones de financiación que Airbus tenía potencialmente a su disposición, a través de EADS, habría tenido sus propios riesgos, costos y/o dificultades, y habría sido "insuficiente por sí sola para reemplazar el valor monetario absoluto o la seguridad financiera relativa proporcionados mediante las condiciones del reembolso de la AEP/FEM para el A350XWB, generalmente concentrado al final del período, no garantizado y supeditado al éxito". (*Ibid.*, párrafo 6.1715 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1574</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1716. A juicio del Grupo Especial, hacer esas concesiones sería una forma de reducir los costos y/o riesgos asociados al programa. Además, el Grupo Especial observó que varios elementos de prueba que constaban en el expediente indicaban cómo los problemas financieros pueden retrasar un programa de LCA. (*Ibid.*, párrafo 6.1716 y nota 3074 a dicho párrafo (no se reproduce el texto adicional de la nota)).

<sup>1575</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1576</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1718-6.1719 y 6.1722.

gestión ni los recursos financieros que estaban a disposición de la empresa Airbus que realmente existía al final de 2006".<sup>1577</sup>

#### 5.6.3.2.2 Constataciones sobre los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el A350XWB

5.576. A continuación, el Grupo Especial examinó la medida en que los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB contribuyeron a la capacidad de la empresa Airbus subvencionada que *realmente existía* durante el período pertinente para emprender el programa A350XWB "en la forma y en el momento en que lo hizo".<sup>1578</sup> El Grupo Especial recordó que los efectos indirectos de la AEP/FEM adoptan la forma de: i) "efectos de aprendizaje"; ii) "efectos de gama y escala"; y iii) "efectos financieros".<sup>1579</sup> Comenzando con los efectos de aprendizaje, el Grupo Especial examinó "informes periciales contrapuestos" presentados por ambas partes<sup>1580</sup>, así como "antecedentes históricos ... como informes de prensa, el estudio de viabilidad del A350XWB, exposiciones de diapositivas de Airbus/EADS y otros documentos"<sup>1581</sup>, y constató que las pruebas demostraban que "el programa A350XWB se benefició significativamente de los efectos de aprendizaje derivados de programas anteriores de LCA de Airbus subvencionados, en especial (aunque no solo), el programa A380"<sup>1582</sup>. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que los efectos de aprendizaje de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB fueron "de amplio alcance e importantes, y su acumulación fue esencial y vital para que Airbus pudiera lanzar e introducir en el mercado el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo".<sup>1583</sup> Sin embargo, el Grupo especial consideró "difícil atribuir sustancialmente el mismo grado de importancia a los efectos de aprendizaje de las subvenciones de AEP/FEM para el A300 y el A310".<sup>1584</sup>

5.577. Con respecto a los efectos financieros, el Grupo Especial examinó la repercusión de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el programa A350XWB en lo relativo a: i) el valor de empresa<sup>1585</sup>; ii) el rendimiento del capital invertido (RCI)<sup>1586</sup>; iii) la mitigación de los problemas del programa A380 y A340<sup>1587</sup>; iv) un informe del Profesor David Wessels de la Wharton Business School<sup>1588</sup>; y v) los ingresos.<sup>1589</sup> Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Grupo

<sup>1577</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1722.

<sup>1578</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1723.

<sup>1579</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1724-6.1725.

<sup>1580</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1726. Véanse también los párrafos 6.1727-6.1744.

<sup>1581</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1726. Véanse también los párrafos 6.1745-6.1746.

<sup>1582</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1747.

<sup>1583</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1760. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1584</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3222 al párrafo 6.1760. El Grupo Especial explicó a este respecto que los componentes y sistemas específicos del A350XWB que había constatado que se habían beneficiado de los "efectos de aprendizaje" "parec[ían] ser generalmente derivaciones de componentes y sistemas similares utilizados en programas de LCA de Airbus más recientes, como el A380". (*Ibid.*).

<sup>1585</sup> Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que "la AEP/FEM anterior al A350XWB hizo que EADS resultara más atractiva para los inversores porque repercutió positivamente en el valor de empresa de EADS". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1762)

<sup>1586</sup> El RCI se calcula dividiendo los beneficios de una empresa entre su capital invertido. (Véase el informe del Grupo Especial, nota 3230 al párrafo 6.1764) Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que la AEP/FEM anterior al A350XWB permitió a EADS "modificar su rendimiento del capital invertido de modo que parezca más atractiva para los inversores". (*Ibid.*, párrafo 6.1764 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1587</sup> Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que las condiciones de reembolso concentrado al final del período y basado en las entregas de los saldos pendientes de Airbus de la AEP/FEM anterior al A350XWB "aislaron parcialmente a Airbus de las consecuencias financieras de los problemas experimentados por Airbus con sus programas A380 y A340, lo que facilitó a Airbus el lanzamiento del A350XWB". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1767 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 372)).

<sup>1588</sup> Profesor David Wessels, "Assessing Airbus' Capacity to Fund Large Scale Projects Without LA/MSF", 17 de octubre de 2012 (informe Wessels) (Prueba documental USA-364 presentada al Grupo Especial). Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos se basaron en el informe Wessels para aducir que, si Airbus hubiese lanzado sus programas de LCA subvencionados con financiación de mercado, la "carga de la deuda resultante ... habría sido tan grande que hubiera impedido el lanzamiento y el desarrollo del A350XWB en todo momento pertinente". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1768).

<sup>1589</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1770. Los Estados Unidos adujeron que, en la medida en que Airbus utilizó sus propios fondos para financiar el programa A350XWB, dichos fondos eran atribuibles a ingresos generados a partir de ventas de LCA anteriores que muy probablemente no habrían existido de no ser

Especial constató que "las pruebas ... dem{ostraban} que el programa A350XWB se benefició significativamente de dos de los cinco efectos financieros de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB ... a saber: los efectos del aumento de ingresos y de la reducción de deuda", que "permitieron a Airbus lanzar e introducir en el mercado todos los programas de LCA de Airbus existentes".<sup>1590</sup> Sin embargo, el Grupo Especial consideró "difícil atribuir sustancialmente tales efectos financieros relacionados con los ingresos a los programas A300 y A310".<sup>1591</sup>

5.578. Por último, con respecto a los efectos de gama y de escala, el Grupo Especial observó que los Estados Unidos se apoyaron en las constataciones del procedimiento inicial "sin remitir a ninguna prueba específica".<sup>1592</sup> Como consecuencia, si bien el Grupo Especial aceptó que el A350XWB "tiene que haberse beneficiado de los efectos de gama y de escala de la AEP/FEM anterior al A350XWB derivados de la existencia de modelos de LCA de Airbus preexistentes", constató que solo podía otorgar a esta línea de argumentación un "peso limitado".<sup>1593</sup>

5.579. En conclusión, con respecto a los efectos indirectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB, el Grupo Especial constató que "los *efectos indirectos* de la AEP/FEM anterior al A350XWB fueron fundamentales para la capacidad de Airbus de lanzar y desarrollar el programa A350XWB", y no le cupo duda de que no habría sido posible lanzar el A350XWB si "Airbus no se hubiera beneficiado de esos *efectos indirectos* de las medidas de AEP/FEM anteriores al A350XWB".<sup>1594</sup> El Grupo Especial consideró "evidente" que "una Airbus no subvencionada no habría tenido ni los conocimientos técnicos ni los recursos financieros de que disponía la empresa Airbus real que operaba al final de 2006, como consecuencia de los *efectos indirectos de la AEP/FEM anterior al A350XWB*".<sup>1595</sup> En consecuencia, el Grupo Especial constató que su evaluación de los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el A350XWB confirmaba su conclusión de que "una Airbus no subvencionada que operara en las situaciones hipotéticas 'improbables' no podría haber lanzado e introducido en el mercado el A350XWB ni una aeronave del tipo del A350XWB".<sup>1596</sup>

5.580. Sobre esa base, utilizando las cuatro situaciones hipotéticas del procedimiento inicial en relación con los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB hasta el final de 2006 como punto de partida de su análisis, el Grupo Especial consideró "evidente" que el A350XWB no podría haber sido lanzado e introducido en el mercado sin AEP/FEM"<sup>1597</sup>, a excepción de las subvenciones de AEP/FEM otorgadas para las aeronaves A300 y A310.<sup>1598</sup>

### 5.6.3.3 Relación causal en el marco del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC

5.581. Está firmemente establecido que, en las diferencias que se refieren a alegaciones formuladas al amparo de la Parte III del Acuerdo SMC, un reclamante debe demostrar no solo la existencia de las subvenciones pertinentes y los efectos desfavorables para sus intereses, sino también que las subvenciones han *causado* tales efectos.<sup>1599</sup> El Órgano de Apelación ha descrito sistemáticamente la relación causal necesaria como una "relación auténtica y sustancial de causa a efecto".<sup>1600</sup> En otras palabras, las subvenciones deben contribuir, de manera "auténtica" y

---

por las subvenciones de AEP/FEM. (*Ibid.*, párrafo 6.1761) El Grupo Especial también observó, en general, que algunos de los efectos financieros que alegan los Estados Unidos trascienden los efectos financieros que el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación articularon en el procedimiento inicial. (*Ibid.*, nota 3223 al párrafo 6.1761).

<sup>1590</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1771. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1591</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3248 al párrafo 6.1771.

<sup>1592</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1773.

<sup>1593</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1773.

<sup>1594</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1774. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1595</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1775. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1596</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1775. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1597</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1778.

<sup>1598</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiii.

<sup>1599</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 913.

<sup>1600</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 438; *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 374; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1232; *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* (2ª reclamación), párrafo 913.

"sustancial", a producir uno o varios de los efectos o fenómenos de mercado que se enumeran en el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1601</sup> El Órgano de Apelación ha observado que la naturaleza "auténtica" de la relación causal obliga al reclamante a demostrar que el nexo entre la causa y el efecto es "real" o "verdadero".<sup>1602</sup> En cuanto al componente "sustancial" de la relación causal, "tiene que ver con la importancia relativa del agente causal (las subvenciones en litigio) en la producción del efecto o efectos desfavorables de que se trate".<sup>1603</sup>

5.582. La mera presencia de otros factores causales que contribuyen a un determinado efecto en el mercado no impide, de por sí, concluir que la subvención es una causa auténtica y sustancial de dicho efecto. De hecho, "no es preciso que el grupo especial determine que {la subvención es} la *única* causa de ese efecto, y ni siquiera ... la *única* causa sustancial de ese efecto".<sup>1604</sup> Sin embargo, el grupo especial debe "procurar cerciorarse de que no atribuye los efectos de esos otros factores causales a las subvenciones en litigio, y de que los otros factores causales no diluyen la relación causal entre esas subvenciones y los supuestos efectos desfavorables de manera que no sea posible caracterizarla como una relación auténtica y sustancial de causa a efecto".<sup>1605</sup> En última instancia, solo puede formularse una determinación definitiva acerca de si se ha establecido la relación causal requerida si, "tras haber tomado debidamente en consideración todos los otros factores pertinentes y sus efectos, el grupo especial tiene la certeza de que se ha demostrado que la contribución de la subvención corresponde a la de una causa auténtica y sustancial".<sup>1606</sup>

5.583. Siempre que el grupo especial respete el criterio de causalidad descrito *supra*, "tiene cierto grado de discrecionalidad al seleccionar un método apropiado para determinar si el 'efecto' de una subvención" es uno de los efectos establecidos en el párrafo 3 del artículo 6.<sup>1607</sup> Uno de esos métodos es el uso de situaciones hipotéticas que, en términos generales, "conlleva una comparación de la situación real del mercado que la autoridad tiene ante sí con la situación que existiría en el mercado sin las subvenciones impugnadas".<sup>1608</sup> El Órgano de Apelación ha señalado que un enfoque "de no ser por" puede ser una manera admisible de llevar a cabo un análisis hipotético<sup>1609</sup> si "la subvención es una causa necesaria de los fenómenos de mercado y una causa sustancial".<sup>1610</sup>

<sup>1601</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 913.

<sup>1602</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 1865 al párrafo 913. El Órgano de Apelación indicó que entre las definiciones del término "*genuine*" (auténtico) que figuran en los diccionarios se incluyen las siguientes: "*{h}aving the character claimed for it: real, true, not counterfeit*" (que tiene el carácter alegado: real, verdadero, no falsificado) y "*{n}atural or proper to a person or thing*" (natural o propio de una persona o cosa). (*Ibid.* (donde se cita *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 1094)).

<sup>1603</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 1866 al párrafo 913. El Órgano de Apelación indicó que entre las definiciones del término "*substantial*" (sustancial) que figuran en los diccionarios se incluyen las siguientes: "*{h}aving solid worth or value, of real significance; solid; weighty; important, worthwhile*" (que tiene un valor sólido, de importancia real; sólido; de peso; importante, digno de consideración) y "*{o}f ample or considerable amount or size; sizeable, fairly large*" (de cuantía o tamaño grande o considerable; de tamaño respetable, bastante grande). (*Ibid.* (donde se cita *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3088)).

<sup>1604</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 914. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1605</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 914. (no se reproducen las notas de pie de página) Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 437; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1232.

<sup>1606</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 914.

<sup>1607</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 436; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1376.

<sup>1608</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1110.

<sup>1609</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 375.

<sup>1610</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1233. (las cursivas figuran en el original) Concretamente, en situaciones en que se demuestra que la subvención en litigio es una causa necesaria, pero es muy *remota* y otros factores o causas intermedias



5.584. Otra cuestión metodológica se refiere a la evaluación conjunta de los efectos de múltiples subvenciones. Como explicó el Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, una manera de realizar esa evaluación conjunta es mediante la combinación, en razón de la cual un grupo especial "agrupa" las medidas de subvención que son suficientemente similares por su diseño, estructura y funcionamiento a fin de comprobar sus efectos combinados en un análisis integrado de la relación causal y determinar si existe una relación causal auténtica y sustancial entre esas múltiples subvenciones, tomadas conjuntamente, y los fenómenos de mercado pertinentes identificados en el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1611</sup> El Órgano de Apelación advirtió de que, en cada caso, "los grupos especiales están sujetos a la limitación de que deben utilizar un enfoque que les permita tener debidamente en cuenta todas las subvenciones que proporcionan *una ventaja competitiva pertinente e identificable* al receptor y a sus productos en el mercado y que guardan relación con fenómenos consistentes en los efectos desfavorables que se alegan".<sup>1612</sup>

5.585. Por último, recordamos que el Grupo Especial inicial en la presente diferencia llevó a cabo un análisis de dos etapas examinando primero la existencia de determinados fenómenos de mercado (desplazamiento y pérdida de ventas) antes de analizar si las subvenciones en litigio causaron un perjuicio grave en la forma de tales fenómenos de mercado.<sup>1613</sup> Aunque el Órgano de Apelación procedió sobre la misma base en su análisis, señaló no obstante que era "difícil comprender los fenómenos de mercado descritos en los distintos apartados del párrafo 3 del artículo 6 al margen de las subvenciones impugnadas".<sup>1614</sup> Así pues, el Órgano de Apelación consideró que los grupos especiales pueden llevar a cabo un análisis del perjuicio grave con arreglo a un enfoque unitario o de dos etapas<sup>1615</sup>, si bien "el enfoque más adecuado será en general un enfoque unitario que utilice una hipótesis".<sup>1616</sup>

#### 5.6.3.4 Las constataciones formuladas en el procedimiento inicial y su pertinencia para el presente procedimiento sobre el cumplimiento

5.586. Como se ha analizado *supra*, la cuestión de si las subvenciones *expiradas* causan efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación no está comprendida en el alcance del presente procedimiento sobre el cumplimiento, a la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. No obstante, las constataciones del procedimiento inicial relativas a las subvenciones expiradas, en particular las concernientes a la vía causal que vincula esas subvenciones y los fenómenos de mercado pertinentes, siguen siendo pertinentes para el presente procedimiento en la medida en que informan nuestro entendimiento de los efectos de las

---

contribuyen a que suceda el fenómeno de mercado en cuestión, un enfoque "de no ser por" puede no bastar para establecer la relación causal requerida. (*Ibid.*).

<sup>1611</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1285. Otro enfoque para la evaluación conjunta es la "acumulación", en razón de la cual un grupo especial puede comenzar por analizar los efectos de una *única* subvención, o un grupo *combinado* de subvenciones, a fin de determinar si constituye una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables. Tras haber llegado a esa conclusión, el grupo especial puede entonces evaluar si *otras* subvenciones - individualmente o en grupos combinados - tienen una conexión causal *auténtica* con los mismos efectos y complementan y suplementan los efectos de la *primera* subvención (o grupo de subvenciones) que se constató que, por sí sola, era una causa *auténtica y sustancial* de los supuestos fenómenos de mercado. (Véase *ibid.*, párrafo 1287).

<sup>1612</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1290. (sin cursivas en el original)

<sup>1613</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1106.

<sup>1614</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1109.

<sup>1615</sup> Conforme al enfoque unitario, el análisis de los fenómenos concretos de mercado identificados en los apartados del párrafo 3 del artículo 6 no se realiza separadamente del análisis de la existencia de una relación causal entre esos fenómenos de mercado y las subvenciones impugnadas. En cambio, con arreglo a un enfoque de dos etapas, el análisis trata en primer lugar de identificar los fenómenos de mercado y, a continuación, en una segunda etapa, examina si existe una relación causal. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1107. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, nota 1855 al párrafo 910; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 431; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 354).

<sup>1616</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1109.

subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (después del 1º de diciembre de 2011). Como señaló el Grupo Especial, las constataciones del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación "no solo establecen lo que fueron los efectos de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en el período 2001-2006, sino que también describen el diseño, la estructura y el funcionamiento de esas subvenciones, y por ello la manera en que la AEP/FEM repercutió en las operaciones de Airbus hasta el final de 2006".<sup>1617</sup> Así pues, esas constataciones informan nuestro entendimiento de la vía causal mediante la cual las subvenciones existentes pueden causar efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. Teniendo presente lo anterior, pasamos a recordar las constataciones pertinentes del procedimiento inicial, en particular las concernientes a la vía causal que vincula las subvenciones de AEP/FEM y los supuestos fenómenos de mercado en el período de referencia inicial (2001-2006).

5.587. En el procedimiento inicial, los Estados Unidos expusieron una teoría de la relación causal "basada en el producto", y adujeron que "las subvenciones repercutieron en 'la posibilidad de Airbus de poner en marcha e introducir en el mercado modelos de LCA en el momento y en la forma en que lo hizo, posibilidad que ... no habría tenido sin el apoyo de esas subvenciones'".<sup>1618</sup> Conforme a esta teoría de la relación causal "basada en el producto", "la distorsión del mercado y los efectos desfavorables resultan directamente de la introducción en el mercado por Airbus de cada aeronave en determinado momento, que a juicio de los Estados Unidos no habría sido posible de no ser por las subvenciones".<sup>1619</sup> Al analizar la relación causal, el Grupo Especial inicial comenzó examinando un informe preparado por el Dr. Gary Dorman<sup>1620</sup> (informe Dorman), en el cual se simulaban los flujos de caja que generarían seis programas de LCA hipotéticos, en comparación con una hipótesis básica en la que el valor actual neto del programa se calculó sin las subvenciones de AEP/FEM.<sup>1621</sup> El Grupo Especial inicial constató que el informe Dorman Report apoyaba la tesis sobre "la existencia de productos de Airbus cuyo desarrollo no se habría emprendido sin la AEP/FEM"<sup>1622</sup> y demostraba que "el suministro de AEP/FEM altera probablemente el comportamiento de quien la recibe respecto de la decisión de poner en marcha un proyecto de LCA, acentuando la probabilidad de una decisión afirmativa de llevar adelante la puesta en marcha del proyecto".<sup>1623</sup>

5.588. El Grupo Especial inicial pasó a examinar los estudios de viabilidad de diversos programas de LCA de Airbus y las declaraciones públicas en que se basaron los Estados Unidos. Con respecto a las aeronaves A300, A310, A320, A330 y A340, el Grupo Especial inicial constató que la AEP/FEM era necesaria para que Airbus pudiera lanzar esas LCA en la forma prevista inicialmente y en el

<sup>1617</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1461.

<sup>1618</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1243 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1877). En el procedimiento inicial, los Estados Unidos plantearon dos teorías de la relación causal, a las que el Grupo Especial inicial hizo referencia como la teoría de la relación causal "basada en el producto" y la "basada en el precio". La teoría de la relación causal "basada en los precios" formulada por los Estados Unidos se centraba principalmente en el argumento de que las subvenciones impugnadas, y en particular la AEP/FEM, proporcionaron a Airbus los medios financieros que le permitieron actuar con flexibilidad en la fijación de los precios de las LCA en su competencia con Boeing, haciéndole posible lograr ventas, captar cuotas de mercado y provocar efectos significativos de contención de la subida de los precios y reducción de los precios de las LCA entre los años 2001 y 2006. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1997). El Grupo Especial inicial rechazó la teoría de la relación causal "basada en los precios" expuesta por los Estados Unidos. Los Estados Unidos no apelaron respecto de este aspecto del análisis realizado por el Grupo Especial inicial. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1243 y nota 2670 a dicho párrafo).

<sup>1619</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1243 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1879 (no se reproduce la nota de pie de página)). (sin cursivas en el original)

<sup>1620</sup> Gary J. Dorman, NERA, *The Effect of Launch Aid on the Economics of Commercial Airline Programs*, 6 de noviembre de 2006 (Prueba documental US-70 presentada al Grupo Especial inicial (ICC)).

<sup>1621</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1244-1245. Las Comunidades Europeas presentaron una crítica del informe Dorman preparada por su propio experto económico, el Dr. Paul Wachtel. (*Ibid.*, párrafo 1246 (donde se hace referencia a Paul Watchel, *Critique of "The Effect of Launch Aid on the Economics of Commercial Airline Programs" by Dr. Gary J. Dorman*, 31 de enero de 2007 (Prueba documental EC-12 presentada al Grupo Especial inicial) y la aclaración, 20 de mayo de 2007 (Prueba documental EC-659 presentada al Grupo Especial inicial))).

<sup>1622</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1887.

<sup>1623</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1912.



momento en que lo hizo.<sup>1624</sup> El Grupo Especial inicial observó, en particular, la complejidad y los riesgos que suponía la puesta en marcha de un programa de LCA<sup>1625</sup>, así como el elevado porcentaje de los costos de desarrollo de esos modelos que financiaron las subvenciones de AEP/FEM.<sup>1626</sup> Además, el Grupo Especial inicial destacó que "las economías de gama y escala, estáticas y dinámicas (la 'curva de aprendizaje'), logradas respecto de un modelo de LCA constituyen un elemento importante para el desarrollo y la producción de otros modelos".<sup>1627</sup> En consecuencia, el Grupo Especial inicial constató que, por ejemplo, "el lanzamiento del A320 en 1984 conforme al plan inicial resultó posible en muy gran medida por el éxito del lanzamiento del A300 y A310 de Airbus en el decenio anterior con ayuda de la AEP/FEM".<sup>1628</sup>

5.589. Con respecto a las aeronaves A330-200 y A340-500/600, el Grupo Especial inicial indicó que ambas eran "modelos derivados" cuyo desarrollo dependía de la producción de los modelos originales A330 y A340, respectivamente.<sup>1629</sup> El Grupo Especial inicial consideró que, "aunque la concesión de AEP/FEM específicamente para el A330-200 pueda no haber sido indispensable para su lanzamiento, globalmente ... la AEP/FEM fue necesaria para el lanzamiento de ese modelo porque si no se hubiera concedido para el desarrollo del modelo original (y de todos los que precedieron ese modelo), no podría haberse emprendido el proyecto del A330-200 en la forma en que ello ocurrió sin costos considerablemente mayores".<sup>1630</sup> El Grupo Especial inicial consideró asimismo que "la AEP/FEM también fue esencial para el desarrollo del A340-500/600" porque era "apropiado considerar, no sólo la AEP/FEM vinculada *directamente* con el respectivo modelo de aeronave, sino también la función cumplida por la AEP/FEM en el lanzamiento de la aeronave en que se basa, así como en otras LCA de Airbus desarrolladas antes que ella".<sup>1631</sup>

5.590. Por último, con respecto al A380, como se describe con mayor detalle en la sección 5.6.3.5 *infra*, el Grupo Especial inicial examinó diversos argumentos y pruebas presentados por ambas partes, con inclusión del estudio de viabilidad del A380 de Airbus, y constató que "el estudio de viabilidad del A380 indica{ba}, pero de ningún modo dem{ostraba}, que el proyecto, considerado en forma independiente, habría sido económicamente viable incluso sin AEP/FEM".<sup>1632</sup> Sin embargo, señalando la "capacidad técnica" resultante del desarrollo de sus anteriores modelos de aeronave, y el hecho de que "Airbus no habría estado en condiciones de obtener financiación de mercado para el proyecto del A380 si no hubiera financiado el desarrollo de sus anteriores modelos de LCA en parte considerable mediante AEP/FEM", el Grupo Especial inicial concluyó que, "ya sea *directa* o *indirectamente*, la AEP/FEM fue un requisito necesario para el lanzamiento del A380 por Airbus en el año 2000".<sup>1633</sup> Así pues, con respecto a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM antes mencionadas, el Grupo Especial inicial concluyó que "la posibilidad de Airbus de poner en marcha, desarrollar e introducir en el mercado cada uno de sus modelos de LCA dependía de la AEP/FEM subvencionada".<sup>1634</sup>

5.591. El Grupo Especial inicial procedió a examinar cuatro situaciones hipotéticas "{respecto de la industria de las LCA} en un mundo hipotético en que no {hubieran} existi{do} las subvenciones a Airbus".<sup>1635</sup> Las situaciones hipotéticas 1 y 2, que el Grupo Especial inicial consideró "plausibles", preveían que una Airbus no subvencionada no habría tenido presencia en el mercado en el

<sup>1624</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1255 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1934, 7.1936 y 7.1938-7.1939).

<sup>1625</sup> El Grupo Especial inicial observó que las partes habían descrito el desarrollo de las LCA como un objetivo que requiere enormes inversiones iniciales y obliga a comprometer inmensos recursos en medio de un entorno comercial determinado por factores cuya misma previsibilidad es por definición imposible. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1933).

<sup>1626</sup> Según constató el Grupo Especial inicial, las subvenciones de AEP/FEM representaron entre el 90% y el 100% de los costos de desarrollo de las aeronaves A300 y A310, hasta un 90% en el caso del A320, y entre el 60% y el 90% para el A330 y A340. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1934-7.1939).

<sup>1627</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1936. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1628</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1938.

<sup>1629</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1940-7.1941.

<sup>1630</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1940.

<sup>1631</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1941. (sin cursivas en el original)

<sup>1632</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1948.

<sup>1633</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1948. (sin cursivas en el original)

<sup>1634</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1949.

<sup>1635</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1984.

período 2001-2006.<sup>1636</sup> Las situaciones hipotéticas 3 y 4, consideradas "improbables", preveían que una Airbus no subvencionada habría competido en el período 2001-2006 con Boeing o con Boeing y con otro productor estadounidense. Según el Grupo Especial inicial, con arreglo a cada una de las situaciones hipotéticas "improbables", Airbus habría sido una empresa "mucho más débil", "que habría dispuesto a lo sumo de una oferta más limitada de modelos de LCA".<sup>1637</sup> En conclusión, el Grupo Especial inicial constató que, sin las subvenciones de AEP/FEM, Airbus "no habría podido poner en marcha y desarrollar los modelos de LCA que en los hechos logró introducir en el mercado", y que "la presencia en el mercado que tuvo Airbus en el período de 2001-2006, manifestada en su cuota de mercado en las Comunidades Europeas y ciertos terceros países y en las ventas que obtuvo a expensas de Boeing, {fue} claramente un efecto de las subvenciones" en litigio en el procedimiento inicial.<sup>1638</sup>

5.592. El análisis del Grupo Especial inicial mencionado *supra*, relativo a la vía causal pertinente de las subvenciones de AEP/FEM, permaneció inalterado en apelación. En la apelación, el Órgano de Apelación examinó, en particular, la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial inicial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su constatación sobre la relación causal con respecto a la AEP/FEM para el A380.<sup>1639</sup> El Órgano de Apelación desestimó la alegación, y constató que el Grupo Especial inicial había actuado dentro de los límites de sus facultades discrecionales como evaluador inicial de los hechos.<sup>1640</sup> Además, el Órgano de Apelación constató que, incluso en la situación hipotética propuesta por la Unión Europea, en la que Airbus habría podido lanzar una LCA del tipo del A320 en 1987 y una LCA del tipo del A330 en 1991, "la conclusión del Grupo Especial {inicial} de que Airbus no habría podido lanzar el A380 en 2000 ... de no ser por la AEP/FEM suministrada en relación con modelos anteriores de LCA se mantendría".<sup>1641</sup> El Órgano de Apelación reafirmó también que estaba de acuerdo con la opinión del Grupo Especial inicial de que "la capacidad técnica de Airbus resultaba en gran parte de su experiencia en el desarrollo de modelos anteriores de LCA".<sup>1642</sup> Por lo tanto, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial inicial de que "ya sea directa o indirectamente, la AEP/FEM fue un requisito necesario para el lanzamiento del A380 en el año 2000".<sup>1643</sup>

5.593. A la luz de las constataciones del procedimiento inicial expuestas *supra*, el Grupo Especial observó que, debido al diseño, la estructura y el funcionamiento similares de las subvenciones de AEP/FEM en el procedimiento inicial<sup>1644</sup>, el Grupo Especial inicial llevó a cabo un análisis combinado de los efectos de esas subvenciones sobre la base de dos tipos de "efectos producto" a ellas atribuibles: "efectos directos" y "efectos indirectos".<sup>1645</sup> Remitiéndose a las constataciones del Grupo Especial inicial, el Grupo Especial definió los "efectos directos" como "los efectos de un determinado préstamo de AEP/FEM en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado *el modelo concreto* de LCA de Airbus específicamente financiado por ese préstamo

<sup>1636</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1984. El Grupo Especial inicial observó que, con arreglo a esas situaciones hipotéticas "plausibles", la industria de las LCA se habría caracterizado por la existencia de un monopolio de Boeing o bien por la existencia de un duopolio con participación de Boeing y otro productor estadounidense de LCA (posiblemente, McDonnell Douglas). (*Ibid.*).

<sup>1637</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1993.

<sup>1638</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1993. Véase también el párrafo 7.2025.

<sup>1639</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1312-1356. Específicamente, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial inicial incurrió en error: i) en su evaluación del estudio de viabilidad del A380; ii) en su evaluación de la capacidad de Airbus para financiar el A380 sin la AEP/FEM; y iii) en su análisis de la capacidad tecnológica de Airbus sin la AEP/FEM. (*Ibid.*, párrafo 1312).

<sup>1640</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1356. Las constataciones sobre el A380 formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial se examinan con mayor detalle en la sección 5.6.3.5.1 *infra*.

<sup>1641</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1352.

<sup>1642</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1355.

<sup>1643</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1356 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1948).

<sup>1644</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1448.

<sup>1645</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1446 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1935-7.1948; y al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1269, 1281, 1352, 1355 y 1356) y párrafo 6.1492.

de AEP/FEM".<sup>1646</sup> El Grupo Especial definió los "efectos indirectos" como "los efectos financieros, de 'aprendizaje' y de gama que un determinado préstamo de AEP/FEM proporcionado concretamente para un modelo de LCA puede tener en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado *otro modelo* de LCA".<sup>1647</sup>

5.594. En cuanto a los distintos tipos de "efectos indirectos", el Grupo Especial explicó que, de acuerdo con las constataciones del Grupo Especial inicial: i) los efectos de aprendizaje "resultan del grado en que {la AEP/FEM} permite a Airbus lanzar e introducir en el mercado un modelo de LCA en particular, y en consecuencia desarrollar los conocimientos, técnicas y experiencias que sustentan el lanzamiento y el desarrollo de otros modelos de LCA de Airbus"<sup>1648</sup>; ii) las economías de gama se generan "cuando, por ejemplo, distintos modelos de LCA comparten componentes y diseños básicos de las aeronaves, lo que hace posible compartir insumos (y en consecuencia distribuir los costos) entre los procesos de producción de distintas aeronaves"<sup>1649</sup>; y iii) los efectos financieros "no son solo consecuencia de la repercusión de los efectos de 'aprendizaje' y de gama en el costo de financiación de nuevos modelos de LCA, sino también de los ingresos generados por ventas y entregas de LCA que no se habrían producido sin la AEP/FEM, así como de los tipos de interés inferiores a los del mercado aplicados al reembolso de la AEP/FEM".<sup>1650</sup>

5.595. Nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial inicial apoya la idea de que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM tienen al menos dos dimensiones: una concierne a la capacidad de Airbus para lanzar el modelo de LCA que financia directamente una subvención de AEP/FEM, y la otra se refiere a la capacidad de Airbus para lanzar otros modelos de LCA. Como señaló correctamente el Grupo Especial, las constataciones en materia de relación causal del Grupo Especial inicial "estaban indisolublemente vinculadas a los efectos financieros, de 'aprendizaje' y de gama de las subvenciones de AEP/FEM *para distintos modelos de LCA de Airbus*".<sup>1651</sup> Al mismo tiempo, advertimos de que esta designación sirve únicamente como herramienta analítica y no cambia el fondo de las constataciones del procedimiento inicial. En particular, no consideramos que cree una dicotomía rígida entre los dos tipos de "efectos producto" de la AEP/FEM cuya existencia se constató en el procedimiento inicial. Como se ha indicado, el Grupo Especial inicial constató que, "ya sea directa o indirectamente, la AEP/FEM fue un requisito necesario" para el lanzamiento de determinados modelos de LCA de Airbus, como el A380.<sup>1652</sup> A los fines de su conclusión relativa a los "efectos producto", no era necesario que el Grupo Especial inicial formulara una constatación separada respecto de cada una de esas dos dimensiones.

#### **5.6.3.5 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación**

5.596. Teniendo presentes las consideraciones expuestas *supra* con respecto a la pertinencia de las constataciones formuladas en el procedimiento inicial para el presente procedimiento sobre el cumplimiento, pasamos a examinar las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (después del 1º de diciembre de 2011), y la apelación por la Unión Europea de dichas constataciones. Señalamos que, si bien la Unión Europea afirma que las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380 "deja{ron} de existir" antes del plazo para la aplicación y, por consiguiente, no estaban comprendidas en el alcance de su obligación de cumplimiento<sup>1653</sup>, no discute que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 siguieran existiendo durante el período posterior a la aplicación. De hecho, como constató el Grupo

<sup>1646</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1492. (sin cursivas en el original)

<sup>1647</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1492. (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1648</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1510.

<sup>1649</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1510. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1650</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1511. El Grupo Especial observó que el Grupo Especial inicial no se había referido específicamente a los "efectos directos" y los "efectos indirectos" en sus constataciones. No obstante, el Grupo Especial estimó que "la designación de efectos 'directos' e 'indirectos' es útil para entender la evaluación de los efectos de las subvenciones de AEP/FEM realizada por el Grupo Especial {inicial}". (*Ibid.*, nota 2470 al párrafo 6.1446).

<sup>1651</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1509. (sin cursivas en el original)

<sup>1652</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1948.

<sup>1653</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.794. Véanse también los párrafos 6.869 y 6.1069.

Especial, una de las 36 "medidas" identificadas en la comunicación de la Unión Europea sobre el cumplimiento es la "terminación" de todas las subvenciones que en el procedimiento inicial se había constatado causaban efectos desfavorables, "con excepción de las {subvenciones} de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380".<sup>1654</sup>

5.597. El Grupo Especial además constató que, después del período de referencia inicial (2001-2006), la Unión Europea otorgó nuevas subvenciones de AEP/FEM a Airbus para desarrollar su familia de LCA A350XWB y que estas subvenciones estaban "estrechamente relacionadas" con las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas del procedimiento inicial y las supuestas "acciones" destinadas a cumplir de la Unión Europea.<sup>1655</sup> El Grupo Especial constató, en particular, que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB tienen una naturaleza similar a las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB y que "los efectos de la AEP/FEM para el A350XWB *podrían* socavar el cumplimiento por la Unión Europea".<sup>1656</sup> Además, al evaluar si la AEP/FEM para el A350XWB constituye una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial constató que, "e}n total, ... los contratos de AEP/FEM para el A350XWB se asemejan a los contratos en litigio en el procedimiento inicial, sobre la base del tipo de condiciones, incluidas las semejanzas de los mecanismos de desembolso, los reembolsos basados en los gravámenes del principal según un calendario de entregas previsto y la imposición de reembolsos en función de las ventas, el hecho de que no se proporcionen garantías de la cuantía de la deuda y la existencia de garantías condicionales limitadas únicamente al cumplimiento de las obligaciones".<sup>1657</sup> Así pues, pese a haber "algunas diferencias pertinentes", el Grupo Especial constató que "los contratos de AEP/FEM para el A350XWB comparten las mismas características centrales que las medidas de AEP/FEM examinadas en el procedimiento inicial".<sup>1658</sup> Señalamos que ningún participante ha cuestionado estas constataciones fácticas del Grupo Especial.

5.598. El Grupo Especial consideró que el mismo enfoque utilizado para evaluar los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM -esto es, a través del prisma de sus "efectos directos" y "efectos indirectos"- podía ser igualmente aplicable a su análisis global de los efectos de las subvenciones de AEP/FEM en el presente procedimiento sobre el cumplimiento.<sup>1659</sup> Como se ha señalado *supra* en el párrafo 5.413, el análisis global del Grupo Especial abarcó todas las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, es decir, incluidas las subvenciones expiradas. Con arreglo a nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que consideró que los efectos de las subvenciones de AEP/FEM expiradas formaban parte de su evaluación global. En lugar de ello, el examen que exponemos en la presente sección se centra en las constataciones del Grupo Especial relativas a un subconjunto de esas subvenciones, a saber, las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación. Recordamos a este respecto que un grupo especial puede agrupar las medidas de subvención que sean suficientemente similares por su diseño, estructura y funcionamiento a fin de comprobar sus efectos combinados en un "análisis integrado de la relación causal" y determinar "si existe una relación causal auténtica y sustancial entre esas múltiples subvenciones, tomadas conjuntamente, y los fenómenos de mercado pertinentes identificados en el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC".<sup>1660</sup> A nuestro entender, la Unión Europea no niega que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB sean similares por su diseño, estructura y funcionamiento.<sup>1661</sup> Por este motivo, consideramos adecuado evaluar los efectos combinados de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB -es decir, las subvenciones de AEP/FEM que la Unión Europea siguió "otorg{ando} o manten{iendo}" en el período posterior a la aplicación- en un análisis integrado de la relación causal.<sup>1662</sup>

<sup>1654</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.14.

<sup>1655</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.150.

<sup>1656</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.149. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1657</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.286.

<sup>1658</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.286.

<sup>1659</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1451.

<sup>1660</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1285.

<sup>1661</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.152. Véase también el párrafo 6.1651.

<sup>1662</sup> Como hemos señalado en los párrafos 5.389-5.390 y en la nota 978 *supra*, la Unión Europea presentó dos enfoques para calcular la vida "ex ante" de las subvenciones de AEP/FEM: el enfoque de la "vida del préstamo" y el enfoque de la "vida de comercialización". El Grupo Especial expresó dudas sobre si el

5.599. Como se analiza más detalladamente *infra*, la Unión Europea alega errores específicos relativos a las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos "directos" e "indirectos" de determinadas subvenciones de AEP/FEM. Con respecto al A380, la Unión Europea impugna la evaluación que el Grupo Especial hizo de los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus para introducir en el mercado el A380. Análogamente, la Unión Europea impugna la evaluación que el Grupo Especial hizo de los efectos de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB ("efectos directos") y las subvenciones de AEP/FEM para el A380 ("efectos indirectos") en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. Aunque abordamos estos aspectos específicos de la apelación de la Unión Europea *infra*, señalamos que, con arreglo al enfoque global de la evaluación de todas las AEP/FEM que siguió el Grupo Especial, no estaba obligado a constatar que cada subvención es, *individualmente*, una causa auténtica y sustancial del fenómeno pertinente ni a evaluar la contribución relativa de cada subvención del grupo, considerada aisladamente, a los efectos resultantes.<sup>1663</sup> Con estos antecedentes, pasamos a abordar las alegaciones de error específicas de la Unión Europea con miras a comprobar si el análisis del Grupo Especial relativo a los "efectos producto" de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación respalda una constatación de una relación causal auténtica y sustancial entre esas subvenciones, consideradas en conjunto, y el fenómeno de mercado identificado en el período posterior a la aplicación.

#### 5.6.3.5.1 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 en el A380

5.600. La Unión Europea alega que "en la medida" en que el Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 dieron lugar a "efectos directos", el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque una constatación así carece de una "base probatoria suficiente".<sup>1664</sup> Según la Unión Europea, habida cuenta de la observación del Grupo Especial de que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 "no {fueron} crucial{es} para {la} existencia misma" del A380<sup>1665</sup>, no hay fundamento para su constatación de que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 fueron una causa "necesaria" de la presencia en el mercado de las aeronaves, y mucho menos una causa "auténtica y sustancial".<sup>1666</sup> La Unión Europea también subraya que el "Grupo Especial *no* constató que, sin la AEP/FEM para el A380, Airbus habría demorado el lanzamiento del A380 o que la tecnología del A380 habría sido diferente".<sup>1667</sup> Al alegar que "las constataciones del Grupo Especial se limitan a su afirmación de que la AEP/FEM para el A380 'no {fue} crucial para {la} existencia misma' del A380"<sup>1668</sup>, la Unión Europea afirma que "simplemente no hay una constatación que respalde la conclusión de que la AEP/FEM para el A380 diera lugar a 'efectos directos' en la 'capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado' el A380".<sup>1669</sup> Los Estados Unidos responden que ni el Grupo Especial inicial ni el Grupo Especial formularon una constatación de que las subvenciones de AEP/FEM para

enfoque de la vida del préstamo sería el método más adecuado para determinar la "vida" *ex ante* y señaló que "sería al menos igualmente adecuado" utilizar el enfoque de la vida de comercialización. (*Ibid.*, párrafo 6.878) El Grupo Especial, sin embargo, no consideró necesario expresar una opinión definitiva sobre cuál de los dos enfoques debía aceptarse. (*Ibid.*, párrafo 6.879). Finalmente, el Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 y el A340-500/600 habían expirado, respectivamente, en [ICC] -es decir, una vez finalizado el plazo para la aplicación- sobre la base del enfoque de la vida del préstamo para evaluar la "vida" *ex ante* de las subvenciones. (Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879). Señalamos que, con arreglo al enfoque de la vida de comercialización, la subvención de AEP/FEM para el A330-200 habría expirado en [ICC] -es decir, antes de concluir el plazo para la aplicación- y la subvención de AEP/FEM para el A340-500/600 habría expirado en [ICC]. (*Ibid.*, cuadro 11: Análisis de la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM). Como se analiza más detenidamente en la nota 2030 y en el párrafo 5.719 *infra*, no encontramos en el procedimiento inicial o en el informe del Grupo Especial constataciones *específicas* ni un análisis justificativo sobre cómo contribuyeron los "efectos producto" de estas dos subvenciones al supuesto perjuicio grave en el período posterior a la aplicación.

<sup>1663</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1285.

<sup>1664</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 884.

<sup>1665</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 880 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507, y donde se hace referencia a la nota 2597 a dicho párrafo).

<sup>1666</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 881.

<sup>1667</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 883. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1668</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 883 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507, y donde se hace referencia a la nota 2597 a dicho párrafo).

<sup>1669</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 883 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1492).

el A380 no fuesen cruciales para la existencia del A380.<sup>1670</sup> En cambio, según los Estados Unidos, las constataciones formuladas en el procedimiento inicial establecen que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 dieron lugar a "efectos directos"<sup>1671</sup> y que estas constataciones no pueden ser impugnadas como parte del presente procedimiento sobre el cumplimiento.

5.601. En nuestra opinión, lo esencial de la apelación de la Unión Europea radica en su afirmación de que ni el Grupo Especial inicial ni el Grupo Especial constataron que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieran *algún* efecto en la capacidad de Airbus para lanzar e introducir en el mercado el A380 en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>1672</sup> Ante el Grupo Especial, la Unión Europea formuló un argumento similar con respecto al procedimiento inicial, alegando que las constataciones sobre la relación causal formuladas por el Grupo Especial inicial relativas al A380 "*no {se basaron} en la repercusión que tuvo la FEM para el A380 en la decisión sobre el lanzamiento, sino solamente en la repercusión de *todas* las FEM anteriores*".<sup>1673</sup> Por consiguiente, entendemos que, al impugnar la supuesta constatación del Grupo Especial sobre los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A380, la Unión Europea está cuestionando la manera en que el Grupo Especial entendió la vía causal por la que la AEP/FEM para el A380, considerada aisladamente, afectó a la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 en la forma y en el momento en que lo hizo.

5.602. En el párrafo 6.1507 de su informe, el Grupo Especial declaró que "cuando la AEP/FEM proporcionada con el fin específico de lanzar e introducir una aeronave en el mercado no es crucial para su existencia misma, normalmente no podría decirse que los *efectos directos* de la financiación de AEP/FEM pertinente perdurarían durante toda la vida de comercialización del programa pertinente".<sup>1674</sup> En una nota a esta declaración, el Grupo Especial recordó lo siguiente:

en el procedimiento inicial el Grupo Especial constató que era probable que el proyecto "del A330-200 se hubiera puesto en marcha aun sin la AEP/FEM otorgada específicamente para ese programa" porque se trataba de un derivado del A330, y en consecuencia su desarrollo requería una financiación comparativamente más pequeña. El Grupo Especial inicial también constató que el estudio de viabilidad del A380 daba a entender, "pero de ningún modo dem{ostraba}", que el proyecto del A330, considerado en forma independiente, podría haber sido económicamente viable incluso sin la AEP/FEM para el A380. No obstante, en última instancia, por lo que respecta a ambos modelos de LCA, el Grupo Especial constató que no podrían haber sido lanzados e introducidos en el mercado sin los *efectos indirectos* de otras subvenciones de AEP/FEM.<sup>1675</sup>

La Unión Europea aduce que las declaraciones del Grupo Especial expuestas en el párrafo 6.1507 y en la nota a dicho párrafo de su informe equivalen a una "constatación" de que la AEP/FEM para el A380 "no {fue} crucial para {la} existencia misma" del A380 y que, por consiguiente, la AEP/FEM para el A380 no tuvo "efectos directos".<sup>1676</sup> Además, la Unión Europea afirma que ni el Grupo Especial inicial ni el Grupo Especial constataron que la AEP/FEM para el A380 tuviera el efecto de anticipar el lanzamiento del A380.<sup>1677</sup>

<sup>1670</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 479.

<sup>1671</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 477 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1528).

<sup>1672</sup> Respuesta de la Unión Europea a las preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>1673</sup> Primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 981. (las cursivas y el subrayado figuran en el original)

<sup>1674</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1675</sup> Informe del Grupo Especial, nota 2597 al párrafo 6.1507 (donde se cita y se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1940 y 7.1948). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1676</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 880 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507, y donde se hace referencia a la nota 2597 a dicho párrafo).

<sup>1677</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 883. Véase también la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 981.

5.603. Nos resulta algo difícil aceptar la lectura que la Unión Europea hace del informe del Grupo Especial. Al abordar la disipación de los "efectos directos" de una subvención de AEP/FEM, el Grupo Especial dejó claro que una subvención de AEP/FEM que no fuese crucial para la existencia misma de una aeronave podía, no obstante, tener "efectos directos", aunque puede que estos no perduren durante toda la vida de comercialización de la aeronave.<sup>1678</sup> El Grupo Especial también recordó la constatación del Grupo Especial inicial de que "el estudio de viabilidad del A380 daba a entender, 'pero de ningún modo dem{ostraba}', que el proyecto del A330, considerado en forma independiente, podría haber sido económicamente viable incluso sin la AEP/FEM para el A380".<sup>1679</sup> Esta constatación del Grupo Especial inicial, sin embargo, no indica que la AEP/FEM para el A380 *no tuviese efectos* en la capacidad de Airbus para lanzar el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo*.

5.604. En este contexto, recordamos que el Grupo Especial inicial, tras haber examinado las pruebas obrantes en el expediente, estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que, aunque Airbus hubiera confiado en que el programa del A380 habría sido viable sin AEP/FEM, no habría podido financiar el proyecto recurriendo exclusivamente a sus propios recursos y a "financiación externa".<sup>1680</sup> El Grupo Especial inicial rechazó el argumento de las Comunidades Europeas de que la creación de EADS aumentó la flexibilidad financiera de Airbus. Según el Grupo Especial inicial, no resultaba claro de qué modo ni en qué medida la reestructuración empresarial de Airbus Industrie GIE, Aérospatiale, CASA y Deutsche Airbus afectó a las posibilidades de Airbus France (o de Airbus SAS) de obtener los enormes volúmenes de capital necesarios para el programa A380.<sup>1681</sup> Por último, el Grupo Especial inicial también señaló que las Comunidades Europeas no habían "presentado ninguna prueba que respald{as}e la aseveración de que, simplemente porque Boeing hubiera logrado financiar, según las informaciones, una parte importante de los costos no recurrentes del desarrollo del 787 mediante acuerdos con proveedores que participan en los riesgos, Airbus hubiera podido necesariamente hacer lo mismo respecto del A380".<sup>1682</sup> El Órgano de Apelación confirmó la conclusión general del Grupo Especial inicial de que "ya sea directa o indirectamente, la AEP/FEM fue un requisito necesario para el lanzamiento del A380 por Airbus en el año 2000"<sup>1683</sup> y señaló que esta conclusión se basó en múltiples consideraciones, como el estudio de viabilidad del A380, pruebas de la capacidad de Airbus para financiar el A380 sin AEP/FEM, y la repercusión tecnológica y financiera de la AEP/FEM que se suministró en relación con modelos anteriores de LCA de Airbus.

5.605. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que estas constataciones formuladas en el procedimiento inicial ponen de manifiesto que, sin la AEP/FEM para el A380, Airbus no habría podido financiar el oportuno lanzamiento del programa A380 recurriendo exclusivamente a sus

<sup>1678</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507.

<sup>1679</sup> Informe del Grupo Especial, nota 2597 al párrafo 6.1507 (donde se cita y se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1940 y 7.1948). De hecho, aunque el Grupo Especial inicial reconoció que el estudio de viabilidad del A380 preveía un VAN positivo sin la AEP/FEM, "no esta{ba} convencido{ } de que ese estudio dem{ostras}e por sí solo que Airbus habría puesto en marcha el proyecto del A380 incluso sin AEP/FEM". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1944).

<sup>1680</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1945-7.1947. El análisis del Grupo Especial inicial relativo a la "financiación externa" disponible para Airbus incluía una evaluación de la medida en que Airbus podía aumentar su utilización de acuerdos con proveedores que comparten los riesgos para financiar el lanzamiento del A380. (*Ibid.*, párrafos 7.1945-7.1947).

<sup>1681</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1947.

<sup>1682</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1947. El Grupo Especial inicial reconoció que Airbus utilizó acuerdos con proveedores que comparten los riesgos, pero no observó ninguna indicación de que hubiera podido acentuar su utilización de tales acuerdos para sustituir todo el volumen de la financiación suministrada por la AEP/FEM, que alcanzaba el 33% de los costos de desarrollo del A380. Además, al Grupo Especial inicial la posibilidad de recurrir a acuerdos con proveedores que comparten los riesgos respecto del A340-500/600 no le pareció convincente a este respecto porque se trataba de aeronaves derivadas, que suponían costos de desarrollo muy inferiores y un nivel de riesgo mucho más bajo para el conjunto de las actividades de Airbus. A juicio del Grupo Especial inicial, la disposición de los proveedores en cuanto a asumir alguna parte del riesgo de ese programa mucho más reducido no demostraba que hubiera proveedores dispuestos a hacerlo respecto de un 33% de los costos, mucho más elevados, del A380. Por último, el Grupo Especial inicial señaló que el estudio de viabilidad comercial del Airbus A380 contenía información que sugería que la participación de los proveedores que comparten riesgos en el programa del A380 puede no haber tenido lugar en condiciones estrictas de mercado por lo que respecta a todos los participantes. (*Ibid.*).

<sup>1683</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1948; Informe del Órgano de Apelación, CE y determinados Estados miembros - *Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1356.

propios recursos financieros y a financiación externa.<sup>1684</sup> A su vez, esto indica que la AEP/FEM para el A380 tuvo "efectos directos" en la capacidad de Airbus para lanzar el A380. Recordamos que, en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, corresponde a los Estados Unidos la carga de establecer que las subvenciones otorgadas o mantenidas por la Unión Europea en el período posterior a la aplicación siguen causando efectos desfavorables. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que "sucesivas inyecciones de AEP/FEM han permitido a Airbus abarcar el espectro completo de la demanda de LCA y sustituir modelos no competitivos por aeronaves modernas".<sup>1685</sup> Como se explica con más detalle *infra*<sup>1686</sup>, las constataciones del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación, junto con las constataciones del Grupo Especial relativas al A350XWB, nos indican que, después del período de referencia inicial, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 permitieron a Airbus basarse en la plataforma facilitada por la experiencia técnica y los recursos financieros que se obtuvieron con la concesión de subvenciones de AEP/FEM a modelos de LCA anteriores.

5.606. Señalamos que, con arreglo a las constataciones del Grupo Especial relativas a la distribución del beneficio y la expiración de las subvenciones de AEP/FEM, el beneficio otorgado por las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 no había expirado al final del plazo para la aplicación, es decir, el 1º de diciembre de 2011.<sup>1687</sup> De hecho, el Grupo Especial señaló que una de las 36 "medidas" identificadas en la comunicación de la Unión Europea sobre el cumplimiento es la "terminación" de todas las subvenciones que en el procedimiento inicial se había constatado causaban efectos desfavorables, "con excepción de las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM".<sup>1688</sup> Así pues, la Unión Europea reconoce que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 no habían "expirado" al final de plazo para la aplicación.

5.607. Asimismo, recordamos que las constataciones formuladas en el procedimiento inicial establecen que el lanzamiento del A380 fue en el año 2000 y que la cuantía de las contribuciones financieras en virtud de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM ascendió, en millones, a **[ICC]**, respectivamente.<sup>1689</sup> Tanto el Grupo Especial inicial como el Órgano de Apelación constataron que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 otorgaron un beneficio a Airbus en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.<sup>1690</sup> Las constataciones formuladas en el procedimiento inicial también establecen que, a diferencia de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380, que se habían desembolsado décadas atrás, los desembolsos de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 continuaron mucho después del período de referencia inicial. El Grupo Especial inicial señaló que los desembolsos en virtud del contrato francés de AEP/FEM para el A380 se transferirían a Airbus **[ICC]**<sup>1691</sup> y que en los

<sup>1684</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 479 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1256).

<sup>1685</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 354.

<sup>1686</sup> Véanse los párrafos 5.643-5.647 *infra*.

<sup>1687</sup> Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.872, cuadro 11: Análisis de la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM. Asimismo, señalamos la declaración del Grupo Especial de que "{s}egún la Unión Europea, las conclusiones a las que llegó PwC demuestran que el beneficio conferido por medio de todas las subvenciones impugnadas, *con excepción de* las medidas de España y de Francia de AEP/FEM para el A340-500/600, las medidas de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380, y un cierto número de donaciones para desarrollo regional del Gobierno español, estaba plenamente amortizado *antes del final del plazo para la aplicación*". (*Ibid.*, párrafo 6.16 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 205-223) (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1688</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.14. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>1689</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.380, cuadro 1: Cuantía aproximada de la financiación proporcionada en virtud de las medidas de AEP/FEM impugnadas.

<sup>1690</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.490. El Grupo Especial inicial constató que las diferencias entre los tipos de interés de las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 y la referencia de mercado pertinente variaban entre una cifra que es ICSS y el **[ICC]**, respectivamente. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.488, cuadro 7: Tasas de rentabilidad de la AEP/FEM comparadas con las tasas de rentabilidad en el mercado) El Órgano de Apelación, tras haber constatado varios errores en el análisis del Grupo Especial inicial, señaló que esas diferencias debían ser inferiores; no obstante, confirmó la conclusión definitiva del Grupo Especial inicial de que esas subvenciones otorgaron un beneficio. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 923-929).

<sup>1691</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.378 (donde se hace referencia al contrato de AEP/FEM de Francia para el A380 (Prueba documental US-116 presentada al Grupo Especial inicial (ICC)), Anexo 3).



contratos alemán y español de AEP/FEM para el A380 se preveían **[ICC]**.<sup>1692</sup> Como constató el Grupo Especial inicial, en los tres casos, los plazos pendientes representaban una parte de la cuantía total (y máxima) de financiación que se había acordado y previsto transferir a Airbus para el programa A380. En consecuencia, el Grupo Especial inicial consideró que era "evidente" que "Airbus mant{enía} un derecho contractual a recibir {las cuantías de financiación especificadas} en un momento futuro predeterminado *siempre que sig{uier}a desarrollando el A380*".<sup>1693</sup>

5.608. Consideramos también importante la constatación del Grupo Especial de que el programa A380 sufrió "extensas" demoras de producción en 2005 y 2006.<sup>1694</sup> El Grupo Especial constató que estas demoras dieron lugar a un aumento de los costos de desarrollo del A380.<sup>1695</sup> Asimismo, provocaron la cancelación de pedidos del A380 y entrañaron el pago de importantes penalizaciones contractuales a los clientes del A380.<sup>1696</sup> Además, habida cuenta de que los clientes de LCA pagan generalmente una parte sustancial del precio de venta a la entrega<sup>1697</sup>, las demoras suponían que Airbus obtendría determinados ingresos procedentes del A380 más tarde de lo previsto respecto de los A380 que Airbus entregó en última instancia.<sup>1698</sup> El Grupo Especial señaló que en la documentación de EADS se indicaba que los beneficios antes de intereses e impuestos (BAII) de Airbus "se vieron también afectados negativamente en 2.500 millones de euros en 2006"<sup>1699</sup>, en parte debido a las dificultades del A380, y en un informe del Gobierno del Reino Unido de 2007 se indicó que "{e}n parte como resultado de los sobrecostos y los pagos efectuados a sus clientes por la demora en las entregas, Airbus declaró una pérdida de 389 millones de libras esterlinas para 2006".<sup>1700</sup> El Grupo Especial caracterizó estos problemas del A380 de "graves" y señaló que "precipitaron una crisis en la dirección" que dio lugar a la salida de dos directores

<sup>1692</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.378 (donde se hace referencia al contrato alemán de AEP/FEM para el A380 (Prueba documental US-72 presentada al Grupo Especial inicial (ICC) (traducción al inglés)), cláusula 4.2; BT-Drs. 14/10002 (Prueba documental US-124 presentada al Grupo Especial inicial (traducción al inglés)), página 3; al contrato español de AEP/FEM para el A380 (Prueba documental US-73 presentada al Grupo Especial inicial (ICC)), cláusula 3ª). El Grupo Especial inicial constató que todos los fondos comprometidos en virtud del contrato del Reino Unido de AEP/FEM para el A380 "ya se ha{bía}n proporcionado a Airbus". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.377).

<sup>1693</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.378. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>1694</sup> Airbus primero anunció una demora de seis meses en el calendario de entregas del A380 en 2005. En junio de 2006 -el mes anterior a que Airbus presentara el A350XWB en el Salón Aeronáutico de Farnborough-, Airbus anunció una segunda demora en el calendario de entregas del A380 de seis meses más, que, según se informó, se preveía que costara a Airbus cientos de millones de euros. A continuación, tres meses después de la presentación del A350XWB, en octubre de 2006, Airbus anunció una tercera demora en el programa A380 de un año más. (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551) El primer A380 fue entregado el 12 de octubre de 2007. (Base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados a fecha de 7 de abril de 2014 (Prueba documental EU-512 presentada al Grupo Especial)).

<sup>1695</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se hace referencia a Mario Heinen, Vicepresidente Superior de Airbus para el A380, exposición de diapositivas de EADS/Airbus "The A380 Program", presentada en Global Investor Forum, 19-20 de octubre de 2006 (Prueba documental EU-419 presentada al Grupo Especial), diapositiva 18).

<sup>1696</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se hace referencia al comunicado de prensa de EADS, "A350 XWB launch: EADS Gives Go Ahead for Airbus to Launch the A350 XWB", 1º de diciembre de 2006 (Prueba documental USA-569 presentada al Grupo Especial)).

<sup>1697</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1719).

<sup>1698</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se hace referencia al Estudio de viabilidad del A380 (Prueba documental EU-20 presentada al Grupo Especial (ICSS)), página 19, sección 6.4; y al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1719).

<sup>1699</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se cita "Risk Factors", EADS Financial Statements and Corporate Governance, volumen 2, 2006, páginas 8-13 (Prueba documental USA-496 presentada al Grupo Especial), página 12). El Grupo Especial además señaló que, en un comunicado de prensa de Airbus publicado en febrero de 2007, se indica que Airbus declaró un BAII negativo para 2006 y "a raíz de las demoras del A380, afronta necesidades de efectivo considerables y una reducción de los beneficios en el futuro" (*Ibid.*, nota 2680 al párrafo 6.1551 (donde se cita el comunicado de prensa de Airbus, "Power8 prepares way for 'new Airbus'", 20 de febrero de 2007 (Prueba documental USA-94 presentada al Grupo Especial))).

<sup>1700</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se cita el Comité de Comercio e Industria de la Cámara de los Comunes del Reino Unido, "Recent Developments with Airbus", Noveno informe del período de sesiones 2006-2007, volumen I: Informe y acta formal, 19 de junio de 2007 (Prueba documental USA-25 presentada al Grupo Especial), página 8).

ejecutivos en menos de cuatro meses.<sup>1701</sup> En nuestra opinión, estas constataciones del Grupo Especial reflejan la seriedad y gravedad de las consecuencias financieras que para Airbus tuvieron las extensas demoras en la producción del A380 en 2005 y 2006. Durante ese período, Airbus siguió recibiendo desembolsos como parte de los contratos de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para el A380.<sup>1702</sup>

5.609. En resumen, las constataciones del Grupo Especial inicial indican que, aunque el A380 puede haber sido "económicamente viable" sin la AEP/FEM para el A380, de ello no se desprende que la AEP/FEM para el A380 no tuviera "efectos directos". Más bien, las constataciones formuladas en el procedimiento inicial indican que Airbus no podría haber lanzado el A380 en la forma y en el momento en que lo hizo recurriendo exclusivamente a sus recursos financieros y a financiación externa. En este sentido, la AEP/FEM para el A380 tuvo una repercusión auténtica en la capacidad de Airbus para financiar el oportuno lanzamiento del A380. Las constataciones del Grupo Especial inicial, junto con el análisis del Grupo Especial, indican que estos "efectos directos" de la AEP/FEM para el A380 siguieron después del período de referencia inicial, habida cuenta de que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 no habían expirado y del hecho de que Airbus siguió recibiendo considerables sumas de dinero en concepto de desembolsos en virtud de los contratos de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para el A380 en un momento en el que estaba experimentando dificultades financieras graves como consecuencia de las extensas demoras en la producción del programa A380. Por consiguiente, discrepamos de la alegación formulada por la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD de que la interpretación que el Grupo Especial hizo de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo* carece de una base probatoria suficiente.

#### 5.6.3.5.2 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB

5.610. Tras haber constatado que "el A350XWB no podría haber sido lanzado e introducido en el mercado sin AEP/FEM"<sup>1703</sup>, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "los efectos *directos* e *indirectos* de las subvenciones de AEP/FEM combinadas, a excepción de las subvenciones de AEP/FEM otorgadas para las aeronaves A300 y A310, son una causa 'auténtica y sustancial' de la presencia actual en el mercado de la familia de LCA de Airbus A350XWB".<sup>1704</sup> La Unión Europea impugna las constataciones y el análisis por el Grupo Especial de los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, la Unión Europea alega que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, en la medida en que constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB dieron lugar a "efectos directos" en el lanzamiento del A350XWB.<sup>1705</sup> En segundo lugar, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB.<sup>1706</sup>

5.611. Con respecto a la constatación de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB que supuestamente formuló el Grupo Especial, la Unión Europea recuerda la declaración del Grupo Especial de que "sin la AEP/FEM para el A350XWB ..., la empresa Airbus que *realmente existía* en el período comprendido entre 2006 y 2010 habría podido lanzar e introducir en el mercado el A350XWB o una aeronave de ese tipo".<sup>1707</sup> La Unión Europea afirma que esta declaración "por definición exclu{ye} una constatación de que la AEP/FEM para el A350XWB diera lugar a 'efectos

<sup>1701</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se cita a Aude Lagorce, "Airbus refuses to rule out state loans on the A350XWB", *MarketWatch*, 4 de diciembre de 2006 (Prueba documental USA-359 presentada al Grupo Especial)).

<sup>1702</sup> Véase el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.378. Véase también el párrafo 5.607 *supra*.

<sup>1703</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1778.

<sup>1704</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiii. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1705</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 896 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiii).

<sup>1706</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 895 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507 y nota 2597 a dicho párrafo).

<sup>1707</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 888 and 897 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717 (las cursivas figuran en el original)).

directos".<sup>1708</sup> En la medida en que el Grupo Especial, no obstante, formuló una constatación de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB, la Unión Europea aduce que la "única base"<sup>1709</sup> para ello es la conclusión del Grupo Especial de que era "muy probable" que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que realmente existía en 2006-2010 "en cierta medida ... habría tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1710</sup> La Unión Europea alega que, al llegar a esta conclusión, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.<sup>1711</sup> En cuanto a la constatación de "efectos indirectos", que supuestamente formuló el Grupo Especial, la Unión Europea afirma que, tras haber constatado que la AEP/FEM para el A380 "no {fue} crucial" para la existencia misma del A380 y que, por consiguiente, no tuvo "efectos directos" en el A380, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC en la medida en que constató que la AEP/FEM para el A380 dio lugar a "efectos indirectos" en el A350XWB.<sup>1712</sup>

5.612. Como ocurre con su apelación del análisis que el Grupo Especial hizo de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A380, señalamos que la Unión Europea impugna la evaluación que el Grupo Especial hizo de los efectos de determinadas subvenciones de AEP/FEM —a saber, la AEP/FEM para el A350XWB ("efectos directos") y la AEP/FEM para el A380 ("efectos indirectos")— en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. Habida cuenta de que el Grupo Especial realizó una evaluación global de los efectos de todas las AEP/FEM, el Grupo Especial no formuló constataciones separadas de que la AEP/FEM para el A350XWB y la AEP/FEM para el A380 fuesen, individualmente, una causa auténtica y sustancial del lanzamiento del A350XWB. Tampoco estaba el Grupo Especial obligado a formular dichas constataciones.<sup>1713</sup> En cambio, el Grupo Especial examinó primero el mecanismo causal por el que determinadas subvenciones, incluidas las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB y las subvenciones de AEP/FEM para el A380, afectaron a la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo, antes de analizar la relación entre los efectos colectivos de todas las subvenciones de AEP/FEM y el lanzamiento del A350XWB en diciembre de 2006.<sup>1714</sup> Dado que el Grupo Especial no estaba obligado a constatar que cada una de las subvenciones de AEP/FEM fue, individualmente, una causa auténtica y sustancial del lanzamiento del A350XWB, entendemos que la Unión Europea, al impugnar las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos directos" y los "efectos indirectos" de la AEP/FEM para el A350XWB y la AEP/FEM para A380, respectivamente, impugna la *manera* en que el Grupo Especial entendió el mecanismo causal por el que estas subvenciones particulares existentes afectaron a la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.

5.613. A la luz de estas consideraciones, y tras haber recordado los aspectos principales del análisis y las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB<sup>1715</sup>, pasamos a analizar si el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en la medida en que constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB dieron lugar a "efectos directos" en el lanzamiento del A350XWB. Después, examinamos la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del

<sup>1708</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 888.

<sup>1709</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 898.

<sup>1710</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 898 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717).

<sup>1711</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 888 y 896.

<sup>1712</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 895 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507, y donde se hace referencia a la nota 2597 a dicho párrafo).

<sup>1713</sup> Véase el párrafo 5.599 *supra*.

<sup>1714</sup> Como hemos explicado *supra*, con arreglo a nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que consideró que los efectos de las subvenciones de AEP/FEM expiradas formaban parte de su evaluación global.

<sup>1715</sup> Véase la sección 5.6.3.2.2 del presente informe. El lanzamiento del A350XWB se produjo el 1º de diciembre de 2006 y, por lo tanto, no estaba en litigio en el procedimiento inicial. En consecuencia, en el procedimiento inicial, no se formularon constataciones relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB.

apartado c) del artículo 5 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en el A350XWB.<sup>1716</sup>

#### 5.6.3.5.2.1 La evaluación por el Grupo Especial de los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB

5.614. Como se ha señalado *supra*, el análisis efectuado por el Grupo Especial en relación con los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB se basó, en gran medida, en un examen de la capacidad de la empresa Airbus *subvencionada* que *realmente existía* durante el período 2006-2010 para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>1717</sup> La Unión Europea alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, "con mucha probabilidad" la empresa Airbus que realmente existía en el período 2006-2010 "hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1718</sup> La Unión Europea presenta tres líneas de argumentación conexas en apoyo de su alegación al amparo del artículo 11. En primer lugar, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial no invocó ninguna prueba, ni ofreció ningún razonamiento, en respaldo de su conclusión "probabilística".<sup>1719</sup> Según la Unión Europea, por lo tanto, la conclusión del Grupo Especial "carece de una base probatoria suficiente".<sup>1720</sup> En segundo lugar, la Unión Europea señala que diversas constataciones intermedias del Grupo Especial y varios elementos de prueba "indican con claridad que Airbus no habría considerado comercialmente viable hacer una concesión con respecto al calendario o las características del A350XWB", lo que contradice la "especulación" del Grupo Especial de que, sin la AEP/FEM, se habrían hecho concesiones con respecto al calendario o la tecnología del A350XWB.<sup>1721</sup> Por último, la Unión Europea afirma que el Grupo Especial no examinó si Airbus habría considerado viable o comercialmente atractiva una aeronave alternativa con características inferiores a las del A350XWB, ofrecida en el mercado con posterioridad al A350XWB, lo cual "vicia{ría}" la conclusión "probabilística" del Grupo Especial.<sup>1722</sup>

5.615. Los Estados Unidos responden que el Grupo Especial formuló numerosas constataciones e invocó abundantes pruebas en respaldo de la conclusión que impugna la Unión Europea.<sup>1723</sup> Según los Estados Unidos, la insistencia de la Unión Europea en que el Grupo Especial no prestó suficiente atención a las pruebas que muestran que las concesiones con respecto al calendario o las características habrían hecho que el A350XWB no fuera atractivo ni viable, si fuera correcta, solo prueba que Airbus como *realmente existía* no habría lanzado el A350XWB en absoluto sin la AEP/FEM para el A35XWB.<sup>1724</sup>

5.616. Comenzamos por la afirmación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no invocó ninguna prueba, ni ofreció ningún razonamiento, en respaldo de su conclusión de que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, con mucha probabilidad" la empresa Airbus que realmente existía en el período 2006-2010 "hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con

<sup>1716</sup> Señalamos que el Grupo Especial empezó su análisis evaluando los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB, antes de pasar a los "efectos indirectos" de la AEP/FEM anterior al A350XWB. En su comunicación del apelante, la Unión Europea invierte este orden de análisis e impugna primero la constatación del Grupo Especial relativa a los "efectos indirectos" para pasar después a su constatación relativa a los "efectos directos". Esto es así porque, al impugnar la constatación del Grupo Especial relativa a los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380, la Unión Europea se basa en gran medida en sus argumentos sobre los "efectos directos" de dichas subvenciones, que figuran en la última sección de sus alegaciones relativas al análisis que el Grupo Especial hizo de los efectos de la AEP/FEM anterior al A350XWB. En nuestro análisis, seguimos la secuencia del análisis del Grupo Especial porque ayuda a comprender el marco analítico que el Grupo Especial adoptó al examinar los efectos de la AEP/FEM para el A350XWB.

<sup>1717</sup> Véase el párrafo 5.567 *supra*.

<sup>1718</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 898 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717).

<sup>1719</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 899.

<sup>1720</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 888. Véanse también los párrafos 912-913.

<sup>1721</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 901 y 907.

<sup>1722</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 900.

<sup>1723</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 495-501.

<sup>1724</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 505.

respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1725</sup> Los Estados Unidos afirman que el análisis del Grupo Especial de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB comprende una serie de constataciones intermedias, no impugnadas en apelación, que respaldan y llevan "inexorablemente" a la conclusión definitiva del Grupo Especial impugnada por la Unión Europea.<sup>1726</sup> Señalamos que, antes de llegar a esta conclusión, el Grupo Especial analizó con bastante detalle la capacidad de Airbus para financiar efectivamente el programa A350XWB con financiación en condiciones de mercado.<sup>1727</sup> El Grupo Especial recordó que la Unión Europea no había aducido que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, Airbus podría haber "financiado efectivamente" *por sí sola* el programa A350XWB, sino solamente que podría haberlo hecho con ayuda de su empresa matriz, EADS.<sup>1728</sup> Tras haber constatado que EADS estaría, en principio, dispuesta a participar ella misma en la financiación del A350XWB<sup>1729</sup>, el Grupo Especial pasó a examinar el *alcance* de los recursos financieros de que disponían Airbus y EADS, y analizó pruebas relativas a las siguientes fuentes de financiación específicas: i) un mayor recurso a asociados que comparten los riesgos; ii) la enajenación de activos no esenciales; iii) una mayor rentabilidad y generación de efectivo; iv) la reducción de las distribuciones a los accionistas; v) financiación relacionada con el capital; vi) reservas de efectivo; y vii) un mayor endeudamiento.<sup>1730</sup>

5.617. En cuanto a la medida en que Airbus podría haber hecho participar a un mayor número de asociados que comparten los riesgos en el programa A350XWB de no existir la AEP/FEM, aunque el Grupo Especial reconoció que, en teoría era posible, no estaba convencido de que *en la práctica* Airbus hubiera podido recurrir a ellos hasta un nivel que se hubiera acercado a duplicar su participación en comparación con la situación real, como alegó la Unión Europea.<sup>1731</sup> Al llegar a esta conclusión, el Grupo Especial identificó determinados riesgos asociados a un mayor recurso a asociados que comparten los riesgos.<sup>1732</sup> En lo que respecta a la enajenación de activos no esenciales por EADS, aunque el Grupo Especial aceptó que podría haber sido una opción para EADS, concluyó que la medida en que esto fuera una fuente de financiación fiable para el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB en cualquier momento pertinente era "especulativa".<sup>1733</sup> En cuanto a la mayor rentabilidad y generación de efectivo, el Grupo Especial consideró que distaba mucho de resultarle claro que EADS estuviera en condiciones de seguir reduciendo considerables costos de su presupuesto en cualquier momento pertinente, al menos sin provocar perturbaciones y otros posibles problemas para sus operaciones.<sup>1734</sup> Respecto de la posible reducción de las distribuciones a los accionistas por EADS, el Grupo Especial aceptó que podía haber sido una opción para EADS, pero concluyó que la medida en que esto fuera una fuente

<sup>1725</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 898 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717).

<sup>1726</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 499 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1539).

<sup>1727</sup> El Grupo Especial analizó la capacidad de Airbus para financiar el programa en condiciones de mercado en el contexto de su análisis de la "viabilidad" del A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1636-6.1638).

<sup>1728</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1640.

<sup>1729</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1644-6.1645.

<sup>1730</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1645. Véanse también los párrafos 6.1646-6.1700.

<sup>1731</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1656.

<sup>1732</sup> El Grupo Especial recordó sus declaraciones anteriores donde se indicaba que al parecer Airbus intensificó activamente el recurso a los asociados que comparten los riesgos en comparación con sus programas de LCA anteriores (lo que entrañaba importantes riesgos para el programa), que al parecer Airbus empleó este tipo de asociados tanto como la empresa consideró factible (es decir, el volumen de externalización y participación de los proveedores alcanzó el punto de saturación) y que el uso de más asociados que comparten los riesgos habría sido problemático desde un punto de vista administrativo general (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1650). En opinión del Grupo Especial, esto demostraba que "un aumento importante del recurso a asociados que comparten los riesgos sin la AEP/FEM para el A350XWB, aunque Airbus hubiera estado dispuesta a hacerlo, habría entrañado importantes riesgos para el programa y habría sido difícil". (*Ibid.* (donde se hace referencia al párrafo 6.500 y siguientes de su informe)). El Grupo Especial también constató que, "al menos hasta cierto punto, a Airbus le habría resultado más costoso y difícil lograr la participación de más asociados que comparten los riesgos sin la AEP/FEM para el A350XWB" (*Ibid.*, párrafo 6.1651), y que "los asociados que comparten los riesgos habrían tropezado con problemas para acceder a la financiación del mercado que les hubiera permitido aumentar su participación en el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB". (*Ibid.*, párrafo 6.1653 (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1733</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1657.

<sup>1734</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1659.

de financiación fiable seguía siendo "especulativa".<sup>1735</sup> El Grupo Especial llegó a una conclusión similar en cuanto a la posibilidad de obtener fondos adicionales mediante la financiación relacionada con el capital.<sup>1736</sup>

5.618. En relación con las reservas de efectivo de EADS, el Grupo Especial analizó las posiciones de caja neta, reales y proyectadas y concluyó que, a partir del momento del lanzamiento o de la fecha del primer contrato, EADS tenía "considerable efectivo" que podría haber desviado al programa A350XWB. Sin embargo, habida cuenta de las incertidumbres que rodeaban las futuras posiciones de caja de EADS en cada una de estas fechas, y dadas las presiones en conflicto sobre las reservas de efectivo de EADS, el Grupo Especial consideró que proceder de ese modo habría entrañado "considerables riesgos" para EADS, riesgos que instrumentos como la AEP/FEM —no garantizados, con reembolso concentrado al final del período y dependientes del éxito— tienden a alejar de EADS.<sup>1737</sup> Para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial formuló varias constataciones intermedias. Al abordar la pertinencia de la posición de caja neta, al Grupo Especial le pareció "probable" que, al menos durante los años que abarcan esas cifras, EADS tenía o estaba previsto que tuviera niveles suficientes de efectivo neto que, "a primera vista", podían cubrir los gastos relacionados con el A350XWB que Airbus había acumulado hasta esos momentos que la AEP/FEM para el A350XWB había sufragado en su lugar.<sup>1738</sup> No obstante, el Grupo Especial advirtió de que el valor nominal de esas posiciones de caja neta no representaba realmente la cantidad de efectivo que EADS podía destinar o habría destinado al programa A350XWB. A este respecto, el Grupo Especial consideró que en el expediente se ponía de manifiesto que EADS "se resistía a mermar sustancialmente sus reservas de efectivo durante las épocas pertinentes".<sup>1739</sup> Sobre la base de las pruebas que tenía ante sí, el Grupo Especial vio "razones convincentes" de por qué EADS sería reacia a mermar en grado significativo sus reservas de efectivo.<sup>1740</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que no solo las propias proyecciones de caja neta estaban sujetas a incertidumbres, sino que tampoco era seguro qué necesidades específicas de efectivo tendría EADS en el futuro. Además, el Grupo Especial consideró "razonablemente evidente" que al menos una parte de las posiciones de caja neta de EADS habría que tenerla en reserva para mantener un

<sup>1735</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1664. Asimismo, el Grupo Especial vio "pocos motivos" para dudar de las pruebas o argumentos de los Estados Unidos de que el mercado habría interpretado la decisión de reducir las distribuciones a los accionistas, al menos en parte, como una indicación de la fragilidad financiera de EADS. Por lo tanto, al Grupo Especial seguía "sin resultar{le} claro" la *medida* en que EADS se habría sentido cómoda reduciendo distribuciones a los accionistas, por ejemplo dividendos, para ayudar a financiar el programa A350XWB. (*Ibid.*, párrafo 6.1663). El Grupo Especial tampoco detectó ninguna prueba de una práctica histórica de EADS consistente en sacrificar las distribuciones a los accionistas para ayudar a financiar proyectos específicos. (*Ibid.*).

<sup>1736</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1668. Aunque el Grupo Especial aceptó que esto puede haber sido una opción para EADS, consideró que la medida en que esto fuera una fuente de financiación fiable seguía siendo "un tanto especulativa". (*Ibid.*).

<sup>1737</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1690.

<sup>1738</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1673. El Grupo Especial explicó que la posición de caja neta de EADS en cualquier momento determinado es "simplemente el resultado acumulado de sus flujos de caja positivos y negativos hasta ese momento, menos los pasivos financieros". (*Ibid.*). En opinión del Grupo Especial, si EADS hubiera tenido que financiar con efectivo neto el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB, habría tenido que tener, en cualquier momento determinado, un saldo de caja neta capaz de cubrir no solo los gastos relacionados con el A350XWB que se hubieran acumulado hasta ese momento que hubieran sido sufragados con la ayuda financiera de los Estados miembros, sino también todas sus demás necesidades pertinentes de efectivo. A este respecto, el Grupo Especial observó que al final de 2006 y 2009, EADS tenía saldos de caja netos de aproximadamente 4.200 millones de euros y 9.800 millones de euros, respectivamente, que superaban el volumen total de fondos a que tenía derecho Airbus con arreglo a las medidas de AEP/FEM para el A350XWB. Las proyecciones de efectivo neto que figuran en los Planes operativos de 2007 y 2009 indicaron al Grupo Especial igualmente niveles de efectivo neto previstos que parecían "superar el importe total de los fondos recibidos por Airbus en virtud de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB durante casi todos los años para los que contienen proyecciones de efectivo neto". (*Ibid.* (donde se hace referencia al informe de CompetitionRx (Prueba documental EU-127 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), cuadros 36 y 39, y anexo G.1 (cuadro 2))).

<sup>1739</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1674.

<sup>1740</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1675. El Grupo Especial explicó, por ejemplo, que es muy posible que EADS hubiera necesitado el efectivo para cubrir imprevistos derivados no solo de sus actividades no relacionadas con LCA, sino también sobrecostos y escasez de ingresos asociados a programas de LCA de Airbus. A este respecto, el Grupo Especial recordó que los retrasos imprevistos del A380 que se acumularon en la última parte de 2006 tuvieron enormes repercusiones previstas en las posiciones de caja de EADS durante muchos años posteriores. El Grupo Especial recordó además que el propio programa A350XWB conllevaba importantes riesgos, cuya materialización supondría otra carga para los recursos financieros de EADS. (*Ibid.*).

equilibrio adecuado entre su capacidad de colocar deuda y su mantenimiento de una calificación crediticia aceptable.<sup>1741</sup> Por último, al abordar la capacidad de endeudamiento de EADS como posible fuente de financiación, el Grupo Especial encontró "escasas pruebas" de que EADS *no* hubiera tenido una capacidad apreciable de endeudamiento en los períodos pertinentes sin la existencia de AEP/FEM para el A350XWB y, por lo tanto, aceptó que esta era probablemente una opción que se podría haber puesto en práctica al menos hasta cierto grado importante.<sup>1742</sup>

5.619. Nuestro examen de la evaluación que hizo el Grupo Especial de cada una de las fuentes de financiación individuales pone de manifiesto que, al determinar la disponibilidad y el alcance de cada fuente de financiación individual, el Grupo Especial identificó las limitaciones y los riesgos específicos asociados a cada fuente. Señalamos que, en apelación, la Unión Europea no impugna los aspectos del análisis del Grupo Especial mencionados *supra*. El Grupo Especial consideró que *cualquiera* de las opciones de financiación potencialmente disponibles habría sido insuficiente por sí sola para reemplazar el valor monetario absoluto o la seguridad financiera relativa proporcionados mediante las condiciones del reembolso de la AEP/FEM para el A350XWB, generalmente concentrado al final del período, no garantizado y supeditado al éxito.<sup>1743</sup> Tras haber analizado cada una de las fuentes de financiación individuales, el Grupo Especial constató que, "en conjunto", la gama de recursos financieros que Airbus, a través de EADS, tenía a su disposición habría sido, "en conjunto", suficiente para reemplazar eficazmente los fondos a que Airbus tenía derecho con arreglo a los propios contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>1744</sup> No obstante, el Grupo Especial no compartió el "optimismo" de la Unión Europea sobre la facilidad con que EADS habría podido movilizar esos recursos para el programa A350XWB.<sup>1745</sup> A este respecto, el Grupo Especial declaró que cada una de las opciones de financiación potencialmente disponibles —y "hasta cierto punto especulativas"— habría "conllevado sus propios riesgos, costos y/o dificultades".<sup>1746</sup> Además, haciendo referencia a los riesgos específicos asociados a cada opción de financiación examinada *supra*<sup>1747</sup>, el Grupo Especial también recordó su análisis de i) las negociaciones sobre la AEP/FEM; ii) la evaluación del Reino Unido; y iii) las Decisiones sobre la ayuda estatal de la Comisión Europea.<sup>1748</sup> Con respecto a las negociaciones sobre la AEP/FEM, el Grupo Especial recordó que en su análisis de las pruebas obrantes en el expediente se indicaba que EADS deseaba las medidas de AEP/FEM para el A350XWB debido a la "falta de otras opciones".<sup>1749</sup> En cuanto a la evaluación del Reino Unido<sup>1750</sup>, el Grupo Especial la calificó como la "fuente más fiable" de análisis que había en el expediente sobre la capacidad de EADS de continuar el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB<sup>1751</sup> y constató que la evaluación "respalda firmemente la tesis de que habría sido muy difícil para Airbus y EADS financiar efectivamente el programa A350XWB ... de no existir la AEP/FEM para el A350XWB".<sup>1752</sup> Por

<sup>1741</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1676 (donde se hace referencia al informe de CompetitionRx (Prueba documental EU-127 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), anexo G.1, párrafo 14).

<sup>1742</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1700. El Grupo Especial aceptó que la existencia de "fondos sin utilizar" por valor de 1.500 millones y 500 millones de euros en el marco del programa de eurobonos a medio plazo (EMTN) aproximadamente en la época del lanzamiento y la fecha del primer contrato, respectivamente, indicaba que EADS "tenía capacidad para colocar al menos alguna deuda adicional en los períodos pertinentes". (*Ibid.*, párrafo 6.1696).

<sup>1743</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715. El Grupo Especial consideró que esto estaba respaldado por las declaraciones de la Unión Europea sobre la manera en que se habría financiado el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB. (*Ibid.*, nota 3068 a dicho párrafo (donde se hace referencia a, y se cita, la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 135 del Grupo Especial, párrafo 118 (donde se aduce que "con la ayuda de sus asesores financieros, EADS establecerá una *combinación de financiación* ... que satisfaga la necesidad de financiación y maximice los beneficios del programa". (las cursivas son del Grupo Especial)))). El Grupo Especial además explicó que esto era especialmente así porque ninguna de las opciones de financiación potencialmente disponibles habría proporcionado a Airbus las mismas características significativas de "compartir riesgos" que la AEP/FEM. (*Ibid.*, párrafo 6.1715).

<sup>1744</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715.

<sup>1745</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715.

<sup>1746</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1747</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3067 al párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1640 y siguientes de su informe).

<sup>1748</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3067 al párrafo 6.1715.

<sup>1749</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3067 al párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1588 y siguientes de su informe). Véase también el párrafo 6.1598.

<sup>1750</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3066 al párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1600 y siguientes de su informe).

<sup>1751</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3066 al párrafo 6.1715.

<sup>1752</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1609. (no se reproduce la nota de pie de página)

último, recordando su análisis de las Decisiones sobre ayuda estatal donde se examinaban los problemas de las empresas aeroespaciales para acceder a financiación de mercado para sus proyectos<sup>1753</sup>, el Grupo Especial constató que las Decisiones "indican que el programa A350XWB y determinados de los proyectos de que consta entrañaban riesgos significativos, y que obtener financiación comercial para financiar determinados de esos proyectos no era factible a causa, al menos en parte, de problemas sistémicos que afrontan las empresas de las ramas de producción de LCA y aeroespacial, de las que Airbus y EADS son participantes".<sup>1754</sup>

5.620. Además, el Grupo Especial declaró que no podía evaluar la disponibilidad de cada opción de financiación en el "vacío" y consideró que la aplicación de una opción "en general habría limitado la disponibilidad de otras".<sup>1755</sup> A este respecto, el Grupo Especial recordó varias constataciones formuladas en su examen sobre la capacidad de Airbus para financiar el programa: i) la reducción de las reservas de efectivo de EADS habría supuesto un mayor riesgo para su calificación crediticia<sup>1756</sup>; ii) aumentar la participación de los asociados que comparten los riesgos podría provocar interrupciones de la producción o al menos exigir más recursos de gestión o una desviación de esos recursos, lo que a su vez podría haber repercutido desfavorablemente en otros programas de aeronaves de Airbus y/o posiblemente incluso en los flujos de caja previstos de EADS<sup>1757</sup>; y iii) la reducción de los dividendos podría haber afectado a la confianza de los inversores en la empresa, haciendo más difícil la colocación de deuda o la emisión de acciones.<sup>1758</sup> Además, el Grupo Especial señaló que la situación financiera de EADS, en la época del lanzamiento y durante el período en que se celebraron los contratos de AEP/FEM para el A350XWB, mostraba "considerables problemas".<sup>1759</sup> El Grupo Especial, por lo tanto, concluyó que "EADS se habría enfrentado a importantes desafíos al intentar reunir y aplicar una combinación de las opciones de financiación que estaban potencialmente a su disposición para un programa con el perfil de riesgo del programa A350XWB".<sup>1760</sup>

5.621. Así pues, además de determinar si cada una de las opciones de financiación individuales que Airbus tenía a su disposición era, por sí misma, suficiente para financiar el lanzamiento del A350XWB, el Grupo Especial también realizó una evaluación de si una gama de recursos financieros, en conjunto, habría sido suficiente para reemplazar los fondos a que Airbus tenía derecho con arreglo a los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. Al constatar que "EADS se habría enfrentado a importantes desafíos al intentar reunir y aplicar una combinación de las opciones de financiación que estaban potencialmente a su disposición para un programa con el perfil de riesgo del programa A350XWB"<sup>1761</sup>, el Grupo Especial reconoció la interrelación entre las diferentes fuentes de financiación y consideró que la aplicación de una opción "en general, habría limitado la disponibilidad de otras".<sup>1762</sup> Además, al realizar su evaluación de conjunto, el Grupo Especial recordó los riesgos que había identificado con respecto a cada opción de financiación, así como los riesgos globales y las complicaciones asociados al programa A350XWB.

5.622. En opinión del Grupo Especial, todas estas razones indicaban que si EADS hubiera continuado el programa A350XWB en cualquier momento pertinente sin i) las garantías de los Estados miembros sobre su voluntad de ayudar a financiar el programa, o ii) las medidas de AEP/FEM para el A350XWB mismas, "habría tenido que aceptar que posiblemente habría

<sup>1753</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3067 al párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1613 y siguientes de su informe).

<sup>1754</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1623.

<sup>1755</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715.

<sup>1756</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1676 de su informe).

<sup>1757</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1646 y siguientes de su informe). Véase también el párrafo 5.617 *supra*.

<sup>1758</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715 (donde se hace referencia al párrafo 6.1660 y siguientes de su informe). Véase también el párrafo 5.617 *supra*.

<sup>1759</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715 y nota 3073 a dicho párrafo (donde se hace referencia al párrafo 6.1550 y siguientes de su informe (posición financiera de Airbus/EADS anterior al lanzamiento), al párrafo 6.1580 y siguientes (posición financiera de Airbus/EADS posterior al lanzamiento), párrafo 6.1600 y siguientes (donde se analiza la evaluación del Reino Unido que contiene algunas evaluaciones ICSS de la posición financiera de EADS pertinentes) y al párrafo 6.1689 (donde se analizan importantes limitaciones de las previsiones financieras de los Planes operativos de EADS que existían en esos momentos)).

<sup>1760</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1716.

<sup>1761</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1716.

<sup>1762</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1715.



expuesto la situación global de la empresa a un riesgo mayor y ... considerable".<sup>1763</sup> Esto, a su vez, llevó al Grupo Especial a pensar que "e{ra} muy probable que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, en cierta medida Airbus habría tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1764</sup> En una nota a esta afirmación, el Grupo Especial explicó que "hacer esas concesiones sería una forma de reducir los costos y/o riesgos asociados al programa".<sup>1765</sup> En la misma nota, el Grupo Especial "observ{ó} varios elementos de prueba que constan en el expediente que indican cómo los problemas financieros pueden retrasar un programa de LCA".<sup>1766</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que continuar el programa sin la AEP/FEM para el A350XWB habría sido "una empresa más complicada, más costosa y más arriesgada".<sup>1767</sup> Fue "{s}obre esta base" que el Grupo Especial constató que, aunque la empresa Airbus que *realmente existía* en el período de 2006 a 2010, sin la AEP/FEM para el A350XWB, "habría podido lanzar e introducir en el mercado el A350XWB o una aeronave de ese tipo", solo podría haberlo hecho por "un pequeño margen" y con "muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1768</sup>

5.623. Nuestro examen anterior deja claro que, como parte de su análisis de las negociaciones sobre la AEP/FEM, la evaluación del Reino Unido y las Decisiones sobre ayuda estatal de la Comisión Europea, así como de la capacidad de Airbus para financiar el programa, el Grupo Especial identificó y explicó varios riesgos, costos y complicaciones que surgirían con respecto al programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB.<sup>1769</sup> Fue la interpretación que hizo el Grupo Especial de estos "considerable{s}" riesgos, costos y dificultades con respecto al lanzamiento y desarrollo del A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB lo que le llevó a concluir que con muchas probabilidades Airbus, hasta cierto punto, habría tenido que hacer algunas concesiones con respecto al calendario y/o las características de la aeronave. El Grupo Especial explicó que, a su juicio, hacer esas concesiones sería "una forma" de reducir los costos y/o riesgos asociados al programa.<sup>1770</sup> A modo de respaldo, el Grupo Especial invocó expresamente varios elementos de prueba que, a su juicio, "indica{ba}n cómo los problemas financieros pueden retrasar un programa de LCA".<sup>1771</sup>

<sup>1763</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1716

<sup>1764</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1716. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1765</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3074 al párrafo 6.1716.

<sup>1766</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3074 al párrafo 6.1716. El texto completo de la nota dice así:

A nuestro juicio, hacer esas concesiones sería una forma de reducir los costos y/o riesgos asociados al programa. Además, observamos varios elementos de prueba que constan en el expediente que indican cómo los problemas financieros pueden retrasar un programa de LCA. (Véanse, por ejemplo, Evaluación del Reino Unido (Prueba documental EU-(Artículo 13)-34) (ICSS), párrafo 16 (líneas 2-4); Comité de Comercio, Innovación y Capacitación de la Cámara de los Comunes del Reino Unido, "*Full Speed ahead: maintaining UK excellence in motorsport and aerospace*", Sexto informe del período de sesiones 2009-2010, informe, actas formales y pruebas orales y escritas, 9 de marzo de 2010. (Prueba documental USA-44), párrafo 18 (donde se explica que "{c}ada solicitante {de AEP/FEM} tiene que demostrar ... que la inversión del gobierno es esencial para que el proyecto continúe en la escala y el *plazo especificados*") (sin cursivas en el original); "*Competitiveness of the EU Aerospace Industry with focus on Aeronautics Industry within the framework contract of sectoral competitiveness studies ENTR/06/054*", Ecorys, diciembre de 2009 (Prueba documental USA-151), página 27 (donde se analiza la posibilidad de que haya retrasos en el programa A350XWB en vista de las condiciones económicas provocadas por la crisis financiera); Pilita Clark y Peggy Hollinger, "*Deferrals to take toll on EADS's cash pile*", *Financial Times*, diciembre de 2009 (Prueba documental USA-153) (donde se informa de que analistas del sector tenían dudas sobre la capacidad de EADS de continuar sus nuevos programas de LCA), Standard & Poor's Global Portal Ratings Direct, *Research Update: S&PCORRECT: EADS Rating Cut To 'A-/A-2', L-T Still on Watch Neg, On Further Restructure Delay*, 12 de octubre de 2006 (Prueba documental USA-511), página 2 (donde se analiza la posibilidad de demoras en el lanzamiento); y exposición del estudio de viabilidad del A350XWB (Prueba documental EU-130) (ICSS), diapositiva 90 (donde se contempla [ICC] incluso existiendo la supuesta recepción del Instrumento de financiación para el lanzamiento, pero también se esbozan los costos de esa demora)).

<sup>1767</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717.

<sup>1768</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717.

<sup>1769</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3067 al párrafo 6.1715. Véanse también los párrafos 6.1588 y siguientes, 6.1600 y siguientes, 6.1613 y siguientes, y 6.1640 y siguientes.

<sup>1770</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3074 al párrafo 6.1716.

<sup>1771</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3074 al párrafo 6.1716.

5.624. Si bien la Unión Europea impugna sumariamente la conclusión del Grupo Especial porque carece de una base probatoria suficiente, no identifica ni alega errores específicos en la extensa evaluación que hizo el Grupo Especial de los riesgos, los costos y las complicaciones que surgirían para el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB.<sup>1772</sup> En su comunicación del apelante, la Unión Europea tampoco ofrece una explicación de por qué las pruebas invocadas por el Grupo Especial, que indican cómo los problemas financieros pueden retrasar un programa de LCA, no respaldan su opinión de que hacer concesiones respecto del calendario y/o las características del A350XWB sería "una forma" de gestionar o paliar los costos y/o riesgos asociados al programa. En respuesta a las preguntas formuladas en la audiencia, la Unión Europea aclaró que las pruebas invocadas por el Grupo Especial se referían a la rama de producción de LCA, en general, y no abordaban específicamente la probabilidad de hacer concesiones con respecto al A350XWB.<sup>1773</sup>

5.625. Señalamos que, además de invocar varios elementos de prueba sobre cómo los problemas financieros pueden en general retrasar un programa de LCA, el Grupo Especial hizo referencia a la evaluación del Reino Unido, así como a un informe del Gobierno del Reino Unido de marzo de 2010, titulado "*Full Speed ahead: maintaining UK excellence in motorsport and aerospace*" (A toda velocidad: mantener la excelencia del Reino Unido en los deportes de motor y el sector aeroespacial).<sup>1774</sup> Dado el evidente rigor de su análisis subyacente, su oportunidad y su contexto objetivo, el Grupo Especial consideró que la evaluación del Reino Unido representaba "la fuente más fiable" del análisis que hay en el expediente sobre la capacidad de EADS de continuar el programa A350XWB sin la AEP/FEM para el A350XWB.<sup>1775</sup> En cuanto al informe del Gobierno del Reino Unido, el Grupo Especial consideró que "constitu{ía} un indicio claro de que los datos en que se basaron los redactores de la evaluación del Reino Unido al formular la recomendación de suministrar a Airbus AEP/FEM para el A350XWB debían haber demostrado que la AEP/FEM para el A350XWB era 'esencial' para que el programa A350XWB 'contin{uara} a la escala y con el calendario especificados'".<sup>1776</sup> Por el contrario, la interpretación por el Grupo Especial de los documentos de esta manera indica que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, el programa A350XWB no podría continuar a la *escala* y con el *calendario* especificados, por lo que respalda una constatación de una gran probabilidad de hacer concesiones con respecto a las características y el calendario del A350XWB sin la AEP/FEM. En apelación, la Unión Europea no explica por qué la interpretación que hizo el Grupo Especial de estos documentos, que se centran específicamente en Airbus y el programa A350XWB, y la importancia que les dio equivale a un error con arreglo al artículo 11 del ESD. Por consiguiente, discrepamos de la opinión de la Unión Europea de que el

<sup>1772</sup> Como se señala *supra*, el Grupo Especial abordó estos aspectos como parte de su análisis de, entre otras cosas, las negociaciones sobre la AEP/FEM, la evaluación del Reino Unido y las Decisiones sobre ayuda estatal, así como la capacidad de Airbus para financiar el programa.

<sup>1773</sup> Respuesta de la Unión Europea a las preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>1774</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3074 al párrafo 6.1716 (donde se hace referencia, entre otras cosas, a la evaluación del Reino Unido (Prueba documental EU-(Artículo 13)-34 presentada al Grupo Especial (ICSS)), párrafo 16 (líneas 2-4); y al Comité de Comercio, Innovación y Capacitación de la Cámara de los Comunes del Reino Unido, "*Full Speed ahead: maintaining UK excellence in motorsport and aerospace*", Sexto informe del período de sesiones 2009-2010, informe, actas formales y pruebas orales y escritas, 9 de marzo de 2010 (Prueba documental USA-44 presentada al Grupo Especial), párrafo 18). El Grupo Especial también hizo referencia a la exposición del estudio de viabilidad del A350XWB (Prueba documental EU-130 presentada al Grupo Especial (ICSS)). (*Ibid.*).

<sup>1775</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3066 al párrafo 6.1715. El Grupo Especial también rechazó el argumento de la Unión Europea de que, en la medida en que estos documentos fueron elaborados por y para organismos gubernamentales del Reino Unido, podían considerarse limitados a una cuestión mucho más concreta, a saber, si el programa A350XWB seguiría adelante en el Reino Unido sin un préstamo FEM del Reino Unido. En cambio, el Grupo Especial consideró:

completamente apropiado que en la evaluación del Reino Unido se consideraran las consecuencias que tendría para el programa A350XWB que los cuatro Estados miembros pertinentes suministraran o no suministraran a Airbus AEP/FEM para el A350XWB ... simplemente {por} que, como se expone en la propia evaluación del Reino Unido, la *necesidad* que tenía Airbus de la AEP/FEM del Reino Unido para el A350XWB y los *beneficios* para el Reino Unido de suministrar a Airbus AEP/FEM para el A350XWB dependían en gran parte de la medida en que se previera que los gobiernos de los demás Estados miembros otorgaran a Airbus una ayuda financiera similar.

(*Ibid.*, párrafo 6.1605 (donde se hace referencia a la evaluación del Reino Unido (Prueba documental EU-(Artículo 13)-34 presentada al Grupo Especial (ICSS)), párrafos 4 y 16) (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1776</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1609. (las cursivas no figuran en el original)

Grupo Especial no invocó pruebas, ni ofreció un razonamiento, para respaldar su conclusión "probabilística".<sup>1777</sup>

5.626. Pasamos ahora a analizar el segundo argumento de la Unión Europea de que varias de las constataciones fácticas del Grupo Especial, y diversos elementos de prueba, "indican con claridad que Airbus no habría considerado comercialmente viable hacer una concesión con respecto al calendario o las características del A350XWB", lo que contradice la "subsiguiente especulación" del Grupo Especial de que, sin la AEP/FEM, se habrían hecho concesiones con respecto al calendario o las características del A350XWB.<sup>1778</sup> Haciendo referencia a la afirmación del Grupo Especial de que "el A350XWB no nació en el vacío"<sup>1779</sup>, la Unión Europea señala que el A350XWB nació en un entorno competitivo en el que Boeing había ganado una ventaja competitiva que exigía una "respuesta competitiva urgente" por parte de Airbus y que cualquier demora en el lanzamiento habría socavado la efectividad de dicha respuesta.<sup>1780</sup> En opinión de la Unión Europea, estas afirmaciones confirman que la "viabilidad comercial del A350XWB estaba intrínsecamente vinculada al calendario del lanzamiento de la aeronave y las concesiones por Airbus con respecto al calendario habrían socavado la viabilidad del A350XWB como respuesta competitiva al 787".<sup>1781</sup> En cuanto a las características de la aeronave, la Unión Europea señala la observación del Grupo Especial de que muchas de las mejoras que Airbus ofreció en el A350XWB, en comparación con el A350 original<sup>1782</sup>, eran fundamentales para la capacidad de la aeronave de competir con el 787 y el 777.<sup>1783</sup> "Por el contrario", aduce la Unión Europea, cualquier concesión con respecto a las características de la aeronave habría "perjudicado a la nueva posición competitiva de la aeronave" y socavado su viabilidad comercial.<sup>1784</sup>

5.627. Estamos de acuerdo con la Unión Europea en que en varias constataciones y observaciones del Grupo Especial se subraya la importancia de las características y el calendario del A350XWB para su competitividad en el mercado de LCA de doble pasillo. Al analizar el origen del programa A350XWB, el Grupo Especial observó que los clientes rechazaron el A350 original "por considerar que no podía competir con el ahorro de peso y la eficiencia en el consumo de combustible" del Boeing 787.<sup>1785</sup> En comparación con el A350 original, el Grupo Especial señaló que se preveía que el A350XWB tendría un fuselaje más ancho y de material compuesto, alas más grandes de material compuesto, una velocidad de crucero superior y motores más potentes para competir efectivamente con los Boeing 777 y 787.<sup>1786</sup> El Grupo Especial también consideró evidente que "el tiempo para hacerlo era fundamental", habida cuenta de que las ventas del A330 y el A340 estaban sufriendo "considerables contratiempos" debido a la competencia de Boeing y el lanzamiento del 787, que disfrutaría de una "ventaja de desarrollo" de aproximadamente dos años sobre cualquier programa LCA de Airbus que pudiera sustituir al A350 original.<sup>1787</sup> La importancia del calendario del A350XWB se pone también de manifiesto a partir de la observación del Grupo Especial de que Airbus presentó al público el A350XWB en julio de 2006 sin tener la certeza suficiente de contar con los conocimientos técnicos para construir el A350XWB conforme a lo previsto, en particular, en cuanto al elevado uso de materiales compuestos de la nueva

<sup>1777</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 899.

<sup>1778</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 901 y 907.

<sup>1779</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 902 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1542).

<sup>1780</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 902 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1362-6.1544). Véase también el párrafo 903.

<sup>1781</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 904. Véase también el párrafo 906.

<sup>1782</sup> Diseño de la aeronave A350 de Airbus propuesto entre 2004 y 2006. (Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1542-6.1543).

<sup>1783</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 905 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1546).

<sup>1784</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 905.

<sup>1785</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1543 (donde se cita la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 1113 (no se reproducen las notas a pie de página)).

<sup>1786</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1546.

<sup>1787</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1544. El Grupo Especial recordó la explicación de la Unión Europea de que el lanzamiento por Boeing del 787 en 2004 hizo que la cuota de mercado del A330 descendiera en un momento en el que las ventas del A340 ya estaban cayendo porque la aeronave no podía competir efectivamente con el 777, más eficiente en el consumo de combustible. (*Ibid.* (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 1108))

aeronave.<sup>1788</sup> A fin de adoptar una decisión oficial, por tanto, Airbus desarrolló para el A350XWB un nuevo y acelerado "proceso de diseño y producción con actividades concentradas en su mayor parte al inicio", que aseguraría que la aeronave fuese técnicamente viable y que alcanzara "un nivel de madurez determinado en cuanto al diseño de la aeronave mucho antes de lo que Airbus había conseguido en el desarrollo de aeronaves anteriores".<sup>1789</sup>

5.628. De hecho, en nuestra opinión, el análisis del Grupo Especial establece la importancia del calendario y de las características del A350XWB no solo para la competitividad de dicha aeronave frente a los Boeing 777 y 787 en el mercado de LCA de doble pasillo, sino también para asegurar "la continua pertinencia de Airbus como competidor saludable de Boeing en todos los segmentos del mercado, al menos en el futuro próximo".<sup>1790</sup> Recordamos a este respecto el análisis del Grupo Especial sobre los problemas de que adolecía la producción del A380, que calificó de "particularmente grave{s}".<sup>1791</sup> El programa A380 sufrió tres "extensas" demoras en la producción en torno a la época en que Airbus presentó en público el A350XWB en julio de 2006.<sup>1792</sup> Como se ha expuesto más detalladamente *supra*<sup>1793</sup>, el Grupo Especial constató que estas demoras dieron lugar a un aumento de los costos de desarrollo del A380, la cancelación de pedidos del A380, importantes penalizaciones contractuales por las demoras, así como un retraso en la obtención de beneficios por los A380 que se entregaron en última instancia.<sup>1794</sup> Habida cuenta de la importancia que el Grupo Especial dio a estos problemas, un lanzamiento con éxito y oportuno del A350XWB parece haber sido importante para aliviar la presión sobre la capacidad de Airbus para introducir en el mercado y vender el A380.

5.629. Si bien estamos de acuerdo con que el Grupo Especial consideró que las características y el calendario del A350XWB eran fundamentales para su competencia y éxito comercial, no vemos cómo este aspecto del análisis del Grupo Especial "contradic{e} la especulación en que se basa cualquier constatación sobre 'efectos directos'", como alega la Unión Europea.<sup>1795</sup> La medida en que las características y el calendario del A350XWB tuvieron una repercusión en su competencia es distinto de la cuestión de si las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB tuvieron una repercusión en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. A nuestro modo de ver, el hecho de que una concesión con respecto al calendario o las características del A350XWB hubiera socavado su competitividad y viabilidad comercial<sup>1796</sup> simplemente ilustra *por qué* Airbus habría intentado evitar esas concesiones. De hecho, el Grupo Especial identificó varias consideraciones que habrían dado a Airbus un "fuerte *incentivo comercial* para seguir adelante con el programa A350XWB, *suponiendo que pudiera encontrar financiación adecuada*".<sup>1797</sup> Por lo tanto, el hecho de que Airbus deseara idealmente evitar dichas concesiones no responde la cuestión de si, sin la AEP/FEM para el A350XWB, Airbus habría podido, *de hecho*, lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. Esta es la pregunta que el Grupo Especial se planteó abordar en su análisis de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB.<sup>1798</sup> Como se analiza *supra*, sobre la base de su examen de las fuentes de financiación alternativas que Airbus tenía a su disposición, el Grupo Especial concluyó que, sin la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que realmente existía solo podía haber continuado el programa A350XWB por "un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto

<sup>1788</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1547 (donde se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS) párrafos 14-15 y 43)).

<sup>1789</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1548 (donde se cita la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 33).

<sup>1790</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1572.

<sup>1791</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551.

<sup>1792</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551.

<sup>1793</sup> Véase el párrafo 5.608 *supra*.

<sup>1794</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se hace referencia a Mario Heinen, Vicepresidente Superior de Airbus para el A380, exposición de diapositivas de EADS/Airbus "The A380 Program", presentada en el Global Investor Forum, 19-20 de octubre de 2006 (Prueba documental EU-419 presentada al Grupo Especial), diapositiva 18; al comunicado de prensa de EADS, "A350 XWB launch: EADS Gives Go Ahead for Airbus to Launch the A350 XWB", 1º de diciembre de 2006 (Prueba documental USA-569 presentada al Grupo Especial); al estudio de viabilidad del A380, página 19, sección 6.4 (Prueba documental EU-20 presentada al Grupo Especial (ICSS)); y al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1719).

<sup>1795</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 901.

<sup>1796</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 907.

<sup>1797</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1713. (las cursivas no figuran en el original)

<sup>1798</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1539.

punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1799</sup>

5.630. Por lo tanto, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que<sup>1800</sup>, más que señalar una contradicción con el razonamiento del Grupo Especial, la observación del Grupo Especial de que la competitividad del A350XWB estaba estrechamente vinculada a sus características y calendario respalda su interpretación definitiva de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB. De hecho, el análisis del Grupo Especial indica que incluso una ligera demora en el lanzamiento del A350XWB podría haber tenido importantes repercusiones para la competitividad de Airbus, en particular, a la luz de la ventaja de desarrollo de que disfrutaba el Boeing 787 con respecto del A350XWB, así como de las graves dificultades financieras que experimentaron Airbus y EADS durante el período anterior al lanzamiento. Además, el Grupo Especial consideró que el A350XWB era un programa "muy costoso"<sup>1801</sup>, con "grandes riesgos e incertidumbres".<sup>1802</sup> En tal contexto, las constataciones del Grupo Especial indican que la AEP/FEM para el A350XWB fortaleció la confianza y la certidumbre de Airbus para embarcarse con éxito en un programa con el perfil de riesgos, los costos y la ambición del A350XWB, lo que permitió su oportuno lanzamiento.

5.631. Por último, también nos resulta difícil aceptar el tercer argumento conexo de la Unión Europea de que el Grupo Especial, para llegar su conclusión, no examinó si Airbus habría considerado comercialmente viable o atractiva para su lanzamiento una aeronave *alternativa* con características inferiores a las del A350XWB, ofrecida en el mercado con posterioridad al A350XWB.<sup>1803</sup> Como se ha analizado *supra*, la cuestión que el Grupo Especial tenía ante sí, sobre la base de la alegación de los Estados Unidos, era si, sin la AEP/FEM para el A350XWB, Airbus tenía capacidad para lanzar el A350XWB *en la forma y en el momento en que lo hizo*.<sup>1804</sup> Al responder esta pregunta limitada, el Grupo Especial examinó suficientemente los argumentos y las pruebas presentados por las partes y realizó un análisis detallado como se ha descrito *supra*. Además, la Unión Europea hace referencia a varias declaraciones del Grupo Especial, analizadas *supra*<sup>1805</sup>, que destacan la importancia estratégica que tuvo para Airbus haber lanzado el A350XWB con las características y en el momento en que lo había programado. A nuestro modo de ver, estas declaraciones del Grupo Especial respaldan la opinión de que el Grupo Especial consideró que una aeronave alternativa con menos características y/u ofrecida en un momento posterior no habría sido tan competitiva como un A350XWB lanzado en el momento oportuno.<sup>1806</sup>

5.632. El Órgano de Apelación ha subrayado que una alegación formulada al amparo del artículo 11 del ESD no debe ser "imprecisa ni ambigua".<sup>1807</sup> Por el contrario, tal impugnación "debe estar articulada claramente y justificada con argumentos concretos".<sup>1808</sup> En el presente procedimiento sobre el cumplimiento, la Unión Europea alega sumariamente que la conclusión del Grupo Especial carece de una base probatoria suficiente. La Unión Europea no ha analizado el razonamiento detallado del Grupo Especial que le ha llevado a dicha conclusión ni las pruebas invocadas por el Grupo Especial, para explicar el fundamento de su alegación. Si bien estamos de acuerdo con que el Grupo Especial consideró que las características y el calendario del A350XWB fueron fundamentales para su competitividad y éxito comercial, no vemos cómo este aspecto del análisis del Grupo Especial contradice su conclusión definitiva, como alega la Unión Europea. Por consiguiente, no consideramos que la Unión Europea haya justificado su alegación al amparo del artículo 11 del ESD con la especificidad y precisión que exige esta disposición. A la luz de lo anterior, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que, "sin la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que *realmente existía* {en el período 2006-2010} solo podría haber continuado

<sup>1799</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717.

<sup>1800</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 505-506.

<sup>1801</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1567.

<sup>1802</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1705.

<sup>1803</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 900.

<sup>1804</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1539. Señalamos que, ante el Grupo Especial, los Estados Unidos alegaron que la AEP/FEM para el A350XWB "permitió" a Airbus lanzar el A350XWB "cuando y como se hizo". (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 395).

<sup>1805</sup> Véanse los párrafos 5.626-5.628 *supra*.

<sup>1806</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1542-6.1544.

<sup>1807</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498.

Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 253.

<sup>1808</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498.

Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 253.

el programa por un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1809</sup>

#### 5.6.3.5.2.2 La evaluación por el Grupo Especial de los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380

5.633. Abordamos ahora la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. Recordando su argumento de que el Grupo Especial no constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieran "efectos directos" en el A380<sup>1810</sup>, la Unión Europea afirma que "cuando I{a}s {subvenciones} de AEP/FEM para una aeronave no dan lugar a 'efectos directos' con respecto a dicha aeronave, es{a}s {subvenciones} no pueden dar lugar a 'efectos indirectos' en una aeronave que se haya lanzado posteriormente".<sup>1811</sup> Según la Unión Europea, si se constata que las subvenciones de AEP/FEM no tienen "efectos directos", la aeronave financiada con dichas subvenciones, "por definición, habría existido (con su forma presente y en el momento en que se lanzó) sin {las subvenciones}".<sup>1812</sup> En estas circunstancias, la Unión Europea afirma que cualesquiera efectos de "aprendizaje", de "gama y de escala" o "financieros" resultantes del programa A380 habrían existido sin las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y, por lo tanto, no pueden ser atribuidos a estas subvenciones.<sup>1813</sup> Los Estados Unidos responden que en las constataciones del Grupo Especial inicial se resolvió de modo concluyente que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos directos" en el A380.<sup>1814</sup> Además, los Estados Unidos consideran una "falacia" la afirmación de la Unión Europea de que una constatación de ausencia de "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 signifique, por definición, que la aeronave financiada con esas subvenciones habría existido en la forma y en el momento en que lo hizo sin la AEP/FEM, porque no tiene en cuenta los efectos indirectos de subvenciones de AEP/FEM anteriores.<sup>1815</sup>

5.634. Señalamos que la apelación de la Unión Europea no impugna los aspectos sustantivos del análisis sobre los "efectos indirectos" realizado por el Grupo Especial. En lugar de ello, la alegación de error de la Unión Europea se basa totalmente en su argumento de que el Grupo Especial constató que la AEP/FEM para el A380 no tuvo "efectos directos" en el A380.<sup>1816</sup> Según la Unión Europea, tras haber constatado que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 no fueron cruciales para la existencia misma del A380, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que esas subvenciones dieron lugar a "efectos indirectos" en el A350XWB.<sup>1817</sup>

5.635. Como se ha analizado más detalladamente *supra*<sup>1818</sup>, el Grupo Especial inicial analizó la manera en que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 contribuyeron a que Airbus pudiera lanzar el A380 en la forma y en el momento en que lo hizo. En nuestra opinión, el razonamiento y el análisis del Grupo Especial inicial establecen que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos directos" en el A380, en el sentido de que esas subvenciones contribuyeron de una forma auténtica a que Airbus pudiera lanzar el A380 en la forma y en el momento en que lo hizo. Habida cuenta de las constataciones del Grupo Especial inicial que identifican los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus para lanzar el A380 en la forma y en el momento en que lo hizo<sup>1819</sup>, no vemos ninguna razón que impidiera al

<sup>1809</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1810</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 886.

<sup>1811</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 894.

<sup>1812</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 894.

<sup>1813</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 886 y 893.

<sup>1814</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 483.

<sup>1815</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 484 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1940).

<sup>1816</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 886 y 890.

<sup>1817</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 895 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507 y nota 2597 a dicho párrafo).

<sup>1818</sup> Véase la sección 5.6.3.5.1 del presente informe.

<sup>1819</sup> Recordamos que el Órgano de Apelación confirmó la conclusión general del Grupo Especial inicial con respecto al programa A380. (Véase el párrafo 5.604 *supra*).

Grupo Especial examinar los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 en el A350XWB. Esta opinión está respaldada además por nuestra conclusión anterior de que las constataciones del Grupo Especial establecen que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 continuaron teniendo efectos en la capacidad de Airbus para introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *después* del período de referencia inicial. Por consiguiente, rechazamos el argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 dieron lugar a "efectos indirectos" en el A350XWB.<sup>1820</sup>

5.636. Tras haber rechazado el argumento de la Unión Europea y habida cuenta de que nuestra atención se centra en los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, nos parece útil recordar brevemente el análisis sobre los "efectos indirectos" realizado por el Grupo Especial, en particular, en lo que se refiere a los "efectos indirectos" que tuvieron las subvenciones de AEP/FEM para el A380 existentes en el A350XWB. El Grupo Especial constató que los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB fueron "fundamentales" para que Airbus pudiera lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>1821</sup> Para llegar a esta constatación, el Grupo Especial examinó las pruebas y los argumentos presentados por las partes en el contexto de dos amplias categorías de "efectos indirectos", a saber: los "efectos de aprendizaje" y los "efectos financieros".<sup>1822</sup>

5.637. Al evaluar el alcance de los "efectos de aprendizaje" derivados de programas anteriores de LCA de Airbus subvencionados en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB, el Grupo Especial consideró que las pruebas demostraban que "el programa A350XWB se benefició significativamente de los efectos de aprendizaje derivados de programas anteriores de LCA de Airbus subvencionados, en especial (aunque no solo), el programa A380".<sup>1823</sup> Para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial identificó varios tipos específicos de "efectos de aprendizaje" que, a su modo de ver, "beneficiaron sustancialmente" al A350XWB.<sup>1824</sup> En primer lugar, el Grupo Especial constató que Airbus adquirió conocimientos técnicos en materia de gestión de sus programas de LCA subvencionados anteriores. A este respecto, el Grupo Especial hizo referencia, entre otras cosas, a pruebas que demostraban que "Airbus habría cambiado sus procesos de diseño y ensayo para evitar problemas que había detectado en el A380".<sup>1825</sup> En segundo lugar, el Grupo Especial constató que el A350XWB "se benefició de algún modo" de infraestructura y recursos de ingeniería preexistentes de Airbus utilizados en programas anteriores de LCA subvencionados.<sup>1826</sup> En tercer lugar, el Grupo Especial consideró que el A350XWB se benefició de la experiencia evolutiva de Airbus en estructuras y materiales compuestos.<sup>1827</sup> En cuarto lugar, el Grupo Especial identificó varias características estructurales específicas del A350XWB que se beneficiaron de la experiencia previa de Airbus en LCA.<sup>1828</sup> En este contexto, el Grupo Especial señaló que en la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB se reconoce también que el "sistema de hipersustentación de las alas del A350XWB guarda similitudes con el del A380".<sup>1829</sup> Análogamente, el Grupo Especial consideró que algunos de los sistemas de a bordo del A350XWB

<sup>1820</sup> No obstante, discreparíamos del Grupo Especial en la medida en que su análisis de los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM expiradas sirvió de base para su conclusión definitiva con respecto a la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo. Como se ha explicado *supra*, la Unión Europea no tiene la obligación de adoptar medidas adecuadas para eliminar los efectos desfavorables causados por las subvenciones expiradas. Reconocemos, sin embargo, que comprender el mecanismo mediante el que las subvenciones expiradas causaron los efectos constatados en el procedimiento inicial proporciona información útil para nuestro análisis de la cuestión que nos ocupa, es decir, la relación causal entre las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación —incluida la AEP/FEM para el A380— y el fenómeno de mercado pertinente.

<sup>1821</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1774.

<sup>1822</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1725. Con respecto al tercer tipo de "efectos indirectos", a saber, los "efectos de gama y de escala", el Grupo Especial les otorgó un "peso limitado" dado el hecho de que los Estados Unidos no identificaron específicamente esos efectos en relación con el A350XWB. (*Ibid.*, párrafo 6.1773).

<sup>1823</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1747.

<sup>1824</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1753.

<sup>1825</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1754. El Grupo Especial señaló, por ejemplo, que las grietas en las alas del A380 "alertaron a Airbus sobre los riesgos generales derivados de los problemas térmicos para los nuevos diseños del ala". (*Ibid.*, nota 3201 a dicho párrafo).

<sup>1826</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1755.

<sup>1827</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1756.

<sup>1828</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1757.

<sup>1829</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1757 (donde se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafo 107).

se beneficiaron de la experiencia previa de Airbus en LCA.<sup>1830</sup> Concretamente, el Grupo Especial constató que de la experiencia adquirida por Airbus gracias al A380 se beneficiaron, entre otros elementos, los niveles de presión hidráulica y la arquitectura de control de vuelo del A350XWB.<sup>1831</sup> De hecho, el Grupo Especial explicó que los componentes y sistemas específicos del A350XWB que consideró beneficiados por los efectos de aprendizaje "parec{ían} ser generalmente derivaciones de componentes y sistemas similares utilizados en programas de LCA de Airbus más recientes, como el A380".<sup>1832</sup> Por último, el Grupo Especial tuvo "poca duda" de que Airbus se benefició de su experiencia previa en LCA en la forma de poder comercializar efectivamente sus LCA, incluido el A380.<sup>1833</sup> El análisis anterior indica que, si bien el Grupo Especial examinó la medida en que Airbus se había beneficiado de la plataforma tecnológica proporcionada por todos sus programas anteriores de LCA subvencionados, en opinión del Grupo Especial, el A350XWB se había beneficiado significativamente de los "efectos de aprendizaje" del A380 en especial.

5.638. En cuanto a los "efectos financieros", el Grupo Especial constató que las pruebas que tenía ante sí demostraban que el programa A350XWB "se benefició significativamente de dos de los cinco efectos financieros de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB —que permitieron a Airbus lanzar e introducir en el mercado todos los programas de LCA de Airbus existentes—, a saber: los efectos del aumento de ingresos y de la reducción de deuda".<sup>1834</sup> El Grupo Especial también recordó la constatación del Grupo Especial inicial de que las medidas de AEP/FEM para el A380 eran subvenciones y, por lo tanto, sustituirlas por financiación de mercado habría resultado más costoso para Airbus. El Grupo Especial concluyó que, si Airbus hubiese financiado todas sus LCA anteriores al A350XWB con financiación de mercado, su carga de la deuda resultante habría dificultado en gran medida, y muy probablemente habría imposibilitado, el lanzamiento del A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>1835</sup> En nuestra opinión, estas constataciones del Grupo Especial indican que la AEP/FEM para el A380 tuvo "efectos financieros" en la capacidad de Airbus para lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.

#### **5.6.3.5.2.3 Conclusión sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el A350XWB**

5.639. Al abordar la apelación de la Unión Europea relativa al análisis realizado por el Grupo Especial sobre los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB en el A350XWB, hemos constatado *supra* que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que "*sin* la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que *realmente existía* {en el período 2006-2010} solo podría haber continuado el programa por un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1836</sup> Asimismo, hemos rechazado la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en el A350XWB. A hacerlo, hemos recordado varias constataciones del Grupo Especial que indican que, en el lanzamiento del A350XWB, Airbus se benefició significativamente de los "efectos de aprendizaje" y los "efectos financieros" resultantes del programa A380 subvencionado. Las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB, leídas conjuntamente con sus constataciones relativas a los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380, nos indican que, sin los "efectos producto" combinados de las subvenciones de AEP/FEM existentes para los programas A380 y A350XWB, Airbus no habría podido lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.

#### **5.6.3.6 Conclusión general**

5.640. Al examinar los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM, el Grupo Especial constató que "los efectos *directos* e *indirectos* de las subvenciones de AEP/FEM anteriores

<sup>1830</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1758.

<sup>1831</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1758 y notas 3218-3219 a dicho párrafo.

<sup>1832</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3222 al párrafo 6.1760.

<sup>1833</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1759.

<sup>1834</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1771. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1835</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1769.

<sup>1836</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717. (las cursivas figuran en el original)



al A350XWB combinadas siguen siendo una causa 'auténtica y sustancial' de la presencia actual en el mercado de las {aeronaves} A320, A330 y A380".<sup>1837</sup> El Grupo Especial además constató que "los efectos *directos e indirectos* de las subvenciones de AEP/FEM combinadas, a excepción de las subvenciones de AEP/FEM otorgadas para las aeronaves A300 y A310, son una causa 'auténtica y sustancial' de la presencia actual en el mercado de{l} A350XWB".<sup>1838</sup>

5.641. Los errores que la Unión Europea alega con respecto a las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en la presencia en el mercado de las familias de LCA de Airbus A320 y A330 se refieren principalmente a las subvenciones de AEP/FEM que el Grupo Especial constató que habían expirado antes del final del plazo para la aplicación; a saber, las subvenciones para las aeronaves A300, A310, A320, A330 y A340. Recordamos que, con arreglo a nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la Unión Europea no tiene una obligación de cumplimiento con respecto a las subvenciones que el Grupo Especial constató que habían expirado al final del plazo para la aplicación. Por lo tanto, en la medida en que algunas subvenciones han expirado, no sería necesario realizar un nuevo examen de la eliminación de los efectos de esas subvenciones. En otras palabras, no es pertinente examinar si las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones *expiradas* pueden respaldar su conclusión definitiva de incumplimiento en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. En consonancia con esta opinión, no consideramos necesario formular constataciones separadas sobre las alegaciones formuladas por la Unión Europea en apelación en la medida en que se refieren a la supuesta omisión por el Grupo Especial de evaluar adecuadamente el paso del tiempo y los eventos que tuvieron lugar durante ese tiempo al formular sus constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones expiradas. Además, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que su referencia a las subvenciones de AEP/FEM combinadas en las constataciones anteriores comprende las subvenciones expiradas.<sup>1839</sup>

5.642. Más bien, como hemos explicado *supra*, la cuestión pertinente a los efectos del presente procedimiento sobre el cumplimiento es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011) causan efectos desfavorables. El Grupo Especial constató, y la Unión Europea no discute, que las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 no habían expirado al final del plazo para la aplicación.<sup>1840</sup> Además, el Grupo Especial constató que, con posterioridad al período de referencia inicial (2001-2006), la Unión Europea otorgó nuevas subvenciones de AEP/FEM a Airbus para desarrollar su familia de LCA A350XWB y que estas subvenciones estaban "estrechamente relacionadas" con las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas y las supuestas "acciones" destinadas a cumplir de la Unión Europea.<sup>1841</sup> Habida cuenta del alcance del presente procedimiento sobre el cumplimiento, por lo tanto, hemos centrado nuestro examen en el análisis y las constataciones del Grupo Especial relativos a los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación -a saber, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB- y en la apelación formulada por la Unión Europea respecto de estos, para determinar la cuestión de si estas constataciones respaldan la conclusión definitiva del Grupo Especial sobre el perjuicio grave.

5.643. Como parte de nuestro análisis expuesto *supra*, hemos discrepado de la alegación formulada por la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD de que la interpretación del

<sup>1837</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xii. (las cursivas figuran en el original) Véase también el párrafo 6.1534.

<sup>1838</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.d.xiii. (las cursivas figuran en el original) Véase también el párrafo 6.1778.

<sup>1839</sup> Dicho esto, recordamos que las subvenciones expiradas siguen siendo pertinentes como parte de un patrón de análisis que intenta identificar los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, con respecto de las cuales la Unión Europea sigue teniendo una obligación de cumplimiento. Las constataciones formuladas en el procedimiento inicial relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento de las subvenciones expiradas, y cómo estas subvenciones afectaron a las operaciones de Airbus hasta finales de 2006, pueden ayudar a entender la medida en que las subvenciones existentes pueden causar efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación.

<sup>1840</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.14.

<sup>1841</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.150. Asimismo, señalamos que ningún participante discute la constatación del Grupo Especial de que "los contratos de AEP/FEM para el A350XWB comparten las mismas características centrales que las medidas de AEP/FEM examinadas en el procedimiento inicial". (*Ibid.*, párrafo 6.286).

Grupo Especial relativa a los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo* carece de una base probatoria suficiente. Además, hemos constatado que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al llegar a su conclusión de que, "sin la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que *realmente existía* {en el período 2006-2010} solo podría haber continuado el programa por un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>1842</sup> Hemos rechazado también la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en el A350XWB.

5.644. En el presente procedimiento sobre el cumplimiento, las constataciones del Grupo Especial con respecto a los programas A380 y A350XWB indican que la competitividad adquirida por Airbus mediante las subvenciones de AEP/FEM anteriores se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial y durante el período posterior a la aplicación debido en gran parte a las subvenciones que siguió recibiendo después del período de referencia inicial y que aún existían en el período posterior a la aplicación. Las constataciones del Grupo Especial ponen de manifiesto que los años posteriores al período de referencia inicial constituyeron un período de incertidumbre considerable para Airbus. Como señaló el Grupo Especial, Airbus experimentó problemas "particularmente graves" con el programa A380 después del período de referencia inicial, entre otros, tres "extensas" demoras durante los años 2005 y 2006.<sup>1843</sup> Estas demoras dieron lugar a la cancelación de pedidos del A380, al pago de penalizaciones contractuales por parte de Airbus y a una dilación en la obtención de ingresos procedentes de las entregas del A380.<sup>1844</sup> Según el Grupo Especial, estos problemas tuvieron "graves" consecuencias para Airbus.<sup>1845</sup> Como se ha señalado *supra*, Airbus entregó finalmente su primer A380 en octubre de 2007.<sup>1846</sup>

5.645. Las constataciones del Grupo Especial establecen que, aproximadamente en la época en que Airbus hacía frente a las demoras del programa A380, el A350 original, lanzado en diciembre de 2004, "no disfrutaba del favor del mercado".<sup>1847</sup> El Boeing 787 estaba desplazando a las aeronaves de Airbus en el mercado de LCA de doble pasillo y disfrutaba de una "ventaja de desarrollo" de aproximadamente dos años sobre cualquier programa de LCA de Airbus que pudiera sustituir al A350 original.<sup>1848</sup> El Grupo Especial además constató que la decisión de Airbus de poner fin al programa A350 original en favor del A350XWB -que podía competir efectivamente con los Boeing 787 y 777- era "demasiado costosa para tomarse a la ligera".<sup>1849</sup> Las constataciones del Grupo Especial también establecen que Airbus presentó al público el concepto del A350XWB en julio de 2006 sin tener la "certeza suficiente" de contar con los conocimientos técnicos para construir el A350XWB<sup>1850</sup>, habida cuenta de que se trataba de un "importante" y "espectacular" nuevo diseño del A350 original y contemplaba un elevado uso de materiales compuestos.<sup>1851</sup> Así

<sup>1842</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1843</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551.

<sup>1844</sup> Véase el párrafo 5.608 *supra*.

<sup>1845</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1551 (donde se hace referencia a Aude Lagorce, "Airbus refuses to rule out state loans on the A350XWB", *MarketWatch*, 4 de diciembre de 2006 (Prueba documental USA-359 presentada al Grupo Especial)).

<sup>1846</sup> Base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados a fecha de 7 de abril de 2014 (Prueba documental EU-512 presentada al Grupo Especial). Véase también la nota 1694 *supra*.

<sup>1847</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1543.

<sup>1848</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1544. Asimismo, señalamos la constatación del Grupo Especial de que las ventas del A330 y el A340 estaban sufriendo "considerables contratiempos" en esas fechas debido a la competencia de Boeing. (*Ibid.*). La Unión Europea explicó al Grupo Especial que el lanzamiento del 787 de Boeing en 2004 hizo que la cuota de mercado del A330 disminuyera en un momento en que las ventas del A340 ya estaban cayendo porque la aeronave no podía competir eficazmente con el 777, más eficiente en consumo de combustible. (*Ibid.* (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 1108)) El Grupo Especial constató que esas circunstancias tuvieron "repercusiones importantes" en las ventas globales de Airbus. (*Ibid.* (donde se hace referencia a "Time for a new, improved model: Airbus gets to work on its medium-sized aircraft, but deeper problems remain", *The Economist*, 20 de julio de 2006 (Prueba documental USA-28 presentada al Grupo Especial))).

<sup>1849</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1545.

<sup>1850</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1507 (donde se hace referencia a la declaración del Ingeniero Jefe del A350XWB (Prueba documental EU-18 presentada al Grupo Especial (ICC/ICSS)), párrafos 14-15 y 43).

<sup>1851</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1546 (donde se cita el análisis de Goldman Sachs Investment, A350: Not an option but essential for Airbus' future, in our view, 21 de noviembre de 2006 (Prueba documental

pues, Airbus se enfrentaba no solo a la tensión financiera que suponía sustituir el A350 original por una aeronave nueva y costosa lo antes posible, sino también a los desafíos tecnológicos asociados al lanzamiento de una aeronave tan innovadora como el A350XWB. Finalmente, Airbus lanzó el A350XWB el 1º de diciembre de 2006.<sup>1852</sup>

5.646. Las constataciones precedentes del Grupo Especial sobre las cuestiones relativas al A350 original y al lanzamiento del A350XWB, junto con sus constataciones sobre las graves consecuencias de las extensas demoras del programa A380, establecen que Airbus hizo frente a una incertidumbre general considerable en los años posteriores al período de referencia inicial. Como se ha analizado *supra*, las constataciones del Grupo Especial inicial, junto con el análisis realizado por el Grupo Especial, indican que la AEP/FEM para el A380 tuvo "efectos directos" en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo*, habida cuenta de que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 no habían expirado, así como del hecho de que Airbus siguió recibiendo desembolsos en virtud de los contratos de Alemania, España y Francia de AEP/FEM, en un momento en el que estaba experimentando graves dificultades financieras como resultado de las extensas demoras en la producción del programa A380. Las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB, leídas conjuntamente con sus constataciones relativas a los "efectos indirectos" de la AEP/FEM para el A380, también indican que, sin los "efectos producto" combinados de las subvenciones de AEP/FEM existentes para los programas A380 y A350XWB, Airbus no habría podido lanzar el A350XWB *en la forma y en el momento en que lo hizo*. Dicho de otro modo, las subvenciones de AEP/FEM existentes que Airbus siguió recibiendo permitieron proceder al oportuno lanzamiento del A350XWB -un programa de considerable importancia estratégica para Airbus costoso y de elevado riesgo- e introducir en el mercado el A380, que había sufrido extensas demoras.

5.647. En resumen, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial pone de manifiesto que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación —es decir, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB— permitieron a Airbus proceder al oportuno lanzamiento y desarrollo del A350XWB, e introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380. Ambos eventos, como muestra el análisis anterior, fueron fundamentales para renovar y mantener la competitividad de Airbus en el período posterior a la aplicación.

## 5.6.4 Pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización

### 5.6.4.1 Introducción

5.648. Tras haber examinado los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM, el Grupo Especial pasó a considerar "la medida en que las subvenciones de AEP/FEM, mediante sus efectos 'producto' subsistentes, son una causa 'auténtica y sustancial' de la pérdida de ventas y la obstaculización y desplazamiento del mercado" que alegan los Estados Unidos.<sup>1853</sup> Con respecto a la pérdida de ventas, el Grupo Especial concluyó que:

todos los pedidos identificados en el cuadro 19 {del informe del Grupo Especial} constituyen "pérdidas de ventas" "significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una causa "auténtica y sustancial" de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1854</sup>

5.649. Con respecto al desplazamiento y la obstaculización en los mercados pertinentes, el Grupo Especial concluyó que:

---

USA-30 presentada al Grupo Especial), páginas 20-22; G. Norris, "Airline criticism of Airbus A350 forces airframer to make radical changes to fuselage, wing and engines", *Flight International*, 8 de mayo de 2006 (Prueba documental USA-26 presentada al Grupo Especial)).

<sup>1852</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1568.

<sup>1853</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1779.

<sup>1854</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1798. Como se describe con más detalle *infra*, en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial se enumeran pedidos de las familias de LCA de Airbus A320, A380 y A350XWB en 2012 y 2013, que fueron 150 y 225, respectivamente. (*Ibid.*, párrafo 6.1781, cuadro 19: Alegaciones de "pérdida de ventas" en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos).

los Estados Unidos han establecido que los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa "auténtica y sustancial" de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA de pasillo único en la Unión Europea, Australia, China y la India; de LCA de doble pasillo en la Unión Europea, China, Corea y Singapur; y de LCA de muy gran tamaño en la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos.<sup>1855</sup>

5.650. La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar la existencia de relación causal respecto de la pérdida de ventas y el "desplazamiento y/u obstaculización" en los mercados pertinentes, y plantea dos motivos principales de apelación con respecto a las conclusiones del Grupo Especial expuestas *supra*. El primero concierne a la relación causal entre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM y esos fenómenos de mercado. Concretamente, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no tuvo en cuenta: i) las diferencias en el grado de competencia entre las LCA pertinentes en cuestión en los casos particulares de pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización que alegan los Estados Unidos; y ii) los factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas mencionados por la Unión Europea.<sup>1856</sup> El segundo motivo de apelación se refiere a los supuestos errores derivados del trato que dio el Grupo Especial al desplazamiento y la obstaculización como conceptos "intercambiables e indistinguibles"<sup>1857</sup>, y del hecho de que el Grupo Especial no examinó un conjunto de datos suficientemente amplio y no se ocupó de los datos sobre volumen de ventas y cuota de mercado que tenía ante sí a efectos de analizar las alegaciones de desplazamiento y/u obstaculización formuladas por los Estados Unidos.<sup>1858</sup>

5.651. Según se ha señalado en la sección 5.6.3.3 *supra*, el Órgano de Apelación ha indicado que en general el "enfoque más adecuado" para evaluar el efecto de una subvención en el marco del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC es mediante un análisis unitario de carácter hipotético, en virtud del cual un grupo especial lleva a cabo un análisis único e integrado tanto de la *existencia* de los fenómenos de mercado pertinentes como de la cuestión de si las subvenciones en litigio han *causado* esos fenómenos.<sup>1859</sup> En efecto, como observó el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, "es difícil comprender los fenómenos de mercado descritos en los distintos apartados del párrafo 3 del artículo 6 al margen de las subvenciones impugnadas".<sup>1860</sup> Aunque el Grupo Especial explicó que adoptaría un enfoque "unitario" respecto de la relación causal<sup>1861</sup>, observamos que realizó su análisis en dos etapas: i) primero, el Grupo Especial concluyó que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM fueron tales que la presencia en el mercado de las aeronaves A320, A330, A380 y A350XWB no habría sido posible sin las subvenciones de AEP/FEM impugnadas<sup>1862</sup>; y ii) el Grupo Especial constató a continuación que esos "efectos producto" dieron lugar al perjuicio grave supuestamente sufrido por la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en forma de pérdida de ventas y "desplazamiento y/u obstaculización".<sup>1863</sup>

5.652. En la sección anterior, hemos examinado la apelación de la Unión Europea respecto de la conclusión del Grupo Especial sobre los "efectos producto" en la medida en que guardan relación con las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Hemos constatado que las constataciones del Grupo Especial con respecto a los programas A380 y A350XWB indican que la competitividad que Airbus logró gracias a las subvenciones de AEP/FEM

<sup>1855</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817.

<sup>1856</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 914-916.

<sup>1857</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 977.

<sup>1858</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 968, 1024 y 1026.

<sup>1859</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1109. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 431; y *Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 354. En cambio, con arreglo a un enfoque de dos etapas, el análisis trata en primer lugar de identificar los fenómenos de mercado y, a continuación, en una segunda etapa, examina si existe una relación causal. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1107).

<sup>1860</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1109.

<sup>1861</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1453.

<sup>1862</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1534 y 6.1778.

<sup>1863</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1779-6.1818.

anteriores al A380 se renovó y se sostuvo más allá del período de referencia inicial y a lo largo del período posterior a la aplicación debido a las subvenciones que continuó recibiendo después del período de referencia inicial y que todavía existían durante el período posterior a la aplicación. En ese contexto, hemos destacado que la Unión Europea no tiene una obligación de cumplimiento con respecto a las subvenciones que expiraron antes del 1º de junio de 2011. Al mismo tiempo, las constataciones del procedimiento inicial relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento de las subvenciones expiradas, así como a la forma en que esas subvenciones afectaron a las operaciones de Airbus hasta el final de 2006, junto con las constataciones del Grupo Especial relativas a las subvenciones otorgadas desde entonces y a lo largo del período posterior a la aplicación, informan nuestra forma de entender si las subvenciones existentes pueden causar efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación. En consonancia con el enfoque "unitario" respecto de la relación causal, y habida cuenta del hecho de que las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" formaron la base de sus constataciones subsiguientes relativas al perjuicio grave, nuestro análisis expuesto en la sección precedente sigue siendo pertinente para nuestro examen de la apelación de la Unión Europea respecto de las constataciones del Grupo Especial sobre la pérdida de ventas y el "desplazamiento y/u obstaculización".

5.653. Comenzamos con una breve exposición general de las constataciones del Grupo Especial sobre la pérdida de ventas y el "desplazamiento y/u obstaculización", así como de las alegaciones y argumentos presentados en apelación. Después tomamos en consideración la apelación de la Unión Europea respecto de la interpretación que hizo el Grupo Especial de los conceptos de "desplazamiento" y "obstaculización" en el marco de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. A continuación, abordamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la "proximidad de la competencia" entre las LCA pertinentes al llegar a sus constataciones de existencia de perjuicio grave<sup>1864</sup>, y su alegación de que el Grupo Especial no examinó un conjunto de datos suficientemente amplio al llegar a sus constataciones de desplazamiento y obstaculización. Seguidamente, examinamos las constataciones del Grupo Especial de pérdida de ventas y "desplazamiento y/u obstaculización" en cada uno de los tres segmentos de mercado identificados por el Grupo Especial -mercados de LCA de pasillo único; de LCA de doble pasillo; y de VLA- a la luz de los errores específicos que alega la Unión Europea, a saber, su argumento de que el Grupo Especial no analizó debidamente los factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas mencionados por la Unión Europea y su argumento de que el Grupo Especial no se ocupó de los datos sobre volumen de ventas y cuota de mercado que tenía ante sí al llegar a sus constataciones de "desplazamiento y/u obstaculización". Por último, consideramos la solicitud de los Estados Unidos de completar el análisis jurídico del "desplazamiento y/u obstaculización", en la medida en que revoquemos las constataciones pertinentes del Grupo Especial.<sup>1865</sup>

#### 5.6.4.2 Resumen de las constataciones del Grupo Especial

5.654. El Grupo Especial recordó su constatación de que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas continuaban siendo una causa auténtica y sustancial de la actual presencia en el mercado de las familias de LCA de Airbus A320, A330, A380 y A350XWB. El Grupo Especial recordó también su conclusión de que "sin las subvenciones de AEP/FEM impugnadas", Airbus "no estaría hoy vendiendo y/o entregando ninguno de sus modelos de aeronave existentes".<sup>1866</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que su tarea consistía en determinar si las subvenciones de AEP/FEM, mediante sus "efectos producto" subsistentes, eran una causa auténtica y sustancial de la pérdida de ventas y la obstaculización y desplazamiento del mercado que alegan los Estados Unidos. El Grupo Especial añadió que limitaría su evaluación al fundamento de las alegaciones de los Estados Unidos a la luz de las constataciones que había formulado con respecto a los "efectos producto" de la AEP/FEM en las situaciones hipotéticas "plausibles" porque, según el Grupo Especial, las constataciones en tales situaciones hipotéticas proporcionaban una base suficiente para hacer una "evaluación objetiva del asunto" como exige el artículo 11 del ESD.<sup>1867</sup>

<sup>1864</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 1041 al párrafo 968.

<sup>1865</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 573.

<sup>1866</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1779. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1867</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1779.

#### 5.6.4.2.1 Constataciones sobre la pérdida de ventas significativa

5.655. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que habida cuenta de los "efectos producto" subsistentes de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, así como de las condiciones de competencia en la rama de producción de LCA, los pedidos de LCA de Airbus realizados por ocho aerolíneas "después del 1º de diciembre de 2011 constituyen 'pérdida de ventas' en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC".<sup>1868</sup> Además, los Estados Unidos adujeron que "a causa de la supuesta importancia estratégica de muchas de esas ventas tanto para Boeing como para Airbus, así como de su valor monetario de miles de millones de dólares estadounidenses", la "pérdida de ventas" también fue "significativa".<sup>1869</sup> El Grupo Especial identificó las alegaciones relativas a la pérdida de ventas acaecida en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos en el cuadro 19 de su informe, que registraba los pedidos de LCA de Airbus realizados por ocho aerolíneas en 2012 y 2013, incluidas las ventas de 271 LCA de pasillo único, 50 LCA de doble pasillo y 54 VLA.<sup>1870</sup>

5.656. Al principio de su análisis, el Grupo Especial recordó brevemente el sentido de los términos "pérdida de ventas" "significativa" del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, señalando que se refieren a ventas "importante{s}, notable{s} o que tiene{n} consecuencias" que los proveedores del Miembro reclamantes "no han obtenido" y que, en su lugar, han sido obtenidas por los proveedores del Miembro demandado.<sup>1871</sup> El Grupo Especial coincidió con la Unión Europea en que, para demostrar que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM son una causa "auténtica y sustancial" de la "pérdida de ventas" acaecida en el período posterior a la aplicación, "no solo debe establecerse que *Airbus* no habría obtenido esas ventas de no haber existido las subvenciones, sino también que las habría obtenido *Boeing u otro fabricante de LCA estadounidense* (en contraposición a un productor de LCA no estadounidense)".<sup>1872</sup> Tras haber considerado los hechos que rodean la naturaleza de la competencia ejercida por los posibles nuevos participantes en el duopolio actual en que participan Airbus y Boeing, el Grupo Especial constató que, en las situaciones hipotéticas "plausibles"<sup>1873</sup>, "habría sido muy improbable que un productor no estadounidense hubiera entrado en el mercado de LCA"<sup>1874</sup>, y que, incluso si hubiera existido ese nuevo participante, esa entidad "solo hubiera podido entrar en el segmento de pasillo único con aeronaves que ... solo podrían imponer a Boeing restricciones de la competencia débiles".<sup>1875</sup>

5.657. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Grupo Especial estimó que "se {seguía} necesariamente que las ventas obtenidas por Airbus en los mercados de LCA de doble pasillo y de {VLA} constituirían una 'pérdida de ventas' para la rama de producción de los Estados Unidos en ambas situaciones hipotéticas 'plausibles'" en el período posterior a la

<sup>1868</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1781 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 413; la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 699-709; la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 67 y 162 del Grupo Especial; el cuadro resumen de la pérdida de ventas significativa de los Estados Unidos (Prueba documental USA-164 presentada al Grupo Especial); y la base de datos Ascend, *Boeing and Airbus Deliveries in Units 2001-2013 (Q1), Commercial Operators*, datos solicitados a fecha de 27 de abril de 2013 (Prueba documental USA-546 presentada al Grupo Especial)). (las cursivas figuran en el original) Recordando su examen relativo al período de referencia para su análisis de los efectos desfavorables, el Grupo Especial explicó que "examinar{ia} solo las alegaciones relativas a la 'pérdida de ventas' acaecida en el período posterior a la aplicación". (*Ibid.*, nota 3258 a dicho párrafo (donde se hace referencia al párrafo 6.1444 de su informe). Véanse también las notas 3260 y 3261 al cuadro 19 del informe del Grupo Especial).

<sup>1869</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1781 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 413-414; y a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 699-709).

<sup>1870</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1781, cuadro 19: Alegaciones de "pérdida de ventas" en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos.

<sup>1871</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1780 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1052; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1220).

<sup>1872</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1784. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1873</sup> Recordamos que, según el Grupo Especial inicial, en las situaciones hipotéticas "plausibles", la rama de producción de LCA se habría caracterizado por la existencia de un monopolio de Boeing o bien por la existencia de un duopolio con participación de Boeing y otro productor estadounidense de LCA. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1984. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1466).

<sup>1874</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1787.

<sup>1875</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1788.

aplicación.<sup>1876</sup> En cuanto a las razones "numerosas..., supuestamente 'ajenas a las subvenciones'"<sup>1877</sup> que la Unión Europea planteó para explicar por qué Airbus obtuvo ventas en los mercados de LCA de doble pasillo y de VLA<sup>1878</sup>, el Grupo Especial constató que Airbus no habría tenido ninguna de esas ventajas en las campañas correspondientes a las LCA de doble pasillo y a las VLA en las situaciones hipotéticas "plausibles", "sencillamente porque no habría existido".<sup>1879</sup> El Grupo Especial también desestimó el factor de no atribución relativo a que Singapore Airlines quería dividir su pedido de LCA de doble pasillo entre Airbus y Boeing y constató, en cambio, que la aerolínea habría tenido que elegir entre productores de la rama de producción de LCA estadounidense puesto que Airbus no habría existido en las situaciones hipotéticas "plausibles".<sup>1880</sup>

5.658. El Grupo Especial pasó después a la supuesta "pérdida de ventas" en el mercado de LCA de pasillo único. El Grupo Especial observó que las aeronaves de Airbus que efectivamente se compraron -es decir, el A320 y el A321- contaban con un número de asientos que "exced{ía} de lo que razonablemente podría haber ofrecido un nuevo participante" y también que "200 de las 271 aeronaves individuales que fueron objeto de pedido eran aeronaves de la nueva generación: A320neos".<sup>1881</sup> A juicio del Grupo Especial, era lógico que, en las dos situaciones hipotéticas "plausibles", los productores estadounidenses de LCA hubieran tenido una ventaja competitiva muy sólida respecto de cualquier nuevo participante en las tres campañas de ventas, ya que podrían haber ofrecido LCA de pasillo único con características que se correspondieran estrechamente con las que los clientes pertinentes demandaban y finalmente eligieron.

5.659. En relación con las "razones supuestamente 'ajenas a las subvenciones'"<sup>1882</sup>, el Grupo Especial constató que, dado que "Airbus no habría existido en el período posterior a la aplicación de no ser por los efectos de las subvenciones de AEP/FEM", los argumentos de la Unión Europea relativos a la oferta de productos de Airbus o a las experiencias reales en las campañas de ventas no tenían "ninguna pertinencia".<sup>1883</sup> El Grupo Especial también desestimó el factor de no atribución relativo a que Norwegian Air Shuttle quería dividir su pedido entre las ofertas de aeronaves de pasillo único de Airbus y Boeing.<sup>1884</sup> El Grupo Especial consideró que el productor de LCA no estadounidense que pudiera haber entrado en el mercado no habría podido competir efectivamente con los productores estadounidenses de LCA en el período posterior a la aplicación y, por consiguiente, no podría haber impedido a los productores de LCA estadounidenses obtener las ventas pertinentes de no haber existido Airbus.<sup>1885</sup>

5.660. El Grupo Especial consideró asimismo que la descripción que hizo el Grupo Especial inicial de la significación de perder ventas de LCA ante un productor de LCA rival, la cual no fue objeto de una apelación específica ni fue alterada de otro modo por el Órgano de Apelación, seguía siendo, en conjunto, una caracterización exacta de la significación de perder ventas de LCA ante un productor rival en el período posterior a la aplicación y, por lo tanto, la incorporó *mutatis mutandis*.<sup>1886</sup> El Grupo Especial no vio ninguna razón para no calificar la pérdida de ventas en el período posterior a la aplicación de pérdida de ventas "significativa". En consecuencia, el Grupo Especial concluyó afirmando lo siguiente:

constatamos que todos los pedidos identificados en el cuadro 19 constituyen "pérdidas de ventas" "significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una causa

<sup>1876</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

<sup>1877</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

<sup>1878</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1790.

<sup>1879</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1791.

<sup>1880</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1792. La Unión Europea adujo que uno de las razones por las que se dividían los pedidos era la de asegurarse de la entrega de un gran número de aeronaves en un determinado plazo. (*Ibid.*).

<sup>1881</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1793.

<sup>1882</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1794.

<sup>1883</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1795.

<sup>1884</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1796. La Unión Europea adujo que la división de los pedidos habría permitido a la empresa to "cubrir sus apuestas ... con respecto a las tecnologías nuevas y diferentes". (*Ibid.*, donde se cita la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 1301).

<sup>1885</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1796-6.1797.

<sup>1886</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1798.



"auténtica y sustancial" de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1887</sup>

#### 5.6.4.2.2 Constataciones sobre desplazamiento y obstaculización

5.661. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que, habida cuenta de los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, y de las condiciones de competencia en la rama de producción de LCA, la rama de producción de LCA estadounidense sufrió "un perjuicio grave en forma de desplazamiento y/u obstaculización de sus productos LCA en los tres mercados de productos pertinentes de la Unión Europea, y en 11 mercados de productos de terceros países, en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC".<sup>1888</sup> Como apoyo, los Estados Unidos aportaron pruebas de los volúmenes de entregas y las cuotas de mercado de Airbus y de Boeing en todos los mercados de productos pertinentes, correspondientes a cada uno de los ejercicios comprendidos entre 2001 y 2013.<sup>1889</sup> Los Estados Unidos adujeron que, "de no ser por los efectos 'producto' de la AEP/FEM, los volúmenes de entregas y las cuotas de mercado de la rama de producción de LCA estadounidense habrían sido superiores a los que efectivamente se dieron en cada uno de los mercados pertinentes".<sup>1890</sup>

5.662. La Unión Europea respondió que los Estados Unidos no habían demostrado "ninguna *tendencia* claramente discernible (en forma de *disminución* de los volúmenes de entregas y de las cuotas de mercado) para probar que las ventas de LCA estadounidenses han sido sustituidas en los mercados pertinentes o que se ha obstruido su entrada en esos mercados".<sup>1891</sup>

5.663. El Grupo Especial comenzó examinando la orientación que ha proporcionado el Órgano de Apelación en relación con la manera de determinar si el efecto de una subvención es obstaculizar o desplazar las importaciones o exportaciones de un producto similar en un mercado pertinente, en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1892</sup> Concretamente, el Grupo Especial recordó la constatación del Órgano de Apelación de que:

un análisis unitario de carácter hipotético es el método más adecuado para evaluar el efecto de una subvención de conformidad con el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. En caso de desplazamiento y obstaculización, el análisis hipotético requeriría estimar cuáles habrían sido las ventas del Miembro reclamante si no hubiera habido la subvención impugnada. Las ventas hipotéticas del Miembro reclamante se compararían entonces con sus ventas reales. Habría desplazamiento u obstaculización cuando el análisis hipotético mostrara que las ventas del Miembro reclamante habrían disminuido menos o habrían sido mayores si no hubiera habido la subvención impugnada.<sup>1893</sup>

5.664. El Grupo Especial consideró que un análisis de "las *tendencias* en la evolución de la posición competitiva de un reclamante en un mercado pertinente a lo largo del tiempo puede

<sup>1887</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1798.

<sup>1888</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1801. El Grupo Especial también observó que los Estados Unidos formularon la solicitud condicional de que, en caso de que el Grupo Especial rechazara sus alegaciones de perjuicio grave actual en el mercado de LCA de pasillo único de la Unión Europea, el Grupo Especial debería constatar que "la rama de producción de LCA de los Estados Unidos est{aba} *amenazada* de desplazamiento y/u obstaculización en ... ese mercado". (*Ibid.*, nota 3288 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 514; la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 720; y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial) (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1889</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1801.

<sup>1890</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1801 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 520-532).

<sup>1891</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1802 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 845, 851, 854, 855-951, 955, 959, 963, 1061, 1063, 1067, 1073, 1077 y 1079; la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 1562, 1600-1606, 1612, 1619, 1624, 1628, 1638, 1646, 1647, 1655-1656, 1658, 1661, 1667, 1674, 1678, 1681, 1685, 1688 y 1691; y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1892</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1799.

<sup>1893</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1800 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1163).



poner de manifiesto", entre otras cosas, que en general su volumen de ventas y su cuota de mercado: i) han permanecido estancados; ii) han disminuido; iii) han aumentado; o iv) han fluctuado.<sup>1894</sup> No convenció al Grupo Especial la afirmación de la Unión Europea de que "las alegaciones de desplazamiento y obstaculización formuladas por los Estados Unidos *solo* podrían prosperar si los datos pertinentes demostraran claramente la segunda de esas cuatro posibilidades".<sup>1895</sup> El Grupo Especial argumentó que aceptar la afirmación de la Unión Europea implicaría que no podría haber desplazamiento u obstaculización en un mercado pertinente en una situación en la que el efecto de una subvención sea impedir que el producto similar alcance un volumen de ventas y una cuota de mercado superiores a los que habría alcanzado de no haber existido la subvención.<sup>1896</sup>

5.665. El Grupo Especial recordó la observación del Órgano de Apelación de que el Grupo Especial inicial había "considerado" la alegación de desplazamiento formulada por los Estados Unidos tomando como base una evaluación de la disminución que pudiera observarse en las ventas de Boeing".<sup>1897</sup> Si bien reconoció que el Órgano de Apelación había censurado partes del análisis del desplazamiento realizado por el Grupo Especial inicial ya que "no había identificado *tendencias* que demostraran la *disminución* de las cuotas de mercado"<sup>1898</sup>, el Grupo Especial señaló que el Órgano de Apelación hizo esas constataciones solo después de: i) "haber explicado que la identificación de las *tendencias descendentes* era un elemento necesario de la *primera parte* del enfoque de *dos etapas* del análisis de la relación causal"<sup>1899</sup>; y ii) "haber decidido, a estos efectos, limitar su evaluación del análisis del *desplazamiento* realizado por el Grupo Especial a la misma cuestión considerada por el Grupo Especial, a saber, si existía una 'disminución que pudiera observarse en las ventas de Boeing'".<sup>1900</sup> Sin embargo, el Grupo Especial explicó que, dado que estaba "realizando un '*análisis unitario*' de los efectos de las subvenciones impugnadas a efectos de alegaciones *tanto* de desplazamiento *como* de obstaculización", las declaraciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial "no parecían" ser del todo pertinentes para la situación que {le} ocupa{ba}".<sup>1901</sup>

5.666. Pasando al "período ... representativo {apropiado}", el Grupo Especial observó que los Estados Unidos habían presentado datos correspondientes al período comprendido entre 2001 y 2013.<sup>1902</sup> El Grupo Especial consideró que la medida en que los Estados Unidos habían establecido sus alegaciones de perjuicio grave "se centrar{ía} en los datos de mercado más recientes correspondientes al *período posterior a la aplicación* presentados por las partes en esta diferencia", ya que solo con respecto a "los efectos que se constate existen en el período *posterior* al 1º de diciembre de 2011" podía constatarse que la Unión Europea y los cuatro Estados miembros "no han cumplido su obligación de 'adoptar{' las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables' antes del final del plazo para la aplicación".<sup>1903</sup>

5.667. A continuación, el Grupo Especial presentó en cuadros los datos sobre "volumen de entregas y cuota de mercado" correspondientes a cada uno de los distintos mercados de países y productos en cuestión.<sup>1904</sup> Constató que, a la luz de las dos situaciones hipotéticas "plausibles",

<sup>1894</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1803. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1895</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1803. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1896</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1803.

<sup>1897</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3293 al párrafo 6.1804 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1179).

<sup>1898</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1804 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1188-1190 y 1193-1198). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1899</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1804 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1170 y 1188). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1900</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1804 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1179). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1901</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1804. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1902</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 40 y 162 del Grupo Especial; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC))).

<sup>1903</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1444. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1904</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805, cuadros 20-22.

era evidente que, de no haber existido los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, el volumen de entregas y las cuotas de mercado que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habrían sido superiores a su nivel actual.<sup>1905</sup> El Grupo Especial consideró que: i) "en ambas situaciones hipotéticas 'plausibles', cualquier nuevo productor de LCA competidor no estadounidense solo habría entrado en el mercado con una LCA *de pasillo único*", lo que implica que "los mercados de doble pasillo y de aeronaves de gran tamaño habrían sido abastecidos únicamente por la rama de producción de los Estados Unidos"; y que ii) aunque quizá "algún nuevo productor de LCA no estadounidense que entrara en el mercado después del final de 2006" pudiera haber "obtenido un número relativamente pequeño de pedidos de aeronaves de pasillo único entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013", tenía "serias dudas acerca de si ese nuevo participante podría haber hecho también *entregas* durante esos años".<sup>1906</sup> Así pues, el Grupo Especial estaba convencido de que ningún nuevo productor de LCA no estadounidense que hubiera entrado en el mercado después del final de 2006 podría haber *entregado* una LCA de pasillo único entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013.

5.668. Por último, con respecto a los factores de no atribución que hizo valer la Unión Europea, el Grupo Especial opinó que "depend{ían} total o parcialmente de la premisa de la existencia de Airbus como productor de LCA competitivo que ofrece una gama completa de LCA en los tres mercados de productos de LCA".<sup>1907</sup> Después de haber constatado que, en las situaciones hipotéticas "plausibles", Airbus no habría existido en los momentos pertinentes, el Grupo Especial consideró por lo tanto que las subvenciones de AEP/FEM habían de ser una causa "auténtica y sustancial" de las entregas en el período posterior a la aplicación.<sup>1908</sup>

5.669. Por esas razones, el Grupo Especial constató que, de no haber sido por los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, "el volumen de las entregas y las cuotas de mercado que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013 habrían sido superiores a su nivel actual en todos los mercados de productos pertinentes".<sup>1909</sup> Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que:

los Estados Unidos han establecido que los efectos "producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa "auténtica y sustancial" de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA de pasillo único en la Unión Europea, Australia, China y la India; de LCA de doble pasillo en la Unión Europea, China, Corea y Singapur; y de LCA de muy gran tamaño en la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos.<sup>1910</sup>

#### 5.6.4.3 Alegaciones y argumentos formulados en apelación

5.670. La Unión Europea mantiene que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar la existencia de relación causal con respecto al perjuicio grave, porque el Grupo Especial no tuvo en cuenta las diferencias en el grado de competencia entre las LCA pertinentes en cuestión. La Unión Europea sostiene que, dada la "interpretación extremadamente amplia que adoptó el Grupo Especial para el término 'mercado'" y la "identificación consiguiente de mercados de productos en los cuales habría 'relaciones de competencia más débiles y más intensas'", era importante que el Grupo Especial, en su análisis de la relación causal, "tuviera en cuenta esas diferencias en el grado de competencia".<sup>1911</sup> La Unión Europea considera que el hecho de que no se tuvieran en cuenta esas diferencias es "tanto más preocupante" porque el Grupo Especial

<sup>1905</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806.

<sup>1906</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806. (las cursivas figuran en el original) El Grupo Especial recordó que entre las entregas de nuevas LCA y la fecha del pedido transcurría "normalmente un lapso de *al menos tres años*, y habitualmente de muchos más años en el caso de las aeronaves *de nuevo lanzamiento*". (*Ibid.* (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1907</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1814.

<sup>1908</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1814-6.1816.

<sup>1909</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817.

<sup>1910</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial se abstuvo de formular constataciones respecto de la alegación condicional de los Estados Unidos de "*amenaza* de desplazamiento y obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea". (*Ibid.*, párrafo 6.1818 (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1911</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 939.

señaló la "ausencia de relaciones de competencia estrechas entre los productos que situó en el mismo mercado de productos".<sup>1912</sup> Por lo tanto, aduce la Unión Europea, el Grupo Especial debería haber "evaluado 'las circunstancias y la dinámica específicas de la competencia en el mercado geográfico pertinente y de la demanda de los clientes en ese mercado' para asegurarse de que llega{ba} a 'una constatación válida de' desplazamiento, obstaculización o pérdida de ventas"<sup>1913</sup>, pero no lo hizo.<sup>1914</sup> En lugar de ello, el Grupo Especial basó sus constataciones de perjuicio grave en su teoría de que "Airbus no habría podido ofrecer su gama de aeronaves actual, en una situación hipotética, sin las subvenciones"<sup>1915</sup>, y "prescindió del criterio de relación causal 'auténtica y sustancial'" enunciado en apartado c) del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1916</sup>

5.671. La Unión Europea mantiene también que el Grupo Especial no tuvo en cuenta los factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas que la Unión Europea demostró causaban (o contribuían a causar) los fenómenos de mercado observados<sup>1917</sup>, a pesar del reconocimiento por el Grupo Especial de que "en una decisión de ... un cliente de LCA influye un *gran número de factores no relacionados con el precio*".<sup>1918</sup> Antes bien, el Grupo Especial "caracterizó cada venta de Airbus como una pérdida de ventas para Boeing, y cada entrega de una LCA de Airbus a un mercado en cuestión como base para sus constataciones de 'desplazamiento y/u obstaculización'".<sup>1919</sup> Con respecto a la pérdida de ventas, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial rechazó sus argumentos concernientes a varios factores de no atribución relativos a las ventajas de que disfrutaba Airbus frente a Boeing, indicando en cambio que "en las situaciones hipotéticas 'plausibles', Airbus no habría tenido ninguna de esas ventajas ... sencillamente porque no habría existido".<sup>1920</sup> De modo similar, aduce la Unión Europea, el Grupo Especial rechazó los factores de no atribución planteados por la Unión Europea en relación con el desplazamiento y la obstaculización sobre la base de que Airbus no habría existido "de no ser por" las subvenciones de AEP/FEM.<sup>1921</sup> En referencia al rechazo por el Grupo Especial de la solicitud para recabar información que había formulado al amparo del artículo 13 del ESD a los efectos de examinar los factores de no atribución, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial simplemente "prejuzó" la importancia de los factores de no atribución.<sup>1922</sup>

5.672. Por último, la Unión Europea alega errores de interpretación y aplicación de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC con respecto a las constataciones de desplazamiento y/u obstaculización formuladas por el Grupo Especial. En primer lugar, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC porque formuló "constataciones no diferenciadas de existencia de 'desplazamiento y/u obstaculización' con respecto a cada uno de los mercados de países y productos en cuestión", y con ello "confundió los dos conceptos de 'desplazamiento' y 'obstaculización'".<sup>1923</sup> La Unión Europea sostiene asimismo que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 permiten formular una constatación de desplazamiento "sin recurrir a los datos de los volúmenes de ventas y las cuotas de mercado" y "sin constatar tendencias a la baja claramente discernibles e identificables en los volúmenes de ventas o las cuotas de mercado para cada uno de los mercados de países y productos en cuestión".<sup>1924</sup> En segundo lugar, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5, los apartados a) y b) del párrafo 3

<sup>1912</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 925. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1913</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 928 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1136).

<sup>1914</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 929.

<sup>1915</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 941.

<sup>1916</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 942.

<sup>1917</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 916.

<sup>1918</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 946 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1186). (las cursivas son de la Unión Europea)

<sup>1919</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 947.

<sup>1920</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 950 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1791 y 6.1795).

<sup>1921</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 951-954.

<sup>1922</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 956.

<sup>1923</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 967.

<sup>1924</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1014. Véanse también los párrafos 1017 y 1022.

del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC porque: i) el Grupo Especial no adoptó un número suficientemente grande de series de datos para investigar las "tendencias" de manera significativa<sup>1925</sup>; y ii) el Grupo Especial incurrió en error "al no ocuparse de los datos, y formular en cambio constataciones de desplazamiento completamente al margen de los datos".<sup>1926</sup> Con respecto a las constataciones del Grupo Especial de existencia de obstaculización, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial repitió "esencialmente los mismos errores"<sup>1927</sup>, es decir, "a juicio del Grupo Especial, cabe constatar la existencia de obstaculización sin realizar ninguna evaluación de datos relativos a los volúmenes de ventas y las cuotas de mercado, y sin constatar la existencia una tendencia que sea claramente discernible e identificable".<sup>1928</sup>

5.673. Los Estados Unidos responden que no hay apoyo, en el texto del Acuerdo SMC o en la orientación del Órgano de Apelación, para la proposición de que "la 'proximidad de la competencia' entre productos *debe*, como norma general, examinarse dos veces: primero en la indagación sobre el mercado de productos y después en la evaluación de si el desplazamiento, la obstaculización o la pérdida de ventas del producto similar en el mercado pertinente fue el 'efecto de la subvención' para el producto subvencionado".<sup>1929</sup> Por lo tanto, los Estados Unidos aducen que, "al tener debidamente en cuenta la naturaleza y el grado de la competencia cuando delimitó los mercados de productos, el Grupo Especial impidió que se llegara a constataciones subsiguientes de existencia de efectos desfavorables que no fueran significativas".<sup>1930</sup> Además, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial reconoció la "necesidad de tener debidamente en cuenta si una relación de competencia es 'a lo sumo, indirecta o remota'", y no constató, como alega la Unión Europea, que "todos los productos que guardan alguna relación de competencia, con independencia de la naturaleza y el grado de dicha relación, deben ser situados en el mismo mercado a los efectos del párrafo 3 del artículo 6".<sup>1931</sup> Los Estados Unidos también sostienen que el Grupo Especial "sí ... examinó 'la existencia, la naturaleza y el grado de la competencia entre las aeronaves pertinentes' ... con detalle exhaustivo en su análisis de los mercados de productos adecuados".<sup>1932</sup> Asimismo, los Estados Unidos afirman que la Unión Europea no ha identificado en la presente diferencia una relación entre productos específicos que no quedara debidamente reflejada en el análisis de los mercados de productos realizado por el Grupo Especial y que debiera haber sido abordada en la etapa relativa a la relación causal.<sup>1933</sup> Según los Estados Unidos, cuando las partes adujeron que determinados aspectos de la competencia eran pertinentes para campañas de ventas o mercados geográficos concretos, el Grupo Especial examinó esas cuestiones en sus análisis de "las alegaciones de pérdida de ventas y desplazamiento/obstaculización {de los Estados Unidos}".<sup>1934</sup> En síntesis, los Estados Unidos sostienen que "no hay cuestiones relativas a la relación causal relacionadas con el producto que el Grupo Especial dejara sin examinar en sus análisis de los mercados de productos y la relación causal y, por consiguiente, ningún error que el Órgano de Apelación deba corregir".<sup>1935</sup>

5.674. Los Estados Unidos mantienen además que el trato dado por el Grupo Especial a los argumentos relativos a la no atribución formulados por la Unión Europea es una continuación, sólida desde un punto de vista lógico, de su análisis hipotético, y completamente compatible con el apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.<sup>1936</sup> Los Estados Unidos sostienen que, con respecto a la pérdida de ventas, el Grupo Especial consideró explícitamente cada uno de los factores de no atribución planteados por la Unión Europea y rechazó la mayoría de ellos porque eran dependientes de la premisa de que

<sup>1925</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1024.

<sup>1926</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1026.

<sup>1927</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1037.

<sup>1928</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1045 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1802-6.1804).

<sup>1929</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 520. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1930</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 511.

<sup>1931</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 515 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 550, 559, 602, 614, 618 y 922).

<sup>1932</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 516 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1157-6.1416).

<sup>1933</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 528.

<sup>1934</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 516 (donde se hace referencia a las secciones VIII.E.2.a-b de su comunicación).

<sup>1935</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 529.

<sup>1936</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 532.

Airbus exista y tenga presencia en el mercado en el período posterior a la aplicación, una situación hipotética que el Grupo Especial consideró "improbable".<sup>1937</sup> A juicio de los Estados Unidos, esos factores de no atribución no eran "válidos" porque Airbus no habría existido en la situación hipotética "plausible" y, como afirmó el Órgano de Apelación, no "tendría sentido intentar delimitar las características de algo que no habría existido sin las subvenciones".<sup>1938</sup> Los Estados Unidos mantienen además que, contrariamente a los argumentos de la Unión Europea, el Grupo Especial evaluó individualmente los factores de no atribución cuando eran exclusivos de un cliente. Con respecto al "desplazamiento y/u obstaculización", los Estados Unidos sostienen que el análisis realizado por el Grupo Especial de los factores de no atribución propuestos sigue lógicamente el razonamiento según el cual, con arreglo a la situación hipotética "plausible", Airbus no habría existido en el período de referencia, sin los efectos de las subvenciones de AEP/FEM.<sup>1939</sup> Por otra parte, según los Estados Unidos, el Grupo Especial no rechazó sumariamente ningún factor, sino que analizó cómo afectaría cada factor al comportamiento de los participantes en el mercado en la situación hipotética, y sobre esa base desestimó acertadamente los argumentos de la Unión Europea.<sup>1940</sup> Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial rechazó la solicitud para recabar información formulada por la Unión Europea al amparo del artículo 13 del ESD, porque concluyó correctamente que "la información solicitada no es necesaria para su evaluación de las alegaciones de pérdida de ventas y desplazamiento formuladas por los Estados Unidos".<sup>1941</sup>

5.675. En cuanto a los errores específicos de interpretación de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 que alega la Unión Europea, los Estados Unidos mantienen que "{t}odos los aspectos del análisis unitario realizado por el Grupo Especial demuestran que consideró el desplazamiento y la obstaculización como conceptos separados y distintos".<sup>1942</sup> Los Estados Unidos añaden que el hecho de que el Grupo Especial "formulara constataciones relativas al desplazamiento y la obstaculización enlazados con la expresión 'y/u' confirma que consideró que esos efectos producto eran conceptos diferenciados".<sup>1943</sup> Los Estados Unidos recuerdan también que el Órgano de Apelación, al interpretar los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6, ha explicado que "los grupos especiales pueden discernir o identificar el desplazamiento y la obstaculización sobre la base de pruebas relativas a las tendencias de los volúmenes de importación o exportación y de las cuotas de mercado".<sup>1944</sup> Sin embargo, los Estados Unidos recuerdan también la constatación del Órgano de Apelación de que, "como 'la obstaculización puede no ser un fenómeno visible, las pruebas de las tendencias pueden no ser determinantes de una constatación de obstaculización o pueden tener menos valor probatorio al respecto'".<sup>1945</sup> En opinión de los Estados Unidos, una comparación de las situaciones hipotética y real demostró que las importaciones (o exportaciones) y la cuota de mercado de las LCA estadounidenses habría sido mayor en cada uno de los mercados de productos pertinentes, porque "con arreglo a situaciones las hipotéticas, no habría existido información sobre el volumen de entregas y la cuota de mercado de Airbus en ninguno de los mercados de productos pertinentes".<sup>1946</sup> Así pues, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial interpretó correctamente los términos "desplazamiento" y "obstaculización" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.<sup>1947</sup>

<sup>1937</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 535 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1790 y 6.1792-6.1797, y donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1478).

<sup>1938</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 535 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1264).

<sup>1939</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 539 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1455-6.1479).

<sup>1940</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 540-546.

<sup>1941</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 549 (donde se cita el informe del Grupo Especial, Anexo E-2, párrafo 2).

<sup>1942</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 563.

<sup>1943</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 565 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1817 y 7.1.d.xiv-xv; y se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Hilados de algodón*, nota 277 al párrafo 7.88).

<sup>1944</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 568 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 478; *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1166-1167 y 1170; y *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1086).

<sup>1945</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 568 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1086).

<sup>1946</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 571.

<sup>1947</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 572.

5.676. Por esas razones, los Estados Unidos nos solicitan que rechacemos las impugnaciones del análisis realizado por el Grupo Especial planteadas por la Unión Europea.<sup>1948</sup> Sin embargo, en el caso de que constatemos que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de las pruebas relativas al desplazamiento y la obstaculización, o que el Grupo Especial debería haberse ocupado de las tendencias de manera más explícita, los Estados Unidos solicitan que completemos el análisis jurídico del desplazamiento y/u obstaculización sobre la base de los datos pertinentes del período 2001-2013.<sup>1949</sup>

#### 5.6.4.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del "desplazamiento" y la "obstaculización"

5.677. Comenzamos nuestro análisis con el texto del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, que establece, en su parte pertinente, lo que sigue:

Puede haber perjuicio grave, en el sentido del apartado c) del artículo 5, en cualquier caso en que se den una o varias de las siguientes circunstancias:

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

5.678. Observamos que los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC utilizan ambos la conjunción "u" para separar los términos "desplazar" y "obstaculizar". El texto del párrafo 3 del artículo 6 no ofrece más detalles sobre estos conceptos. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación explicó que, para alcanzar una constatación de que *una subvención tiene por efecto* "desplazar u obstaculizar", "el análisis hipotético requeriría estimar cuáles habrían sido las ventas del Miembro reclamante si no hubiera habido la subvención impugnada", y después comparar "{l}as ventas hipotéticas del Miembro reclamante ... con sus ventas reales".<sup>1950</sup> El Órgano de Apelación concluyó que *una subvención tiene por efecto* "desplazar u obstaculizar" cuando "el análisis hipotético {muestra} que las ventas del Miembro reclamante habrían disminuido menos o habrían sido mayores si no hubiera habido la subvención impugnada".<sup>1951</sup> Dicho esto, con independencia del método empleado para llevar a cabo el análisis del perjuicio grave en el marco del párrafo 3 del artículo 6, debe demostrarse que la subvención impugnada tiene por efecto el fenómeno de mercado.

5.679. Concretamente, en relación con el desplazamiento, el Órgano de Apelación interpretó ese concepto "considerándolo relacionado con la interacción competitiva de los productos en un

<sup>1948</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 551 y 572.

<sup>1949</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 573 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 40 y 162 del Grupo Especial; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC))).

<sup>1950</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1163.

<sup>1951</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1163. El Órgano de Apelación añadió que "{l}a identificación del desplazamiento *con arreglo a este enfoque*" (es decir, el enfoque en dos etapas) debería centrarse en tendencias de los mercados "claramente identificables", "teniendo en cuenta tanto el volumen como las cuotas de mercado". (*Ibid.*, párrafo 1170 (sin cursivas en el original)). Recordamos que, en el contexto del enfoque en dos etapas relativo a la relación causal que adoptó el Grupo Especial inicial, el Órgano de Apelación explicó que "cuando un reclamante presenta un argumento basado en la existencia de desplazamiento como *fenómeno que puede observarse directamente*", puede constatar la existencia de desplazamiento si las "importaciones de un producto similar del Miembro reclamante están disminuyendo en el mercado del Miembro que concede la subvención y están siendo sustituidas por el producto subvencionado". (*Ibid.* (sin cursivas en el original)) En cambio, con arreglo a un enfoque unitario, el análisis de los fenómenos concretos de mercado identificados en los apartados del párrafo 3 del artículo 6 no se realiza separadamente del análisis de la existencia de una relación causal entre esos fenómenos de mercado y las subvenciones impugnadas. (*Ibid.*, párrafo 1107).

mercado y resultantes de ella".<sup>1952</sup> El desplazamiento, como ha explicado el Órgano de Apelación, "es una situación en que las ventas del producto subvencionado reemplazan a las importaciones o exportaciones de un producto similar"<sup>1953</sup> -es decir, que hay "un efecto de sustitución entre el producto subvencionado y el producto similar del Miembro reclamante"-.<sup>1954</sup> La determinación de si una subvención tiene por efecto desplazar conlleva un análisis de hechos concretos que solo puede realizarse caso por caso y a la luz de las particularidades del mercado de que se trate. En la medida en que un reclamante pueda demostrar mediante argumentos y pruebas que las ventas o cuotas de mercado reales del producto similar han disminuido durante el período de referencia, ello será indicativo del desplazamiento causado por la subvención en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6.<sup>1955</sup> En tal medida, si bien un análisis de las tendencias del mercado -por ejemplo, relativo a si se han modificado las cuotas de mercado relativas en detrimento del producto similar- puede ser pertinente, no es determinante para la existencia de perjuicio grave.

5.680. El término "obstaculizar", como constató el Órgano de Apelación, "connota una gama de situaciones más amplia que el término 'desplazar'".<sup>1956</sup> El Órgano de Apelación explicó que la obstaculización se "refiere a situaciones en que las exportaciones o importaciones del producto similar del Miembro reclamante habrían aumentado si no hubieran sido 'obstruidas' o 'dificultadas' por el producto subvencionado".<sup>1957</sup> Las pruebas de que, sin la subvención, las ventas habrían aumentado más o habrían disminuido menos de lo que lo hicieron indicarían la existencia de obstaculización en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6.<sup>1958</sup> El Órgano de Apelación explicó además que la "obstaculización" también puede referirse a una situación en que "las exportaciones o importaciones del producto similar del Miembro reclamante no se materializaron porque el producto subvencionado contuvo la producción".<sup>1959</sup> Como en el caso del desplazamiento, la determinación de si una subvención tiene por efecto "obstaculizar" conlleva un análisis de los hechos específicos que solo puede realizarse caso por caso y a la luz de las particularidades del mercado de que se trate.

5.681. Recordamos que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación reconoció que "{p}uede haber situaciones en que el desplazamiento y la obstaculización se superpongan"<sup>1960</sup> y que "puede ser difícil establecer una demarcación clara"<sup>1961</sup> entre esos conceptos. El Órgano de Apelación indicó, por ejemplo, que una situación fáctica particular podría dar lugar a ambos fenómenos de desplazamiento y obstaculización. Específicamente, con respecto a las situaciones

<sup>1952</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1119. (no se reproduce la nota de pie de página) El Órgano de Apelación ha explicado que "normalmente serán necesarias" las siguientes características antes de que un grupo especial pueda llegar a una constatación de desplazamiento en virtud del párrafo 3 b) del artículo 6: "en primer lugar, que al menos una parte de la cuota de mercado de las exportaciones del producto similar del Miembro reclamante haya sido absorbida o sustituida por el producto subvencionado"; y, "en segundo lugar, que se puedan discernir tendencias del volumen y la cuota de mercado". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1082 (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>1953</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1119.

<sup>1954</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1160. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1955</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1162.

<sup>1956</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1161. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1957</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1161.

<sup>1958</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1162.

<sup>1959</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1161. (no se reproduce la nota de pie de página) El Órgano de Apelación observó asimismo que la obstaculización "presupone la existencia de un mecanismo económico mediante el cual un producto subvencionado dificulta, obstruye o contiene las ventas de un producto similar en el mercado de productos pertinente". (*Ibid.*, nota 2465 al párrafo 1119).

<sup>1960</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 2548 al párrafo 1161.

<sup>1961</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1162.

en que las importaciones o exportaciones del producto similar "estén disminuyendo" y en que "estén disminuyendo más que lo que de otro modo habrían disminuido", el Órgano de Apelación señaló que, "{e}n la medida en que haya una disminución observable de las importaciones o exportaciones, cabe considerar que existe una situación de desplazamiento".<sup>1962</sup> El Órgano de Apelación afirmó que, al mismo tiempo, "hay un aspecto de la disminución que no puede observarse directamente: el hecho de que esa disminución sea más acusada de lo que de otro modo habría sido", en cuyo caso "cabe considerar que existe una situación de obstaculización".<sup>1963</sup>

5.682. Teniendo presentes esas consideraciones, pasamos a ocuparnos de las cuestiones planteadas por la Unión Europea en apelación, comenzando con su alegación de que el Grupo Especial trató el "desplazamiento" y la "obstaculización" como conceptos intercambiables y por lo tanto incurrió en error. Según se ha indicado, la Unión Europea afirma que "el Grupo Especial formuló constataciones de 'desplazamiento y/u obstaculización' no diferenciadas con respecto a todos los mercados de países y productos en cuestión".<sup>1964</sup> La Unión Europea sostiene que "una lectura adecuada" de la orientación del Órgano de Apelación muestra que este "equiparó i) el concepto de 'desplazamiento' con una situación en que, sin las subvenciones, 'las ventas del Miembro reclamante habrían disminuido menos', y ii) el concepto de 'obstaculización' con una situación en que, sin las subvenciones, 'las ventas del Miembro reclamante ... habrían sido mayores'".<sup>1965</sup> La Unión Europea también sostiene que "el Grupo Especial no especificó si había constatado i) tanto el desplazamiento como la obstaculización en todos los mercados de países y productos o, en cambio, ii) había constatado uno u otro de esos dos efectos distintos en un mercado determinado".<sup>1966</sup>

5.683. Los Estados Unidos responden recordando que tanto "el desplazamiento como la obstaculización" estaban presentes en la mayoría de los mercados de productos, y que los únicos mercados de productos y geográficos en que los Estados Unidos *no* alegaron "desplazamiento y/u obstaculización, o amenaza de desplazamiento y/u obstaculización"<sup>1967</sup> fueron el mercado de LCA de doble pasillo de la Unión Europea; el mercado de VLA de China; y el mercado de VLA de los Emiratos Árabes Unidos. En cambio, los Estados Unidos han alegado únicamente obstaculización en esos mercados.<sup>1968</sup> Por consiguiente, según los Estados Unidos, "el análisis simultáneo de ambos conceptos realizado por el Grupo Especial constituye un enfoque lógico para evaluar las alegaciones {de los Estados Unidos}".<sup>1969</sup> Los Estados Unidos sostienen que "{e}l Órgano de Apelación ha aclarado que una única situación hipotética fáctica (a saber, pruebas de la disminución de las ventas) podría demostrar la existencia de ambos efectos".<sup>1970</sup> Por lo tanto, los Estados Unidos afirman que no es "exacto sugerir ... que el Órgano de Apelación 'equiparó' los conceptos de desplazamiento y obstaculización con un conjunto exhaustivo de situaciones hipotéticas fácticas específicas y mutuamente excluyentes".<sup>1971</sup>

5.684. Recordamos que el Grupo Especial tomó nota de la afirmación de los Estados Unidos de que la rama de producción de LCA estadounidense "sufr{ió} un perjuicio grave en forma de

<sup>1962</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 2550 al párrafo 1162.

<sup>1963</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, nota 2550 al párrafo 1162.

<sup>1964</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 979. (las cursivas figuran en el original)

<sup>1965</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 998 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1163).

<sup>1966</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 979.

<sup>1967</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, nota 1025 al párrafo 564 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafos 14-15, 24 y 32).

<sup>1968</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 579, 591 y 603 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafos 16, 24 y 32, respectivamente; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC))), páginas 3, 9 y 15, respectivamente).

<sup>1969</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 564 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1801; y a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafos 13-31).

<sup>1970</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 566 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1162).

<sup>1971</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 567.



desplazamiento y/u obstaculización ... en los tres mercados de productos pertinentes de la Unión Europea, y en 11 mercados de productos de terceros países".<sup>1972</sup> El Grupo Especial examinó la orientación proporcionada por el Órgano de Apelación "en relación con la manera de determinar si el efecto de una subvención es obstaculizar o desplazar las importaciones o exportaciones de un producto similar".<sup>1973</sup> El Grupo Especial citó, en particular, la constatación del Órgano de Apelación de que, "{p}or consiguiente, aunque puede haber cierta superposición entre los conceptos, los términos 'desplazamiento' y 'obstaculización' no son intercambiables".<sup>1974</sup> El Grupo Especial recordó también el "marco" establecido por el Órgano de Aplicación para "evaluar una alegación de obstaculización o desplazamiento".<sup>1975</sup>

5.685. El Grupo Especial observó que los Estados Unidos habían "aportado pruebas de los volúmenes de entregas y las cuotas de mercado de Airbus y de Boeing en todos los mercados de productos pertinentes, correspondientes a cada uno de los ejercicios comprendidos entre 2001 y 2013" para respaldar su alegación de que, "de no ser por los efectos 'producto' de la AEP/FEM, los volúmenes de entregas y las cuotas de mercado de la rama de producción de LCA estadounidense habrían sido superiores a los que efectivamente se dieron en cada uno de los mercados pertinentes".<sup>1976</sup> El Grupo Especial añadió que cabe formular una constatación de desplazamiento u obstaculización "{cuando} el efecto de una subvención sea impedir que el producto similar alcance un volumen de ventas y una cuota de mercado superiores a los que habría alcanzado de no haber existido la subvención".<sup>1977</sup>

5.686. Como ya se ha examinado *supra*, el Órgano de Apelación ha indicado que, en general, el "enfoque más adecuado" para evaluar el efecto de una subvención en el marco del párrafo 3 del artículo 6 es mediante un análisis "unitario" de carácter hipotético.<sup>1978</sup> En caso de desplazamiento y obstaculización, "el análisis hipotético requeriría estimar cuáles habrían sido las ventas del Miembro reclamante si no hubiera habido la subvención impugnada", y su comparación posterior con las "ventas reales".<sup>1979</sup> Habría desplazamiento u obstaculización cuando "el análisis hipotético mostrara que las ventas del Miembro reclamante habrían disminuido menos o habrían sido mayores si no hubiera habido la subvención impugnada".<sup>1980</sup> Entendemos que el Grupo Especial trató de aplicar este marco cuando pasó a evaluar si el volumen de las entregas y las cuotas de mercado que "habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013 habrían sido superiores a *su nivel actual* en todos los mercados de productos pertinentes"<sup>1981</sup> de no haber sido por los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM.

5.687. Por otra parte, hemos señalado que puede haber situaciones de superposición, en el sentido de que una determinada situación puede dar lugar tanto a desplazamiento como a obstaculización, y que el Órgano de Apelación ha advertido que no debe trazarse una distinción clara entre esos conceptos. Cabe concebir que, en función de los hechos de un determinado

<sup>1972</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1801. El Grupo Especial también indicó que los Estados Unidos hicieron una "alegación condicional", en el caso de que el Grupo Especial rechazara sus alegaciones de perjuicio grave actual en el mercado de LCA de pasillo único de la Unión Europea, de que "la rama de producción de LCA de los Estados Unidos {estaba} *amenazada* de desplazamiento y/u obstaculización en ... ese mercado". (*Ibid.*, nota 3288 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 514; la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 720; y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial) (las cursivas figuran en el original)).

<sup>1973</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1799. (sin cursivas en el original)

<sup>1974</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1799 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1071, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1119, 1160-1161, 1165-1166 y 1170).

<sup>1975</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1800. (sin cursivas en el original)

<sup>1976</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1801 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 520-532).

<sup>1977</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1803.

<sup>1978</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1109.

<sup>1979</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1163.

<sup>1980</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1163.

<sup>1981</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. (sin cursivas en el original)

asunto, un grupo especial constate, con respecto a un mercado de productos y geográfico particular, que una subvención tiene por efecto: desplazamiento; u obstaculización; o desplazamiento y obstaculización. Aunque no está del todo claro lo que quería decir el Grupo Especial cuando utilizó la expresión "desplazamiento y/u obstaculización", a nuestro modo de ver la constatación del Grupo Especial de que "los Estados Unidos han establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de *desplazamiento y/u obstaculización* de las LCA estadounidenses en los mercados {geográficos pertinentes} de LCA de pasillo único...; de LCA de doble pasillo ...; y de {VLA}"<sup>1982</sup> está informada por la manera en que los Estados Unidos formularon sus alegaciones.<sup>1983</sup> No entendemos que la utilización de la expresión "desplazamiento y/u obstaculización" por el Grupo Especial al resumir sus constataciones de perjuicio grave para los mercados pertinentes en cuestión indique que el Grupo Especial constató la existencia de tales fenómenos de perjuicio grave de manera indiferenciada con respecto a un mismo y único mercado de producto y país. En consecuencia, contrariamente a lo que parece indicar la Unión Europea, de la utilización de la expresión "desplazamiento y/u obstaculización" por el Grupo Especial no se sigue necesariamente que el Grupo Especial tratara el "desplazamiento" y la "obstaculización" como conceptos intercambiables e indistinguibles a los fines de su análisis de los efectos desfavorables.<sup>1984</sup>

#### 5.6.4.5 La cuestión de si el Grupo Especial no examinó la "proximidad de la competencia"

5.688. Como se ha indicado *supra*, la Unión Europea alega que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del apartado c) del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar la existencia de relación causal porque no tuvo en cuenta las diferencias en el grado de competencia entre las LCA en los mercados pertinentes de productos y países en cuestión. Según la Unión Europea, dada la amplia interpretación del término "mercado" que adoptó el Grupo Especial y su identificación de los mercados de productos en los cuales "habría *relaciones de competencia más débiles o más fuertes*' (o, en algunos casos, no habría una restricción de la competencia impuesta por un producto a otro en el mismo mercado de productos)"<sup>1985</sup>, era importante que el Grupo Especial, en su análisis de la relación causal, tuviera en cuenta esas diferencias en el grado de competencia. La Unión Europea afirma asimismo que, "aun cuando exista efectivamente 'alguna' competencia entre dos productos, ese hecho no

<sup>1982</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. (sin cursivas en el original)

<sup>1983</sup> Por ejemplo, los Estados Unidos han alegado que, en el mercado de LCA de pasillo único de la India, la "acusada disminución de la cuota de mercado demuestra el desplazamiento y/u obstaculización de las exportaciones de LCA de Boeing". (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 593 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 25; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 10)). Análogamente, en el mercado de LCA de pasillo único de Australia, "se está desplazando y/u obstaculizando a las LCA de Boeing". (*Ibid.*, párrafo 583 (donde se hace referencia al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 5)). Sin embargo, con respecto al mercado de LCA de pasillo único de China, "el desplazamiento que constató el Órgano de Apelación continúa, y también se están obstaculizando las exportaciones del 737 de Boeing". (*Ibid.*, párrafo 587 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 21; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 7)). De modo similar, en el mercado de VLA de Corea, "el A380 ha desplazado y obstaculizado al 747-8I". (*Ibid.*, párrafo 597 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 28; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 12)). Por último, respecto del mercado de LCA de doble pasillo de la Unión Europea y de los mercados de VLA de China y los Emiratos Árabes Unidos, los Estados Unidos únicamente alegaron la existencia de obstaculización. (*Ibid.*, párrafos 579, 591 y 603 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafos 16, 24 y 32, respectivamente; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), páginas 3, 9 y 15, respectivamente)).

<sup>1984</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 977. Examinamos las constataciones de perjuicio grave en los mercados pertinentes en cuestión formuladas por el Grupo Especial en la sección 5.6.4.6 del presente informe.

<sup>1985</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 939. (sin cursivas en el original) Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1416.

establece concluyentemente que las subvenciones a un producto den lugar a efectos desfavorables para el otro".<sup>1986</sup>

5.689. Recordamos que, en la sección 5.6.2 *supra*, hemos abordado la apelación de la Unión Europea concerniente a las constataciones del Grupo Especial sobre los mercados de productos, incluida su afirmación de que el Grupo Especial incurrió en error al no evaluar la naturaleza y el grado de la competencia entre productos. Hemos concluido que la evaluación de los mercados de productos pertinentes realizada por el Grupo Especial en el presente procedimiento sobre el cumplimiento se basó en un análisis adecuado de la naturaleza y el grado de la competencia entre productos que, según constató el Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente.<sup>1987</sup> En consecuencia, hemos constatado que no hubo error en las constataciones del Grupo Especial a este respecto.

5.690. Dicho esto, estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que aduce que la evaluación e identificación por un grupo especial del mercado o los mercados de productos pertinentes sobre la base de la competencia real o potencial entre productos constituye solo una parte de su análisis global de si una determinada subvención contribuye de manera auténtica y sustancial a producir uno o más de los efectos desfavorables enumerados en el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. En efecto, como ha afirmado el Órgano de Apelación, la evaluación por un grupo especial de "si los supuestos productos subvencionados y similares comp{iten} en el mismo mercado o en mercados múltiples, ... constituye un *requisito previo* para apreciar si se puede constatar que existe desplazamiento {u obstaculización} en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6".<sup>1988</sup> Sin embargo, la evaluación de la naturaleza y el grado de la competencia en el mercado o mercados de productos pertinentes no responde, en sí misma y por sí misma, a la cuestión de si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables en el mercado o los mercados pertinentes. Tendremos presentes estas consideraciones al seguir examinando las constataciones del Grupo Especial.

#### **5.6.4.6 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones de pérdida de ventas significativa y "desplazamiento y/u obstaculización"**

##### **5.6.4.6.1 El conjunto de datos examinado por el Grupo Especial**

5.691. Antes de analizar las constataciones de perjuicio grave formuladas por el Grupo Especial, abordamos una cuestión preliminar planteada por la Unión Europea sobre el tamaño del conjunto de datos que el Grupo Especial examinó para llegar a sus constataciones de "desplazamiento y/u obstaculización". La Unión Europea afirma que "el Grupo Especial no adoptó un número suficientemente grande de puntos de datos para investigar 'tendencias' de forma significativa"<sup>1989</sup> y, "{e}n virtud de sus selecciones", el Grupo Especial "se quedó efectivamente con dos puntos de datos: los datos anuales correspondientes a los años 2012 y 2013".<sup>1990</sup> Según la Unión Europea, "{l}os datos correspondientes a un único mes, diciembre de 2011, presentarían el problema de que '{al ser} las ventas esporádicas y los volúmenes relativamente pequeños, {se} hace más difícil identificar cualesquiera tendencias"<sup>1991</sup> y que "no habría un modo significativo de comparar los datos relativos a un único mes con los datos relativos a años completos".<sup>1992</sup>

5.692. El Grupo Especial, como recordamos, consideró que "un grupo especial al que se ha encomendado que examine el fundamento de alegaciones" formuladas al amparo de los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC debe "centrar sus esfuerzos en

<sup>1986</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 934.

<sup>1987</sup> Véase la sección 5.6.2 del presente informe. Véanse también el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1292, 6.1294 y 6.1372; y el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1120.

<sup>1988</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1128. (sin cursivas en el original)

<sup>1989</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1024.

<sup>1990</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1025.

<sup>1991</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 1114 al párrafo 1025 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1188).

<sup>1992</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, nota 1114 al párrafo 1025.

la determinación de la medida en que las subvenciones impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de perjuicio grave *en el presente*<sup>1993</sup>, o "*en las actuales condiciones fácticas*"<sup>1994</sup>. El Grupo Especial señaló el acuerdo de las partes en que, en lo tocante a las constataciones del presente procedimiento sobre el cumplimiento, puede haber sido posible e incluso apropiado que el Grupo Especial examinara datos correspondientes a un período histórico que precediera al final del plazo para la aplicación. El Grupo Especial compartió esa opinión y consideró que "para el cumplimiento de {su} deber de realizar una evaluación objetiva del asunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD, sería mejor" que "examinar{a} la totalidad de las pruebas presentadas por los Estados Unidos y todas las pruebas de réplica presentadas por la Unión Europea, incluida la información más reciente cuando esta {fuese} pertinente y obtenible".<sup>1995</sup> Sin embargo, si bien el Grupo Especial no vio "necesidad alguna de optar *a priori* por un período de referencia", consideró que las alegaciones de incumplimiento formuladas por los Estados Unidos solo prosperarían si podían demostrar "la existencia de un perjuicio grave *actual* para sus intereses ... *en el período posterior a la aplicación*, es decir, un perjuicio grave *actual* en el período *posterior al 1º de diciembre de 2011*".<sup>1996</sup>

5.693. Como se ha señalado, aunque las pruebas que señalan variaciones de las cuotas de mercado relativas pueden ser indicativas de desplazamiento u obstaculización, no establecen, sin más, que el efecto de una determinada subvención sea desplazar u obstaculizar las importaciones o exportaciones de un producto similar de otro Miembro en el sentido de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6. El párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC estipula, a este respecto, que "se entenderá que hay desplazamiento u obstaculización ... en todos los casos en que ... se haya demostrado que se ha producido una variación de las cuotas de mercado relativas desfavorable al producto similar no subvencionado (*durante un período apropiadamente representativo, suficiente para demostrar tendencias claras* en la evolución del mercado del producto afectado, que *en circunstancias normales será por lo menos de un año*)".<sup>1997</sup> Aunque una simple lectura del párrafo 4 del artículo 6 indica que, en circunstancias normales, se pueden establecer tendencias del mercado incluso sobre la base de datos correspondientes a un período de referencia de un año, esto dependerá de la naturaleza del producto y las particularidades del mercado en cuestión, y del número de puntos de datos disponibles en el período de referencia elegido. El Órgano de Apelación ha declarado que "{l}a identificación de una tendencia será más precisa cuanto más numerosos sean los datos utilizados en el análisis".<sup>1998</sup> Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación ha explicado que "una prescripción excesivamente rigurosa en cuanto al tamaño del conjunto de los datos podría impedir a un Miembro impugnar oportunamente subvenciones que tienen efectos desfavorables para sus intereses".<sup>1999</sup> Además, en el contexto del procedimiento sobre el cumplimiento, un grupo especial puede tener que pronunciarse sobre una alegación de incumplimiento después de lo que puede haber sido un plazo prudencial para la aplicación relativamente corto. Asimismo, señalamos la naturaleza especial de la rama de producción de LCA en que las ventas y los volúmenes de entregas son, por lo general, muy inferiores a los de los bienes de consumo.

5.694. En nuestra opinión, estas consideraciones son idóneas e instructivas en el contexto del presente procedimiento sobre el cumplimiento. No consideramos que el Grupo Especial haya excluido *a priori* del examen pruebas e información pertinentes que le habían sido presentadas. En

<sup>1993</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1443 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 10.18; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 7.1694 y 7.1714). (las cursivas figuran en el original)

<sup>1994</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1443 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafos 10.104 y 10.248 (sin cursivas en el original)).

<sup>1995</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1444.

<sup>1996</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1444. (las cursivas figuran en el original) Por consiguiente, a los efectos de evaluar las alegaciones de los Estados Unidos relativas a la pérdida de ventas y al "desplazamiento y/u obstaculización", el Grupo Especial tuvo en cuenta datos sobre el mercado correspondientes al período comprendido entre diciembre de 2011 y diciembre de 2013. (*Ibid.*, párrafo 6.1781, cuadro 19, y párrafo 6.1805, cuadros 20-22).

<sup>1997</sup> Sin cursivas en el original.

<sup>1998</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1167. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>1999</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1167.

las circunstancias del asunto que nos ocupa, habida cuenta de que reconoció que "las alegaciones de incumplimiento formuladas por los Estados Unidos solo prosperar{ían} si {podían demostrar} la existencia de un perjuicio grave *actual ... en el período posterior a la aplicación*"<sup>2000</sup>, no apreciamos ningún error en la decisión del Grupo Especial de centrarse "en los datos de mercado más recientes correspondientes al *período posterior a la aplicación* presentados por las partes en esta diferencia".<sup>2001</sup> Si bien reconocemos que los datos sobre el volumen de entregas y las cuotas de mercado correspondientes al período posterior a la aplicación en el presente asunto han sido al parecer bastante limitados, no vemos ningún fundamento para excluir *a priori*, sin un mayor análisis, la posibilidad de que tales datos puedan respaldar una constatación sobre la existencia de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación.

5.695. Procedemos ahora a examinar las constataciones del Grupo Especial relativas a la pérdida de ventas<sup>2002</sup> y "desplazamiento y/u obstaculización" alegados en el período posterior a la aplicación, comenzando por sus constataciones relativas al mercado de LCA de pasillo único.

#### 5.6.4.6.2 Mercado de LCA de pasillo único

5.696. El Grupo Especial identificó las "pérdidas de ventas" siguientes alegadas por los Estados Unidos en el mercado de LCA de pasillo único en el período posterior a la aplicación, todas las cuales se refieren a las ventas de la familia de LCA A320 de Airbus:

**Cuadro 8: Alegaciones de "pérdida de ventas" en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos**

Mercado de productos/Cliente	Modelo de LCA	Nº de pedidos 2012	Nº de pedidos 2013
<i>Pasillo único</i>			
China Aircraft Leasing Company	A320ceo/A321ceo	28/8	
easyJet	A320ceo/A320neo		35/100
Norwegian Air Shuttle	A320neo	100	

Fuente: Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1781, cuadro 19.

5.697. Como se ha indicado *supra*, el Grupo Especial consideró que, en cualquiera de las situaciones hipotéticas "plausible{s}", la competencia de posibles nuevos participantes no estadounidenses se habría limitado al mercado de LCA de pasillo único.<sup>2003</sup> No obstante, al Grupo Especial le resultó difícil ver cómo algún nuevo participante no estadounidense podría haber desarrollado "una oferta de LCA de pasillo único creíble" que pudiera competir con Boeing (o un duopolio formado por Boeing y otro productor de LCA estadounidense) en las campañas de ventas en cuestión.<sup>2004</sup>

5.698. Además, recordamos que los Estados Unidos han alegado la existencia de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India.<sup>2005</sup> Respecto del mercado de LCA de pasillo único de la Unión Europea, los Estados Unidos han alegado la existencia de "obstaculización"<sup>2006</sup> y, subsidiariamente, amenaza de desplazamiento y obstaculización.<sup>2007</sup> El Grupo Especial identificó los datos sobre "volumen de entregas y cuota de

<sup>2000</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1444. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2001</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1444. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2002</sup> Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos presentaron pruebas de 115 pedidos de aproximadamente 1.300 LCA de Airbus realizados entre 2001 y 2003, aduciendo que todos esos pedidos constituían una "pérdida de ventas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6. Los Estados Unidos adujeron además que todos estos pedidos deberían haber sido considerados a efectos de establecer si la Unión Europea ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Grupo Especial, sin embargo, decidió examinar solo las alegaciones relativas a la "pérdida de ventas" acaecida en el período posterior a la aplicación. (Informe del Grupo Especial, nota 3258 al párrafo 6.1781). Ninguna de las partes en la diferencia ha apelado contra este enfoque del Grupo Especial.

<sup>2003</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1787-6.1788.

<sup>2004</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1793.

<sup>2005</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 583, 587 y 593.

<sup>2006</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 575.

<sup>2007</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 577 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 14; y al cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial

mercado" correspondientes a los diferentes mercados de LCA de pasillo único en el cuadro 20 de su informe (reproducido en el cuadro 9 *infra*). Todas las entregas realizadas por Airbus que se muestran en el cuadro 9 fueron entregas de la familia de LCA A320.<sup>2008</sup>

**Cuadro 9: Mercado de LCA de pasillo único**

Datos sobre entregas	Unión Europea			Australia			China			India		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	10	59	29	4	21	14	4	73	123	1	8	17
Cuota de mercado de Boeing	83,3%	49,6%	29,0%	80%	77,8%	51,9%	33,3%	41,7%	55,9%	33,3%	26,7%	43,6%
Volumen de Airbus (unidades)	2	60	71	1	6	13	8	102	97	2	22	22
Cuota de mercado de Airbus	16,7%	50,4%	71,0%	20%	22,2%	48,1%	66,7%	58,3%	44,1%	66,7%	73,3%	56,4%

5.699. A continuación de esta tabla en su informe, el Grupo Especial declaró que, "{a} la luz de las dos situaciones hipotéticas 'plausibles'" era evidente que, "de no haber existido los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, el volumen de entregas y las cuotas de mercado que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habrían sido superiores a su nivel actual".<sup>2009</sup> El Grupo Especial también expresó "serias dudas" acerca de si un nuevo productor de LCA de un único pasillo no estadounidense "podría haber hecho ... entregas durante esos años".<sup>2010</sup> En consecuencia, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos habían demostrado la existencia de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de pasillo único en la Unión Europea, Australia, China y la India.<sup>2011</sup>

5.700. Por lo tanto, para llegar a sus constataciones de efectos desfavorables en el mercado de LCA de pasillo único, el Grupo Especial se basó en la afirmación de que Airbus no habría podido vender o entregar su familia de LCA A320 de no haber existido los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas. Como se ha explicado *supra*, las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A320 se refirieron principalmente a los efectos de las subvenciones que habían expirado antes del final del plazo para la aplicación.<sup>2012</sup> Sin embargo, hemos constatado que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. Más bien, la cuestión pertinente es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación causan efectos

(ICC)), página 2). No obstante, el Grupo Especial no formuló ninguna determinación sobre la alegación de los Estados Unidos de amenaza de desplazamiento y/u obstaculización en este mercado "dado que los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que considerara esa alegación solo si rechazaba las alegaciones {de los Estados Unidos} de perjuicio grave actual". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1818 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 514; la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 720; y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial) (las cursivas figuran en el original)).

<sup>2008</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805, cuadro 20: Mercado de LCA de pasillo único (donde se incluyen datos de la base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados a fecha de 7 de abril de 2014 (Prueba documental EU-512 presentada al Grupo Especial)). Véase también la base de datos Ascend, *Boeing and Airbus Deliveries in Units 2001-2011, Commercial Operators*, datos solicitados a fecha de 30 de marzo de 2014 (Prueba documental USA-577 presentada al Grupo Especial), mencionada en el informe del Grupo Especial, nota 2313 al párrafo 6.1368.

<sup>2009</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806.

<sup>2010</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2011</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817.

<sup>2012</sup> Recordamos que el Grupo Especial constató que todas las subvenciones de AEP/FEM concedidas hasta el A320, incluido, habían expirado. (Véanse los párrafos 5.402 y 5.552 *supra*. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.876 y nota 1567 a dicho párrafo).

desfavorables, de modo que la Unión Europea no ha cumplido la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar{ } las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables".

5.701. A este respecto, no encontramos ningún análisis del Grupo Especial sobre la cuestión de si, y en qué medida, la competitividad de Airbus en el mercado de LCA de pasillo único, adquirida mediante las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380, se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial como consecuencia de las subvenciones que la Unión Europea mantuvo u otorgó después del período de referencia inicial (2001-2006) y durante el período posterior a la aplicación. El Grupo Especial reconoció efectivamente que el programa A350XWB tuvo una "gran importancia estratégica" para Airbus "no solo para mantener la cuota de mercado en el segmento de doble pasillo, *sino también para no perder terreno en otros mercados* con respecto a clientes interesados en características comunes de la flota".<sup>2013</sup> El Grupo Especial, no obstante, no analizó ni explicó cómo los "efectos producto" de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, en particular, las subvenciones para el A350XWB y el A380 que hemos examinado *supra*, pueden haber contribuido a la competitividad de Airbus con respecto a sus ofertas de LCA de pasillo único en el período posterior a la aplicación, de forma tal que los supuestos efectos desfavorables en el mercado de LCA de pasillo único pudieran relacionarse de forma auténtica y sustancial con las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación.<sup>2014</sup>

5.702. Sobre la base de las consideraciones anteriores, no estamos convencidos de que, en lo tocante al mercado de LCA de pasillo único, el análisis del Grupo Especial proporcione una base suficiente para sostener su conclusión de que "los pedidos identificados en el cuadro 19 {en el mercado de LCA de pasillo único} constituyen 'pérdidas de ventas' 'significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una causa 'auténtica y sustancial' de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC".<sup>2015</sup> Análogamente, no estamos convencidos de que, con respecto a los diversos mercados nacionales de LCA de pasillo único, el análisis del Grupo Especial sea suficiente para sostener su conclusión de que "las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA de pasillo único en la Unión Europea, Australia, China y la India".<sup>2016</sup> Por consiguiente, revocamos las constataciones del Grupo Especial en el marco de los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC a las que nos hemos referido *supra* en la medida en que guardan relación con el mercado de LCA de pasillo único.

5.703. En consecuencia, no consideramos necesario abordar los argumentos de la Unión Europea de que i) el Grupo Especial no tuvo en cuenta los factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas que supuestamente causaron (o contribuyeron a causar) los fenómenos de mercado observados<sup>2017</sup>; ii) "con independencia del número de puntos de datos elegido", el Grupo Especial formuló constataciones de desplazamiento y obstaculización "totalmente ajenas a los datos"<sup>2018</sup> en esos mercados; iii) el Grupo Especial no determinó si los datos revelaban una tendencia discernible o clara de sustitución en el supuesto de

<sup>2013</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1713. (sin cursivas en el original)

<sup>2014</sup> Señalamos que el Grupo Especial constató que las inversiones no subvencionadas en las familias de LCA A320 y A330 de Airbus posteriores al lanzamiento que describió la Unión Europea "fueron significativas y sirvieron para que Airbus pudiera perfeccionar las tecnologías y procesos de producción asociados a los programas A320 y A330 originales en una forma que permitió a esa empresa mantener su competitividad". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1524) El Grupo Especial, sin embargo, no consideró que esas inversiones hubieran diluido la relación auténtica y sustancial entre las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB —la mayoría de las cuales había expirado— y la presencia en el mercado de las familias de LCA A320 y A330 de Airbus. (*Ibid.*). La Unión Europea afirma en apelación que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a esta constatación. (Véase el párrafo 5.551 *supra*). Por las razones señaladas *supra*, no hemos examinado estos argumentos de la Unión Europea. (Véanse los párrafos 5.410-5.411 y 5.552-5.553 *supra*).

<sup>2015</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1798.

<sup>2016</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817.

<sup>2017</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 916.

<sup>2018</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1026.



desplazamiento<sup>2019</sup>; y iv) el Grupo Especial no identificó tendencias reales, elaboró tendencias hipotéticas ni realizó una comparación entre las dos en el supuesto de obstaculización.<sup>2020</sup>

#### 5.6.4.6.3 El mercado de LCA de doble pasillo

##### 5.6.4.6.3.1 Pérdida de ventas significativa

5.704. Recordamos que, al comenzar su análisis de la pérdida de ventas, el Grupo Especial resumió el sentido de los términos "significativa" y "pérdida de ventas" que figuran en el párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, como se interpretó en diferencias anteriores. Como señaló el Grupo Especial, el término "significativa" significa "importante, notable o que tiene consecuencias", y tiene dimensiones tanto cuantitativas como cualitativas.<sup>2021</sup> El Grupo Especial además señaló la constatación del Órgano de Apelación de que "las ventas perdidas" son "las ventas que los proveedores del Miembro reclamante{} 'no han obtenido' y que, en su lugar, han sido obtenidas por los proveedores del Miembro demandado" y que "un análisis unitario de carácter hipotético es ... el método más adecuado para determinar si la pérdida de ventas es efecto de la subvención impugnada" lo que conllevaría "una comparación de las ventas que han realizado realmente la empresa o las empresas competidoras del Miembro reclamante con una situación hipotética en la que la empresa o las empresas del Miembro demandado no hubieran recibido las subvenciones impugnadas".<sup>2022</sup> La interpretación de los términos "significativa" y "pérdida de ventas" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 no es objeto de controversia en apelación.

5.705. En el cuadro 19 del informe del Grupo Especial, el Grupo Especial identificó las "pérdidas de ventas" siguientes alegadas por los Estados Unidos en el mercado de LCA de doble pasillo, todas las cuales se refieren a ventas de la familia de LCA A350XWB de Airbus.

#### Cuadro 10: Alegaciones de "pérdida de ventas" en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos

Mercado de productos/Cliente	Modelo de LCA	Nº de pedidos 2012	Nº de pedidos 2013
<i>Doble pasillo</i>			
Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	
Singapore Airways	A350XWB-900		30
United Airlines	A350XWB-1000		10

Fuente: Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1781, cuadro 19.

5.706. El Grupo Especial recordó su constatación de que cualquier presencia en el mercado de un nuevo participante que operara en el período posterior a la aplicación estaría, si acaso, limitada al mercado de LCA de *pasillo único*. En opinión del Grupo Especial, "se sigue necesariamente que las ventas {del A350XWB} obtenidas por Airbus en {el} mercado{} ... de doble pasillo constituirían una 'pérdida de ventas' para la rama de producción de los Estados Unidos en ambas situaciones hipotéticas 'plausibles'".<sup>2023</sup> El Grupo Especial también rechazó las razones "ajenas a las subvenciones" que la Unión Europea alegó para explicar por qué Airbus obtuvo las ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, porque, según el Grupo Especial era evidente que "casi todas ellas" estaban, de hecho, "basadas en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM, puesto que depend{í}a de la premisa de que Airbus est{u}viese presente en las {tres} campañas de ventas pertinentes {en el mercado de LCA de doble pasillo} como exactamente el mismo competidor, vendiendo aeronaves idénticas a las que comercializa actualmente".<sup>2024</sup> En otras palabras, un fundamento clave de la constatación del Grupo Especial relativa a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo fue su constatación de que, sin los "efectos producto" de las

<sup>2019</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1029.

<sup>2020</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1053.

<sup>2021</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1780 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 1052).

<sup>2022</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1780 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1220). (las cursivas figuran en el original)

<sup>2023</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

<sup>2024</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.



subvenciones de AEP/FEM impugnadas, Airbus no habría podido lanzar el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.

5.707. Recordamos que, al comienzo de su análisis de pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización, el Grupo Especial explicó que limitaría su evaluación al fundamento de las alegaciones de los Estados Unidos a la luz de las constataciones que había formulado con respecto a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en las situaciones hipotéticas "plausibles", en las que una Airbus no subvencionada no habría existido.<sup>2025</sup> Sin embargo, recordamos que el análisis del Grupo Especial relativo a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB *no* se limitó solo a las situaciones hipotéticas "plausibles". Más bien, como se ha analizado en la sección 5.6.3.5.2 *supra*, a fin de evaluar los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial efectuó su análisis, en gran medida, sobre la base de los argumentos de las partes relativos a en qué medida la empresa Airbus que *efectivamente existió* durante el período 2006-2010 podría haber lanzado el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo.<sup>2026</sup>

5.708. Concretamente, el análisis del Grupo Especial relativo a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB trató primero de determinar la cuestión de si Airbus — como realmente existía en diciembre de 2006— podría haber lanzado el A350XWB en la forma y en el momento en que lo hizo sin los "efectos directos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB. En la sección 5.6.3 *supra*, hemos convenido con las constataciones formuladas por el Grupo Especial en ese contexto y, en particular, con su conclusión de que, sin las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB, en cierta medida, la empresa Airbus que realmente existía en 2006 con muchas probabilidades hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa A350XWB y/o las características de la aeronave.<sup>2027</sup> Asimismo, hemos convenido con la evaluación del Grupo Especial en cuanto a los "efectos indirectos" de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 en el A350XWB.<sup>2028</sup> Subrayamos que, con arreglo a nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que consideró que los efectos de las subvenciones de AEP/FEM expiradas formaban parte de su evaluación conjunta. En cambio, el examen que exponemos en la sección 5.6.3 *supra* se centra en las constataciones del Grupo Especial relativas a las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación. Estas constataciones del Grupo Especial hacen hincapié en el hecho de que, en el mercado de LCA de doble pasillo, la competitividad adquirida por Airbus mediante las subvenciones de AEP/FEM anteriores se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial como consecuencia de las subvenciones que la Unión Europea mantuvo u otorgó después del período de referencia inicial y durante el período posterior a la aplicación.

5.709. Nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos producto de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB, por lo tanto, indica que, sin las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que el A350XWB incluía. En otras palabras, sin estas subvenciones, Airbus no habría podido estar "presente en las {tres} campañas de ventas pertinentes como exactamente el mismo competidor, vendiendo aeronaves idénticas" en el período posterior a la aplicación.<sup>2029</sup>

5.710. A continuación, analizamos la cuestión de si la constatación del Grupo Especial de que las ventas del A350XWB en el período posterior a la aplicación constituyeron "pérdida de ventas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC está respaldada por las constataciones del Grupo Especial pertinentes relativas a la dinámica de competencia entre las ofertas respectivas de productos de Boeing y Airbus en el mercado de LCA de doble pasillo. El mercado de LCA de doble pasillo, como constató el Grupo Especial, comprende los Boeing 767, 777 y 787, por una parte, y los Airbus A330 y A350XWB, por la otra.<sup>2030</sup> El Grupo Especial constató que "las cinco familias LCA de doble pasillo de Airbus y de

<sup>2025</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1779.

<sup>2026</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1537.

<sup>2027</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717.

<sup>2028</sup> Véase la sección 5.6.3.5.2 del presente informe.

<sup>2029</sup> Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

<sup>2030</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1293-6.1370. Señalamos que en las constataciones formuladas en el procedimiento inicial se estableció que el A340-500/600, también una LCA de doble pasillo de Airbus, era una aeronave derivada de la familia de LCA A340 y que la AEP/FEM para el A340 que los gobiernos

Boeing ejercen todas entre sí, en grados diferentes, pero globalmente suficientes, presiones competitivas", de manera que "debe considerarse que todas están comprendidas en el mismo mercado de productos".<sup>2031</sup> Para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial consideró que el hecho de que Airbus decidiera destacar "las supuestas ventajas de rendimiento del A350XWB-900 frente al 787-9 y el 777-200ER en el momento de su lanzamiento" indicaba que "debió de haber previsto que los clientes potenciales estarían interesados en conocer las características de rendimiento relativas de *las tres aeronaves*".<sup>2032</sup> El Grupo Especial además señaló que, "desde su lanzamiento, Airbus ... continu{ó} comercializando la familia del A350XWB como alternativa al 787 y el 777".<sup>2033</sup> El Grupo Especial consideró que el hecho de que en las pruebas que se le habían presentado "se intentó destacar la '*competitividad*' del A350XWB tecnológicamente avanzado centrándose en sus ventajas de rendimiento relativas respecto del 787, el 777 y el 767" era coherente con el hecho de que "el A350XWB se desarrolló con el objetivo específico de *obtener ventas* de una serie de clientes que de otro modo podrían estar interesados en las características de rendimiento de las tres familias de aeronaves de Boeing, como mínimo".<sup>2034</sup>

5.711. Las pruebas analizadas por el Grupo Especial relativas a las campañas de ventas del A350XWB respaldan además su opinión de que la oferta de productos A350XWB de Airbus competía directamente con las LCA de doble pasillo de Boeing. Con respecto a las ventas del A350XWB a Cathay Pacific Airways, el Grupo Especial constató que "las pruebas ICSS presentadas por los Estados Unidos dem{ostraba}n de manera muy clara y explícita que Cathay Pacific estaba interesada en considerar diferentes combinaciones de LCA de doble pasillo de Airbus y de Boeing" para satisfacer sus preferencias de entrega.<sup>2035</sup> Además, subrayó el Grupo Especial, "el hecho de que una aeronave pueda haber sido elegida con preferencia a otra u otras a causa de su *disponibilidad* refleja{ba} su ventaja competitiva".<sup>2036</sup> A este respecto, recordamos, el análisis que el Grupo Especial hizo de los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB, que indica que incluso una ligera demora en el lanzamiento del A350XWB podría haber tenido importantes repercusiones para la competitividad de Airbus, en particular, a la luz de la ventaja de desarrollo de que disfrutaba el Boeing 787 con respecto del A350XWB.

5.712. El Grupo Especial analizó varios factores de no contribución alegados por la Unión Europea con respecto a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo. La Unión Europea adujo que las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing contribuyeron a explicar sus ventas del A350XWB-1000 en 2012 y 2013.<sup>2037</sup> Más concretamente, la Unión Europea sostuvo que, en la competición que llevó a Cathay Pacific Airways a hacer un pedido de 10 aeronaves A350XWB-1000 en 2012, Airbus tenía sobre Boeing ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y algunas otras ventajas relacionadas con el producto. En la campaña que llevó a Singapore Airlines a hacer un pedido de 30 A350XWB en 2013, la Unión Europea adujo que Airbus tenía ventaja sobre Boeing porque: i) había incertidumbre en cuanto a las especificaciones, rendimiento y disponibilidad del 787-10 de Boeing en comparación con el A350XWB-900; ii) el A350XWB tenía ventaja en cuanto a "las posiciones de entrega propiamente dichas"; y iii) las condiciones de la oferta de Airbus daban a Singapore Airlines unos mayores beneficios derivados

---

de España y Francia concedieron a Airbus había sido desembolsada en su totalidad antes del establecimiento del Grupo Especial inicial. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.376-7.377 y 7.1622) Además, recordamos que, en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial constató que las subvenciones de AEP/FEM para el A340-500/600 habían expirado a más tardar en [ICC]. (Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879) El Grupo Especial también constató que la presencia en el mercado del A340 terminó antes de que empezara el período posterior a la aplicación cuando Airbus puso fin al programa A340 en noviembre de 2011. (*Ibid.*, nota 2188 al párrafo 6.1293). No obstante, en el informe del Grupo Especial, no hay constataciones *específicas* ni un análisis justificativo de la manera en que los "efectos producto" de las subvenciones para el A340-500/600 contribuyeron al supuesto perjuicio grave en el mercado de LCA de doble pasillo en el período posterior a la aplicación.

<sup>2031</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1370.

<sup>2032</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1307. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2033</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1308. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2034</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1309 (donde se hace referencia a Sophie Pendaries, Jefa de Comercialización del A350XWB, Airbus, "*Statement on the Market Significance of Technological Innovations to the A350XWB Programme*", 5 de julio de 2012 (Prueba documental EU-17) (ICC)). (las cursivas figuran en el original)

<sup>2035</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1360.

<sup>2036</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1360. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2037</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1790.

de las características comunes y una menor complejidad de la flota a largo plazo en el caso de que "Singapore Airlines optara por el A350XWB-1000".<sup>2038</sup> De manera semejante, la Unión Europea mantuvo que Airbus tuvo éxito en la campaña de ventas que llevó a United Airlines a hacer un pedido de 10 aeronaves A350XWB-1000 adicionales en 2013 porque el A350XWB-1000 era, por diversas razones, la única aeronave que podía satisfacer las necesidades de la aerolínea en el momento pertinente.

5.713. El Grupo Especial discrepó de que estos factores de no atribución socavaran la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM y la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, señalando que "Airbus no habría tenido ninguna de esas ventajas en las campañas ... a las que se ha hecho referencia *supra*", de no ser por los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM.<sup>2039</sup> El Grupo Especial señaló que un factor de no atribución alegado por la Unión Europea no parecía guardar una relación directa con la competitividad que Airbus había adquirido mediante sus lanzamientos de aeronaves subvencionadas, a saber, la voluntad de Singapore Airlines de dividir su pedido entre Airbus y Boeing.<sup>2040</sup> El Grupo Especial explicó, no obstante, que debido a la capacidad de Airbus de ofrecer el A350XWB, se presentó a la aerolínea la opción de dividir sus pedidos de esa manera, opción que no habría estado disponible sin la AEP/FEM.<sup>2041</sup>

5.714. Como se ha señalado, las constataciones pertinentes del Grupo Especial sobre los "efectos producto" con respecto al A350XWB indican que, sin las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido lanzar el A350XWB o una aeronave de ese tipo para finales de 2006. Así pues, compartimos la opinión del Grupo Especial de que la mayoría de los supuestos factores de no atribución relativos a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo descritos *supra*, incluidas las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing no son factores que "no est{é}n relacionados" con las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Al igual que el Grupo Especial, dudamos de si las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing (en la medida en que fueron consecuencia de la concesión de subvenciones de AEP/FEM) podrían caracterizarse como factores de no atribución de los que pudiera afirmarse que "diluyen" la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación y los efectos en el mercado pertinentes. Análogamente, estamos de acuerdo con la evaluación que el Grupo Especial hizo del factor de no atribución relativo a la voluntad de Singapore Airlines de dividir los pedidos entre Boeing y Airbus. En efecto, el hecho de que Airbus pudiera ofrecer el A350XWB oportunamente se debió, de por sí, en gran medida a las subvenciones de AEP/FEM y su efecto en el ritmo del programa y las características del A350XWB. Por consiguiente, en lo que concierne a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, no nos convence el argumento de la Unión Europea de que el hecho de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas sea contrario a las orientaciones del Órgano de Apelación de que los grupos especiales "deben cerciorarse de que los efectos de otros factores no sean atribuidos erróneamente a las subvenciones impugnadas".<sup>2042</sup>

5.715. Las constataciones del Grupo Especial analizadas *supra* respaldan la conclusión de que las ventas del A350XWB identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial constituyen una "pérdida de ventas significativa" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC y que esta pérdida de ventas fue efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Esta conclusión también halla respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación en el oportuno lanzamiento por Airbus

<sup>2038</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1790. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>2039</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1791.

<sup>2040</sup> Según la Unión Europea, Singapore Airlines eligió el A350XWB en 2013 porque quería dividir su pedido de LCA de doble pasillo entre Airbus y Boeing para "asegurarse de la entrega de un mayor número de aeronaves en un determinado plazo". (Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1792).

<sup>2041</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1792.

<sup>2042</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 944 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano* (upland), párrafo 437).

del A350XWB y la existencia de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos de doble pasillo de Boeing y Airbus.

5.716. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC<sup>2043</sup>, sin embargo, discrepamos de la conclusión del Grupo Especial sobre la "pérdida de ventas significativa" en el mercado de LCA de doble pasillo en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas que el Grupo Especial constató que habían expirado. Por consiguiente, modificamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1798 de su informe, y constatamos, en cambio, que los pedidos identificados en el cuadro 19 realizados en el mercado de LCA de doble pasillo constituyen una pérdida de ventas significativas para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.

#### 5.6.4.6.3.2 "Desplazamiento y/u obstaculización"

5.717. Recordamos que los Estados Unidos han alegado la existencia de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur.<sup>2044</sup> Respecto del mercado de LCA de doble pasillo de la Unión Europea, los Estados Unidos han alegado la existencia de obstaculización solamente.<sup>2045</sup> El Grupo Especial identificó los datos sobre volumen de entregas y cuota de mercado correspondientes a cada uno de estos mercados de LCA de doble pasillo en el cuadro 21 de su informe (reproducido en el cuadro 11 *infra*). Todas las entregas realizadas por Airbus que se muestran en el cuadro 11 fueron entregas de la familia de LCA A330.<sup>2046</sup>

**Cuadro 11: Mercado de LCA de doble pasillo**

Datos sobre entregas	Unión Europea			China			Corea			Singapur		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	1	8	15	1	7	19	0	2	3	0	0	2
Cuota de mercado de Boeing	100%	30,8%	65,2%	50%	30,4%	47,5%	-	50,0%	50,0%	-	-	25,0%
Volumen de Airbus (unidades)	0	18	8	1	16	21	0	2	3	0	0	6
Cuota de mercado de Airbus	0,0%	69,2%	34,8%	50%	69,6%	52,5%	-	50,0%	50,0%	-	-	75,0%

5.718. El Grupo Especial constató que "de no haber existido los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, el volumen de entregas y las cuotas de mercado que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habrían sido superiores a su nivel actual".<sup>2047</sup> El Grupo Especial también recordó que "cualquier nuevo productor de LCA competidor no

<sup>2043</sup> Véase la sección 5.4.2.2 del presente informe.

<sup>2044</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 589, 595 y 599.

<sup>2045</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 579.

<sup>2046</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805, cuadro 21: Mercado de LCA de doble pasillo (donde se incluyen datos de la base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados a fecha de 7 de abril de 2014 (Prueba documental EU-512 presentada al Grupo Especial)). Véase también la base de datos Ascend, *Boeing and Airbus Deliveries in Units (2001-2013)*, *Commercial Operators*, datos solicitados a 30 de marzo de 2014 (Prueba documental USA-577 presentada al Grupo Especial), a los que se hace referencia en el informe del Grupo Especial, nota 2313 al párrafo 6.1368.

<sup>2047</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806.

estadounidense solo habría entrado en el mercado con una LCA *de pasillo único*, lo que implica que {el} mercado{ } de doble pasillo ... habría{ } sido abastecido{ } únicamente por la rama de producción de los Estados Unidos".<sup>2048</sup>

5.719. Como se ha señalado, la labor del Grupo Especial consistía en evaluar de qué manera las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, en conjunto, contribuyeron a la competitividad de Airbus con respecto a sus ofertas de LCA de doble pasillo en el período posterior a la aplicación, de modo tal que estas subvenciones tuvieron por efecto sustituir y/u obstruir LCA de Boeing similares en los mercados en cuestión. Señalamos que, según el Grupo Especial, las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 expiraron a más tardar en [ICC]<sup>2049</sup>, es decir, en el período posterior a la aplicación. No obstante, recordamos que en constataciones formuladas en el procedimiento inicial se estableció que el A330-200 —un derivado del A330— fue lanzado en 1995 y que la AEP/FEM para ese programa concedida por el gobierno de Francia había sido desembolsada en su totalidad para la fecha de establecimiento del Grupo Especial inicial.<sup>2050</sup> Asimismo, señalamos la constatación por el Grupo Especial inicial de que era probable que "el A330-200 se hubiera puesto en marcha aun sin la AEP/FEM otorgada específicamente para ese programa" porque se trataba de un derivado del A330 y, en consecuencia, su desarrollo requería una financiación comparativamente pequeña.<sup>2051</sup> Además, a diferencia de lo que hizo con las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, el Grupo Especial no formuló constataciones específicas sobre la cuestión de si, y en qué manera, los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 continuaron más allá de 2006 y durante el período posterior a la aplicación.

5.720. Como hemos explicado *supra*, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB indica que, sin las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que el A350XWB incluía. Como también se ha analizado *supra*, en el análisis del Grupo Especial relativo a los mercados de producto pertinentes quedó establecido que la oferta de productos A350XWB de Airbus competía directamente con las LCA de doble pasillo de Boeing. El análisis del Grupo Especial que figura en esa sección de su informe se centra, sin embargo, en el grado de sustituibilidad de diversos modelos de Airbus y Boeing en el mercado de LCA de doble pasillo; no aborda, ni es su objetivo, el papel que desempeñaron las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación en causar desplazamiento u obstaculización a los modelos de LCA de Boeing en cuestión. No obstante, habida cuenta de la competitividad de Airbus en el mercado de LCA de doble pasillo propiciada por las subvenciones existentes y a la luz de la dinámica de competencia entre los modelos o variantes de Airbus y Boeing en el mercado de LCA de doble pasillo, no excluimos la posibilidad de que ventas de LCA de doble pasillo de Boeing puedan haber sido sustituidas u obstruidas por ventas del A350XWB subvencionado, es decir, un modelo más nuevo de LCA de doble pasillo de Airbus.<sup>2052</sup>

<sup>2048</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2049</sup> Informe del Grupo Especial, nota 1547 al párrafo 6.879. Como se ha señalado en los párrafos 5.389-5.390 y en la nota 978 del presente informe, la Unión Europea presentó dos métodos para calcular la vida *ex ante* de las subvenciones de AEP/FEM: el enfoque de la vida del préstamo y el enfoque de la vida de comercialización. El Grupo Especial mostró dudas sobre si el enfoque de la vida del préstamo sería el método más adecuado para determinar la vida "ex ante" y señaló que "sería al menos igualmente adecuado" utilizar el enfoque de la vida de comercialización. (*Ibid.*, párrafo 6.878) En última instancia, el Grupo Especial constató que la vida *ex ante* del A330-200 expiró en [ICC] sobre la base del enfoque de la vida del préstamo, aunque, con arreglo al enfoque de la vida de comercialización, la vida *ex ante* de la AEP/FEM para el A330-200 habría expirado en [ICC], es decir, *antes* del final del plazo para la aplicación. (*Ibid.*, párrafo 6.872, cuadro 11: Análisis de la "vida" *ex ante* de la AEP/FEM, y nota 1547 al párrafo 6.879).

<sup>2050</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.371 y 7.376-7.377; informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 829, 925 y 929. El Grupo Especial inicial constató que la cuantía de la contribución financiera fue de 330 millones de francos franceses. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.380, cuadro 1: Cuantía aproximada de la financiación proporcionada en virtud de las medidas de AEP/FEM impugnadas (no se reproduce la nota de pie de página)).

<sup>2051</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.1940.

<sup>2052</sup> Véanse referencias a datos sobre pedidos, incluido para el A350XWB, descritos en varias secciones del informe del Grupo Especial, en el párrafo 6.1781 y la nota 3258 a dicho párrafo del informe del Grupo Especial. Véanse también los párrafos 6.561 y 6.681.

5.721. Señalamos, no obstante, que los Estados Unidos estructuraron su alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo sobre la base de datos relativos a las cuotas de mercado y las *entregas* del A330 y LCA de Boeing pertinentes correspondientes al período 2001-2013.<sup>2053</sup> No hubo ninguna entrega del A350XWB durante ese período.<sup>2054</sup> Por lo tanto, a los efectos de la alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, en su análisis, el Grupo Especial se basó en datos sobre cuotas de mercado y entregas relativos al A330, en lugar de en los pedidos del A350XWB. El Grupo Especial no formuló ninguna constatación específica basada en datos sobre pedidos en este sentido. Recordamos, a este respecto, que las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A330 se refirieron principalmente a los efectos de las subvenciones que habían expirado.<sup>2055</sup> Hemos constatado, no obstante, que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. Más bien, la cuestión pertinente es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables, de modo que la Unión Europea no ha cumplido la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables". Sin embargo, dada la manera en que se plantearon las alegaciones de desplazamiento y/u obstaculización ante el Grupo Especial y el enfoque que este adoptó al evaluar estas alegaciones, el Grupo Especial no examinó la cuestión de si, y en su caso cómo, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación pueden haber contribuido a las entregas del A330 realizadas durante ese período, ni formuló constataciones al respecto.

5.722. En estas circunstancias, no estamos convencidos de que el análisis del Grupo Especial proporcione una base suficiente para sostener la conclusión de que el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación fuese desplazar u obstaculizar las LCA estadounidenses en el mercado de LCA de doble pasillo en la Unión Europea y los terceros países pertinentes. Por consiguiente, revocamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1817 de su informe, de que "los Estados Unidos ha{bía}n establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA ... de doble pasillo en la Unión Europea, China, Corea y Singapur". Una vez hecho esto, no vemos razones para seguir abordando los argumentos adicionales de la Unión Europea relativos a la conclusión del Grupo Especial, expuestos en el párrafo 5.703 *supra*.

<sup>2053</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805. El Grupo Especial señaló que los Estados Unidos habían presentado datos correspondientes al período 2001-2013. No obstante, el Grupo Especial consideró que su examen de perjuicio grave debía centrarse en los fenómenos de mercado supuestamente acaecidos en el período posterior a la aplicación, es decir, a partir de diciembre de 2011. (*Ibid.*, nota 3258 al párrafo 6.1781 y párrafo 6.1805)

<sup>2054</sup> Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que un examen de los datos sobre pedidos es "adecuado para evaluar las alegaciones de pérdida de ventas significativa y amenaza de desplazamiento u obstaculización, mientras que los textos de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 relativos al desplazamiento u obstaculización exige que la atención se centre en las cuotas de mercado y los volúmenes obtenidos a partir de los datos sobre entregas" (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 299 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.1748-7.1750); véase también el párrafo 514) No obstante, los Estados Unidos no alegaron amenaza de desplazamiento u obstaculización con respecto al mercado de LCA de doble pasillo. Además, señalamos que, con respecto al mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea, los Estados Unidos solicitan que "realicemos un análisis de amenaza de desplazamiento y obstaculización basado en los datos sobre pedidos" en la medida en que constatemos que "no existe obstaculización de las LCA de pasillo único de Boeing sobre la base de los datos sobre entregas". (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 577 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 6.1818)). Abordamos la alegación de los Estados Unidos relativa a la amenaza de desplazamiento y obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea en la sección 5.6.4.7 del presente informe.

<sup>2055</sup> Recordamos que el Grupo Especial constató que todas las subvenciones de AEP/FEM concedidas hasta el A330, incluido, habían expirado. (Véanse los párrafos 5.402 y 5.552 *supra*). Con respecto a las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200, véanse el párrafo 5.719 *supra* y las notas a dicho párrafo.

#### 5.6.4.6.4 El mercado de VLA

##### 5.6.4.6.4.1 Pérdida de ventas significativa

5.723. En el cuadro 19 de su informe, el Grupo Especial identificó las siguientes alegaciones de "pérdida de ventas" formuladas por los Estados Unidos en relación con el mercado de VLA, según las cuales la pérdida de ventas estuvo relacionada en todos los casos con ventas del Airbus A380.

**Cuadro 12: Alegaciones de "pérdida de ventas" en el período posterior a la aplicación formuladas por los Estados Unidos**

Mercado de productos/Cliente	Modelo de LCA	Nº de pedidos 2012	Nº de pedidos 2013
<i>Aeronaves de muy gran tamaño</i>			
Emirates	A380		50
Transaero Airlines	A380	4	

Fuente: Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1781, cuadro 19.

5.724. Como en su constatación con respecto a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, el Grupo Especial recordó primero su constatación de que cualquier presencia en el mercado de un nuevo participante que operara en las situaciones hipotéticas "plausibles" estaría, si acaso, limitada al mercado de LCA de *pasillo único* en el período posterior a la aplicación. A juicio del Grupo Especial, de ello "se sigue necesariamente" que las ventas del A380 obtenidas por Airbus en el mercado de VLA "constituyeron una 'pérdida de ventas' para la rama de producción de los Estados Unidos".<sup>2056</sup> Como en su constatación relativa a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, el Grupo Especial rechazó las razones "ajenas a las subvenciones" aducidas por la Unión Europea para explicar por qué Airbus obtuvo las ventas en el mercado de VLA, ya que, a juicio del Grupo Especial era evidente que, de hecho, "casi todas ellas" estaban "basadas en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM, puesto que dependían de la premisa de que Airbus estuviera presente en las {dos} campañas de ventas pertinentes {en el mercado de VLA} como exactamente el mismo competidor, vendiendo aeronaves idénticas a las que comercializa actualmente".<sup>2057</sup> Dicho de otro modo, un fundamento clave de la constatación del Grupo Especial relativa a la pérdida de ventas en el mercado de VLA fue su constatación de que, de no haber existido los "efectos producto de la AEP/FEM", Airbus no habría estado en condiciones de ofrecer el A380 como y cuando lo hizo.

5.725. Como se expone en la sección 5.6.3 *supra*, las constataciones formuladas en el procedimiento inicial indican que, al lanzar el A380 —que se financió en parte con la AEP/FEM para el A380—, Airbus pudo utilizar la experiencia técnica y las ventajas financieras obtenidas por medio de subvenciones anteriores, y adquirir competitividad en el mercado de VLA. Además, hemos constatado que las constataciones del Grupo Especial con respecto a los programas A380 y A350XWB indican que la competitividad de Airbus en el mercado de VLA, obtenida por medio de subvenciones de AEP/FEM anteriores, se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial y durante el período posterior a la aplicación debido en gran parte a las subvenciones que siguió recibiendo después del período de referencia inicial y durante el período posterior a la aplicación. Reiteramos que, con arreglo a nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que consideró que los efectos de las subvenciones de AEP/FEM expiradas formaban parte de su evaluación global. En lugar de ello, nuestro examen que figura en la sección 5.6.3 *supra* se centra en constataciones formuladas en el procedimiento inicial y por el Grupo Especial relativas a las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación. Como se ha señalado, esas subvenciones permitieron a Airbus introducir en el mercado el A380 y continuar su desarrollo afrontando las extensas demoras en la producción. También recordamos, en particular, que se preveía que los desembolsos de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 continuaran hasta [ICC] en el caso de la subvención

<sup>2056</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

<sup>2057</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

de AEP/FEM francesa y hasta **[ICC]** en el caso de las subvenciones de AEP/FEM alemana y española.<sup>2058</sup>

5.726. Nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Dicho de otro modo, de no haber existido esas subvenciones, Airbus no habría podido estar "presente en las {dos} campañas pertinentes como exactamente el mismo competidor, vendiendo aeronaves idénticas" en el período posterior a la aplicación.<sup>2059</sup>

5.727. Pasamos ahora a examinar si la constatación del Grupo Especial de que las ventas del A380 en el período posterior a la aplicación constituyeron "pérdida de ventas" para la rama de producción de LCA estadounidense en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC encuentra respaldo en sus constataciones pertinentes relativas a la dinámica de la competencia entre las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus en el mercado de VLA. El mercado de VLA, según constató el Grupo Especial, comprende el Boeing 747-8 y el Airbus A380. El Grupo Especial observó, en particular, que "e{ra} difícil creer que las aerolíneas interesadas en comprar LCA que ofre{cier}an posibilidades como las del A380 y el 747-8I no intent{ara}n negociar con Airbus y Boeing un descuento en el precio en función de la solidez de la oferta de venta respectiva de cada empresa, a pesar de que la superioridad de una aeronave respecto de la otra pueda ser relativamente evidente".<sup>2060</sup> De hecho, como observó el Grupo Especial, "Airbus ha{bía} mantenido sistemáticamente la opinión de que e{ra} probable que los clientes potenciales del A380 también t{uvier}an en cuenta seriamente el 747-8I en un segmento del mercado de LCA que no est{aba} cubierto por ninguna otra aeronave".<sup>2061</sup> Además, "habida cuenta de que habr{ía} una gama de demandas de clientes de LCA con capacidad para más de 400 pasajeros, cabría esperar que exist{ier}an grados diferentes de restricciones recíprocas relativas a los precios entre el A380 y el 747-8I, en función de la medida en que las necesidades de un cliente concreto reflejen la ventaja relativa de una aeronave respecto de la otra".<sup>2062</sup>

5.728. Pasando a campañas de ventas específicas, el Grupo Especial consideró que "las pruebas ICSS {de los Estados Unidos} sobre el análisis efectuado por Boeing de la interacción competitiva entre las dos aeronaves en las campañas de ventas para Emirates de 2007 y para British Airways de 2006" parecían indicar que "**[ICC]**".<sup>2063</sup> El Grupo Especial constató que ello era coherente "no solo con las pruebas que m{ostrab}an que Airbus consideró que la competencia por las ventas de British Airways fue 'intensa'", sino también con las pruebas que había examinado de otras cuatro campañas de ventas (Asiana Airlines, Hong Kong Airlines, Skymark y Qantas), de las que se desprendía "claramente que Boeing presentó el 747-8I como alternativa al A380 con miras a ganar ventas de los clientes pertinentes".<sup>2064</sup> Además, en su análisis de las campañas de ventas de 2011 para Transaero Airlines, el Grupo Especial consideró que, no obstante las pruebas que indicaban que esa aerolínea adquirió el A380 y el 747-8I para cubrir diferentes segmentos de capacidad de sus actividades, ese hecho por sí solo no implicaba la ausencia de una competencia real.<sup>2065</sup> El análisis del Grupo Especial relativo a las condiciones de competencia en el mercado de VLA confirma, por lo tanto, que los respectivos productos VLA de Airbus y Boeing —el A380 y el 747— son suficientemente sustituibles entre sí. Esa dinámica de la competencia proporciona, a nuestro juicio, respaldo adicional para la tesis de que las ventas obtenidas por Airbus en el mercado de VLA tuvieron lugar a expensas del productor de LCA estadounidense.

<sup>2058</sup> Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.378 (donde se hace referencia al contrato francés para el A380, anexo 3 (Estados Unidos - Prueba documental 116 presentada al Grupo Especial inicial (ICC)); el contrato alemán de AEP/FEM para el A380, Cláusula 4.2; y BT-Frs. 14/10002, página 3 (Estados Unidos - Pruebas documentales 72 (ICC) y 124 presentadas al Grupo Especial inicial (traducciones al inglés)); y el contrato español de AEP/FEM para el A380, Tercera Cláusula (Estados Unidos - Prueba documental 73 presentada al Grupo Especial inicial (ICC))).

<sup>2059</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1789.

<sup>2060</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>2061</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1383.

<sup>2062</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1408.

<sup>2063</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1409.

<sup>2064</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1409.

<sup>2065</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 6.1404 (donde se hace referencia a la respuesta de la Unión Europea a la pregunta 55 del Grupo Especial, nota 440 y párrafo 263) y 6.1405. Véase también la segunda comunicación escrita de la Unión Europea al Grupo Especial, párrafos 1551-1552.



5.729. Como en el caso de la constatación por el Grupo Especial de la existencia de pérdida de ventas en otros segmentos de mercado, la Unión Europea alega que el Grupo Especial no tuvo en cuenta varios factores de no atribución. La Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que Transaero Airlines y Emirates Airlines eligieron el A380 en lugar del 747-8 en los pedidos que hicieron en 2012 y 2013 a causa, entre otras cosas, de que el A380 utilizaba tecnologías más avanzadas y tenía mayor tamaño que el 747-8, lo que le permitía satisfacer las necesidades de ambos clientes, que eran muy específicas.<sup>2066</sup> Sin embargo, en analogía con nuestro análisis en el contexto de la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, no consideramos que esos factores no guarden relación con los efectos de las subvenciones. Antes bien, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial inicial y del Grupo Especial demuestra que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido lanzar e introducir en el mercado el A380 en el momento en que lo hizo. Por lo tanto, como el Grupo Especial, tenemos dudas con respecto a la cuestión de si las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing podrían caracterizarse como factores de no atribución respecto de los que pueda decirse que "diluyen" la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación y los fenómenos de mercado pertinentes.

5.730. Así pues, las constataciones del Grupo Especial examinadas *supra* respaldan la conclusión de que las ventas del A380 identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial constituyen "pérdidas de ventas" "significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, y que esas pérdidas de ventas fueron el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias de las constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus continuara ofreciendo el A380 y en la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos VLA de Airbus y Boeing.

5.731. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC<sup>2067</sup>, sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial sobre las "pérdidas de ventas significativas" en el mercado de VLA, en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas respecto de las que el Grupo Especial constató que habían expirado. Por lo tanto, modificamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1798 de su informe, y constatamos, en lugar de ello, que los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de VLA constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA estadounidense y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.

#### 5.6.4.6.4.2 Desplazamiento y/u obstaculización

5.732. Recordamos que los Estados Unidos han alegado la existencia de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur.<sup>2068</sup> En el caso de los mercados de VLA de China y los Emiratos Árabes Unidos, los Estados Unidos han alegado únicamente la existencia de obstaculización.<sup>2069</sup> El Grupo Especial identificó los datos sobre volumen de entregas y cuota de mercado correspondientes a cada uno de esos mercados de VLA en el cuadro 22 de su informe (reproducido en el cuadro 13 *infra*). Todas las entregas realizadas por Airbus reflejadas en el cuadro 13 entrañaron entregas de la familia A380 de LCA.<sup>2070</sup>

<sup>2066</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1790.

<sup>2067</sup> Véase la sección 5.4.2.2 del presente informe.

<sup>2068</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 581, 585, 597 y 601.

<sup>2069</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 591 y 603.

<sup>2070</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805, cuadro 22: Mercado de LCA de muy gran tamaño (que contiene datos de la base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados a fecha de 7 de abril de 2014 (Prueba documental EU-512). Véase también la base de datos Ascend, *Boeing and Airbus Deliveries in Units*

**Cuadro 13: Mercado de LCA de muy gran tamaño**

Datos sobre entregas	Unión Europea			Australia			China		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	0	5	5	0	0	0	0	0	0
Cuota de mercado de Boeing	-	55,6%	55,6%	0,0%	-	-	0,0%	0,0%	0,0%
Volumen de Airbus (unidades)	0	4	4	1	0	0	1	2	1
Cuota de mercado de Airbus	-	44,4%	44,4%	100%	-	-	100%	100%	100%

Datos sobre entregas	Corea			Singapur			Emiratos Árabes Unidos		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Cuota de mercado de Boeing	-	0,0%	0,0%	-	0,0%	-	0,0%	0,0%	0,0%
Volumen de Airbus (unidades)	0	1	2	0	5	0	2	11	13
Cuota de mercado de Airbus	-	100%	100%	-	100%	-	100%	100%	100%

5.733. Tras haber presentado en un cuadro los datos sobre volumen de entregas y cuota de mercado correspondientes a cada uno de esos mercados de VLA, el Grupo Especial consideró evidente que, "de no haber existido los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas, el volumen de entregas y las cuotas de mercado que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habrían sido superiores a su nivel actual".<sup>2071</sup> El Grupo Especial también recordó que "cualquier nuevo productor de LCA competidor no estadounidense solo habría entrado en el mercado con una LCA *de pasillo único*, lo que implica que {el} mercad{o} de aeronaves de gran tamaño habrí{a} sido abastecid{o} únicamente por la rama de producción de los Estados Unidos".<sup>2072</sup>

5.734. Como se ha expuesto *supra*<sup>2073</sup>, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. También recordamos que, como demuestra el análisis de la dinámica de la competencia en el mercado de VLA realizado por el Grupo Especial, las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus -el 747 y el A380- son suficientemente sustituibles entre sí.<sup>2074</sup>

5.735. La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial rechazó erróneamente su afirmación de que los Estados Unidos no habían "tenido en cuenta el efecto que los retrasos en el desarrollo y la producción que afectaron ... al 747-8 tuvieron en el hecho de que el número de ventas logrado por Boeing ... fuera limitado".<sup>2075</sup> Recordamos que el Grupo Especial no consideró que esas demoras "signifi{cara}n que, sin los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM, Boeing o la rama de producción de LCA de los Estados Unidos no habrían obtenido los pedidos correspondientes a las entregas realizadas en los distintos mercados" de {VLA}.<sup>2076</sup> Señalamos también la observación del Grupo Especial de que "hay pruebas de que en ocasiones las versiones más grandes del 777 también pueden pugnar por ventas en el mercado de {VLA}".<sup>2077</sup> Así pues, el razonamiento del Grupo Especial de que, de no haber existido las ofertas de VLA de Airbus, los clientes habrían recurrido a otros productos LCA de Boeing —por ejemplo, las versiones más grandes del 777— nos parece razonable.<sup>2078</sup> En consecuencia, no vemos ninguna razón para

(2001-2013), *Commercial Operators*, datos solicitados a 30 de marzo de 2014 (Prueba documental USA-577), a la que se hace referencia en la nota 2313 al párrafo 6.1368.

<sup>2071</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806.

<sup>2072</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2073</sup> Véanse *supra* los párrafos 5.725-5.726 del presente informe.

<sup>2074</sup> Véanse los párrafos 5.727-5.728 *supra*. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 6.1371-6.1410.

<sup>2075</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1813. (no se reproduce la nota de pie de página) Véase también la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 951 y 953-956.

<sup>2076</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1816.

<sup>2077</sup> Informe del Grupo Especial, nota 3326 al párrafo 6.1816.

<sup>2078</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1816.

alterar la constatación del Grupo Especial de que este factor de no atribución no podría diluir la relación auténtica y sustancial de causa a efecto entre las subvenciones de AEP/FEM y el supuesto fenómeno de mercado.

5.736. Pasamos ahora a examinar el análisis realizado por el Grupo Especial de los datos sobre volumen de entregas y cuota de mercado correspondientes al período posterior a la aplicación para cada uno de los mercados de VLA en cuestión, con el fin de determinar si su análisis respalda su constatación definitiva de la existencia de perjuicio grave en ese segmento de mercado. Como se ha señalado, la Unión Europea sostiene que, al alcanzar sus constataciones de "desplazamiento y/u obstaculización", el Grupo Especial no analizó adecuadamente los datos de volumen de ventas y cuota de mercado que tenía ante sí.<sup>2079</sup> Observamos que, en el mercado de VLA de la UE, mientras que Boeing hizo cinco entregas en 2012 y cinco entregas en 2013, Airbus hizo cuatro entregas en cada uno de esos años. Así pues, tanto en 2012 como en 2013, Boeing mantuvo una cuota de mercado del 55,6%. Las pruebas indican que no hubo una disminución real del volumen de entregas ni la cuota de mercado de Boeing. Al constatar la existencia de desplazamiento en ese segmento de mercado, la evaluación del Grupo Especial carece de una explicación de si existía una sustitución demostrada del 747-8 por el A380. En lo que respecta a los mercados de VLA de Australia, Corea y Singapur, Boeing no hizo ninguna entrega y, en consecuencia, no tenía ninguna cuota de mercado en esos mercados en el período posterior a la aplicación.

5.737. Recordamos que un análisis de las tendencias puede ser pertinente e indicativo, aunque no necesariamente determinante, a efectos de una constatación de la existencia de desplazamiento. A nuestro juicio, sin embargo, el Grupo Especial no examinó si existía alguna tendencia discernible en los volúmenes y las cuotas de mercado en los mercados de VLA en cuestión, incluida la cuestión de si existían o no tendencias descendentes que pudieran haber respaldado las constataciones del Grupo Especial. En estas circunstancias, consideramos que el Grupo Especial debería haber analizado las pruebas que tenía ante sí con el fin de explicar suficientemente la base de su constatación de que las subvenciones de AEP/FEM tuvieron el efecto de desplazar a las LCA estadounidenses en esos mercados de VLA en el período posterior a la aplicación. Por lo tanto, no estamos de acuerdo en la medida en que el Grupo Especial constató que "los Estados Unidos ha{bía}n establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento ... de las LCA estadounidenses en los mercados de ... {VLA} en la Unión Europea, Australia ... Corea {y} Singapur".<sup>2080</sup>

5.738. Pasando a la obstaculización, recordamos que el fenómeno de la obstaculización "se refiere a situaciones en que las exportaciones o importaciones del producto similar del Miembro reclamante habrían aumentado si no hubieran sido 'obstruidas' o 'dificultadas' por el producto subvencionado".<sup>2081</sup> En el mercado de VLA de la UE, observamos en el cuadro 13 *supra* que, mientras que Boeing hizo cinco entregas en 2012 y cinco entregas en 2013, Airbus hizo cuatro entregas en cada uno de esos años. Así pues, tanto en 2012 como en 2013, Boeing tuvo una cuota de mercado constante del 55,6%. En China y Corea, observamos que Boeing no hizo entregas y, en consecuencia, no tenía cuota de mercado alguna, durante el período posterior a la aplicación. Airbus, sin embargo, hizo entregas tanto en 2012 como en 2013 en cada uno de esos mercados. En el mercado de VLA australiano, ni Boeing ni Airbus hicieron entrega alguna en los años 2012 y 2013, aunque el Grupo Especial observó que Airbus hizo una única entrega en diciembre de 2011. Con respecto al mercado de VLA de Singapur, mientras que Boeing no hizo ninguna entrega en el período posterior a la aplicación, Airbus hizo cinco entregas en 2012, por lo que mantuvo una cuota de mercado del 100% ese año. Por último, en los Emiratos Árabes Unidos, observamos que Airbus hizo 11 entregas en diciembre de 2012 y 13 entregas en 2013. En cuanto a Boeing, observamos que, aunque los Estados Unidos alegaron ante el Grupo Especial que Boeing

<sup>2079</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 968.

<sup>2080</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. Recordamos que, en el caso de los mercados de VLA de China y los Emiratos Árabes Unidos, los Estados Unidos alegan solo la existencia de obstaculización. (Véase *supra* la nota 1984). Por lo tanto, a nuestro entender, la constatación del Grupo Especial relativa al desplazamiento no abarca esos dos mercados.

<sup>2081</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1161.

no hizo entregas en el período posterior a la aplicación, la Unión Europea alegó que Boeing hizo una entrega en 2012.<sup>2082</sup>

5.739. La Unión Europea afirma que, en el caso de los mercados de VLA de Australia, China, Corea y Singapur, las ventas fueron esporádicas y los volúmenes relativamente pequeños, lo que, a su vez, hizo más difícil la identificación de tendencias y, por consiguiente, impidió la constatación de la existencia de obstaculización.<sup>2083</sup> No nos convence el argumento de la Unión Europea. Como se ha explicado, dado el carácter particular de la rama de producción de LCA —especialmente para VLA como el 747-8 y el A380, en las que los casos de venta y los volúmenes de entrega son en general mucho menores que en el caso de los bienes de consumo—, no consideramos que los volúmenes de entrega que el Grupo Especial consideró no pudieran haber respaldado una constatación de obstaculización. En cualquier caso, para constatar la existencia de obstaculización, la prueba de las tendencias puede no ser siempre determinante.

5.740. Como se ha explicado *supra*, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial con respecto a los programas A380 y A350XWB, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Además, recordamos que, como demuestra el análisis de la dinámica de la competencia en el mercado de VLA realizado por el Grupo Especial, las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus —el 747-8 y el A380— son suficientemente sustituibles entre sí. Por lo tanto, la conclusión del Grupo Especial relativa a la obstaculización, por lo que concierne al mercado de VLA, está respaldada por sus constataciones sobre los "efectos producto" —incluidos los de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 existentes en el período posterior a la aplicación— y por los datos relativos a las entregas de la LCA de Airbus subvencionada —el A380— que dificultaron las ventas de LCA estadounidenses competidoras en los mercados de VLA afectados. Así pues, al contrario que en la situación relativa a la supuesta obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, incluidas las subvenciones de AEP/FEM para el A380<sup>2084</sup>, y los datos sobre entregas de VLA en que se basa la alegación de los Estados Unidos, conciernen al mismo modelo de aeronave y, como se ha explicado *supra*, el Grupo Especial formuló las constataciones necesarias tanto sobre los "efectos producto" como sobre los datos de entrega.<sup>2085</sup> Sobre la base de estas consideraciones, no vemos ningún error en la conclusión del Grupo Especial de que, de no haber existido las subvenciones de AEP/FEM, la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habría alcanzado un volumen de entregas y una cuota de mercado superiores a su nivel actual en el período posterior a la aplicación en los mercados de VLA en cuestión.<sup>2086</sup>

5.741. Las constataciones del Grupo Especial examinadas *supra* respaldan, por lo tanto, la conclusión de que el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación es la obstaculización de las VLA estadounidenses en los mercados en la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias de las constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus continuara ofreciendo el A380 y en la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos VLA de Airbus y Boeing.

<sup>2082</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805, nota 3312 al cuadro 22: Mercado de LCA de muy gran tamaño (donde se hace referencia a las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la preguntas 162, párrafo 145, y 40, nota 321, del Grupo Especial).

<sup>2083</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1055.

<sup>2084</sup> Recordamos que, a diferencia de las subvenciones anteriores al A380, que se habían desembolsado décadas atrás, los desembolsos de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 continuaron mucho después del período de referencia inicial. (Véase el párrafo 5.607 *supra*).

<sup>2085</sup> Recordamos que, al alegar la existencia de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, los Estados Unidos no se apoyaron en pedidos del A350XWB, mientras que las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación son esencialmente las realizadas en virtud de los programas A380 y A350XWB. Con respecto a las subvenciones de AEP/FEM para el A330-200 y el A340-500/600, véanse la nota 2030 y el 5.719 *supra*.

<sup>2086</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1806.

5.742. A la luz de la nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC<sup>2087</sup>, sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial relativa a la obstaculización en el mercado de VLA, en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas respecto de las que el Grupo Especial constató que habían expirado. Por lo tanto, modificamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1817 de su informe, y constatamos, en lugar de ello, que los Estados Unidos han establecido que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos.<sup>2088</sup>

#### **5.6.4.7 La solicitud de los Estados Unidos de que se complete el análisis jurídico en relación con el "desplazamiento y/u obstaculización"**

5.743. Los Estados Unidos solicitan, en caso de que constatemos que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de las pruebas, o que el Grupo Especial habría debido abordar "más explícitamente" las tendencias del mercado en su análisis, que completemos el análisis jurídico en relación con el "desplazamiento y/u obstaculización" sobre la base de los "datos pertinentes del período comprendido entre 2001 y 2013".<sup>2089</sup> Los Estados Unidos sostienen que "los conjuntos de datos sobre volumen y cuota de mercado en que se apoyan los Estados Unidos y la {Unión Europea} son casi idénticos y proceden del mismo servicio de base de datos Ascend".<sup>2090</sup> Según los Estados Unidos, "en cada uno de los mercados geográficos de ambos conjuntos de datos", las pruebas demuestran claras tendencias en las entregas de LCA de Airbus, que, "con arreglo a las constataciones del Grupo Especial relativas a la relación causal, no habrían tenido lugar de no haber existido los efectos de la AEP/FEM y otras subvenciones no retiradas, y habrían sido sustituidas por LCA estadounidenses".<sup>2091</sup>

5.744. La Unión Europea, por otro lado, sostiene que, aunque pudiéramos completar el análisis jurídico con respecto a la relación causal entre las subvenciones y la presencia en el mercado de determinadas aeronaves de Airbus, no podríamos completar el análisis con respecto a las alegaciones de los Estados Unidos de "desplazamiento y/u obstaculización".<sup>2092</sup> Según la Unión Europea, "el Grupo Especial no identificó, ni tan siquiera buscó, tendencias claras y discernibles que sean capaces de demostrar un desplazamiento o una obstaculización".<sup>2093</sup> Con respecto a los datos de mercado anteriores al año 2011, la Unión Europea afirma que "el Grupo Especial no formuló constataciones con respecto a dichos datos o a tendencia alguna que pudiera identificarse a partir de esos datos, y que no obran "en el expediente hechos no controvertidos con respecto a la existencia de tendencia alguna identificable en dichos datos".<sup>2094</sup>

5.745. Recordamos que, en ocasiones, el Órgano de Apelación ha completado el análisis jurídico con miras a facilitar la pronta solución de la diferencia, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha "insistido en que sólo p{uede} hacerlo si las constataciones fácticas del grupo especial y los hechos no controvertidos de que hay constancia en el expediente del grupo especial constituyen una base suficiente para {su} propio análisis".<sup>2095</sup> Observamos que, tanto los Estados Unidos como la Unión Europea, se han apoyado

<sup>2087</sup> Véase la sección 5.4.2.2 del presente informe.

<sup>2088</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817.

<sup>2089</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 573 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 40 y 162 del Grupo Especial; y el cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial) (ICC)).

<sup>2090</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 574 (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafos 10-32; el cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)); y las observaciones de la Unión Europea sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafos 57-146). Observamos que, para su consulta por el Órgano de Apelación, los Estados Unidos han reproducido dichos datos en el apéndice de datos adjunto a su comunicación del apelante.

<sup>2091</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 574 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 6.1806, 6.1774, 6.1778, 6.1797 y 7.1.d.xii-xiii).

<sup>2092</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1098.

<sup>2093</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1098.

<sup>2094</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 1098.

<sup>2095</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 78.

en el mismo servicio de base de datos Ascend en lo que respecta a los datos sobre volumen de entregas y cuota de mercado correspondientes al período 2001-2013.<sup>2096</sup> Recordamos además que no hemos hallado error alguno en el enfoque del Grupo Especial de haberse "centra{do}" en los datos de mercado más recientes correspondientes *al período posterior a la aplicación* presentados por las partes<sup>2097</sup> para formular constataciones de la existencia de desplazamiento y/u obstaculización.

5.746. Habida cuenta de la revocación de las constataciones pertinentes del Grupo Especial en la sección precedente, nuestra tarea en esta sección es considerar si podemos completar el análisis jurídico con respecto a la solicitud de los Estados Unidos para constatar: i) la existencia de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India; ii) la existencia de obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea, o subsidiariamente, la existencia de amenaza de desplazamiento y obstaculización en ese mercado; iii) la existencia de desplazamiento en los mercados de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur; iv) la existencia de obstaculización en los mercados de LCA de doble pasillo de la Unión Europea, China, Corea y Singapur; y v) la existencia de desplazamiento en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur.

5.747. Con respecto a las alegaciones de los Estados Unidos de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, y su alegación de obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único de la Unión Europea, recordamos que hemos revocado la constatación del Grupo Especial a causa de que se apoyaba los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM expiradas en la presencia en el mercado de la familia A320 de LCA de Airbus.<sup>2098</sup> Sin embargo, no detectamos hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial que nos permitan extraer nuestras propias conclusiones en relación con el efecto las subvenciones de AEP/FEM existentes —las suministradas para el A380 y el A350XWB— en la competitividad de Airbus con respecto a sus ofertas de LCA de pasillo único. A falta de ello, no vemos cómo podríamos determinar si las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial del supuesto "desplazamiento y/u obstaculización" en los mercados de LCA de pasillo único en cuestión.<sup>2099</sup>

5.748. A nuestro juicio, consideraciones análogas se aplican con respecto a la solicitud de los Estados Unidos de que "realicemos un análisis de la amenaza de desplazamiento y obstaculización sobre la base de los datos de pedidos"<sup>2100</sup> correspondientes al mercado de LCA de pasillo único de la UE. Recordamos que el Grupo Especial no formuló determinación alguna con respecto a la alegación de los Estados Unidos de existencia de *amenaza* de desplazamiento y obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea, dado que "los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que considerara esa alegación solo si rechaz{aba} las alegaciones de perjuicio grave *actual*".<sup>2101</sup> Por lo tanto, no consideramos apropiado analizar la solicitud de los Estados Unidos en lo que respecta a su alegación de amenaza de desplazamiento y obstaculización, ya que ello nos exigiría examinar y considerar pruebas y argumentos que no fueron abordados por el Grupo Especial, o suficientemente investigados y desarrollados ante el Grupo Especial.

<sup>2096</sup> Véanse base de datos Ascend, entregas realizadas, datos solicitados a fecha de 7 de abril de 2014 (Prueba documental EU-512 presentada al Grupo Especial); y base de datos Ascend, *Boeing and Airbus Deliveries in Units (2001-2013), Commercial Operators*, datos solicitados a 30 de marzo de 2014 (Prueba documental USA-577 presentada al Grupo Especial).

<sup>2097</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1444. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2098</sup> Véanse los párrafos 5.700-5.702 *supra*.

<sup>2099</sup> Recordamos además que, con respecto a las alegaciones de desplazamiento planteadas por los Estados Unidos, formulamos a los participantes en la audiencia preguntas relativas a la existencia o no de tendencias discernibles en los mercados geográficos y de productos pertinentes, sobre la base de los datos de mercado correspondientes al período posterior a la aplicación. Sin embargo, los participantes no pudieron llegar a un acuerdo a ese respecto. Por lo tanto, consideramos que no podemos asumir nosotros las funciones del Grupo Especial para examinar esas cuestiones, habida cuenta de que el análisis realizado por el Grupo Especial fue insuficiente, así como de la discrepancia de las partes con respecto a esta cuestión.

<sup>2100</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 577. (no se reproduce la nota de pie de página)

<sup>2101</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1818 (donde se hace referencia a la primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 514; la segunda comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 720; y la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 62 del Grupo Especial). (las cursivas figuran en el original)

5.749. Pasamos ahora a la solicitud de los Estados Unidos de que completemos el análisis con respecto a sus alegaciones de desplazamiento en los mercados de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur, y de obstaculización en los mercados de LCA de doble pasillo de la Unión Europea, China, Corea y Singapur. Hemos constatado en los párrafos 5.719-5.722 *supra* que el análisis y las constataciones del Grupo Especial no ofrecen una base suficiente para sustentar la conclusión de que el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación fue "desplazar u obstaculizar" a las LCA estadounidenses en el mercado de doble pasillo en la Unión Europea y los mercados de terceros países pertinentes. Tampoco detectamos hechos no controvertidos obrantes en el expediente que nos permitan extraer nuestras propias conclusiones con respecto a esta cuestión. Dadas las circunstancias, ocuparnos de la solicitud de compleción formulada por los Estados Unidos en lo que se refiere a esos mercados nos exigiría examinar y considerar pruebas y argumentos que, según constatamos, no fueron abordados suficientemente por el Grupo Especial, o suficientemente investigados y desarrollados ante el Grupo Especial.

5.750. Por último, en lo que concierne a las alegaciones de los Estados Unidos de desplazamiento en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur, recordamos los datos de mercado correspondientes a esos mercados que el Grupo Especial presentó en un cuadro:

**Cuadro 14: Mercado de LCA de muy gran tamaño**

Datos sobre entregas	Unión Europea			Australia			Corea			Singapur		
	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013	Dic. 2011	2012	2013
Volumen de Boeing (unidades)	0	5	5	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Cuota de mercado de Boeing	-	55,6 %	55,6 %	0,0%	-	-	-	0,0%	-	-	0,0%	0,0%
Volumen de Airbus (unidades)	0	4	4	1	0	0	0	1	2	0	5	0
Cuota de mercado de Airbus	-	44,4 %	44,4 %	100%	-	-	-	100%	100%	-	100%	-

Fuente: Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1805, cuadro 22.

5.751. Recordamos que hemos revocado las constataciones del Grupo Especial de existencia de desplazamiento en esos mercados por el motivo de que el Grupo Especial no explicó la base su constatación de que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tuvieron el efecto de desplazar a las LCA estadounidenses. Dicho esto, recordamos que los análisis de los Estados Unidos de las tendencias del mercado correspondientes a los mercados de VLA de la UE<sup>2102</sup> y australiano<sup>2103</sup> abarcan los años 2001-2013. En el caso del mercado de VLA coreano, aunque los Estados Unidos se apoyan en datos correspondientes a los años 2001-2013<sup>2104</sup>, no presentan un análisis de las tendencias del mercado. En cuanto al mercado de VLA de Singapur, aunque los Estados Unidos se apoyan en datos de mercado correspondientes a los años 2001-2013, su análisis de las tendencias del mercado abarca los años 2006-2013.<sup>2105</sup> En

<sup>2102</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 581, gráfico 5: *EU VLA - Volume Trendline Analysis* (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 18; y el cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 4).

<sup>2103</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 585, gráfico 7: *Australia VLA - Volume Trendline Analysis* (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 20; y el cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 6).

<sup>2104</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 597, cuadro 2: *U.S. Data - Korea VLA Market* (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 162 del Grupo Especial, párrafo 28; y el cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 12).

<sup>2105</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 601, gráfico 16: *Singapore VLA - Volume Trendline Analysis* (donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta



nuestra opinión, dadas las circunstancias, ocuparnos de la solicitud de compleción formulada por los Estados Unidos en lo que concierne a esos mercados nos exigiría examinar y considerar pruebas y argumentos respecto de dichas preocupaciones que, a nuestro juicio, no fueron suficientemente examinados por el Grupo Especial o suficientemente investigados y desarrollados ante el Grupo Especial.<sup>2106</sup>

5.752. A la luz de todas las consideraciones precedentes, constatamos que no podemos completar el análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de desplazamiento y/u obstaculización en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea, o, subsidiariamente, amenaza de desplazamiento y obstaculización en ese mercado, desplazamiento en los mercados de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur, obstaculización en los mercados de LCA de doble pasillo de la Unión Europea, China, Corea y Singapur, y desplazamiento en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur.

#### 5.6.4.8 Conclusión general

5.753. Recordamos que habría "desplazamiento u obstaculización" cuando el análisis hipotético mostrara que las ventas del Miembro reclamante habrían disminuido menos o habrían sido mayores si no hubiera habido la subvención impugnada. A nuestro entender, el Grupo Especial trató de aplicar ese marco cuando pasó a evaluar si el volumen de las entregas y las cuotas de mercado "que habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013 habrían sido superiores a *su nivel actual* en todos los mercados de productos pertinentes"<sup>2107</sup> de no haber existido los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM. Consideramos además que la constatación del Grupo Especial de que "los Estados Unidos han establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de *desplazamiento y/u obstaculización* de las LCA estadounidenses"<sup>2108</sup> en los mercados geográficos pertinentes de LCA de pasillo único, LCA de doble pasillo y VLA está informada por la manera en que los Estados Unidos formularon sus alegaciones. No interpretamos que el uso que hace el Grupo Especial de la expresión "desplazamiento y/u obstaculización" al resumir sus constataciones de perjuicio grave relativas a los mercados pertinentes en cuestión indique que el Grupo Especial constatará la existencia de esos fenómenos de perjuicio grave de una manera indiferenciada con respecto a un mismo y único mercado de producto y país. Por lo tanto, contrariamente a lo que la Unión Europea parece dar a entender, no se sigue necesariamente del uso que hace el Grupo Especial de la expresión "desplazamiento y/u obstaculización" que el Grupo Especial considerara "desplazamiento" y "obstaculización" conceptos intercambiables e indistinguibles a efectos de su análisis de los efectos desfavorables.

5.754. Recordamos nuestra constatación de que la evaluación por el Grupo Especial de los mercados de productos pertinentes en el presente procedimiento sobre el cumplimiento se basó en un análisis adecuado de la naturaleza y el grado de la competencia entre productos que, según constató el Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente. Sin embargo, la evaluación de la naturaleza y el grado de la competencia en el mercado o los mercados de productos pertinentes no responde, en sí misma y por sí misma, a la cuestión de si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables en el mercado o los mercados pertinentes.

##### 5.6.4.8.1 El mercado de LCA de pasillo único

5.755. Con respecto al mercado de LCA de pasillo único, las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en la presencia en el mercado *del A320* concernían principalmente a los efectos de las subvenciones que habían expirado antes

162 del Grupo Especial, párrafo 31; y el cuadro resumen de la base de datos Aircraft de Ascend actualizada (Prueba documental USA-578 presentada al Grupo Especial (ICC)), página 14).

<sup>2106</sup> Recordamos también que formulamos a los participantes en la audiencia preguntas relativas a la existencia o no de tendencias discernibles en los mercados de VLA pertinentes, sobre la base de los datos de mercado correspondientes al período posterior a la aplicación. Sin embargo, los participantes no pudieron llegar a un acuerdo a ese respecto.

<sup>2107</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. (sin cursivas en el original)

<sup>2108</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. (sin cursivas en el original)



del final del período de aplicación. Hemos constatado, sin embargo, que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. Antes bien, la cuestión pertinente es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011) causan efectos desfavorables, de tal modo que la Unión Europea haya incumplido la obligación que le corresponde de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables". No hallamos ningún análisis del Grupo Especial sobre la cuestión de si, y en qué medida, la competitividad de Airbus en el mercado de LCA de pasillo único, obtenida por medio de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380, se renovó y mantuvo más allá del período de referencia inicial a consecuencia de las subvenciones que la Unión Europea mantuvo u otorgó en el período posterior a la aplicación.

5.756. Así pues, no estamos convencidos de que, en lo que concierne al mercado de LCA de pasillo único, el análisis del Grupo Especial proporcione una base suficiente para sustentar su conclusión, expuesta en el párrafo 6.1798 de su informe, de que "los pedidos identificados en el cuadro 19 {realizados en el mercado de LCA de pasillo único} constituyen "perdidas de ventas" "significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una 'causa auténtica y sustancial' de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC". Análogamente, no estamos convencidos de que, con respecto a los diversos mercados nacionales de LCA de pasillo único, el análisis del Grupo Especial sea suficiente para sostener la conclusión que formula en el párrafo 6.1817 de su informe de que "las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA de pasillo único de la Unión Europea, Australia, China y la India".

5.757. Por lo tanto, revocamos las conclusiones del Grupo Especial en el marco de los apartados a), b) y c) del párrafos 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC a las que nos hemos referido *supra* en la medida en que guardan relación con el mercado de LCA de pasillo único. En consecuencia, no consideramos necesario abordar los argumentos adicionales de la Unión Europea descritos en el párrafo 5.703 *supra*.

5.758. Constatamos además que no podemos completar el análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de "desplazamiento y/u obstaculización" en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, y de obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único en la Unión Europea o, subsidiariamente, de amenaza de desplazamiento y obstaculización en ese mercado.

#### **5.6.4.8.2 El mercado de LCA de doble pasillo**

5.759. Con respecto a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, nuestro examen de la constatación del Grupo Especial relativa los efectos producto de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011), Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo y con las características que tenía. La constatación del Grupo Especial de que las ventas del A350XWB en el período posterior a la aplicación constituyeron "pérdida de ventas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC está respaldado también por las constataciones pertinentes del Grupo Especial relativas a la dinámica de competencia entre las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus en el mercado de LCA de doble pasillo. Además, no nos convence el argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas.

5.760. Por lo tanto, las constataciones del Grupo Especial respaldan la conclusión de que las ventas del A350XWB identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del Acuerdo SMC, y que esas pérdidas de ventas fueron el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Esa conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias de las constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM

existentes en el período posterior a la aplicación en el lanzamiento a tiempo del A350XWB y a la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de pasillo único de Boeing y Airbus. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial relativa a las "pérdidas de ventas significativas" en el mercado de LCA de doble pasillo, en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas respecto de las que el Grupo Especial constató que habían expirado.

5.761. En consecuencia, modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1798 de su informe y constatamos, en lugar de ello, que los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de LCA de doble pasillo constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA estadounidense y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.

5.762. Con respecto al desplazamiento y la obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, señalamos que, según el Grupo Especial, la subvención de AEP/FEM para el A330-200 expiró a más tardar en **[ICC]**, es decir, en el período posterior a la aplicación. Observamos, sin embargo, que el Grupo Especial inicial constató que era probable que el A330-200 se hubiera lanzado aun sin la AEP/FEM otorgada específicamente respecto de ese programa, porque se trataba de un derivado del A330 y, en consecuencia, su desarrollo requería una financiación comparativamente pequeña. Además, a diferencia de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, no hay constataciones específicas del Grupo Especial sobre la cuestión de si, y en qué manera, los "efectos producto" de la subvención de AEP/FEM para el A330-200 continuaron más allá de 2006 y durante el período posterior a la aplicación. Nuestro examen de la constatación del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que tenía. Recordamos también la constatación del Grupo Especial de que la oferta de productos A350XWB de Airbus competía directamente con las LCA de doble pasillo de Boeing.

5.763. Observamos, sin embargo, que los Estados Unidos formularon su alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo sobre la base de datos relativos a las cuotas de mercado y las *entregas* de LCA de Airbus y de Boeing durante el período 2001-2013. No hubo entregas del A350XWB en ese período. Por consiguiente, a efectos de la alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, el Grupo Especial se apoyó en datos sobre cuotas de mercado y entregas relativos al A330, en lugar de pedidos del A350XWB, al formular su constatación. Recordamos, a este respecto, que las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A330 concernían principalmente a los efectos de las subvenciones que habían expirado. Hemos constatado, sin embargo, que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. Antes bien, la cuestión pertinente es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables, de manera que la Unión Europea haya incumplido las obligaciones que le corresponden de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar{ } las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables". Sin embargo, a causa de la manera en que se plantearon ante el Grupo Especial las alegaciones de desplazamiento y/u obstaculización, y del enfoque de este al evaluar esas alegaciones, el Grupo Especial no investigó la cuestión de si, y cómo, las subvenciones para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación pueden haber contribuido a las entregas del A330 que tuvieron lugar durante ese período, ni formuló constataciones al respecto. Dadas las circunstancias, no estamos convencidos de que el análisis y las constataciones del Grupo Especial ofrezcan una base suficiente para sustentar la conclusión de que el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación fue desplazar u obstaculizar a las LCA estadounidenses en el mercado de LCA de doble pasillo en la Unión Europea y los mercados de terceros países pertinentes.

5.764. En consecuencia, revocamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1817 de su informe, de que "los Estados Unidos ha{bía}n establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de

desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de ... LCA de doble pasillo en la Unión Europea, China, Corea y Singapur". Hecho esto, no vemos ulterior razón para abordar los argumentos adicionales de la Unión Europea relativos a la conclusión del Grupo Especial, expuestos en el párrafo 5.703 *supra*.

5.765. Constatamos además que no podemos completar el análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de desplazamiento en los mercados de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur y de obstaculización en los mercados de LCA de doble pasillo de la Unión Europea, China, Corea y Singapur.

#### 5.6.4.8.3 El mercado de VLA

5.766. Con respecto a la pérdida de ventas en el mercado de VLA, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011), Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Además, el análisis del Grupo Especial relativo a las condiciones de competencia en el mercado de VLA confirma que los respectivos productos VLA de Airbus y Boeing -el A380 y el 747- son suficientemente sustituibles entre sí. A nuestro juicio, esa dinámica de la competencia proporciona respaldo adicional para la tesis de que las ventas obtenidas por Airbus en el mercado de VLA tuvieron lugar a expensas del productor de LCA estadounidense. Por último, como el Grupo Especial, tenemos dudas en relación con la cuestión de si las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing podrían caracterizarse como factores de no atribución respecto de los que pueda decirse que "diluyen" la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación y los fenómenos de mercado pertinentes.

5.767. Por lo tanto, las constataciones del Grupo Especial respaldan la conclusión de que las ventas del A380 identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial constituyen pérdidas de ventas "significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, y que esas pérdidas de ventas fueron el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias de las constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus continuara ofreciendo el A380 y en la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos VLA de Airbus y Boeing. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial sobre las "pérdidas de ventas significativas" en el mercado de VLA, en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas respecto de las que el Grupo Especial constató que habían expirado.

5.768. En consecuencia, modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1798 de su informe, y constatamos, en lugar de ello, que los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de VLA constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA estadounidense y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación siguen siendo una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.

5.769. Con respecto al desplazamiento y la obstaculización en el mercado de VLA, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Recordamos también que, como demuestra el análisis de la dinámica de la competencia en el mercado de VLA realizado por el Grupo Especial, las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus —el 747 y el A380— son suficientemente sustituibles entre sí. Con respecto al factor de no atribución alegado por la Unión Europea en relación con los

retrasos en el desarrollo y la producción que afectaron al 747-8, señalamos la observación del Grupo Especial de que las versiones más grandes del 777 también pueden pugnar por ventas en el mercado de VLA. Por lo tanto, no vemos ninguna razón para alterar la conclusión del Grupo Especial de que ese factor de no atribución no podría diluir la relación auténtica y sustancial de causa a efecto entre las subvenciones de AEP/FEM y el supuesto fenómeno de mercado.

5.770. Recordamos que un análisis de las tendencias puede ser pertinente e indicativo, aunque no necesariamente determinante, a efectos de una constatación de la existencia de desplazamiento. Al llegar a su constatación de la existencia de desplazamiento, sin embargo, el Grupo Especial no examinó si existía alguna tendencia discernible en los volúmenes y las cuotas de mercado en los mercados de VLA en cuestión, incluida la cuestión de si existían o no tendencias descendentes que pudieran haber respaldado las constataciones del Grupo Especial. En estas circunstancias, consideramos que el Grupo Especial debería haber analizado las pruebas que tenía ante sí con el fin de explicar suficientemente la base de su constatación de que las subvenciones de AEP/FEM tuvieron el efecto de desplazar a las LCA estadounidenses en esos mercados de VLA en el período posterior a la aplicación.

5.771. En consecuencia, *por lo que concierne al desplazamiento en el mercado de VLA*, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial, en la medida en que constató, en el párrafo 6.1817 de su informe, que "los Estados Unidos ha{bía}n establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de ... {VLA} en la Unión Europea, Australia, ... Corea {y} Singapur".

5.772. Constatamos además que no podemos completar el análisis jurídico de la alegación de los Estados Unidos de desplazamiento en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur.

5.773. En cuanto a la constatación de la existencia de obstaculización, recordamos que el fenómeno de la obstaculización se refiere a situaciones en que las exportaciones o importaciones del producto similar del Miembro reclamante habrían aumentado si no hubieran sido "obstruidas" o "dificultadas" por el producto subvencionado. Dado el carácter particular de la rama de producción de LCA, especialmente para VLA como el Boeing 747-8 y el Airbus A380, en las que los casos de venta y los volúmenes de entrega son en general mucho menores que en el caso de los bienes de consumo, no consideramos que los volúmenes de entrega que el Grupo Especial consideró no pudieran haber respaldado una constatación de obstaculización. Recordamos además que nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial con respecto a los programas A380 y A350XWB, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Además, como demuestra el análisis de la dinámica de la competencia en el mercado de VLA realizado por el Grupo Especial, las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus -el 747-8 y el A380- son suficientemente sustituibles entre sí. Así pues, al contrario que en la situación relativa a la supuesta obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, incluidas las subvenciones de AEP/FEM para el A380, y los datos sobre entregas de VLA en que se basa la alegación de los Estados Unidos, conciernen al mismo modelo de aeronave y, como se ha explicado *supra*, el Grupo Especial formuló las constataciones necesarias tanto sobre los "efectos producto" como sobre los datos de entrega. Sobre la base de estas consideraciones, y teniendo en cuenta las entregas del A380 en el período posterior a la aplicación, no vemos ningún error en la conclusión del Grupo Especial de que, de no haber existido las subvenciones de AEP/FEM, la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habría alcanzado un volumen de entregas y una cuota de mercado superiores a su nivel actual en el período posterior a la aplicación.

5.774. Por lo tanto, las constataciones del Grupo Especial examinadas *supra* respaldan la conclusión de que el efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación es la obstaculización de las VLA estadounidenses en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias de las constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el

período posterior la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus continuara ofreciendo el A380 y en la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos VLA de Airbus y Boeing. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial relativa a la obstaculización en el mercado de VLA, en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas respecto de las que el Grupo Especial constató que habían expirado.

5.775. En consecuencia, modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1817 de su informe y constatamos, en lugar de ello, que los Estados Unidos han establecido que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos.

## 6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

6.1. Por las razones que se exponen en el presente informe, el Órgano de Apelación formula las siguientes constataciones y conclusiones.

### 6.1 Párrafo 5 del artículo 21 del ESD - las medidas relativas al Mühlenberger Loch y el aeropuerto de Bremen

6.2. En su comunicación sobre el cumplimiento, la Unión Europea opinó que la medida relativa a las instalaciones de montaje de aviones del Mühlenberger Loch y la medida relativa a la ampliación de la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen son compatibles con los Acuerdos de la OMC y cumplen plenamente las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD. Sobre la base de nuestro examen del informe y el expediente del Grupo Especial, no entendemos que los Estados Unidos hayan refutado esa opinión. Por lo tanto, el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD al constatar, en el párrafo 5.77 de su informe, que no había "desacuerdo" que tuviera que resolver en el sentido de esa disposición. Sobre la base de nuestro examen del análisis realizado por el Grupo Especial, disentimos también de la Unión Europea en la medida en que aduce que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con los deberes que le impone el artículo 11 del ESD al llegar a esta conclusión. Por esas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al abstenerse de formular una constatación acerca de si la Unión Europea había logrado el cumplimiento con respecto a la medida relativa a las instalaciones de montaje de aviones del Mühlenberger Loch y a la medida relativa a la ampliación de la pista de aterrizaje del aeropuerto de Bremen, y no consideramos necesario formular constataciones ulteriores respecto de esas medidas.

### 6.2 Párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

6.3. Con respecto a la admisibilidad de la apelación de los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, constatamos que la apelación de los Estados Unidos está comprendida en el ámbito del examen en apelación. A nuestro modo de ver, la apelación de los Estados Unidos identifica adecuadamente las "cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste" de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, así como "alegaciones específicas de errores" en el sentido de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, con respecto a la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC por el Grupo Especial.

- a. Por lo que respecta al fondo de la apelación de los Estados Unidos, confirmamos la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC y estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que *el hecho de que una subvención dé lugar al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados no puede demostrar por sí solo que esa subvención esté supeditada, ya sea de derecho o de hecho, al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados*. Aunque hemos expresado preocupación por determinados aspectos del razonamiento del Grupo Especial, el hecho de que el criterio jurídico adoptado por el Grupo Especial se centrara en la necesidad de establecer la existencia de una condición que exija el empleo de

productos nacionales con preferencia a los importados se ajusta a nuestra lectura de esa disposición.

6.4. Tras haber confirmado la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, no estamos obligados a formular constataciones relativas a la aplicación de dicha disposición a los hechos del presente asunto, ni a abordar los argumentos de los Estados Unidos concernientes a la compleción del análisis jurídico. Por consiguiente, la constatación del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC sigue siendo válida.

### 6.3 Beneficio

#### 6.3.1 El cálculo del tipo deudor general para empresas

6.5. Estamos de acuerdo con la Unión Europea en que, al realizar el análisis del beneficio, la comparación se centra en el momento en que el prestamista y el prestatario aceptan la transacción. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que indica que el Grupo Especial estaba obligado a limitar su análisis a datos correspondientes al "día de la celebración" de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB con independencia del período durante el cual las partes puedan haber aceptado los términos y condiciones de ese instrumento de financiación. Antes bien, el Grupo Especial estaba obligado a tener en cuenta el instrumento de financiación específico en cuestión, con inclusión de las circunstancias pertinentes que rodearon la celebración de dicho instrumento, para determinar el período durante el cual se acordaron los términos y condiciones del contrato pertinente. El Grupo Especial ofreció dos razones para respaldar su decisión de determinar el tipo deudor para empresas utilizando en forma de *intervalo* los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB. En primer lugar, el Grupo Especial consideró que "el rendimiento en el día de la firma del contrato puede reflejar fluctuaciones atípicas".<sup>2109</sup> La segunda razón del Grupo Especial fue que "{l}as partes que conciertan un acuerdo de préstamo complejo pueden preferir establecer los tipos en el período previo a la celebración del contrato, y antes del día en que efectivamente se firma el contrato".<sup>2110</sup> Hemos constatado que esta lectura está en consonancia con nuestra observación de que, en algunos casos, las partes pueden haber aceptado una transacción, o aspectos fundamentales de esta, durante el período de finalización de las negociaciones anterior al momento de la celebración formal de *todos* los aspectos de dicha transacción. En el presente asunto, la contribución financiera en cuestión consiste en una financiación compleja cuyos términos y condiciones se han negociado y acordado durante un determinado período de contratación. En tales circunstancias, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al constatar que el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas podía basarse en los promedios de los rendimientos del bono de EADS "correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración" de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, "en forma de intervalo", atribuyendo más importancia a los primeros rendimientos medios que a los segundos.<sup>2111</sup>

6.6. Además, rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque *carecía de una base probatoria suficiente* para rechazar el rendimiento del bono de EADS en el día de celebración de cada contrato de AEP/FEM para el A350XWB. Además, la Unión Europea no ha demostrado que la decisión del Grupo Especial de establecer el tipo deudor para empresas en forma de un intervalo de los rendimientos medios o el hecho de que tal decisión se adoptara en el contexto de una tendencia a la baja en el rendimiento del bono de EADS reflejen una falta de objetividad y de imparcialidad, contrariamente a lo prescrito en el artículo 11 del ESD. En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuase de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD.

<sup>2109</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>2110</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>2111</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.



6.7. Rechazamos también las alegaciones subsidiarias de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al aceptar el rendimiento medio del bono de EADS durante los *seis meses* anteriores a la celebración de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB como parte del intervalo de rendimientos medios que se utilizó para determinar el tipo deudor para empresas. Aunque el tipo deudor para empresas se determinó en forma de un intervalo de rendimientos medios, el Grupo Especial dio debidamente más importancia al rendimiento medio de un mes del bono de EADS que al rendimiento medio de seis meses, que se consideró únicamente una "indicación útil de las expectativas del mercado".<sup>2112</sup> En tales circunstancias, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC o actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al decidir observar el rendimiento del bono de EADS sobre la base de los rendimientos medios durante el mes anterior y los seis meses anteriores a la celebración de cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, en forma de un intervalo, atribuyendo más importancia a los primeros rendimientos medios que a los segundos.

- a. Por esas razones, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.389 de su informe, de que el componente de la referencia de mercado consistente en el tipo deudor para empresas se base en "los promedios de los rendimientos correspondientes al mes anterior y a los seis meses anteriores a la celebración de {los} contrato{s} {de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB, en forma de intervalo}". También confirmamos las constataciones del Grupo Especial relativas al tipo deudor para empresas que figuran en el cuadro 7 del párrafo 6.430 y el cuadro 10 del párrafo 6.632 de su informe.<sup>2113</sup>

### 6.3.2 El cálculo de la prima de riesgo para proyectos específicos

6.8. No estamos de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que "el Grupo Especial no adoptó la referencia más adecuada, que estuviese adaptada a los riesgos asociados al A350XWB y se basase en una 'búsqueda progresiva' de una referencia que tuviese 'el mayor número posible de elementos comunes con' los préstamos de AEP/FEM para el A350XWB".<sup>2114</sup> Tampoco estamos de acuerdo en que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC simplemente porque aplicó al proyecto A350XWB una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada procedente del proyecto A380. Además, puesto que ya hemos abordado y rechazado la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 al no llevar a cabo una "búsqueda progresiva" de una referencia de mercado<sup>2115</sup>, no consideramos necesario abordar además la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no analizar referencias alternativas y más adecuadas que las propuestas por los Estados Unidos. Además, discrepamos de la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque supuestamente se apartó de las constataciones del Grupo Especial inicial al adoptar una "prima de riesgo para proyectos constante, no diferenciada" para el A350XWB.<sup>2116</sup> En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriese en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Asimismo, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuase de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

6.9. Tampoco estamos de acuerdo con la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su examen de los perfiles de riesgo de los proyectos A380 y A350XWB, con inclusión de su evaluación de: i) el riesgo del programa; ii) el riesgo de los contratos; y iii) el precio del riesgo. Contrariamente a la opinión de la Unión Europea, el Grupo Especial no se limitó a dar por supuesto que la prima de riesgo de Whitelaw serviría como

<sup>2112</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.389.

<sup>2113</sup> Véase *supra*, notas 330 y 514.

<sup>2114</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 405 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafos 476 y 486; en que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.345).

<sup>2115</sup> Véase la sección 5.3.2.2.1 del presente informe.

<sup>2116</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 423.

una prima de riesgo para proyectos específicos adecuada para el A350XWB. En lugar de ello, el Grupo Especial evaluó los riesgos relativos de proyectos específicos asociados a los proyectos A380 y A350XWB. La finalidad de este análisis comparativo era, a juicio del Grupo Especial, determinar "si los Estados Unidos ha{bían} demostrado que los riesgos de proyectos específicos del programa A350XWB {eran} suficientemente similares a los del programa A380, de tal manera que sería razonable concluir que la prima de riesgo de Whitelaw se podría utilizar como prima de riesgo para proyectos específicos para el A350XWB".<sup>2117</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial intentó abordar cuidadosamente los argumentos y pruebas presentados por las partes en relación con las posibles primas de riesgo que deberían utilizarse para reconstruir la referencia de mercado. Por lo que respecta al análisis del riesgo del programa realizado por el Grupo Especial, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuase de manera incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD en su análisis del riesgo de desarrollo y el riesgo de mercado, o en su comparación de los riesgos de desarrollo y de mercado. Con respecto al riesgo de los contratos, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que la comparación de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB y el A380 realizada por el Grupo Especial no tenga una base probatoria suficiente, de manera incompatible con las prescripciones del artículo 11 del ESD. Además, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no comparar las condiciones de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB con las condiciones de los contratos de proveedores que comparten los riesgos para el A380. Por último, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuase de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su análisis del precio del riesgo.

6.10. Rechazamos asimismo las alegaciones de la Unión Europea de que, al adoptar una única prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada para cada uno de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.<sup>2118</sup> El Grupo Especial reconoció que existían algunas diferencias entre los perfiles de riesgo de los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>2119</sup> Sin embargo, sobre la base de su análisis, el Grupo Especial no estaba convencido de que las condiciones de esos contratos hicieran que fueran significativamente diferentes y por ello requirieran la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes en este procedimiento. Habida cuenta del análisis realizado por el Grupo Especial y de los argumentos que se sometieron, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al aplicar una "única prima de riesgo para proyectos no diferenciada" sin realizar ajustes para tener en cuenta las diferencias entre los perfiles de riesgo de los contratos de AEP/FEM para el A350XWB.<sup>2120</sup> Además, contrariamente a la alegación formulada por la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD, no vemos error alguno en la decisión del Grupo Especial de adoptar, por una parte, una prima de riesgo para proyectos específicos no diferenciada para los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB y, por otra parte, un enfoque para contratos específicos con respecto del tipo deudor para empresas. En consecuencia, constatamos que la Unión Europea no ha establecido que, al aplicar una única prima de riesgo para proyectos no diferenciada a los cuatro contratos de AEP/FEM para el A350XWB, el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

- a. Por estas razones, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.487 y 6.542 de su informe, de que los riesgos de desarrollo asociados al A350XWB eran *como mínimo tan elevados como* los asociados al A380 o *suficientemente similares a ellos*; las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.579 y 6.608 de su informe, de que los riesgos de mercado sufridos por el A380 y el A350XWB en general eran comparables en importancia y de que los riesgos de mercado del A350XWB no habrían sido muy inferiores a los riesgos de mercado del A380; la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.595 y 6.609 de su informe, de que los contratos de AEP/FEM para el A350XWB que prevén esas condiciones "reductoras del riesgo" no conllevan menos riesgo que al menos **[ICC]** de AEP/FEM para el A380 en que también se preveían condiciones similares en el procedimiento inicial; las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los

<sup>2117</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.459.

<sup>2118</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafos 517-518.

<sup>2119</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.604.

<sup>2120</sup> Comunicación del apelante presentada por la Unión Europea, párrafo 522.



párrafos 6.607 y 6.609 de su informe, de que no estaba convencido de que las diferencias en determinadas condiciones que afectan a los perfiles de riesgo de los distintos contratos de AEP/FEM para el A350XWB requerirían la aplicación de dos o más primas de riesgo para proyectos específicos diferentes; y, en consecuencia, la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.608 y 6.610 de su informe, de que los riesgos generales para proyectos específicos de los proyectos A380 y A350XWB eran suficientemente similares para que la prima de riesgo que se aplicó a la AEP/FEM para el A380 en el procedimiento inicial se pudiera aplicar a la AEP/FEM para el A350XWB.

- b. Por consiguiente, confirmamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.632 (con inclusión del cuadro 10)<sup>2121</sup> y 6.633 de su informe, de que Airbus pagó un tipo de interés por la AEP/FEM para el A350XWB inferior al que habría podido obtener en el mercado y, en consecuencia, se ha otorgado un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, confirmamos también las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 6.656 y 7.1.c.i. de su informe, de que cada uno de los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB constituye una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, que los Estados Unidos han demostrado que los contratos de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A350XWB son subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC.

#### 6.4 Párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC

6.11. Constatamos que la obligación de "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{} la subvención" se refiere a las subvenciones que "otorg{a} o mant{iene}" el Miembro al que corresponde la aplicación al final del plazo para la aplicación. No puede exigirse a un Miembro al que corresponde la aplicación que retire una subvención que ha dejado de existir. Tampoco vemos base, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, para exigir que un Miembro al que corresponde la aplicación "adopt{e} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" de subvenciones que ya no existen.

- a. Por consiguiente, revocamos la interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC que hizo el Grupo Especial, en el párrafo 6.822 de su informe, según la cual un Miembro al que corresponde la aplicación estaría obligado a "retirar{}" o "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables" de subvenciones anteriores *con independencia* de que esas subvenciones hayan expirado antes del final del plazo pertinente para la aplicación. De nuestra constatación se sigue que, en la presente diferencia, la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a las subvenciones que habían expirado antes del 1º de diciembre de 2011.

#### 6.5 Apelaciones condicionales al amparo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC

6.12. Constatamos que un análisis *ex ante* respecto del beneficio de una subvención sirve de *punto de partida* para el análisis encaminado a determinar si una subvención sigue existiendo al final del plazo para la aplicación. Para formular tal determinación, también es necesario realizar un análisis respecto de "si hay 'eventos intermedios' que tuvieron lugar después de la concesión de la subvención que pueden afectar al valor previsto de la subvención determinado en virtud del análisis *ex ante*".<sup>2122</sup> Constatamos además que la conclusión definitiva del Grupo Especial con respecto a la duración *real* de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380 pertinentes se basó en un análisis adecuado tanto de la expiración de la "vida" *ex ante* de las subvenciones como de los supuestos eventos intermedios después de la concesión de las subvenciones. Consideramos que ello está en consonancia con el enfoque aplicado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, con arreglo al cual la evaluación de la "vida" de una subvención debe comprender tanto un análisis *ex ante* como una evaluación de los eventos intermedios.

<sup>2121</sup> Véase el cuadro 4 del párrafo 5.350 *supra*.

<sup>2122</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 709.

- a. Por esas razones, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 6.879, 6.1076 y 7.1.d.ii de su informe, de que la Unión Europea había demostrado que la "vida" *ex ante* de las subvenciones de Alemania, España y Francia de AEP/FEM para las aeronaves A300B/B2/B4, A300-600, A310, A320 y A330/A340, y las subvenciones del Reino Unido de AEP/FEM para las aeronaves A320 y A330/A340, "expiró" antes del 1º de junio de 2011.

6.13. No vemos ninguna razón para formular constataciones adicionales sobre la cuestión de si la AEP/FEM de Francia para el A310-300, la AEP/FEM de España y Francia para el A300B/B2/B4 y el A300-600 y la AEP/FEM de España, Francia y el Reino Unido para el A320 y el A330/A340 *también* finalizaron a causa del reembolso real de los préstamos con intereses. No consideramos que esas constataciones sean necesarias para resolver la presente diferencia.

## **6.6 Apelación consiguiente de la Unión Europea al amparo del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC**

6.14. Discrepamos de la Unión Europea en que se desprenda *necesariamente* de la manera en que el Grupo Especial caracterizó el alcance de la obligación de cumplimiento prevista en el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC que las constataciones de efectos desfavorables formuladas por el Grupo Especial deban revocarse para cada uno de los mercados de países y productos específicos respecto de los cuales los Estados Unidos formularon sus alegaciones. Señalamos que el análisis de los efectos desfavorables del Grupo Especial llevó a su conclusión definitiva, que figura en el párrafo 7.2 de su informe, de que "la Unión Europea y determinados Estados miembros no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de 'adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{} la subvención'". En nuestra opinión, la cuestión de si el Grupo Especial tenía una base suficiente para alcanzar esta conclusión definitiva solo puede responderse tras un examen detenido del razonamiento y el análisis del Grupo Especial, en particular, su análisis relativo a los efectos desfavorables de las subvenciones de AEP/FEM *existentes* que se mantienen u otorgan en el período posterior a la aplicación.

6.15. Por lo tanto, no desestimamos la totalidad del análisis del Grupo Especial relativo a los efectos desfavorables solo sobre la base de su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. Más bien, no descartamos que la cuestión pertinente en el presente procedimiento sobre el cumplimiento -es decir, si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables- pueda todavía responderse sobre la base del análisis efectuado por el Grupo Especial de las subvenciones existentes. Un análisis de las subvenciones expiradas es pertinente a tal efecto en la medida en que arroje luz sobre si las subvenciones de AEP/FEM otorgadas o mantenidas por la Unión Europea en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables.

## **6.7 Artículos 5 y 6 y párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC - efectos desfavorables**

### **6.7.1 Producto similar no subvencionado**

6.16. En relación con los argumentos de la Unión Europea relativos a la pertinencia del párrafo 4 del artículo 6 del Acuerdo SMC con respecto a las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial debía examinar el sentido del párrafo 3 b) del artículo 6, incluida la relación existente entre esta disposición y el párrafo 4 del artículo 6, como ha aclarado el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de la presente diferencia y en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*. Asimismo, era apropiado que el Grupo Especial tuviera en cuenta las constataciones y el razonamiento del Grupo Especial inicial relativos al sentido del párrafo 4 del artículo 6. El Grupo Especial no podía simplemente negarse a abordar los argumentos y las pruebas que tenía ante sí al ocuparse de las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6. Antes bien, el Grupo Especial tenía la obligación de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 a la luz de los argumentos planteados y las pruebas presentadas por ambas partes en la diferencia, e incurrió en error al abstenerse de hacerlo.

- a. Por consiguiente, declaramos superflua y carente de efectos jurídicos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1154 de su informe, relativa al recurso de la Unión Europea al párrafo 4 del artículo 6 para rechazar las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 3 b) del artículo 6 del Acuerdo SMC. Sobre la base de nuestra interpretación del párrafo 3 b) del artículo 6, leído conjuntamente con el párrafo 4 del artículo 6, discrepamos, no obstante, de la Unión Europea en que un reclamante deba demostrar, en cada caso, que su producto similar no está subvencionado a fin de mostrar que la subvención tiene por efecto el desplazamiento y/u obstaculización de su producto similar en el mercado de un tercer país.

#### 6.7.2 Los mercados de productos pertinentes

6.17. En relación con el término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, a efectos de la realización de un análisis de los efectos desfavorables, dos productos están en el mismo mercado si son suficientemente sustituibles entre sí y se imponen recíprocamente restricciones de la competencia "significativas". Tener en cuenta instrumentos y pruebas *cuantitativos* puede ayudar a un grupo especial a definir los mercados de productos pertinentes y a responder a la pregunta de si los productos se imponen recíprocamente restricciones de la competencia significativas y son suficientemente sustituibles entre sí para estar comprendidos en el mismo mercado de productos. Sin embargo, como el Grupo Especial, no vemos ninguna razón que impida que un examen cuidadoso de pruebas *cualitativas* también pueda ser suficiente, siempre que permita un análisis informativo y significativo de los mercados de productos pertinentes. Según las particularidades de cada caso, puede ser suficiente que un grupo especial examine pruebas *cualitativas* en relación con la sustituibilidad desde el punto de vista la demanda y desde el punto de vista de la oferta, las características del producto, los usos finales y las preferencias del cliente, con el fin de llegar a una conclusión con respecto a la naturaleza y el grado de la competencia entre dos productos.

6.18. Tras haber examinado el análisis realizado por el Grupo Especial sobre la competencia en los mercados de productos de LCA de pasillo único, de LCA de doble pasillo y de VLA, estamos convencidos de que la identificación de los mercados de productos por el Grupo Especial en la presente diferencia se basó en un análisis adecuado de la competencia entre los productos pertinentes, que, según constató el Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente, con arreglo al criterio enunciado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. También estamos convencidos de que los análisis del Grupo Especial que identifican los mercados de productos de LCA de pasillo único, de LCA de doble pasillo y de VLA reflejan una lectura adecuada del término "mercado", y no estamos de acuerdo con la Unión Europea en la medida en que aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del término "mercado" del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC.

- a. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1416 de su informe, de que los Estados Unidos presentaron sus alegaciones relativas a los efectos desfavorables con respecto a mercados de productos de LCA debidamente definidos, a saber, los mercados mundiales de LCA de pasillo único, de LCA de doble pasillo y de VLA.

#### 6.7.3 "Efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM para las LCA de Airbus

6.19. Los errores que la Unión Europea alega con respecto a las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A350XWB en la presencia en el mercado de las familias de LCA A320 y A330 de Airbus se refieren principalmente a las subvenciones de AEP/FEM que el Grupo Especial constató que habían expirado antes del final del plazo para la aplicación; a saber, las subvenciones para las aeronaves A300, A310, A320, A330 y A340. Recordamos que, con arreglo a nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, la Unión Europea no tiene una obligación de cumplimiento con respecto a las subvenciones que el Grupo Especial constató que habían expirado al final del plazo para la aplicación. Por lo tanto, en la medida en que algunas subvenciones han expirado, no sería necesario seguir examinando la eliminación de los efectos de esas subvenciones. En otras palabras, no es pertinente examinar si las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones *expiradas* pueden respaldar su conclusión definitiva de incumplimiento en el marco del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. En consonancia con esta

opinión, no consideramos necesario formular constataciones separadas sobre las alegaciones formuladas por la Unión Europea en apelación en la medida en que se refieren a la supuesta omisión por el Grupo Especial de evaluar adecuadamente el paso del tiempo y los eventos que tuvieron lugar durante ese tiempo al formular sus constataciones sobre los "efectos producto" de las subvenciones expiradas. Además, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que su referencia a las subvenciones de AEP/FEM combinadas en las constataciones anteriores comprende las subvenciones expiradas.<sup>2123</sup>

6.20. Más bien, como hemos explicado *supra*, la cuestión pertinente a los efectos del presente procedimiento sobre el cumplimiento es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011) causan efectos desfavorables. El Grupo Especial constató, y la Unión Europea no discute, que las subvenciones de Alemania, España, Francia y el Reino Unido de AEP/FEM para el A380 no habían expirado al final del plazo para la aplicación. Además, el Grupo Especial constató que, con posterioridad al período de referencia inicial (2001-2006), la Unión Europea otorgó nuevas subvenciones de AEP/FEM a Airbus para desarrollar su familia de LCA A350XWB y que estas subvenciones estaban "estrechamente relacionadas" con las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas y las supuestas "acciones" destinadas a cumplir de la Unión Europea. Habida cuenta del alcance del presente procedimiento sobre el cumplimiento, por lo tanto, hemos centrado nuestro examen en el análisis y las constataciones del Grupo Especial relativos a los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación -a saber, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y las subvenciones de AEP/FEM para el A350XWB- y en la apelación formulada por la Unión Europea respecto de estos, para determinar si estas constataciones respaldan la conclusión definitiva del Grupo Especial sobre el perjuicio grave.

6.21. Como parte de nuestro análisis *supra*, hemos discrepado de la alegación formulada por la Unión Europea al amparo del artículo 11 del ESD de que la interpretación del Grupo Especial relativa a los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A380 en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo* carece de una base probatoria suficiente. Además, hemos constatado que la Unión Europea no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al llegar a su conclusión de que, "sin la AEP/FEM para el A350XWB, la empresa Airbus que *realmente existía* {en el período 2006-2010} solo podría haber continuado el programa por un pequeño margen, con muchas probabilidades de que, hasta cierto punto, hubiera tenido que hacer algunas concesiones con respecto al ritmo del programa y/o las características de la aeronave".<sup>2124</sup> Hemos rechazado también la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 tuvieron "efectos indirectos" en el A350XWB.

6.22. Las constataciones del Grupo Especial sobre las cuestiones relativas al A350 original y al lanzamiento del A350XWB, junto con sus constataciones sobre las graves consecuencias de las extensas demoras del programa A380, establecen que Airbus hizo frente a una incertidumbre general considerable en los años posteriores al período de referencia inicial. Además, las constataciones del Grupo Especial inicial, junto con el análisis realizado por el Grupo Especial, indican que la AEP/FEM para el A380 tuvo "efectos directos" en la capacidad de Airbus para lanzar, introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380 *en la forma y en el momento en que lo hizo*, habida cuenta de que las subvenciones de AEP/FEM para el A380 no habían expirado, así como del hecho de que Airbus siguió recibiendo desembolsos en virtud de los contratos de Alemania, España y Francia de AEP/FEM, en un momento en el que estaba experimentando graves dificultades financieras a resultas de las extensas demoras en la producción del programa A380. Las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos directos" de la AEP/FEM para el A350XWB, leídas conjuntamente con sus constataciones relativas a los "efectos indirectos" de la AEP/FEM para el A380, también indican que, sin los "efectos producto" combinados de las

<sup>2123</sup> Dicho lo anterior, recordamos que las subvenciones expiradas siguen siendo una parte pertinente de una matriz de análisis destinada a identificar los efectos de las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, respecto de las cuales la Unión Europea sigue teniendo una obligación de cumplimiento. Las constataciones del procedimiento inicial relativas al diseño, la estructura y el funcionamiento de las subvenciones expiradas, así como al modo en que esas subvenciones afectaron a las operaciones de Airbus hasta el final de 2006, pueden ayudar a comprender la medida en que las subvenciones existentes pueden causar efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación.

<sup>2124</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1717. (las cursivas figuran en el original)

subvenciones de AEP/FEM existentes para los programas A380 y A350XWB, Airbus no habría podido lanzar el A350XWB *en la forma y en el momento en que lo hizo*. Dicho de otro modo, las subvenciones de AEP/FEM existentes que Airbus siguió recibiendo permitieron proceder al oportuno lanzamiento del A350XWB -un programa de considerable importancia estratégica para Airbus costoso y de elevado riesgo- así como introducir en el mercado el A380, que había sufrido extensas demoras.

6.23. En resumen, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial pone de manifiesto que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación -es decir, las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB- permitieron a Airbus proceder al oportuno lanzamiento y desarrollo del A350XWB, así como introducir en el mercado y seguir desarrollando el A380. Ambos eventos fueron fundamentales para renovar y mantener la competitividad de Airbus en el período posterior a la aplicación.

#### 6.7.4 Pérdida de ventas, desplazamiento y obstaculización

6.24. Recordamos que habría "desplazamiento u obstaculización" cuando el análisis hipotético mostrara que las ventas del Miembro reclamante habrían disminuido menos o habrían sido mayores si no hubiera habido la subvención impugnada. Entendemos que el Grupo Especial trató de aplicar este marco cuando pasó a evaluar si el volumen de las entregas y las cuotas de mercado que "habría alcanzado la rama de producción de LCA de los Estados Unidos entre el 1º de diciembre de 2011 y el final de 2013 habrían sido superiores a *su nivel actual* en todos los mercados de productos pertinentes"<sup>2125</sup> de no haber sido por los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM. Asimismo, consideramos que la constatación del Grupo Especial de que "los Estados Unidos han establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de *desplazamiento y/u obstaculización* de las LCA estadounidenses"<sup>2126</sup> en los mercados geográficos pertinentes de LCA de pasillo único, LCA de doble pasillo y VLA está informada por la manera en que los Estados Unidos formularon sus alegaciones. No entendemos que la utilización de la expresión "desplazamiento y/u obstaculización" por el Grupo Especial al resumir sus constataciones de perjuicio grave relativas a los mercados pertinentes en cuestión indique que el Grupo Especial constató la existencia de tales fenómenos de perjuicio grave de manera indiferenciada con respecto a un mismo y único mercado de producto y país. En consecuencia, contrariamente a lo que parece indicar la Unión Europea, de la utilización de la expresión "desplazamiento y/u obstaculización" por el Grupo Especial no se sigue necesariamente que el Grupo Especial tratara el "desplazamiento" y la "obstaculización" como conceptos intercambiables e indistinguibles a los fines de su análisis de los efectos desfavorables.

6.25. Recordamos nuestra constatación de que la evaluación de los mercados de productos pertinentes realizada por el Grupo Especial en el presente procedimiento sobre el cumplimiento se basó en un análisis adecuado de la naturaleza y el grado de la competencia entre productos que, según constató el Grupo Especial, demostraba la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente. Sin embargo, la evaluación de la naturaleza y el grado de la competencia en el mercado o mercados de productos pertinentes no responde, en sí misma y por sí misma, a la cuestión de si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables en el mercado o los mercados pertinentes.

##### 6.7.4.1 El mercado de LCA de pasillo único

6.26. Con respecto al mercado de LCA de pasillo único, las constataciones del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en la presencia en el mercado *del A320* se refirieron principalmente a los efectos de las subvenciones que habían expirado antes del final del plazo para la aplicación. Hemos constatado, sin embargo, que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. Más bien, la cuestión pertinente es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011) causan efectos desfavorables, de modo que la Unión Europea no ha cumplido la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos

<sup>2125</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. (las cursivas figuran en el original)

<sup>2126</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 6.1817. (las cursivas figuran en el original)

desfavorables". No encontramos ningún análisis del Grupo Especial sobre la cuestión de si, y en qué medida, la competitividad de Airbus en el mercado de LCA de pasillo único, adquirida mediante las subvenciones de AEP/FEM anteriores al A380, se renovó y prosiguió más allá del período de referencia inicial, como consecuencia de las subvenciones que la Unión Europea mantuvo u otorgó en el período posterior a la aplicación.

6.27. Por lo tanto, no estamos convencidos de que, en lo tocante al mercado de LCA de pasillo único, el análisis del Grupo Especial proporcione una base suficiente para sostener su conclusión, expuesta en el párrafo 6.1798 de su informe, de que "los pedidos identificados en el cuadro 19 {en el mercado de LCA de pasillo único} constituyen 'pérdidas de ventas' 'significativas' para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM impugnadas siguen siendo una causa 'auténtica y sustancial' de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC". Análogamente, no estamos convencidos de que, con respecto a los diversos mercados nacionales de LCA de pasillo único, el análisis del Grupo Especial sea suficiente para sostener la conclusión que formula en el párrafo 6.1817 de su informe de que "las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA de pasillo único en la Unión Europea, Australia, China y la India".

- a. Por consiguiente, revocamos las constataciones del Grupo Especial en el marco de los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC a las que nos hemos referido *supra* en la medida en que guardan relación con el mercado de LCA de pasillo único.

6.28. Tras haber formulado esta constatación, no consideramos necesario abordar los argumentos adicionales de la Unión Europea descritos en el párrafo 5.703 del presente informe.

6.29. Asimismo, constatamos que no podemos completar el análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de existencia de "desplazamiento y/u obstaculización" en los mercados de LCA de pasillo único de Australia, China y la India, y de obstaculización en el mercado de LCA de pasillo único de la Unión Europea o, subsidiariamente, de amenaza de desplazamiento y obstaculización en dicho mercado.

#### **6.7.4.2 El mercado de LCA de doble pasillo**

6.30. Con respecto a la pérdida de ventas en el mercado de LCA de doble pasillo, nuestro examen de la constatación del Grupo Especial sobre los efectos producto de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011), Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que tenía. La constatación del Grupo Especial de que las ventas del A350XWB en el período posterior a la aplicación constituyeron "pérdida de ventas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC está respaldada también por las constataciones pertinentes del Grupo Especial relativas a la dinámica de competencia entre las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus en el mercado de LCA de doble pasillo. Además, no nos convence el argumento de la Unión Europea de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta los factores de no atribución relativos a mercados específicos y ventas específicas.

6.31. Por consiguiente, las constataciones del Grupo Especial respaldan la conclusión de que las ventas del A350XWB identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, y que estas pérdidas de ventas fueron efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus lanzara oportunamente el A350XWB y la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos de doble pasillo de Boeing y Airbus. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, sin embargo, discrepamos de la conclusión del Grupo Especial sobre la "pérdida de ventas significativa" en el mercado de LCA de doble pasillo en la



medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas que el Grupo Especial constató que habían expirado.

- a. Por consiguiente, modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1798 de su informe y constatamos, en lugar de ello, que los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de LCA de doble pasillo constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.

6.32. Con respecto al desplazamiento y la obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, señalamos que, según el Grupo Especial, la subvención de AEP/FEM para el A330-200 expiró a más tardar en **[ICC]**, es decir, en el período posterior a la aplicación. Observamos, sin embargo, que el Grupo Especial inicial constató que era probable que el A330-200 se hubiera lanzado aun sin la AEP/FEM otorgada específicamente respecto de ese programa, porque se trataba de un derivado del A330 y, en consecuencia, su desarrollo requería una financiación comparativamente pequeña. Además, a diferencia de las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB, no hay constataciones específicas del Grupo Especial sobre la cuestión de si, y en qué manera, los "efectos producto" de la subvención de AEP/FEM para el A330-200 continuaron más allá de 2006 y durante el período posterior a la aplicación. Nuestro examen de la constatación del Grupo Especial sobre los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A350XWB indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A350XWB en el momento en que lo hizo y con las características que tenía. Recordamos también la constatación del Grupo Especial de que la oferta de productos A350XWB de Airbus competía directamente con las LCA de doble pasillo de Boeing.

6.33. Señalamos, no obstante, que los Estados Unidos estructuraron su alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo sobre la base de datos relativos a las cuotas de mercado y las *entregas* de LCA de Airbus y Boeing durante el período 2001-2013. No hubo ninguna entrega del A350XWB durante ese período. Por lo tanto, a los efectos de la alegación de desplazamiento y/u obstaculización en el mercado de LCA de doble pasillo, el Grupo Especial se basó en datos sobre cuotas de mercado y entregas relativos al A330, en lugar de en los pedidos del A350XWB, al formular su constatación. Recordamos, a este respecto, que las constataciones del Grupo Especial relativas a los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM en el A330 se refirieron principalmente a los efectos de las subvenciones que habían expirado. Hemos constatado, no obstante, que la Unión Europea no tiene ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esas subvenciones expiradas. Más bien, la cuestión pertinente es si las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación causan efectos desfavorables, de modo que la Unión Europea no ha cumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables". Sin embargo, dada la manera en que se plantearon las alegaciones de desplazamiento y/u obstaculización ante el Grupo Especial y el enfoque que este adoptó al evaluar estas alegaciones, el Grupo Especial no examinó la cuestión de si, y en su caso cómo, las subvenciones para el A380 y el A350XWB existentes en el período posterior a la aplicación pueden haber contribuido a las entregas del A330 realizadas durante ese período, ni formuló constataciones al respecto. En estas circunstancias, no estamos convencidos de que el análisis y las constataciones del Grupo Especial proporcionen una base suficiente para sostener la conclusión de que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tuviesen por efecto desplazar u obstaculizar las LCA estadounidenses en el mercado de LCA de doble pasillo de la Unión Europea y los mercados de los terceros países pertinentes.

- a. Por consiguiente, revocamos la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 6.1817 de su informe, de que "los Estados Unidos ha{bía}n establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento y/u obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de LCA ... de doble pasillo en la Unión Europea, China, Corea y Singapur".

6.34. Una vez hecho esto, no vemos otras razones para abordar los argumentos adicionales de la Unión Europea relativos a la conclusión del Grupo Especial, expuestos en el párrafo 5.703 del presente informe.

6.35. Asimismo, constatamos que no podemos completar el análisis jurídico de las alegaciones de los Estados Unidos de existencia de desplazamiento en los mercados de LCA de doble pasillo de China, Corea y Singapur, y obstaculización en los mercados de LCA de doble pasillo de la Unión Europea, China, Corea y Singapur.

#### 6.7.4.3 El mercado de VLA

6.36. Con respecto a la pérdida de ventas en el mercado de VLA, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación (es decir, después del 1º de diciembre de 2011), Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Además, el análisis del Grupo Especial relativo a las condiciones de competencia en el mercado de VLA confirma que los respectivos productos de VLA de Airbus y Boeing -el A380 y el 747- son suficientemente sustituibles entre sí. Esta dinámica de competencia, en nuestra opinión, ofrece un respaldo adicional a la tesis de que Airbus consiguió las ventas en el mercado de VLA a expensas del productor de LCA de los Estados Unidos. Por último, al igual que el Grupo Especial, tenemos dudas con respecto a la cuestión de si las ventajas preexistentes derivadas de las características comunes y otras ventajas relacionadas con el producto que Airbus tenía sobre Boeing podrían caracterizarse como factores de no atribución de los que pueda afirmarse que "diluyen" la relación causal entre las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación y los fenómenos de mercado pertinentes.

6.37. Por consiguiente, las constataciones del Grupo Especial respaldan la conclusión de que las ventas del A380 identificadas en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, y de que estas pérdidas de ventas fueron efecto de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus siguiera ofreciendo el A380 y la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos de VLA de Boeing y Airbus. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, sin embargo, discrepamos de la conclusión del Grupo Especial sobre la "pérdida de ventas significativa" en el mercado de VLA en la medida en que su conclusión se basó en efectos de subvenciones de AEP/FEM impugnadas que el Grupo Especial constató que habían expirado.

- a. Por consiguiente, modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1798 de su informe, y constatamos, en lugar de ello, que los pedidos identificados en el cuadro 19 del informe del Grupo Especial en el mercado de VLA constituyen "pérdidas de ventas significativas" para la rama de producción de LCA de los Estados Unidos y, por lo tanto, que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación siguen siendo una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC.

6.38. Con respecto a la existencia de desplazamiento y obstaculización en el mercado de VLA, nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, sin las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Además, recordamos que, como muestra el análisis del Grupo Especial relativo a la dinámica de competencia en el mercado de VLA, las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus -el 747 y el A380- son suficientemente sustituibles entre sí. En relación con el factor de no atribución alegado por la Unión Europea en relación con los retrasos en el desarrollo y la producción que afectaron al 747-8, señalamos la observación del Grupo Especial de que en



ocasiones las versiones más grandes del 777 también pueden pugnar por ventas en el mercado de VLA. Por lo tanto, no vemos ninguna razón para alterar la constatación del Grupo Especial de que este factor de no atribución no podría diluir la relación auténtica y sustancial de causa a efecto entre las subvenciones de AEP/FEM y los supuestos fenómenos de mercado.

6.39. Recordamos que un análisis de las tendencias puede ser pertinente e indicativo, aunque no necesariamente determinante, a los efectos de una constatación de existencia de desplazamiento. Al formular su constatación de desplazamiento, sin embargo, el Grupo Especial no examinó si existía alguna tendencia discernible en los volúmenes y las cuotas de mercado en los mercados de VLA en cuestión, con inclusión de si existían o no tendencias descendentes que pudieran haber respaldado las constataciones del Grupo Especial. En estas circunstancias, consideramos que el Grupo Especial debía haber analizado las pruebas que tenía ante sí a fin de explicar suficientemente el fundamento de su constatación de que las subvenciones de AEP/FEM tuvieron por efecto el desplazamiento de las LCA estadounidenses en esos mercados de VLA en el período posterior a la aplicación.

- a. Por consiguiente, en lo que *respecta a la existencia de desplazamiento en el mercado de VLA*, discrepamos del Grupo Especial en la medida en que constató, en el párrafo 6.1817 de su informe, que "los Estados Unidos ha{bía}n establecido que los efectos 'producto' de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas son una causa 'auténtica y sustancial' de desplazamiento ... de las LCA estadounidenses en los mercados de ... {VLA} en la Unión Europea, Australia, ... Corea {y} Singapur".

6.40. Asimismo, constatamos que no podemos completar el análisis jurídico de la alegación de los Estados Unidos de existencia de desplazamiento en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, Corea y Singapur.

6.41. En cuanto a la constatación de obstaculización, recordamos que el fenómeno de obstaculización hace referencia a situaciones en que las exportaciones o importaciones del producto similar del Miembro reclamante habrían aumentado si no hubieran sido "obstruidas" o "dificultadas" por el producto subvencionado. Dada la particular naturaleza de la rama de producción de LCA, especialmente en el caso de VLA como el Boeing 747-8 y el Airbus A380, en que la ventas y los volúmenes de entregas son, por lo general, muy inferiores a los de los productos de consumo, no creemos que los volúmenes de entregas que el Grupo Especial analizó no podrían haber respaldado una constatación de existencia de obstaculización. Además, recordamos que nuestro examen de las constataciones del Grupo Especial con respecto a los programas A380 y A350XWB, así como las constataciones pertinentes formuladas en el procedimiento inicial, indica que, sin las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, Airbus no habría podido ofrecer el A380 en el momento en que lo hizo. Además, como muestra el análisis del Grupo Especial relativo a la dinámica de competencia en el mercado de VLA, las respectivas ofertas de productos de Boeing y Airbus -el 747-8 y el A380- son suficientemente sustituibles entre sí. Así pues, al contrario que en la situación relativa a la supuesta obstaculización existente en el mercado de LCA de doble pasillo, los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación, incluidas las subvenciones de AEP/FEM para el A380, y los datos sobre entregas de VLA en que se basa la alegación de los Estados Unidos, se refieren al mismo modelo de aeronave y, como se ha explicado *supra*, el Grupo Especial formuló las constataciones necesarias con respecto tanto a los "efectos producto" como a los datos sobre entregas. Sobre la base de estas consideraciones y teniendo en cuenta las entregas de A380 realizadas en el período posterior a la aplicación, no apreciamos ningún error en la conclusión del Grupo Especial de que, de no haber sido por las subvenciones de AEP/FEM, la rama de producción de LCA de los Estados Unidos habría alcanzado un volumen de entregas y una cuota de mercado superiores a su nivel actual en el período posterior a la aplicación.

6.42. Por lo tanto, las constataciones del Grupo Especial examinadas *supra* respaldan la conclusión de que las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación tienen por efecto la obstaculización de las VLA de los Estados Unidos en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos. Esta conclusión también encuentra respaldo en el marco analítico adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, así como en varias constataciones del Grupo Especial, incluida su constatación relativa a los "efectos producto" que las subvenciones de AEP/FEM

existentes en el período posterior a la aplicación tuvieron en el hecho de que Airbus siguiera ofreciendo el A380 y la existencia de un grado de sustituibilidad suficiente entre las ofertas de productos VLA de Boeing y Airbus. A la luz de nuestra interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, sin embargo, discrepamos de la conclusión del Grupo Especial relativa a la existencia de obstaculización en el mercado de VLA en la medida en que su conclusión se basó en los efectos de las subvenciones de AEP/FEM impugnadas que el Grupo Especial constató que habían expirado.

- a. Por consiguiente, modificamos la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1817 de su informe, y constatamos, en lugar de ello, que los Estados Unidos han establecido que los "efectos producto" de las subvenciones de AEP/FEM existentes en el período posterior a la aplicación son una causa auténtica y sustancial de obstaculización de las LCA estadounidenses en los mercados de VLA de la Unión Europea, Australia, China, Corea, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos.

6.43. Sobre la base de lo que antecede, con respecto a las subvenciones existentes en el período posterior a la aplicación, confirmamos, *aunque por razones diferentes*, las conclusiones del Grupo Especial que figuran:

- a. en el párrafo 7.2 de su informe, de que "{a}l seguir infringiendo el apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC", por lo que respecta a los mercados de LCA de doble pasillo y de VLA, "la Unión Europea y determinados Estados miembros no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en virtud del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de 'adoptar{} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar{} la subvención"; y
- b. en el párrafo 7.4 de su informe, de que "la Unión Europea y determinados Estados miembros no han aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD de que pusieran sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo SMC" y de que "{e}n tanto en cuanto la Unión Europea y determinados Estados miembros no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial, esas recomendaciones y resoluciones siguen siendo operativas".

6.44. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD solicite a la Unión Europea que ponga las medidas que en el presente informe, y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, se han declarado incompatibles con el Acuerdo SMC en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de ese Acuerdo.

Firmado en el original en Ginebra el 8 de mayo de 2018 por:

---

Ricardo Ramírez-Hernández  
Presidente de la Sección

---

Ujal Singh Bhatia  
Miembro

---

Peter Van den Bossche  
Miembro

---