

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS285/ARB
21 de diciembre de 2007

(07-5704)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE AFECTAN AL SUMINISTRO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS DE JUEGOS DE AZAR Y APUESTAS

Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

La decisión del Árbitro en *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el ESD. El informe se distribuye como documento de distribución general a partir del 21 de diciembre de 2007 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/452).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	1
A. ACTUACIONES INICIALES	1
B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ACTUACIONES CUMPLIDAS.....	2
II. CUESTIONES PRELIMINARES	3
A. MANDATO DEL ÁRBITRO	3
1. <i>Mandato en relación con el nivel de suspensión propuesto.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Mandato en lo que respecta a los sectores y acuerdos en que se pide la suspensión.....</i>	<i>6</i>
3. <i>Orden del análisis.....</i>	<i>7</i>
B. CARGA DE LA PRUEBA Y PRESENTACIÓN DE PRUEBAS.....	7
C. SOLICITUD DE AUDIENCIA PÚBLICA PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS	10
D. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE TERCERO FORMULADA POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS	10
E. CONSULTAS AL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI) Y AL BANCO CENTRAL DEL CARIBE ORIENTAL (ECCB)	12
III. EVALUACIÓN DEL NIVEL DE SUSPENSIÓN PROPUESTO	13
A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	13
B. ENFOQUE ADOPTADO POR EL ÁRBITRO	15
C. ELECCIÓN DE LA HIPÓTESIS	16
1. <i>Evaluación de la situación hipotética propuesta por Antigua.....</i>	<i>17</i>
2. <i>Otra posible hipótesis</i>	<i>24</i>
3. <i>Opinión discrepante.....</i>	<i>27</i>
D. CÁLCULO DEL NIVEL DE ANULACIÓN.....	30
1. <i>Examen del enfoque propuesto por Antigua.....</i>	<i>30</i>
a) Descripción del enfoque propuesto por Antigua	30
b) Naturaleza de los datos de GBGC, metodología de recopilación de los datos y contradicciones entre éstos	32
i) Argumentos de las partes	32
ii) Análisis del Árbitro	34
c) Relación entre los datos de GBGC relativos a los ingresos obtenidos de los juegos de azar a distancia y las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos.....	35
i) Argumentos de las partes	35
ii) Análisis del Árbitro	37
d) Relación entre los datos de GBGC sobre los ingresos por juegos de azar a distancia y las exportaciones declaradas de Antigua y el PIB.....	38
i) Argumentos de las partes	38
ii) Análisis del Árbitro	41
e) Inexistencia de pruebas directas relativas a los ingresos de operadores de juegos de azar a distancia titulares de una licencia expedida por Antigua y comparación de los datos de GBGC sobre los ingresos procedentes de juegos de azar a distancia con las cifras de ingresos de otras fuentes.....	43
i) Argumentos de las partes	43
ii) Análisis del Árbitro	46
f) Aplicación de un coeficiente multiplicador a los datos sobre los ingresos por juegos de azar a distancia.....	47
i) Argumentos de las partes	47
ii) Análisis del Árbitro	48

g)	Momento en el que las medidas de los Estados Unidos comenzaron a afectar a las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos y pérdida de cuota de mercado en beneficio de los competidores	48
i)	Argumentos de las partes	48
ii)	Análisis del Árbitro	53
h)	Comparación de las exportaciones reales y las exportaciones hipotéticas de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos	54
i)	Argumentos de las partes	54
ii)	Análisis del Árbitro	55
i)	Observaciones finales	56
2.	<i>Examen del enfoque propuesto por los Estados Unidos</i>	56
a)	Descripción del enfoque propuesto por los Estados Unidos	56
b)	Exportaciones de servicios de apuestas hípcas a distancia de Antigua	58
i)	Argumentos de las partes	58
ii)	Análisis del Árbitro	59
c)	Datos del ECCB, el FMI y la OMC sobre las exportaciones de servicios de Antigua y otras estimaciones de ingresos	60
i)	Argumentos de las partes	60
ii)	Análisis del Árbitro	63
d)	Pérdida de cuota de mercado en beneficio de los competidores	63
i)	Argumentos de las partes	63
ii)	Análisis del Árbitro	64
3.	<i>Enfoque del Árbitro</i>	64
a)	Exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos	65
i)	Datos de GBGC	65
ii)	Ingresos por empleado	66
b)	Proveedores competidores	67
c)	Apuestas hípcas	68
d)	Crecimiento de la demanda estadounidense	68
4.	<i>Conclusión</i>	69

IV.	PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD	69
A.	PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	69
B.	ENFOQUE GENERAL ADOPTADO POR EL ÁRBITRO	71
C.	OBSERVACIONES PRELIMINARES	74
D.	EXAMEN DE LA DETERMINACIÓN DE ANTIGUA RELATIVA A LA SUSPENSIÓN EN EL "MISMO SECTOR"	75
1.	<i>Los principios y procedimientos del párrafo 3 b) del artículo 22</i>	75
2.	<i>Examen de la determinación de Antigua de que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el "mismo sector"</i>	77
a)	Identificación del sector pertinente y alcance de las obligaciones que han de considerarse	78
b)	Determinación de Antigua de que es "impracticable o ineficaz" suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector	78
i)	Argumentos de las partes	78
ii)	Evaluación del Árbitro	80
c)	La cuestión de si Antigua ha tomado en cuenta los factores enunciados en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22	82
d)	Conclusión	83

Página

E.	EXAMEN DE LA DETERMINACIÓN DE ANTIGUA CON RESPECTO A "OTROS SECTORES" EN EL MARCO DEL AGCS.....	83
1.	<i>Si la suspensión de concesiones u otras obligaciones es practicable o eficaz en "otros sectores" en el marco del AGCS.....</i>	83
a)	Nivel de suspensión y posibilidad de suspensión en el marco del AGCS	84
b)	Practicabilidad y eficacia de la suspensión en otros sectores	86
c)	Consideración por Antigua de los elementos previstos en el apartado d).....	89
d)	Conclusión.....	90
2.	<i>La cuestión de si las circunstancias son suficientemente graves.....</i>	90
F.	CONCLUSIÓN GENERAL.....	92
V.	LA EQUIVALENCIA Y LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN EL MARCO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC	92
A.	ARGUMENTOS DE LAS PARTES	92
B.	ANÁLISIS DEL ÁRBITRO	94
VI.	LAUDO	95

LISTA DE ANEXOS

	Índice	Página
Anexo A	Procedimiento de trabajo	96
Anexo B	Carta dirigida por el Árbitro al ECCB	98
Anexo C	Carta dirigida por el Árbitro al FMI	100
Anexo D	Carta dirigida por el FMI al Árbitro	102
Anexo E	Cuadros sobre los cálculos del nivel de anulación y menoscabo	104

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina - Pielés y cueros</i>	<i>Laudo del Árbitro, Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS155/10, 31 de agosto de 2001</i>
<i>Australia - Salmón</i>	<i>Laudo del Árbitro, Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS18/9, 23 de febrero de 1999</i>
<i>Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)</i>	<i>Decisión de los Árbitros, Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000</i>
<i>Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)</i>	<i>Decisión del Árbitro, Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales - Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, WT/DS222/ARB, 17 de febrero de 2003</i>
<i>CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	<i>Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000</i>
<i>CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	<i>Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999</i>
<i>CE - Hormonas</i>	<i>Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998</i>
<i>CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	<i>Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999</i>
<i>CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	<i>Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999</i>
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i>	<i>Laudo del Árbitro, Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 de junio de 1999</i>
<i>Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)</i>	<i>Laudo de los Árbitros, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001</i>
<i>Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)</i>	<i>Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS58/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/RW</i>

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 de agosto de 2002
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/AB/R y Corr.1, adoptado el 20 de abril de 2005
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/R, adoptado el 20 de abril de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R
<i>Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 5 del artículo 21 - Antigua y Barbuda)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas - Recurso de Antigua y Barbuda al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS285/RW, adoptado el 22 de mayo de 2007
<i>Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Brasil) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial del Brasil - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/BRA, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial del Canadá - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS234/ARB/CAN, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/EEC, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Chile) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de Chile - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/CHL, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Corea) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de Corea - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/KOR, 31 de agosto de 2004
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (India) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de la India - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS217/ARB/IND, 31 de agosto de 2004

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (Japón) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	<i>Decisión del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial del Japón - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS217/ARB/JPN, 31 de agosto de 2004</i>
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	<i>Decisión del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Reclamación inicial de México - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS234/ARB/MEX, 31 de agosto de 2004</i>

I. INTRODUCCIÓN

A. ACTUACIONES INICIALES

1.1 El 20 de abril de 2005, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Grupo Especial en esta diferencia, con las modificaciones introducidas por el informe del Órgano de Apelación.¹

1.2 El Órgano de Apelación, entre otras decisiones, confirmó las constataciones del Grupo Especial que se ocupó inicialmente del asunto, de que la Lista de los Estados Unidos incluye el compromiso de otorgar pleno acceso al mercado de los servicios de juegos de azar y apuestas y confirmó la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos actúan en forma incompatible con el párrafo 1 del artículo XVI y los apartados a) y c) del párrafo 2 del artículo XVI al mantener ciertas limitaciones del acceso al mercado no estipuladas en su Lista. El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos no habían demostrado que tres leyes federales eran "necesarias para proteger la moral o mantener el orden público" en el sentido del apartado a) del artículo XIV. El Órgano de Apelación modificó la conclusión del Grupo Especial respecto del artículo XIV en su totalidad y constató, en su lugar, "que los Estados Unidos han demostrado que la Ley de Comunicación por Cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar son medidas 'necesarias para proteger la moral o mantener el orden público', de conformidad con el apartado a) del artículo XIV, pero no han demostrado, en vista de la Ley de apuestas interestatales sobre carreras de caballos, que las prohibiciones incluidas en esas Leyes se apliquen tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros, y en consecuencia no han acreditado que esas medidas cumplan las prescripciones del preámbulo".²

1.3 El 19 de agosto de 2005, un árbitro establecido con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD determinó que el "plazo prudencial" para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del ESD en esta diferencia era de 11 meses y 2 semanas a partir de la fecha de adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación por el OSD. Por consiguiente, se dio de plazo a los Estados Unidos hasta el 3 de abril de 2006 para poner sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del AGCS.³

1.4 El 8 de junio de 2006, Antigua y Barbuda (denominada en adelante "Antigua") solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁴ El 6 de julio de 2006, Antigua solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁵ En la reunión que celebró el 19 de julio de 2006, el OSD acordó remitir la cuestión al Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, de ser posible. El informe del grupo especial sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 fue adoptado

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* (WT/DS285/AB/R) (denominado en adelante "informe del Órgano de Apelación") e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* (WT/DS285/R) (denominado en adelante "informe del Grupo Especial").

² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 373.

³ WT/DS285/13.

⁴ WT/DS285/17.

⁵ WT/DS285/18.

el 25 de mayo de 2007. El grupo especial sobre el cumplimiento constató que los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia.

1.5 El 21 de junio de 2007, Antigua solicitó autorización del OSD⁶, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones y obligaciones conexas de Antigua resultantes del *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* (el "AGCS") y el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (el "Acuerdo sobre los ADPIC") por un valor anual de 3.443 millones de dólares EE.UU.

B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ACTUACIONES CUMPLIDAS

1.6 El 23 de julio de 2007, los Estados Unidos impugnaron el nivel de suspensión propuesto por Antigua y Barbuda, con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, y sostuvieron que Antigua no había seguido en su solicitud los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD.⁷ En su reunión del 24 de julio de 2007, el OSD acordó que la cuestión planteada por los Estados Unidos se sometiera a arbitraje.

1.7 El arbitraje estuvo a cargo de los integrantes del Grupo Especial sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 que entendió inicialmente en el asunto, es decir:

Presidente: Sr. Lars Anell

Miembros: Sr. Mathias Francke
Sr. Virachai Plasai

1.8 El 7 de agosto de 2007 se celebró una reunión de organización para discutir el procedimiento de trabajo propuesto y el calendario de las actuaciones. En esa reunión ambas partes pidieron, entre otras cosas, mayor plazo para la preparación de sus comunicaciones al Árbitro. El calendario y el procedimiento de trabajo definitivos adoptados por el Árbitro se comunicaron a las partes el 22 de agosto de 2007 (véase el texto del Procedimiento de trabajo en el Anexo 1).

1.9 De conformidad con el calendario aprobado por el Árbitro, Antigua presentó el 31 de agosto de 2007 una comunicación relativa a la metodología para el cálculo del nivel propuesto de la suspensión (el "Documento sobre Metodología"), y los Estados Unidos y Antigua presentaron comunicaciones escritas al Árbitro el 19 de septiembre y el 4 de octubre de 2007, respectivamente. El Árbitro se reunió con las partes el 18 de octubre de 2007. Después de esa reunión, el Árbitro formuló preguntas a las partes, a las que éstas dieron respuestas escritas el 2 de noviembre de 2007. También se dio oportunidad a ambas partes para presentar sus observaciones por escrito a las respuestas de la otra parte a las preguntas del Árbitro. La decisión del Árbitro fue distribuida el 21 de diciembre de 2007.

⁶ WT/DS285/22.

⁷ WT/DS285/23.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. MANDATO DEL ÁRBITRO

2.1 El párrafo 7 del artículo 22 del ESD dispone lo que sigue:

"El árbitro¹ que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3."

¹ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona, a un grupo o a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto si actúan en calidad de árbitro.

2.2 En este procedimiento los Estados Unidos impugnan dos aspectos definidos de la solicitud presentada por Antigua para la suspensión de ciertas obligaciones en el marco de acuerdos abarcados. En primer lugar, impugnan el nivel de suspensión para el que Antigua solicita autorización (es decir, la cifra de 3.443 millones de dólares EE.UU. como nivel de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua). En segundo lugar, impugnan también la elección de los sectores y los acuerdos en los que Antigua propone llevar a cabo la suspensión (es decir, determinadas obligaciones correspondientes al AGCS y al Acuerdo sobre los ADPIC). El Árbitro, por lo tanto, tiene que formular dos determinaciones diferentes en este procedimiento.

1. Mandato en relación con el nivel de suspensión propuesto

2.3 Antigua ha solicitado autorización para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones y obligaciones conexas de Antigua con arreglo al AGCS y al Acuerdo sobre los ADPIC por "un valor anual de 3.443 millones de dólares EE.UU.", que considera que "iguala" el "nivel de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua y Barbuda". Los Estados Unidos, sin embargo, han impugnado el nivel propuesto para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

2.4 El párrafo 4 del artículo 22 del ESD dispone que "[e]l nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo". El párrafo 6 del mismo artículo añade que "si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, [...] la cuestión se someterá a arbitraje".

2.5 Como ha señalado antes, el párrafo 7 del artículo 22 dispone que "[e]l árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 (...) determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo (...)".⁸ El ESD no da detalles acerca de la forma exacta en que puede establecerse esa equivalencia. Sin embargo, pueden encontrarse algunas

⁸ Véanse WT/DS27/ARB, párrafo 4.1, y WT/DS26/ARB, párrafo 3.

orientaciones en laudos arbitrales anteriores en los que se efectuaron tales evaluaciones ante recursos al arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.⁹

2.6 En términos generales, como observó el Árbitro en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*):

[e]l mandato de los Árbitros consiste en determinar si el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones solicitado por la parte reclamante es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo sufrido por la parte reclamante como consecuencia de que la parte demandada no haya puesto en conformidad sus medidas incompatibles con las normas de la OMC.¹⁰

2.7 Al abordar esta tarea observamos, como ya han hecho otros árbitros, que aunque la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados, conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 22 del ESD, tiene por objeto "inducir al cumplimiento" por el Miembro de que se trate de sus obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados, ello no significa que tal suspensión pueda autorizarse más allá de lo que sea "equivalente" al nivel de la anulación o menoscabo.¹¹ Lo que exige el párrafo 4 del artículo 22, al establecer el requisito de que la suspensión sea "equivalente" al nivel de la anulación o menoscabo, es cierto grado de "correspondencia o identidad"¹² entre el nivel de la suspensión que haya de autorizarse y el nivel de la anulación o menoscabo de ventajas.

2.8 Esto significa que es preciso determinar cuál es ese nivel de anulación o menoscabo de ventajas para poder compararlo con el nivel de suspensión propuesto.¹³ Además, otros árbitros anteriores han considerado que, si determinaban que el nivel propuesto no era equivalente al nivel de la anulación o menoscabo conforme a lo que exige el ESD, tenían también la obligación de calcular el nivel de suspensión que consideraban equivalente a la anulación sufrida, a fin de contribuir al objetivo

⁹ *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) (solicitudes de los Estados Unidos y el Ecuador); *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) (solicitudes del Canadá y los Estados Unidos); *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) (solicitud de las CE); *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) (solicitudes del Brasil, el Canadá, Chile, las CE, la India, el Japón, Corea y México). También es pertinente como ejemplo de determinación del nivel de anulación o menoscabo un arbitraje que se llevó a cabo de conformidad con el artículo 25 del ESD en *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*. Observamos que se han realizado varios arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en asuntos relativos a subvenciones a la exportación, para lo cual el Acuerdo SMC establece un criterio jurídico distinto a los fines de la determinación del nivel de las contramedidas. En esos casos los árbitros estaban obligados a determinar, conforme al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, "si las contramedidas [propuestas por el Miembro reclamante] son apropiadas". Por lo tanto, esos casos no son directamente pertinentes a los efectos de determinar el mandato del Árbitro respecto de una determinación de "equivalencia" con arreglo a los párrafos 6 y 7 del artículo 22. A pesar de ello, no descartamos que algunos aspectos de esas decisiones puedan ser pertinentes para nuestras determinaciones.

¹⁰ *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), Decisión de los Árbitros, párrafo 4.5.

¹¹ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 6.3.

¹² *Ibid.*, párrafo 4.3.

¹³ *Ibid.*, párrafo 4.2.

de la pronta y positiva solución de las diferencias, consagrado en el ESD.¹⁴ Esto es también lo que los Estados Unidos piden al Árbitro en la presente diferencia.

2.9 En vista de estos elementos, interpretamos que nuestro mandato, en relación con el nivel de suspensión propuesto por Antigua, nos obliga a determinar si la suma anual de 3.443 millones de dólares EE.UU. propuesta por Antigua es o no equivalente al nivel de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes del AGCS para Antigua como consecuencia de que los Estados Unidos no hayan puesto sus medidas incompatibles con el AGCS en conformidad con las obligaciones que les corresponden. Si determinamos que la suma no es equivalente, deberemos determinar cuál es el nivel de esa anulación o menoscabo

2.10 Tenemos también presente que el párrafo 7 del artículo 22 del ESD dispone que el Árbitro "no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender". Por consiguiente, nuestro análisis se limitará al examen del nivel de suspensión propuesto y no se extenderá a la consideración de la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones cuya suspensión se propone.

2.11 Tomamos nota de que los Estados Unidos nos han pedido también que exijamos a Antigua que indique cómo asegurará que cualquier suspensión de concesiones no exceda del nivel de anulación o menoscabo constatado por el Árbitro. A juicio de los Estados Unidos, sin esa información, al Árbitro le sería imposible determinar la equivalencia del nivel de la suspensión de concesiones y el nivel de la anulación o menoscabo, como exige el párrafo 7 del artículo 22 del ESD¹⁵, por lo que no debería constatar que procede autorizar a Antigua a suspender concesiones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁶ A juicio de Antigua, en cambio, la imposición de la exigencia de que especifique de qué modo habrá de asegurar que el nivel de suspensión de concesiones no exceda del nivel de la anulación determinado por los Árbitros no estaría comprendida en el mandato de los Árbitros de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

2.12 Sin perjuicio de cuál sea nuestra opinión acerca de si nuestro mandato con arreglo al párrafo 7 del artículo 22 del ESD nos autoriza o no a imponer tal exigencia a Antigua, estimamos más apropiado considerar esta cuestión una vez que hayamos hecho las determinaciones pertinentes sobre el nivel de suspensión y los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, sobre todo habida cuenta de que la preocupación manifestada por los Estados Unidos parece referirse principalmente a la suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, cuestión que sólo resultará pertinente en caso de que determinemos que Antigua puede solicitar la suspensión de obligaciones en el marco de ese Acuerdo. En consecuencia, dejaremos el análisis de nuestro mandato en relación con esta cuestión para una etapa ulterior de nuestro laudo.¹⁷

¹⁴ Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas*, párrafo 12. Véanse también Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) (solicitud del Ecuador), párrafos 171-173, y *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, párrafos 4.6-4.8, donde se citan pasajes pertinentes de decisiones anteriores.

¹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55.

¹⁶ Párrafo 28 de las observaciones de los Estados Unidos a las respuestas de Antigua.

¹⁷ Véase la sección V.B, para un análisis completo de esta cuestión.

2. Mandato en lo que respecta a los sectores y acuerdos en que se pide la suspensión

2.13 La solicitud de autorización presentada por Antigua para suspender concesiones u otras obligaciones se refiere tanto al apartado b) como al apartado c) del párrafo 3 del artículo 22, y Antigua explica que "como la retirada de concesiones exclusivamente en el marco del AGCS es actualmente impracticable o ineficaz, y las circunstancias son suficientemente graves para justificar que Antigua y Barbuda ejerza los derecho que le confiere el artículo 22, Antigua y Barbuda pide autorización para suspender concesiones y otras obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC".¹⁸ Los Estados Unidos, en su solicitud de arbitraje con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, han alegado que la propuesta de Antigua "no sigue los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD".¹⁹

2.14 El párrafo 3 del artículo 22, en sus apartados a) a c), establece ciertos principios y procedimientos que la parte reclamante, cuando pide la suspensión de concesiones u otras obligaciones, debe seguir en lo que respecta a los sectores y los acuerdos abarcados en que puede pedirse la suspensión. En los apartados siguientes de ese párrafo se detallan los factores que han de tenerse en cuenta al aplicar esos principios y procedimientos, así como la definición de "sectores" a los efectos de esa disposición, y las prescripciones de procedimiento que se deben seguir al pedir autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en otro sector o en otros acuerdos abarcados.

2.15 El párrafo 7 del artículo 22, como ya se ha señalado, dispone que "si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación" y que "en el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3".

2.16 Hasta la fecha sólo ha habido una diferencia en la que se hayan examinado alegaciones referentes a la observancia de los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD (*CE - Banano III*).²⁰ En esa diferencia, al determinar el alcance de sus facultades para examinar los principios y procedimientos de los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22, los Árbitros consideraron que "el hecho de que las facultades conferidas a los Árbitros en el marco de los apartados b) y c) estén previstas de manera explícita en el párrafo 6 del artículo 22 significa *a fortiori* que entre las facultades de los Árbitros figura la de examinar si el Miembro que pide la autorización de suspensión ha seguido los principios y procedimientos establecidos en los apartados de referencia".²¹

2.17 En el presente caso, la solicitud de Antigua, como ya se ha señalado, se refiere tanto al apartado b) como al apartado c) del párrafo 3 del artículo 22. Antigua ha solicitado autorización para suspender obligaciones tanto en el marco del AGCS como en el del Acuerdo sobre los ADPIC. En la medida en que Antigua ha pedido medidas de retorsión en el marco del AGCS, trata de aplicar esas medidas en un sector distinto de aquel en el que se constató la infracción. Además, Antigua ha pedido autorización para suspender ciertas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. En una

¹⁸ Recurso de Antigua y Barbuda al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS285/22, página 4.

¹⁹ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS285/23.

²⁰ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*.

²¹ Decisión del Árbitro, *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 50.

comunicación ulterior, Antigua ha aclarado que en este momento pide autorización para suspender únicamente obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.²²

2.18 Nuestro mandato con respecto a la solicitud de Antigua encaminada a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC consiste, por lo tanto, en examinar si Antigua ha seguido o no los principios y procedimientos establecidos en los diversos apartados del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, en la condición que tiene en la presente diferencia de Miembro que solicita la autorización.

3. Orden del análisis

2.19 Como se ha señalado antes, el ESD establece mandatos específicos respecto de los dos aspectos de la cuestión que se nos plantea. Sin embargo, en la medida en que nuestras determinaciones acerca de uno de esos aspectos pueden influir en nuestras determinaciones acerca del otro, estimamos oportuno examinar ambos en un orden que nos permita tomar plenamente en consideración los elementos pertinentes de cada uno y formular conclusiones globales. Concretamente, estimamos apropiado, en las circunstancias de la presente diferencia, examinar los problemas que se nos plantean en el siguiente orden:

- a) en primer lugar, el nivel de la anulación o menoscabo;
- b) en segundo lugar, los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, teniendo en cuenta en la medida pertinente el nivel de anulación o menoscabo determinado anteriormente;
- c) en tercer lugar, la solicitud de los Estados Unidos en relación con la equivalencia, teniendo en cuenta la determinación que hemos formulado en la sección anterior sobre los sectores y los acuerdos abarcados en los que Antigua trata de suspender obligaciones;
- d) por último, nuestras conclusiones.

B. CARGA DE LA PRUEBA Y PRESENTACIÓN DE PRUEBAS

2.20 Antigua ha alegado que en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 la carga de la prueba está claramente establecida, y que la parte reclamante no está obligada a demostrar que su solicitud de suspensión de concesiones u otras obligaciones se ajusta a las prescripciones de ese artículo, sino que corresponde a la parte demandada acreditar *prima facie* que no es así. Si la parte demandada logra acreditar *prima facie* que la parte reclamante no se ha ajustado a las prescripciones del artículo 22, la carga de la prueba, según alega Antigua, se desplaza a la parte reclamante, que ha de refutar esa presunción.²³

2.21 En su respuesta a una pregunta del Árbitro, los Estados Unidos indicaron que estaban de acuerdo en que corresponde inicialmente a la parte que somete el asunto a arbitraje la carga de probar que el nivel de suspensión propuesto no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo.²⁴ Al mismo tiempo, los Estados Unidos consideran que esa carga no significa que las alegaciones y

²² Véase la respuesta de Antigua a la pregunta 46 del Árbitro.

²³ Comunicación escrita de Antigua, párrafos 13 y 14.

²⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Árbitro, párrafo 1.

afirmaciones fácticas de Antigua gocen de ninguna presunción de exactitud ni de ningún peso especial por el solo hecho de que Antigua las haya hecho.²⁵

2.22 Observamos que, aunque el ESD no ofrece orientaciones concretas sobre la asignación de la carga de la prueba en los procedimientos arbitrales previstos en el párrafo 6 del artículo 22 (ni, en realidad, en ningún otro procedimiento), otros árbitros anteriores, al actuar con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, se han ocupado de esta cuestión y han determinado sistemáticamente que, como señalan ambas partes, la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos del ESD recae en la parte que impugna el nivel de suspensión propuesto.²⁶ Esta idea fue expuesta por primera vez por los Árbitros de *CE - Hormonas* en los siguientes términos:

"Cabe *presumir* que los Miembros de la OMC, como entidades soberanas, actúan en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC. Corresponde a la parte que sostenga que un Miembro ha actuado *de forma incompatible* con normas de la OMC la carga de demostrar la incompatibilidad de sus actos con esas normas. El acto que examinamos es la propuesta canadiense de suspensión de concesiones. La norma de la OMC de que se trata es el párrafo 4 del artículo 22, que prescribe que el nivel de suspensión ha de ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. Las CE impugnan la conformidad de la propuesta canadiense con esa norma de la OMC. En consecuencia, incumbe a las CE probar que la propuesta canadiense es incompatible con el párrafo 4 del artículo 22. De ello se infiere, conforme a una jurisprudencia consagrada de la OMC, que las CE han de exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para establecer una presunción *prima facie* de que el nivel de la suspensión propuesta por el Canadá *no* es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la prohibición comunitaria de las hormonas. No obstante, una vez que las CE hayan establecido esa presunción, corresponde al Canadá exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para refutarla. Si hubiera un equilibrio entre las pruebas y argumentos presentados, considerados globalmente, las CE, en su calidad de parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba, serían la parte vencida."²⁷

2.23 De lo anterior se desprende que en esta diferencia corresponde a los Estados Unidos demostrar en primera instancia que la cuantía por la que Antigua pretende suspender concesiones u otras obligaciones no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para ella.

2.24 Al mismo tiempo, sin embargo, observamos que las normas sobre atribución de la carga de la prueba no exonera a las partes de su deber de facilitar información al Árbitro en estas actuaciones. Se ha reconocido en general en los procedimientos a cargo de grupos especiales que corresponde a cada parte presentar los elementos de prueba que acrediten las aseveraciones fácticas que formule, y que todas las partes están obligadas a colaborar en la determinación de los hechos. Estos principios se han

²⁵ *Ibid.*, párrafo 2.

²⁶ Decisión de los Árbitros, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 3.3; Decisión de los Árbitros, *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*), párrafos 2.5-8; Decisión de los Árbitros, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 2.8-11; Decisión de los Árbitros, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 2.8; *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafos 37-41; Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*); *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 9.

²⁷ *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 9.

aplicado *mutatis mutandis* en los procedimientos arbitrales previstos en el párrafo 6 del artículo 22. En particular, se ha reconocido que la información relativa al cálculo del nivel de suspensión propuesto está, en principio, en poder de la parte que ha presentado la propuesta.²⁸

2.25 Estamos de acuerdo con estas observaciones y consideramos, por consiguiente, que ambas partes, incluida Antigua, tienen el deber de colaborar en la determinación de los hechos pertinentes. Teniendo en cuenta estos elementos, pedimos a Antigua, al comienzo de estas actuaciones, que presentase un Documento sobre Metodología explicando cómo llegaba al nivel de suspensión que proponía.

2.26 Con respecto a las alegaciones de los Estados Unidos de que Antigua no ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, como se señaló antes, sólo existe un precedente pertinente (*CE - Banano III*). En esa diferencia, el Árbitro constató que regían las mismas normas sobre la distribución de la carga de la prueba; es decir, que correspondía al Miembro que impugnaba la propuesta demostrar que no se habían seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22. Concretamente, el Árbitro en esa diferencia consideró que "corresponde a las Comunidades Europeas impugnar las consideraciones iniciales del Ecuador sobre los principios y procedimientos establecidos en los apartados b) a d)" y que "[u]na vez que las Comunidades Europeas hayan demostrado *prima facie* que no se han seguido dichos principios y procedimientos y que no se tuvieron en cuenta los factores enumerados en el apartado d), incumbe al Ecuador replicar a esta presunción".²⁹

2.27 Estamos de acuerdo con este criterio y, por consiguiente, constatamos que incumbe a los Estados Unidos demostrar en primera instancia que Antigua no ha seguido los principios del párrafo 3 del artículo 22 del ESD ni ha tenido debidamente en cuenta los factores enunciados en el apartado d). Al mismo tiempo, también en este caso, la naturaleza misma de la situación hace probable que algunos de los datos fundamentales relacionados con los factores que se deben tener en cuenta, y con la forma en que Antigua los ha considerado, estén principalmente en poder de la propia Antigua. De hecho, en su condición de Miembro que solicita la suspensión en un sector o acuerdo distinto de aquel

²⁸ Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 11:

"El deber de *todas* las partes de presentar pruebas y colaborar en la presentación de pruebas a los árbitros -que debe distinguirse de la cuestión de a quién incumbe la carga de la prueba- tiene una importancia decisiva en los procedimientos de arbitraje previstos en el artículo 22. Las CE están obligadas a presentar pruebas que pongan de manifiesto que la propuesta *no* es equivalente, pero, al mismo tiempo, el Canadá está obligado también a presentar, tan pronto como le sea posible, pruebas que aclaren la vía que ha seguido para llegar a su propuesta y las razones por las que el nivel propuesto es equivalente al del menoscabo de los intercambios comerciales sufridos. De hecho, es posible que algunas de esas pruebas (como los datos relativos al comercio con terceros países, la capacidad de exportación y los exportadores afectados) obren exclusivamente en poder del Canadá, que es la parte que ha sufrido el menoscabo de los intercambios comerciales. Esa es la razón por la que solicitamos al Canadá que presentara el denominado documento sobre metodología." (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁹ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 59.

en que se constató la infracción, corresponde a Antigua "indicar las razones en que se funda", conforme al párrafo 3 e) del artículo 22.³⁰

2.28 Observamos también que en los Procedimientos de trabajo adoptados por el Árbitro en estas actuaciones se dispone que "cada una de las partes presentará al Árbitro todas las pruebas fácticas a más tardar en su comunicación dirigida a él, excepto en lo que respecta a las pruebas necesarias a efectos de réplica y de las respuestas a las preguntas formuladas".

C. SOLICITUD DE AUDIENCIA PÚBLICA PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS

2.29 En la reunión de organización, los Estados Unidos pidieron al Árbitro que diera carácter público a su reunión con las partes. El Árbitro solicitó y recibió la opinión de Antigua sobre esta solicitud. En una comunicación escrita dirigida a las partes el 21 de agosto de 2007, el Árbitro trató la solicitud en los siguientes términos:

"El Árbitro ha examinado la solicitud de los Estados Unidos de dar carácter público a su reunión con las partes. El Árbitro observa en primer lugar que no hay en el ESD una disposición expresa al respecto en relación con el procedimiento arbitral previsto en el párrafo 6 del artículo 22. El Árbitro considera que cuenta con un margen de discreción para ocuparse, siempre con sujeción al debido proceso legal, de situaciones concretas que pueden surgir en un determinado caso y que no estén reguladas explícitamente por el ESD. Al mismo tiempo considera que, en el ejercicio de esas facultades discrecionales, debe tener en cuenta debidamente los puntos de vista de las partes. En este caso, Antigua se opone a que se dé carácter público a la reunión. En vista de ello, y teniendo presente el objeto de las actuaciones, el Árbitro ha resuelto no dar carácter público a la reunión."

D. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE TERCERO FORMULADA POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS

2.30 El 3 de agosto de 2007, el Árbitro recibió una comunicación de las Comunidades Europeas en la que solicitaban el reconocimiento de la condición de tercero en estas actuaciones. El Árbitro recaba las opiniones de las partes acerca de esta solicitud, que le fueron comunicadas por escrito el 9 de agosto de 2007.

2.31 El 23 de agosto, el Árbitro dirigió a las Comunidades Europeas la comunicación que sigue:

"El Árbitro ha tomado nota de la carta de las CE de fecha 3 de agosto, en la que solicitaban que se les reconociera la condición de tercero en este procedimiento arbitral. El Árbitro ha recabado las opiniones de las partes sobre la solicitud de las CE, que le han sido comunicadas por escrito el 9 de agosto de 2007. Después de haber examinado detenidamente la petición de las CE y las opiniones de las partes al respecto, el Árbitro ha resuelto no acceder a la solicitud de reconocimiento de la condición de tercero presentada por las CE."

³⁰ Los Árbitros de *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) también lo reconocieron así y consideraron que:

"[e]l Ecuador tenía que proceder a presentar una información en la que indicara las razones y explicaciones creíbles de su consideración inicial de los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 que fueron la causa de que pidiera autorización en el marco de un sector y acuerdo distintos de aquellos en que se constataron infracciones" (Decisión de los Árbitros, párrafo 60).

El Árbitro observa en primer lugar que en el ESD no hay una disposición expresa sobre la condición de tercero en el procedimiento arbitral previsto en el párrafo 6 del artículo 22. Del mismo modo que los grupos especiales, los Árbitros que actúan con arreglo a esa disposición cuentan con 'un margen de discreción para ocuparse, siempre con sujeción al debido proceso legal, de situaciones concretas que pueden surgir en un determinado caso y que no estén reguladas explícitamente'.³¹ Al mismo tiempo, el Árbitro considera que, en tales situaciones, debe prestar especial atención a las opiniones de las partes. En este caso no existe acuerdo entre ellas acerca de si debe aceptarse la petición de las CE, y se debe dar a este hecho el peso que le corresponde.

El Árbitro observa también que, en el procedimiento arbitral previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, hasta la fecha sólo se ha reconocido en un caso la calidad de tercero.³² Se trataba de circunstancias muy específicas, en las que los dos Miembros a los que se reconoció esa condición habían sido reclamantes y partes en el procedimiento arbitral previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en diferencias referentes al mismo asunto, y en las que el Árbitro constató que, en las circunstancias del caso, la determinación formulada en un procedimiento arbitral podía resultar decisiva para la determinación formulada en el otro.³³

En el presente caso, las CE han alegado que su interés sustancial en estas actuaciones deriva del hecho de que este arbitraje, a su juicio, puede afectar a sus derechos en el marco de la OMC en relación con procedimientos en curso de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo XXI del AGCS relativos a la modificación de los compromisos de los Estados Unidos sobre 'Otros servicios de esparcimiento'.

Sin embargo, el mandato del Árbitro en el presente procedimiento está definido por el párrafo 7 del artículo 22 del ESD y se limita a las cuestiones planteadas en la solicitud de Antigua y Barbuda de suspender concesiones y otras obligaciones y la impugnación de esa solicitud por los Estados Unidos conforme a los párrafos 6 y 7 del mismo artículo. Concretamente, el mandato del Árbitro incluye la determinación de si el nivel de suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de la OMC que ha propuesto Antigua y Barbuda es o no 'equivalente' al nivel de anulación o menoscabo resultante del incumplimiento por los Estados Unidos de ciertas recomendaciones y resoluciones del OSD. En cambio, los procedimientos de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo XXI del AGCS, que derivan de un intento de modificar o retirar un compromiso consignado en una Lista del AGCS, se refieren, al menos en primera instancia, a un proceso de negociaciones entre los Miembros interesados, 'con miras a llegar a un acuerdo sobre los ajustes compensatorios que puedan ser necesarios'.

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, nota 138, respecto de las actuaciones de los grupos especiales: "El ESD, y más concretamente su Apéndice 3, deja a los grupos especiales un margen de discreción para ocuparse, siempre con sujeción al debido proceso legal, de situaciones concretas que pueden surgir en un determinado caso y que no estén reguladas explícitamente."

³² En el asunto *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE). La condición de tercero fue solicitada, pero no otorgada, en otros dos casos: *Brasil - Aeronaves*, Decisión de los Árbitros, párrafos 2.4-2.6; y *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), Decisión de los Árbitros, párrafo 2.8.

³³ Véanse los laudos arbitrales en *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 7.

El Árbitro no encuentra ningún fundamento para suponer que su determinación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD respecto de la solicitud de Antigua y Barbuda de suspender concesiones y otras obligaciones haya de afectar negativamente a los derechos de las CE en relación con el procedimiento independiente en que participan con otros Miembros interesados de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo XXI del AGCS para la modificación de las concesiones de los Estados Unidos, asuntos que tienen, cada uno, su propio fundamento jurídico y su propio objeto.

Por todas las razones expuestas, el Árbitro deniega la petición de las CE de que se les reconozca la condición de tercero en estas actuaciones."

E. CONSULTAS AL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI) Y AL BANCO CENTRAL DEL CARIBE ORIENTAL (ECCB)

2.32 El 19 de noviembre de 2007, el Árbitro informó a las partes de que, en vista de las respuestas de las partes y debido a la necesidad de aclarar mejor determinadas cuestiones de hecho, consideraba útil recabar información técnica del FMI y el ECCB acerca de la fuente y el contenido exactos de los datos recopilados por ellos a los que se había hecho referencia en este procedimiento. El Árbitro, en consecuencia, propuso dirigir una solicitud de información a ambas organizaciones y pidió a ambas partes que formularan sus observaciones sobre el texto de los proyectos de las comunicaciones que habían de enviarse a esas dos organizaciones.

2.33 Los Estados Unidos presentaron algunas propuestas concretas de redacción. Antigua, por su parte, admitió "cierto grado de ambivalencia respecto de las consultas propuestas".³⁴ Por un lado, Antigua daba por seguro que cualquier respuesta que obtuviesen los Árbitros mediante esas consultas apoyaría las pruebas y alegaciones presentadas por Antigua durante este arbitraje, pero por otro, a su juicio, cabía también atribuir a las consultas una apreciación negativa sobre la exactitud o veracidad de las pruebas no controvertidas fundamentalmente presentadas por Antigua en este arbitraje y como un esfuerzo de los Árbitros de realizar una determinación de los hechos en lugar de una parte litigante que se había abstenido esencialmente de realizarla, a pesar de haber tenido múltiples oportunidades.

2.34 El Árbitro ha considerado los argumentos de Antigua, en particular su preocupación por la posibilidad de que el Árbitro pudiera estar procediendo a una determinación de los hechos "en lugar" de los Estados Unidos. El Árbitro, aunque se mostró de acuerdo en que una consulta especializada no debe tener por objeto suplir la omisión de una de las partes que no ha fundamentado sus argumentos, considera que no es eso lo que se propone hacer al recabar información del FMI y del ECCB. Su objetivo es obtener aclaraciones complementarias sobre algunos de los elementos de hecho que las partes le han presentado, a fin de formular su determinación sobre la base de la mejor información posible.

2.35 A la luz de estas consideraciones, el Árbitro ha resuelto efectuar la consulta. En consecuencia, ha revisado el texto de los proyectos de comunicaciones teniendo en cuenta las observaciones de las partes, y el 22 de noviembre de 2007 ha dirigido solicitudes de información tanto al FMI como al ECCB (véase el texto que se reproduce en los Anexos C y B). Se ha recibido una respuesta del FMI el 14 de diciembre de 2007 (véase el texto que se reproduce en el Anexo D). En el momento en que el Árbitro finalizó su trabajo no se había recibido respuesta del ECCB.

³⁴ Carta dirigida por Antigua y Barbuda al Árbitro el 21 de noviembre de 2007.

III. EVALUACIÓN DEL NIVEL DE SUSPENSIÓN PROPUESTO

3.1 Como se ha indicado en el párrafo 1.5 *supra*, Antigua solicitó autorización para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones y obligaciones conexas de Antigua en el marco del AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC por "un valor anual de 3.443 millones de dólares EE.UU.", que considera que "equivale al nivel de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua y Barbuda". Los Estados Unidos, sin embargo, han impugnado este nivel de suspensión propuesto, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

3.2 En su Documento sobre Metodología, Antigua presentó tres cálculos en apoyo del nivel de suspensión de concesiones y otras obligaciones propuesto, y explicó que sus cálculos se basaban en una situación hipotética en la que se suponía que, para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos daban a los operadores de Antigua un acceso sin restricciones a la prestación de servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas a distancia a los consumidores de los Estados Unidos.³⁵ Concretamente, Antigua indicó que partió de los siguientes supuestos en relación con la situación hipotética:

1. los Estados Unidos cumplen sus compromisos en el marco del AGCS con respecto a los servicios de juegos de azar y apuestas a distancia conforme a lo establecido en la diferencia;
2. los Estados Unidos reconocen que los operadores de juegos de azar a distancia ubicados en Antigua que prestan servicios a clientes situados en los Estados Unidos se rigen por el derecho de Antigua;
3. los Estados Unidos no ponen obstáculos a las transferencias electrónicas de fondos entre los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua y sus clientes;
4. los Estados Unidos no ponen obstáculos a la publicidad de los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua;
5. los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua no se ven obligados a invertir considerables recursos para contrarrestar medidas de los Estados Unidos destinadas a restringir la prestación a consumidores de los Estados Unidos de servicios de apuestas a distancia por operadores de juegos de azar.³⁶

3.3 Los Estados Unidos "aceptan la idea básica -expuesta en el Documento sobre Metodología de Antigua- de que el nivel de anulación y menoscabo puede calcularse sobre la base de una 'situación hipotética' en que se supone que el Miembro interesado ha adoptado medidas en cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD".³⁷

3.4 Sin embargo, los Estados Unidos impugnan la elección de la hipótesis escogida por Antigua. Concretamente, cuestionan la premisa de que la medida de cumplimiento de los Estados Unidos sería una medida que autorizara "todos los tipos de servicios transfronterizos de juegos de azar", para lo

³⁵ Documento sobre Metodología de Antigua, párrafo 3.

³⁶ *Ibid.*, página 8.

³⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

que los Estados Unidos consideran que Antigua carece de fundamento tanto jurídico como fáctico.³⁸ A juicio de los Estados Unidos, el Árbitro debe tener en cuenta "la posibilidad de cumplimiento con arreglo a diversos enfoques, y no únicamente con arreglo al preferido por Antigua".³⁹ Los Estados Unidos sostienen que las recomendaciones y las resoluciones del OSD se refieren al trato discriminatorio de las apuestas hípcas, por lo que la auténtica cuestión, en la hipótesis de que los Estados Unidos procedan al cumplimiento permitiendo el acceso al mercado a los proveedores de servicios extranjeros, es la siguiente: "¿cuáles serían los efectos económicos de la adopción por los Estados Unidos de medidas que permitieran a los operadores de Antigua (y de todos los demás Miembros de la OMC) prestar servicios transfronterizos de juegos de azar a distancia con respecto a las carreras de caballos?"

3.5 Los Estados Unidos consideran, por lo tanto, que una medida que permitiera sin discriminación alguna, el acceso a los servicios de juegos de azar a distancia únicamente con respecto a las carreras de caballos daría cumplimiento a las resoluciones. Los Estados Unidos indican que esta es la situación hipotética pertinente, si han de permitir un cierto acceso a los juegos de azar a distancia. En opinión de los Estados Unidos, esta es la situación hipotética "más probable".

3.6 Los Estados Unidos también indican, como situación hipotética que a su juicio estaría en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD, una situación en la que los Estados Unidos aseguraran que los proveedores de servicios nacionales también tuvieran prohibida la prestación de servicios de apuestas hípcas a distancia.⁴⁰ Sin embargo, los Estados Unidos no proponen que a los efectos del presente procedimiento se opte por esta situación hipotética.

3.7 Antigua considera que los Estados Unidos yerran respecto del punto de partida básico cuando "adoptan la posición fundamental, en su comunicación, de que la anulación y menoscabo sufridos por Antigua sólo conciernen al hipotético comercio de apuestas hípcas que podrían realizar los operadores de Antigua con clientes situados en los Estados Unidos".⁴¹ Antigua analiza las resoluciones, en particular la función de la defensa afirmativa al amparo del artículo XIV del AGCS y su relación con los compromisos de acceso al mercado de conformidad con el artículo XVI, y llega a la conclusión de que no debe permitirse a los Estados Unidos presentar un argumento totalmente nuevo (con arreglo al cual se establece una distinción entre los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos y los de otro tipo) pretendiendo minimizar de ese modo su responsabilidad frente a Antigua por no haber cumplido las resoluciones del OSD".⁴²

3.8 Antigua recuerda también que recae en los Estados Unidos la carga de la prueba para "destruir las presunciones establecidas en la solicitud de Antigua y su Documento sobre Metodología".⁴³ Además, Antigua considera "absolutamente desproporcionado" que los Estados Unidos, después de no haber hecho nada para dar cumplimiento a las resoluciones en el plazo en que debieron cumplirlas, pidan ahora a los árbitros que determinen en qué habría podido consistir el cumplimiento.⁴⁴ Antigua

³⁸ *Ibid.*, párrafo 19.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 17.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 15.

⁴¹ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 72.

⁴² *Ibid.*, párrafo 89.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 71.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 92.

considera que, en las circunstancias de la presente diferencia, en que no ha habido ningún intento de cumplimiento, el único supuesto del que puede partir el Árbitro para evaluar el nivel de anulación y menoscabo es "la supresión de la medida", conforme a lo previsto en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD.⁴⁵

3.9 Los Estados Unidos ponen también en tela de juicio otros aspectos de la metodología de Antigua, en particular los datos en que se basa, que consideran "intrínsecamente poco fiables" y que no aportan "ninguna información útil en el presente arbitraje".⁴⁶

B. ENFOQUE ADOPTADO POR EL ÁRBITRO

3.10 Como se ha indicado antes, el párrafo 7 del artículo 22 dispone que "[e]l Árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 [...] determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo [...]".⁴⁷

3.11 En el presente caso, por lo tanto, estamos obligados a determinar si la cantidad de 3.443 millones de dólares EE.UU. propuesta por Antigua es o no equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua. Como han señalado anteriores árbitros, hemos de determinar a tal fin en primer lugar cuál es el nivel de la anulación o el menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua.⁴⁸

3.12 El nivel de suspensión propuesto por Antigua se basa en una evaluación del volumen anual del comercio que considera que ha perdido como consecuencia del mantenimiento por los Estados Unidos de las medidas incompatibles después de haber finalizado el plazo prudencial concedido para el cumplimiento. Para calcular el nivel de ese comercio perdido, Antigua se basa en una situación hipotética que pretende reflejar la que se habría producido si los Estados Unidos hubieran cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

3.13 Los Estados Unidos no discrepan del enfoque básico adoptado por Antigua para determinar el nivel de la anulación o menoscabo de sus ventajas. Concretamente, los Estados Unidos admiten que el nivel de la anulación o el menoscabo puede calcularse sobre la base de una "situación hipotética", en la que el Miembro de que se trata hubiera adoptado medidas que dieran cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁴⁹

3.14 Observamos que este criterio ha sido aplicado en anteriores procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.⁵⁰ Estamos de acuerdo en que la utilización de una situación hipotética para evaluar el nivel de las exportaciones que habría realizado Antigua si los Estados Unidos hubieran cumplido las resoluciones constituye en la presente diferencia una base adecuada para evaluar el nivel de la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua y,

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 94.

⁴⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Árbitro, párrafo 4. En la sección III.D del presente capítulo, *infra*, se hace un análisis detallado de los datos y las cuestiones metodológicas.

⁴⁷ Véanse los documentos WT/DS27/ARB, párrafo 4.1, y WT/DS26/ARB, párrafo 3.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, *CE - Hormonas (Canadá)*, Decisión de los Árbitros, párrafo 35.

⁴⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

⁵⁰ Véase, en particular, *CE - Hormonas (Canadá)*, Decisión de los Árbitros, párrafo 37, y *CE - Banano III (Estados Unidos)*, párrafo 7.1.

habida cuenta de que no hay discrepancia entre las partes a este respecto, la aceptamos como base de nuestra determinación.

3.15 Aunque las partes están de acuerdo en la idoneidad de este enfoque general, los Estados Unidos discrepan tanto de la hipótesis en que Antigua ha basado sus cálculos como de los datos que ha utilizado para estimar seguidamente el nivel de sus exportaciones que ha perdido con arreglo a esa hipótesis. El problema preliminar de la elección de la hipótesis influye decisivamente en las etapas siguientes de la determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas, ya que determina de hecho la base para hacer los cálculos ulteriores. Por consiguiente, consideraremos en primer término esa cuestión antes de pasar al cálculo del nivel de anulación.

C. ELECCIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.16 Como se ha expuesto antes, Antigua basó su cálculo del nivel de anulación o menoscabo sufrido sobre la base de una situación hipotética en la que los Estados Unidos abrirían sin restricciones a los operadores de Antigua el mercado estadounidense de juegos de azar a distancia. Antigua considera que, sobre la base del carácter "pleno" del compromiso asumido por los Estados Unidos en su Lista del AGCS, así como de las constataciones del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y del Órgano de Apelación, de que ese compromiso obliga a los Estados Unidos a dar acceso al mercado a todos los servicios comprendidos en el sector de que se trata, Antigua tiene derecho legítimo a esperar que los Estados Unidos cumplan ese compromiso. Antigua considera, además, que es enteramente razonable que suponga la observancia por los Estados Unidos de sus obligaciones con arreglo al "texto expreso del AGCS, que les obliga a otorgar a los proveedores de servicios de Antigua pleno acceso al mercado de los consumidores de los Estados Unidos".⁵¹

3.17 Los Estados Unidos discrepan de la premisa básica de la hipótesis adoptada por Antigua, a saber, el supuesto del cumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones mediante el otorgamiento a los operadores de Antigua de un acceso sin restricciones a la prestación de servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas a distancia a los consumidores estadounidenses.⁵² Los Estados Unidos consideran que ese supuesto es "extraordinariamente poco realista, por lo que no puede servir de base a una situación hipotética útil en el presente arbitraje".⁵³ Los Estados Unidos consideran que tal supuesto carece de fundamento fáctico o jurídico, y alegan que la hipótesis propuesta por Antigua desconoce por completo el contexto de esta diferencia, incluido el hecho de que los Estados Unidos no fomentan los juegos de azar por Internet, sino que los restringen severamente.⁵⁴

3.18 Los Estados Unidos consideran que el elemento más importante que es preciso tener en cuenta en la determinación del Árbitro con respecto a la elección de la hipótesis es el contexto fáctico de la diferencia, según se refleja en los anteriores procedimientos y en las recomendaciones y resoluciones del OSD. Los Estados Unidos señalan que han acreditado en esta diferencia los sólidos fundamentos morales y de orden público en que se basa la restricción de los juegos de azar a distancia, y que el Órgano de Apelación reconoció efectivamente que los Estados Unidos habían satisfecho la carga de probar que sus medidas estaban justificadas provisionalmente al amparo del artículo XIV del AGCS. Los Estados Unidos consideran que, en tales circunstancias, las únicas

⁵¹ Respuesta de Antigua a la pregunta 2 del Árbitro.

⁵² Documento sobre Metodología de Antigua, párrafo 3.

⁵³ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 3 y 3bis del Árbitro.

⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 del Árbitro, párrafo 13.

hipótesis razonables para el cumplimiento son o una prohibición total de los juegos de azar a distancia o la adopción de medidas que permitan a los operadores extranjeros y nacionales desarrollar actividades en la esfera de las apuestas hípcas a distancia.⁵⁵ En concreto, los Estados Unidos consideran que la hipótesis apropiada para que el Árbitro la examine en el presente procedimiento consistiría en suponer una medida que abriera, sin discriminaciones, el acceso a los servicios de juegos de azar a distancia con respecto únicamente a las carreras de caballos.

3.19 Examinaremos en primer lugar, por lo tanto, si la hipótesis en que se basa la determinación hecha por Antigua del nivel de anulación o menoscabo de sus ventajas no puede servir de base para tal determinación, como afirman los Estados Unidos. Si constatamos que la hipótesis propuesta por Antigua no es apropiada, tendremos que determinar a continuación cuál otra podría serlo.

1. Evaluación de la situación hipotética propuesta por Antigua

3.20 La impugnación por los Estados Unidos de la hipótesis de Antigua se debe a que supone una forma de lograr el cumplimiento de las resoluciones del OSD que, a juicio de los Estados Unidos, es "extraordinariamente poco realista" en esta diferencia. En opinión de los Estados Unidos, no hay ningún fundamento fáctico o jurídico que permita Antigua suponer que los Estados Unidos cumplirían las recomendaciones y resoluciones del OSD en la presente diferencia otorgando a los operadores de Antigua un acceso sin restricciones a su sector de juegos de azar a distancia.

3.21 La hipótesis de Antigua se basa en el supuesto de que los Estados Unidos, en virtud de los compromisos específicos que han contraído en el marco del AGCS, están obligados a conceder a los operadores de Antigua un acceso sin restricciones a su mercado de juegos de azar a distancia. Antigua ha explicado que tiene derecho a presumir que los Estados Unidos cumplirían sus obligaciones concediendo a los operadores de Antigua un acceso de esa naturaleza al mercado estadounidense de juegos de azar a distancia. Antigua considera que, en particular, la naturaleza de las resoluciones (infracción de un compromiso de acceso a los mercados contraído con arreglo al artículo XVI del AGCS), y el texto del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, a tenor del cual 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 éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados, avalan ese supuesto.

3.22 Los Estados Unidos reconocen que la situación hipotética propuesta por Antigua constituiría un modo de dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del ESD⁵⁶, pero, alegan que esa hipótesis es "extremadamente poco realista". A juicio de los Estados Unidos, el cálculo de la anulación o menoscabo de ventajas sólo puede basarse en las ventajas que razonablemente quepa esperar que resulten para la parte reclamante. Los Estados Unidos consideran, además, que el análisis del Árbitro debe limitarse a determinar "qué hipótesis -sobre la base de las circunstancias o los hechos concretos de la diferencia y de las recomendaciones y resoluciones específicas del OSD- sería la forma más probable de cumplimiento".⁵⁷

3.23 Al examinar esta cuestión, recordamos ante todo que la carga de probar que el nivel de suspensión propuesto por Antigua no es equivalente al nivel de anulación o menoscabo de ventajas que ha sufrido como consecuencia de la aplicación ininterrumpida de las medidas de los Estados Unidos incompatibles con las normas de la OMC corresponde a los Estados Unidos. A tal fin

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 12.

⁵⁶ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 3 y 3bis del Árbitro.

⁵⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 3quater del Árbitro, párrafo 10.

bastaría, a nuestro juicio, que los Estados Unidos se limitaran a otros medios posibles de cumplimiento distintos de los previstos por Antigua en su hipótesis. Para que la impugnación de los Estados Unidos tenga éxito, los Estados Unidos han de convencernos de que el supuesto concreto que Antigua identifica como base de su hipótesis no permite reflejar adecuadamente el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua del AGCS a consecuencia de la aplicación continuada por los Estados Unidos de medidas incompatibles con las normas de la OMC.

3.24 No discrepamos de la afirmación de los Estados Unidos de que los Miembros de la OMC tienen en general facultades discrecionales para determinar los medios por los cuales cumplirán las resoluciones del OSD que les son adversas, siempre que tales medios estén en conformidad con los Acuerdos abarcados de la OMC.⁵⁸ Pero esto no significa, a nuestro entender, que el Miembro de que se trata pueda decidir libremente, a los efectos de la determinación prevista en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, entre la gama de medidas que podría haber adoptado para cumplir esas resoluciones, cuál ha de servir de base para la evaluación del Árbitro. Nuestro mandato conforme al párrafo 7 del artículo 22 del ESD consiste en determinar si el nivel de suspensión propuesto por Antigua es o no "equivalente" al nivel de anulación o menoscabo de sus ventajas. Nuestro punto de partida, en esa determinación, debe ser el nivel de suspensión propuesto por Antigua. Al establecer si ese nivel es o no "equivalente", debemos cerciorarnos cuidadosamente de que el nivel de suspensión no sea inferior al de la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para la parte reclamante, con lo que los derechos de esa parte resulten perjudicados, ni exceda de ese nivel, con lo que tendrían un carácter punitivo. Es esta la idea esencial que, a nuestro juicio, debe presidir nuestra evaluación de la impugnación por los Estados Unidos de la hipótesis elegida por Antigua.

3.25 Concretamente, con arreglo al método propuesto por ambas partes para estimar las "exportaciones perdidas", la hipótesis (y los supuestos en que se apoya acerca de lo que habría constituido el cumplimiento) sirve de base para el cálculo de las ventajas resultantes para la parte reclamante que han sido objeto de anulación o menoscabo. Es importante, en consecuencia, que la hipótesis refleje adecuadamente la naturaleza y el alcance de esas ventajas, a fin de que las corrientes comerciales cuya existencia se suponga con arreglo a esa hipótesis puedan constituir, a su vez, una base fiable para el cálculo del nivel de anulación o menoscabo de tales ventajas.

3.26 No creemos que la hipótesis propuesta deba corresponder necesariamente al supuesto "más probable" de cumplimiento por el Miembro de que se trate. Una hipótesis, por su propia naturaleza, constituye una suposición y, por lo tanto, puede existir en un determinado caso, cierto grado de incertidumbre en cuanto a la forma exacta que habría podido adoptar el cumplimiento en caso de haberse producido. El Miembro de que se trate puede haber tenido a su disposición una gama de posibilidades distintas compatibles con las normas de la OMC para elegir entre ellas a fin de proceder al cumplimiento. No nos corresponde hacer especulaciones sobre cuál habría sido la "más probable" de ellas.

3.27 No obstante, la hipótesis, a nuestro juicio, debe corresponder al menos a un supuesto plausible o "razonable" de cumplimiento. Una hipótesis en la que se supusiera una forma de cumplimiento que condujera a un nivel de anulación o menoscabo de ventajas inverosímilmente elevado daría lugar a una suspensión que excedería del nivel de la anulación o el menoscabo efectivamente sufrido. A la inversa, una hipótesis que subestimara el nivel de las ventajas resultantes para la parte reclamante

⁵⁸ Esta cuestión se ha abordado en arbitrajes de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 para la determinación del plazo prudencial. Véase, por ejemplo, *Australia - Salmón*, arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21, párrafo 30. Véase también *Corea - Bebidas Alcohólicas*, recurso al párrafo 3 c) del artículo 21, Decisión del Árbitro, párrafo 45: "La elección de la forma de aplicación es, y debe ser, prerrogativa del Miembro que ha de proceder a ella, en la medida en que los medios elegidos sean compatibles con las recomendaciones y resoluciones del OSD y con las disposiciones de los acuerdos abarcados."

entrañaría el riesgo de dar lugar a una reducción injustificada del nivel de suspensión, por debajo del nivel a que tiene derecho la parte reclamante, es decir, de la "equivalencia".

3.28 Nuestra posición encuentra apoyo en determinaciones anteriores. Observamos así que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - Banano III* escogió lo que constituía, según determinó, una "hipótesis razonable" a los efectos de su cálculo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Observamos asimismo que en la diferencia *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*⁵⁹ el Árbitro basó su determinación del nivel de anulación o menoscabo en cifras históricas de los ingresos por regalías antes de la introducción de una limitación del derecho de autor incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC, y no en una hipótesis en la que se habría supuesto la inexistencia de limitaciones con respecto al derecho de que se trataba.⁶⁰ Tomamos nota asimismo de la constatación según la cual "el nivel de los ingresos por concepto de regalías que las Comunidades Europeas podían razonablemente esperar que percibieran los titulares de derecho de las CE se limita, a juicio de los Árbitros, a los ingresos por concepto de licencias procedentes de los usuarios que *obtendrían* licencias"⁶¹ (y no la totalidad de las regalías que hubieran podido recaudarse legalmente). Tomamos nota también de la observación del Árbitro en esa diferencia, conforme a la cual:

En este contexto, se debe recordar que es de carácter hipotético la investigación del nivel de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían pensar que obtendrían si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Árbitros consideran que en tal situación es necesario proceder con cautela, de forma que se constate que se han anulado o menoscabado solamente las ventajas que las Comunidades Europeas podrían, de buena fe y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, pensar que obtendrían del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.⁶²

3.29 En respuesta a una pregunta del Árbitro, Antigua indicó que, en ese caso, no había discrepancia entre las partes en cuanto a la naturaleza de las ventajas que deberían revertir a las Comunidades Europeas, sino sobre el nivel de anulación o menoscabo, y que las "expectativas razonables" en cuestión no se referían a lo que esperaba el Gobierno de los Estados Unidos, sino a lo que las Comunidades Europeas podían esperar razonablemente que lograrían entidades terceras no gubernamentales con miras a la obtención del valor íntegro de los derechos menoscabados.⁶³

3.30 Compartimos la opinión de Antigua de que las circunstancias del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* y del asunto *CE - Banano III* difieren en cierta medida de las de la presente diferencia. No obstante, nos parece que las determinaciones de los Árbitros en esas diferencias nos proporcionan una orientación útil acerca de la naturaleza de nuestra labor en el

⁵⁹ Somos conscientes de que la determinación del Árbitro en ese asunto se formuló de conformidad con el artículo 25 del ESD y no de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. No obstante, la naturaleza de la determinación que las partes encomendaron al Árbitro en él era comparable a la que estamos llevando a cabo: una determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para la parte reclamante como consecuencia de medidas cuya incompatibilidad con un acuerdo abarcado (en ese caso, el Acuerdo sobre los ADPIC se había constatado).

⁶⁰ *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, Laudo de los Árbitros (arbitraje previsto en el artículo 25), párrafos 4.7-4.14.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 3.33.

⁶² *Ibid.*, párrafo 3.24, nota 43.

⁶³ Respuesta de Antigua a la pregunta 6*bis* del Árbitro, página 12.

presente procedimiento. En concreto, esas determinaciones nos confirman en nuestra opinión de que, en la medida en que la estimación del nivel de anulación y menoscabo exige establecer determinados supuestos acerca de las ventajas que habrían resultado, en una situación en que se hubiera procedido al cumplimiento, esos supuestos deberían ser razonables, teniendo en cuenta las circunstancias de la diferencia, para que el nivel propuesto de suspensión corresponda adecuadamente a las ventajas resultantes para la parte reclamante efectivamente anuladas o menoscabadas.

3.31 Teniendo presentes estas consideraciones, examinaremos seguidamente si la hipótesis concreta en que Antigua basó sus cálculos refleja o no adecuadamente las ventajas resultantes para ese país en la presente diferencia. Como se ha indicado antes, corresponde a los Estados Unidos demostrarnos lo contrario.

3.32 Antigua considera que la naturaleza de las ventajas resultantes para ella se refleja en el artículo XVI del AGCS y en la Lista de los Estados Unidos, y que a los efectos del presente arbitraje eso quiere decir que los Estados Unidos están obligados a conceder un acceso sin restricciones al mercado a los proveedores de Antigua, para la prestación de servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas a distancia a consumidores en los Estados Unidos. En opinión de Antigua, no se plantea la cuestión de si podía o no esperar "razonablemente" esas ventajas, puesto que jurídicamente tiene derecho a disfrutar de ellas.⁶⁴ Antigua considera además que al formular sus suposiciones en este procedimiento "tiene derecho a no tener en cuenta las defensas desestimadas de los Estados Unidos que se basaban en el artículo XIV".⁶⁵ Los Estados Unidos, en cambio, señalan que en esta diferencia el OSD constató que las medidas de los Estados Unidos que restringen los juegos de azar a distancia estaban provisionalmente justificadas al amparo de la excepción basada en la moral, del apartado a) del artículo XIV del AGCS, por lo que Antigua no está en lo cierto cuando afirmar que los Estados Unidos están obligados incondicionalmente a permitir el acceso a cada uno de los tipos de servicios abarcados por los sectores incluidos en su Lista de compromisos en el marco del AGCS.⁶⁶ A juicio de los Estados Unidos, el problema concreto que se constató con respecto a las medidas estadounidenses en litigio se refería a la cuestión limitada de la reglamentación de los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos.⁶⁷

3.33 Según entendemos, la cuestión que se nos plantea gira, por lo tanto, en torno de si al evaluar la hipótesis propuesta debemos o no tener en cuenta, y en qué forma, el hecho de que el Órgano de Apelación constató que las medidas de los Estados Unidos en litigio eran "necesarias para proteger la moral o mantener el orden público" conforme al apartado a) del artículo XIV, a pesar de constatar en último término que esas medidas no estaban justificadas al amparo del artículo XIV.

3.34 Ambas partes han presentado numerosos argumentos en relación con las resoluciones dictadas en la diferencia para explicar las hipótesis que proponían y justificar sus puntos de vista opuestos sobre esta cuestión. Nos parece conveniente, en estas circunstancias, examinar en primer lugar los términos de las resoluciones del Órgano de Apelación en la presente diferencia.

⁶⁴ Respuesta de Antigua a la pregunta 6 del Árbitro, página 9.

⁶⁵ Respuesta de Antigua a la pregunta 2 del Árbitro, página 4.

⁶⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 20.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 21.

3.35 El Órgano de Apelación formuló, entre otras, las siguientes constataciones:

- En primer lugar, con respecto al artículo XVI del AGCS, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial según la cual:

"los Estados Unidos al mantener en vigor la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar, actúan en forma incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 1, 2 a) y 2 c) del artículo XVI"⁶⁸;

- Además, con respecto al artículo XIV del AGCS, el Órgano de Apelación constató lo siguiente:

"Los Estados Unidos han demostrado que la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar son medidas 'necesarias para proteger la moral o mantener el orden público', de conformidad con el apartado a) del artículo XIV, pero no han demostrado, en vista de la Ley de apuestas interestatales sobre carreras de caballos, que las prohibiciones incluidas en esas Leyes se apliquen tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros, y en consecuencia no han acreditado que esas medidas cumplan las prescripciones del preámbulo."⁶⁹

3.36 Observamos que en las constataciones del Órgano de Apelación figura la constatación inicial de que las medidas en litigio (tres leyes federales) son incompatibles con el artículo XVI del AGCS, a la que siguen constataciones de que esas mismas medidas son "necesarias para proteger la moral o mantener el orden público" en el sentido del apartado a) del artículo XIV, pero los Estados Unidos en última instancia "no han acreditado que esas medidas cumplan las prescripciones del preámbulo" de dicha disposición.

3.37 No formularemos en el presente procedimiento ninguna determinación acerca de lo que los Estados Unidos podían haber estado obligados a hacer para cumplir esas resoluciones. De hecho, no estaría comprendido en nuestro mandato realizar tal evaluación. Partiremos en lugar de ello del supuesto de que los Estados Unidos pueden haber tenido a su disposición diversos medios compatibles con las normas de la OMC para dar cumplimiento a sus obligaciones en esta diferencia. Las partes, en efecto, nos han presentado un conjunto de situaciones hipotéticas cuyas repercusiones en el cálculo del nivel de anulación o menoscabo de ventajas son muy diversas.⁷⁰ Limitaremos

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 373 C) ii).

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 373 D) vi) a). En su conclusión general sobre el artículo XIV, el Órgano de Apelación, al señalar que los Estados Unidos no habían demostrado, en vista de la Ley sobre apuestas hípcas interestatales, que las prohibiciones se aplicaran tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros, hizo hincapié en que constataba "por esta única razón" que los Estados Unidos no habían acreditado que esas medidas cumplieran los requisitos del preámbulo. Véase el informe del Órgano de Apelación, párrafo 372.

⁷⁰ Observamos a ese respecto que las situaciones hipotéticas identificadas por las partes en el presente procedimiento como posibles medios de cumplimiento oscilan desde la apertura total del mercado estadounidense de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia hasta su cierre total. Observamos también que, aunque hay discrepancia entre las partes acerca de la posible conformidad con las normas de la OMC de una situación hipotética de apertura parcial del mercado, ambas parecen reconocer que las situaciones que suponen la apertura total o el cierre total del mercado podrían constituir formas de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones en este asunto.

nuestro examen de esas resoluciones a lo pertinente para nuestra evaluación de si la hipótesis de Antigua corresponde precisamente a las ventajas resultantes para ella en esta diferencia. En otras palabras, como hemos indicado antes, examinaremos esta cuestión únicamente en la medida necesaria para poder determinar si la suposición de Antigua, de que los Estados Unidos dieran acceso sin restricciones a los operadores de juegos de azar y apuestas a distancia de Antigua al mercado estadounidense, era o no razonable en las circunstancias del caso.

3.38 La constatación de la existencia de una infracción del artículo XVI del AGCS formulada por el Órgano de Apelación en el procedimiento correspondiente se basó en la constatación de que los Estados Unidos tenían un compromiso, correspondiente al subsector 10.D del AGCS, de dar acceso sin restricciones al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia. Habida cuenta de ello, admitimos que la naturaleza de las ventajas resultantes para Antigua en esta diferencia corresponde a lo establecido en el artículo XVI del AGCS y la Lista de los Estados Unidos, y en que estas ventajas se relacionan con el acceso de Antigua al suministro de servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos.

3.39 No obstante, la cuestión que debemos examinar es si la premisa de Antigua, según la cual ese acceso tomaría la forma de un acceso sin restricciones al mercado estadounidense para todos los tipos de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia, era razonable en las circunstancias de la presente diferencia.

3.40 La hipótesis de Antigua parte del supuesto de que, a partir del 3 de abril de 2006 (fecha en que terminaba el plazo prudencial para el cumplimiento), los Estados Unidos hubieran otorgado un acceso sin restricciones a su mercado de juegos de azar a distancia. Como señala la propia Antigua, se basa en la premisa, adoptada por Antigua, de que este país tenía derecho a "no tener en cuenta" la invocación por los Estados Unidos del artículo XIV del AGCS en el procedimiento anterior. Los Estados Unidos objetan que se trata de una situación "extraordinariamente poco realista" habida cuenta, especialmente, de que los Estados Unidos prohíben los juegos de azar a distancia por razones sólidas de protección de la moral y el orden público, y en virtud del AGCS tienen derecho a mantener esa prohibición mientras no se aplique en forma que discrimine de manera arbitraria o injustificable entre operadores de distintos territorios.⁷¹ Los Estados Unidos también alegan que el problema concreto que se constató respecto de sus medidas en litigio se refería "a la cuestión limitada de la reglamentación de los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos".⁷²

3.41 Al examinar esta cuestión, consideramos adecuado tener en cuenta las circunstancias particulares del caso. Observamos a este respecto que los Estados Unidos han invocado sistemáticamente una política en materia de moral y orden público como fundamento de las restricciones al acceso al mercado estadounidense de juegos de azar a distancia, tanto en el procedimiento inicial como en el procedimiento relativo al cumplimiento. Los Estados Unidos, por lo tanto, han invocado este objetivo de política antes y después de la fecha final del plazo prudencial, que es la fecha en que se supone que comienza la situación hipotética.

3.42 Observamos asimismo que el Órgano de Apelación constató que las medidas de los Estados Unidos que restringen el acceso al mercado de los juegos de azar a distancia eran "necesarias" en el sentido del artículo XIV del AGCS para la protección de la moral y el orden público, y que constató que los Estados Unidos no habían demostrado, "en vista de la Ley de apuestas interestatales sobre carreras de caballos, que las prohibiciones incluidas en esas Leyes se apliquen tanto a los proveedores

⁷¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 3bis del Árbitro, párrafo 5.

⁷² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 20.

de servicios *de apuestas hípcas* a distancia nacionales como a los extranjeros, y en consecuencia no han acreditado que esas medidas cumplan las prescripciones del preámbulo".⁷³

3.43 Teniendo presentes estos elementos, consideramos que la suposición de Antigua de que simplemente podía "no tener en cuenta" la defensa desestimada de los Estados Unidos basada en el artículo XIV del AGCS, y de que los Estados Unidos cumplirían las resoluciones otorgando a los operadores de Antigua un acceso sin restricciones a todos los sectores de su mercado de juegos de azar a distancia, no era razonable teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la presente diferencia.

3.44 Al formular esta determinación hemos examinado cuidadosamente los argumentos de Antigua de que tenía derecho a esperar un acceso al mercado sin restricciones porque los Estados Unidos estaban obligados a otorgarlo en virtud del artículo XVI del AGCS y de sus compromisos específicos, y de que Antigua también tenía derecho a esperar la "supresión" de la medida incompatible con las normas de la OMC (es decir, en esta diferencia, en opinión de Antigua, la supresión de las restricciones impuestas por los Estados Unidos al acceso al mercado de los juegos de azar a distancia) de conformidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

3.45 Coincidimos con Antigua en que los Estados Unidos están obligados por el artículo XVI del AGCS y la Lista de los Estados Unidos a conceder el acceso a su mercado para el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar a distancia. Al mismo tiempo, sin embargo, en el AGCS se reconoce también el derecho del Miembro a establecer reglamentaciones con el fin de realizar los objetivos de su política nacional⁷⁴, y el artículo XIV admite expresamente la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para proteger la moral y el orden público. En esta diferencia, esos objetivos legítimos de política nacional fueron invocados sistemáticamente por los Estados Unidos para restringir el acceso a su mercado de juegos de azar a distancia a pesar de la existencia de un compromiso específico, y el Órgano de Apelación ha constatado que las tres leyes federales en litigio en el procedimiento eran "medidas necesarias para proteger la moral o mantener el orden público".⁷⁵ En estas circunstancias, una hipótesis razonable debe tener en cuenta esos objetivos de las políticas de los Estados Unidos.

3.46 Observamos también que, aunque el párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone efectivamente que el objetivo del mecanismo de solución de diferencias será *en general* la supresión de las medidas infractoras, no entendemos que esa disposición signifique que en todas las diferencias ése sea el único resultado posible cuando se ha constatado una infracción de uno de los acuerdos abarcados. Las recomendaciones del OSD a los Estados Unidos en la presente diferencia les obligan a poner sus medidas en conformidad con el AGCS, lo que no les obligaban necesariamente a "suprimir" las medidas eliminando totalmente las restricciones que mantenían en relación con los servicios de juegos de azar y apuestas a distancia. Observamos a este respecto que "el concepto de cumplimiento o aplicación prescrito en el ESD" se ha calificado por árbitros que actuaban con el mandato del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, de determinar el plazo prudencial para la aplicación, como "la supresión o *modificación* de una medida o de parte de una medida, cuya adopción o aplicación por un Miembro de la OMC haya supuesto la violación de una disposición de un acuerdo abarcado" (sin cursivas en el original).⁷⁶ Por cierto, observamos que la propia Antigua parece estar de acuerdo

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 373 (sin cursivas en el original).

⁷⁴ Cuarto párrafo del preámbulo del AGCS.

⁷⁵ Párrafo 373 D) iii) c).

⁷⁶ *Argentina - Piel y cueros*, párrafo 3 c) del artículo 21, Laudo del Árbitro, párrafo 41.

en que la prohibición total de los servicios de juegos de azar y apuestas a distancia (es decir, el cierre total del mercado) también constituiría, en realidad, una forma de cumplimiento por los Estados Unidos en la presente diferencia.⁷⁷

3.47 A este respecto, tomamos nota de las observaciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento en esta diferencia:

"La posible forma de las medidas destinadas a cumplir una recomendación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD dependerá de las resoluciones del OSD en una diferencia determinada. Por ejemplo, si se ha constatado que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, o no se justifica al amparo de una excepción disponible en otros casos, debido al modo en que la medida se *aplica*, es de suponer que el cumplimiento de la recomendación podría lograrse modificando la aplicación de la medida, sin cambiar necesariamente el texto de la medida misma o de cualquier medida escrita de aplicación. La presente diferencia ilustra este punto."⁷⁸

3.48 También tomamos nota de la observación formulada por el árbitro designado con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 para determinar el plazo prudencial para el cumplimiento en esta diferencia, que manifestó: "soy ... consciente de que cualquier disposición legislativa adoptada por los Estados Unidos afectará inevitablemente, como demuestra el informe del Órgano de Apelación, a cuestiones relacionadas con la moral pública y el orden público".⁷⁹

3.49 En síntesis, nuestra conclusión de que la hipótesis de Antigua no es razonable teniendo en cuenta las circunstancias de esta diferencia no resulta modificada por nuestro examen de los argumentos de Antigua acerca de la naturaleza de sus derechos en virtud del artículo XVI de AGCS y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Por el contrario, nuestro examen de esos elementos nos confirma que, desde el punto de vista jurídico, los Estados Unidos podían haber tenido a su disposición una serie de medios compatibles con las normas de la OMC para aplicar las recomendaciones y resoluciones dictadas en esta diferencia, las cuales no se limitaban a la apertura total de su mercado de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia.

2. Otra posible hipótesis

3.50 Una vez que hemos determinado que la hipótesis utilizada por Antigua para estimar las ventajas que resultaban para ella en este asunto no refleja adecuadamente esas ventajas, hemos de determinar ahora en qué podría consistir una hipótesis razonable en las circunstancias de la presente diferencia.

3.51 Recordamos en primer lugar nuestra determinación anterior de que una hipótesis razonable, en las circunstancias de la presente diferencia, tendría que haber tenido en cuenta el objetivo de política nacional de los Estados Unidos de la protección de la moral y el orden público.

3.52 Los Estados Unidos han mencionado, como posible modo de aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia, una prohibición total del suministro de

⁷⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 2^{ter} del Árbitro, página 6 ("Aunque la prohibición total por los Estados Unidos de todos los servicios de juegos de azar y apuestas a distancia no sería un cumplimiento *expreso* de las resoluciones del OSD, Antigua considera que bien podría constituir, *de facto*, un cumplimiento conforme con el criterio del grupo especial sobre el cumplimiento de la diferencia *Estados Unidos - Camarones*").

⁷⁸ *Estados Unidos - Juegos de azar*, informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 6.21.

⁷⁹ Laudo del Árbitro designado de conformidad con el párrafo 3 c), párrafos 46 y 47.

servicios de juegos de azar a distancia en los Estados Unidos.⁸⁰ Antigua parece estar de acuerdo en que ello podría constituir una forma de cumplimiento.⁸¹ Sin embargo, ninguna de las partes ha sugerido que esa hipótesis sirviera de base para el cálculo del nivel de anulación o menoscabo de las ventajas de Antigua a los efectos del presente procedimiento. Por consiguiente, dejaremos de lado esa posibilidad.

3.53 La otra posible situación hipotética que se nos ha presentado es la indicada por los Estados Unidos, en la cual se parte del supuesto de que este país concediera un acceso sin restricciones a su mercado para la prestación de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia únicamente respecto de los juegos de azar y apuestas sobre carreras de caballos.

3.54 Los Estados Unidos califican esta situación hipotética como la "más probable" y explican que el problema concreto constatado con respecto a su medida en litigio se refería a la cuestión limitada de la reglamentación de los juegos de azar a distancia en relación con las carreras de caballos y, en particular, a que los Estados Unidos no habían podido demostrar la inexistencia de discriminación en el sentido del preámbulo del artículo XIV del AGCS con respecto a los servicios de juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos. En opinión de los Estados Unidos, ninguna disposición de las recomendaciones del OSD les obligaba a aclarar ni modificar sus medidas respecto de las demás formas de juegos de azar a distancia.⁸² Además, según los Estados Unidos, ninguna disposición de las recomendaciones y resoluciones del OSD, ni del preámbulo del artículo XIV del AGCS, les obligaría a dar un trato idéntico a todos los tipos de juegos de azar a distancia, y una hipótesis que permitiese los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos sin permitir otros tipos de juegos de azar a distancia es perfectamente plausible.⁸³

3.55 Antigua considera, por el contrario, que esa situación hipotética no supondría el cumplimiento por los Estados Unidos. Aduce, en particular, que en el procedimiento anterior los Estados Unidos adujeron que tenían derecho a mantener las medidas infractoras por aplicación del artículo XIV del AGCS y que prohibían todos los juegos de azar a distancia porque, por su propia naturaleza, los juegos de azar a distancia plantean riesgos y tienen otras características perniciosas que ni la reglamentación ni ningún otro medio pueden paliar.⁸⁴ A juicio de Antigua, por lo tanto, los Estados Unidos no pueden afirmar ahora que es "necesario" prohibir todos los juegos de azar a distancia para proteger a sus ciudadanos si los autorizan expresamente en *cualquier* contexto. Antigua señala también que los Estados Unidos nunca adujeron que los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos fueran en algún sentido "más seguros" que los juegos de azar a distancia de otro tipo, ni que los proveedores de servicios de Antigua sólo debieran ser autorizados a hacer aquello que puedan hacer lícitamente los proveedores de servicios nacionales.⁸⁵ Antigua considera, además, que no corresponde al Árbitro evaluar en el presente procedimiento si esas medidas hipotéticas pueden suponer el cumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones en el marco del AGCS.

3.56 Al abordar esta parte de nuestra determinación, somos conscientes de que nuestro mandato en el presente procedimiento no consiste en establecer la conformidad de medidas de cumplimiento

⁸⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 15.

⁸¹ Véase la nota 77.

⁸² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 21.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 23.

⁸⁴ Respuesta de Antigua a la pregunta 2^{ter} del Árbitro, párrafo 6.

⁸⁵ *Ibid.*

hipotéticas con los Acuerdos abarcados de la OMC. También observamos que, como hemos señalado antes, el hecho de que la situación hipotética en cuestión sea o no la "más probable", según la calificación de los Estados Unidos, no es en sí mismo pertinente a los efectos de nuestra determinación. Como ha quedado establecido antes, lo que debemos evaluar es si la situación hipotética propuesta podría constituir una hipótesis de cumplimiento "plausible" o "razonable", en las circunstancias de la presente diferencia, a los efectos de calcular el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua.

3.57 A este respecto observamos ante todo que, como han señalado los Estados Unidos, el aspecto concreto de sus medidas que se ha constatado que da lugar a una discriminación arbitraria, en el sentido del preámbulo del artículo XIV del AGCS, es el trato que se da a los juegos de azar y apuestas a distancia relacionados con las carreras de caballos. Este fue el único fundamento por el cual el Órgano de Apelación determinó que las medidas de los Estados Unidos no estaban justificadas al amparo del artículo XIV del AGCS. Específicamente, el Órgano de Apelación constató lo que sigue:

"En su lugar, *constatamos* que los Estados Unidos han demostrado que la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes y la IGBA están comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado a) del artículo XIV pero no han demostrado, en vista de la IHA, que las prohibiciones incluidas en esas medidas se apliquen tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros. Por esta única razón, *constatamos* que los Estados Unidos no han acreditado que esas medidas cumplan los requisitos del preámbulo."⁸⁶ (sin subrayar en el original)

3.58 En estas circunstancias, y en particular teniendo en cuenta la naturaleza de las constataciones formuladas en el procedimiento correspondiente, no nos parece irrazonable suponer que el cumplimiento hubiera podido alcanzarse mediante la eliminación de esta fuente concreta de discriminación indicada por el Órgano de Apelación, que en última instancia dio lugar a que se constataste que las medidas no estaban justificadas al amparo del artículo XIV del AGCS. Tampoco nos parece irrazonable suponer, en las circunstancias de la presente diferencia, que los Estados Unidos hubieran podido eliminar esa discriminación dando a los proveedores de servicios extranjeros acceso a los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos. Observamos también que ese segmento es el único del mercado que está ya abierto actualmente a los proveedores de servicios nacionales, por lo que la extensión de ese acceso a los proveedores extranjeros sólo parece exigir ajustes limitados de la situación actual.

3.59 Al formular esta determinación no hacemos ninguna constatación o determinación específica sobre las circunstancias exactas en que tal apertura del mercado podría llevarse a cabo, ni sobre las condiciones concretas que harían falta para que los Estados Unidos justificasen, en las condiciones del artículo XIV del AGCS, esa distinción entre el trato que se daría a los juegos de azar a distancia sobre carreras de caballos y otras formas de juegos de azar a distancia. La premisa que estamos aplicando es la existencia de una serie de posibilidades diversas de cumplimiento con que cuentan los Estados Unidos, que no se limitan necesariamente a la prohibición total ni a la total apertura de su mercado para los servicios de juegos de azar a distancia.

3.60 Observamos también que el árbitro designado con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 para determinar el plazo prudencial para la aplicación de las resoluciones y recomendaciones en esta diferencia estableció suposiciones comparables:

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 372.

"Soy ... consciente de que *cualquier disposición legislativa adoptada por los Estados Unidos afectará inevitablemente, como demuestra el informe del Órgano de Apelación, a cuestiones relacionadas con la moral pública y el orden público*. A mi entender, en la esfera de la moral pública y el orden público sólo las prohibiciones son simples. En otras palabras, *la complejidad de cualquier solución legislativa aumentará en la medida en que los Estados Unidos puedan considerar la posibilidad de autorizar cualquier forma de juegos de azar o de apuestas por Internet*. Cuantas más actividades de esa naturaleza se autoricen, más esfuerzos tendrá que desplegar el legislador para asegurarse de que se establezcan salvaguardias suficientes para que el sistema sea coherente con las normas que prevalecen en materia de moral pública y orden público y aceptable en el marco de esas normas. (...) Sin embargo, en el presente procedimiento los Estados Unidos no han explicado con exactitud cómo tienen intención de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las pocas indicaciones que han ofrecido sugieren que se inclinan más por la 'confirmación' o la 'aclaración' de las prohibiciones del suministro a distancia de servicios de juegos de azar y apuestas que por la autorización, incluso parcial, del suministro de esos servicios." (sin cursivas en el original)⁸⁷

3.61 Una vez que hemos determinado que la hipótesis alternativa propuesta por los Estados Unidos corresponde a un supuesto razonable acerca de una situación en la que los Estados Unidos habrían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en las circunstancias de la presente diferencia, y que permitiría considerar, por lo tanto, que refleja adecuadamente las ventajas resultantes para Antigua anuladas o menoscabadas, efectuaremos seguidamente el cálculo del nivel de anulación o menoscabo de esas ventajas conforme a esta hipótesis.

3. Opinión discrepante

3.62 Uno de los Árbitros no puede estar de acuerdo con el análisis y las conclusiones reflejados en los párrafos 3.41 a 3.61 *supra*. A juicio de este Árbitro, no fue irrazonable que Antigua supusiera, en las circunstancias de este caso, una situación hipotética en la que los Estados Unidos otorgarían un acceso sin restricciones a su mercado de juegos de azar y apuestas a distancia.

3.63 En opinión de este Árbitro, es apropiado remitirse, como punto de partida, a las constataciones y conclusiones formuladas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en este asunto. Concretamente, el Órgano de Apelación ha determinado que si bien las tres leyes federales en litigio son medidas "necesarias para proteger la moral o el orden público", los Estados Unidos no demostraron que se aplicaran de conformidad con las prescripciones del preámbulo del artículo XIV del AGCS.

3.64 El Órgano de Apelación formuló esta determinación "a la luz de" una sola discriminación específica que identificó en la aplicación de las medidas. No obstante, esto no implica necesariamente, como sugieren los Estados Unidos, que el problema específico constatado con respecto a la medida de los Estados Unidos en litigio se circunscribiera a la "cuestión limitada de la reglamentación de los juegos de azar a distancia relacionados con las carreras de caballos".⁸⁸ Antes bien, la conclusión general del Órgano de Apelación fue que *las medidas en litigio* (y no simplemente el trato discriminatorio otorgado con respecto a las carreras de caballos) no estaban, en consecuencia, justificadas al amparo del artículo XIV del AGCS. Como señaló el Grupo Especial sobre el cumplimiento que examinó este asunto:

⁸⁷ Laudo del Árbitro designado con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21, párrafos 46 y 47.

⁸⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 20.

"Es cierto que el Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos habían demostrado que las medidas en litigio estaban 'justificadas' con arreglo al apartado a) del artículo XIV del AGCS. Sin embargo, esta *no* fue una constatación con respecto al artículo XIV en su totalidad. El Órgano de Apelación confirmó expresamente que el artículo XIV contempla un 'doble análisis': primero, con arreglo a uno de los párrafos del artículo XIV y después con arreglo al preámbulo. No se constató que las medidas fueran compatibles con el preámbulo o con el artículo XIV en su totalidad, por lo tanto, tampoco con las obligaciones que incumbían a los Estados Unidos en virtud del AGCS, y en el ESD no se reconoce el concepto de compatibilidad provisional o de transición con una recomendación del OSD."⁸⁹

3.65 El artículo XIV del AGCS permite a los Miembros mantener determinadas medidas restrictivas del comercio que de otro modo serían incompatibles con las obligaciones que les corresponden en virtud de este Acuerdo, con el fin de alcanzar determinados objetivos legítimos. No obstante, se exige que estas medidas se apliquen en forma que no den lugar a una discriminación injustificable o a restricciones encubiertas del comercio. En otras palabras, la protección concedida por las excepciones previstas en los distintos párrafos del artículo XIV del AGCS está supeditada a una aplicación de las medidas en litigio que no las convierta en instrumentos de discriminación o protección indebidas. En este asunto, los Estados Unidos no han podido justificar que aplicaran las medidas en forma compatible con estas prescripciones. Además, en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento se identificaron otros aspectos de la aplicación de las medidas que podrían indicar una aplicación discriminatoria de las medidas en litigio, aunque el Grupo Especial no formuló constataciones respecto de esos aspectos.⁹⁰

3.66 Este Árbitro está de acuerdo con la determinación que figura en el párrafo 3.41 *supra* de que procede tener en cuenta las circunstancias concretas del caso para evaluar si la hipótesis de Antigua refleja adecuadamente las ventajas resultantes para este país del AGCS que han sido anuladas o menoscabadas en este caso. No obstante, este Árbitro considera que, en las circunstancias de este caso, no fue irrazonable que Antigua basara su hipótesis en el supuesto de que los Estados Unidos abrirían su mercado al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar a distancia. Ese supuesto es plenamente compatible con la naturaleza de las constataciones del Órgano de Apelación en el presente caso, como se ha expuesto antes. De hecho, como se ha señalado más arriba, los propios Estados Unidos reconocen que esta hipótesis daría cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el presente asunto.

3.67 Por el contrario, no está claro que la situación hipotética alternativa contemplada por los Estados Unidos, que conlleva una apertura parcial de un segmento limitado del mercado, constituya un supuesto más razonable en las circunstancias del caso. En particular, aun suponiendo, a efectos de argumentación, que esta hipótesis diera cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas en este asunto (algo que no podemos determinar dentro de los límites de nuestro mandato), no está claro cómo se proponen los Estados Unidos conciliar la protección de la moral o el orden público con la apertura de un segmento del mercado (las carreras de caballos).

3.68 A la luz de lo que antecede, este Árbitro no está persuadido de que los Estados Unidos hayan demostrado que la hipótesis de Antigua sea irrazonable en las circunstancias del caso.

⁸⁹ *Estados Unidos - Juegos de azar*, informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 6.29 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁹⁰ Véanse los hechos referentes al comercio intraestatal, informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 6.118 a 6.123.

3.69 No obstante, esto no implica que esta situación hipotética constituyera la única manera en que los Estados Unidos podrían haber cumplido esas recomendaciones y resoluciones. Como se ha indicado antes, los Miembros tienen libertad para elegir los medios compatibles con las normas de la OMC para cumplir las resoluciones del OSD, y es posible que haya diversas maneras en que los Estados Unidos podrían haber cumplido, y todavía pueden cumplir, las resoluciones adoptadas en este caso. Tampoco implica esta determinación que no deben tenerse en cuenta los objetivos de política de los Estados Unidos. Por el contrario, este Árbitro está de acuerdo con la determinación de la mayoría de que una hipótesis razonable debe tener en cuenta los objetivos de política de los Estados Unidos, como se indica en el párrafo 3.45 *supra*. En tal sentido, nada obligaría a los Estados Unidos a renunciar a ese objetivo de proteger la moral o el orden público, previsto en el apartado a) del artículo XIV del AGCS, al aplicar, en el futuro, las recomendaciones y resoluciones del OSD. En rigor, es perfectamente concebible que los Estados Unidos puedan haber encontrado formas de atender estas preocupaciones protegiendo al mismo tiempo esos intereses. Otros Miembros de la OMC han optado por abrir su mercado a los juegos de azar a distancia, y no sería razonable suponer que esos Miembros no tengan objetivos de política similares.

3.70 Este Árbitro también señala el argumento de Antigua de que el objetivo de inducir al cumplimiento de las resoluciones del OSD ha de tenerse en cuenta en la evaluación por el Árbitro de la hipótesis de Antigua. A juicio de este Árbitro, el objetivo de inducir al cumplimiento no puede llevar a que se autorice la suspensión en un nivel que exceda del equivalente al nivel de la anulación o menoscabo de las ventajas, como se prevé en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, y éste debe seguir siendo el punto de referencia para evaluar el nivel de suspensión propuesto. Al mismo tiempo, sin embargo, en una situación en la que la base de una hipótesis para determinar el nivel de la anulación o el menoscabo de las ventajas puede estar constituida por medios de cumplimiento diferentes, nada impediría a la parte reclamante seleccionar una hipótesis que pudiera llevar a un nivel más elevado de anulación o menoscabo que otras, siempre que esa hipótesis fuera razonable.

3.71 A este respecto, debería tenerse presente que el Miembro de que se trata ha tenido la oportunidad de cumplir las resoluciones en cuestión, y que la verdadera razón de la existencia de contramedidas en el marco del ESD es inducir al cumplimiento del Acuerdo abarcado cuando éste no ha tenido lugar dentro del plazo previsto en el ESD. En estas circunstancias, el reclamante está obligado necesariamente a establecer determinados supuestos acerca de cómo podría haberse procedido al cumplimiento. No obstante, esto no tiene consecuencias en lo que respecta a los medios por los cuales el Miembro de que se trata podría realmente optar para proceder al cumplimiento en el futuro, que posiblemente incluya, en este caso, la adopción de medidas que conlleven una restricción del comercio plenamente compatible con las disposiciones del artículo XIV del AGCS.

3.72 Por último, este Árbitro discrepa de las conclusiones a las que ha llegado la mayoría de los Árbitros con respecto a la elección de la hipótesis, pero no percibe ninguna ventaja en la realización de los cálculos sobre la base de la hipótesis de Antigua, que para la mayoría de los Árbitros no es razonable. En consecuencia, las evaluaciones y los cálculos que figuran en la sección siguiente reflejan la opinión común de los Árbitros sobre el cálculo del nivel de anulación o menoscabo, tomando como base la hipótesis propuesta por los Estados Unidos.

3.73 Este Árbitro desea también subrayar que aun cuando los cálculos se hubieran realizado sobre la base de la hipótesis de Antigua, habría que haber tenido en cuenta varios parámetros. En particular, habría que haber tenido debidamente en cuenta que, en la situación hipotética de una apertura total por los Estados Unidos de su mercado de juegos de azar a distancia, Antigua se enfrentaría a la competencia, no sólo de otros operadores extranjeros, sino también de los operadores nacionales estadounidenses, que en la actualidad tampoco tienen acceso al mercado.

D. CÁLCULO DEL NIVEL DE ANULACIÓN

3.74 A la luz de nuestras determinaciones precedentes, procederemos ahora a evaluar las exportaciones "perdidas" por Antigua sobre la base de una situación hipotética en la que los Estados Unidos hubieran dado acceso sin restricciones a su mercado a los operadores de Antigua únicamente respecto de los juegos de azar y apuestas sobre carreras de caballos.

3.75 Con ese fin examinaremos en primer lugar el enfoque de Antigua con respecto al cálculo y la metodología y a continuación, en la medida en que sea necesario, el enfoque de los Estados Unidos, antes de pasar al enfoque que hemos adoptado, teniendo en cuenta nuestro examen de los enfoques de las partes.

1. Examen del enfoque propuesto por Antigua

a) Descripción del enfoque propuesto por Antigua

3.76 En sus cálculos, Antigua asume como hipótesis apropiada el pleno acceso de todos sus servicios de juegos de azar a distancia al mercado estadounidense.⁹¹ Los datos esenciales utilizados por Antigua proceden del informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos del grupo privado de consultores "Global Betting and Gaming Consultants" (GBGC) y de la base de datos en la que se apoya. A falta de datos bilaterales, Antigua utiliza como punto de partida los datos sobre los ingresos a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de Antigua para los años 1999-2006 de esa base de datos y proyecciones respecto de Antigua para los años 2007-2012.⁹² Antigua considera que sus ingresos por servicios de juegos de azar a distancia a nivel mundial constituyen un indicador adecuado de sus ingresos procedentes de los Estados Unidos, por cuanto sostiene que al menos el 80 por ciento de los ingresos de los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua procedieron de clientes de los Estados Unidos.⁹³ La segunda serie de datos fundamentales del enfoque de Antigua consisten en datos históricos sobre los ingresos a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de todo el sector (y no sólo del sector de Antigua) durante los años 1999-2006, y proyecciones para los años 2007-2012 extraídas del informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC. Las dos series de datos en su conjunto permiten a Antigua calcular su participación en el mercado mundial.⁹⁴

3.77 Antigua considera que su sector de juegos de azar a distancia fue el motor del crecimiento del mercado mundial de juegos de azar a distancia hasta 2002. Antigua supone que tanto los datos históricos como las proyecciones de GBGC reflejan la incidencia negativa de las medidas estadounidenses en Antigua a partir de una determinada fecha, y que la diferencia entre los ingresos reales en esa fecha y los ingresos reales después de ella es imputable principalmente a las medidas estadounidenses.⁹⁵ Sobre esa base, Antigua trata de determinar cómo habrían evolucionado sus ingresos por juegos de azar a distancia de no ser por las medidas estadounidenses, para comparar esos ingresos hipotéticos con sus ingresos reales a partir del 4 de abril de 2006, es decir después de la expiración del plazo prudencial para que los Estados Unidos procedieran al cumplimiento.

⁹¹ Documento sobre Metodología de Antigua, páginas 3-6; comunicación escrita de Antigua, párrafos 33-36 y 72-94.

⁹² *Ibid.*, Antigua y Barbuda - Prueba documental 1.

⁹³ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 112.

⁹⁴ Documento sobre Metodología de Antigua, Antigua y Barbuda - Prueba documental 1.

⁹⁵ *Ibid.*, página 3; y comunicación escrita de Antigua, párrafo 112.

3.78 Antigua presenta tres "modelos" para calcular sus ingresos hipotéticos anuales por juegos de azar a distancia partiendo de las series cronológicas y con arreglo al mismo marco general. Para su modelo de la cuota de mercado constante, Antigua toma como base para establecer la situación hipotética su participación en el mercado mundial en 2003 (un 21 por ciento) y supone que, de no ser por las medidas estadounidenses, habría conservado esa cuota de mercado. En consecuencia, multiplica los ingresos a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de todo el sector en cada uno de los años comprendidos entre 2004 y 2012 por la cuota del 21 por ciento, para obtener los ingresos anuales hipotéticos de Antigua por juegos de azar a distancia. Para los años 2006-2012, procede a continuación a restar los ingresos reales/proyectados a nivel mundial de Antigua por servicios de juegos de azar a distancia de las cifras hipotéticas para obtener los ingresos anuales a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de Antigua perdidos a partir del 4 de abril de 2006 (para tener en cuenta que el período transcurrido después del plazo prudencial es inferior a un año, Antigua reduce en una cuarta parte el importe anual calculado para 2006). A continuación, multiplica las pérdidas medias anuales por un supuesto coeficiente de producción ("multiplicador de las pequeñas economías insulares"). En ausencia de mejores estimaciones, Antigua propone la utilización del multiplicador 1,41, establecido para el sector del turismo en Barbados.⁹⁶ Por último, actualiza al año 2007 la "pérdida comercial" calculada de esa forma para cada uno de los años comprendidos entre los años 2006 y 2012, al tipo del 9,38 por ciento. Ese tipo corresponde a la mediana de los costos medios ponderados del capital para el código 7999 de la Clasificación Industrial Uniforme, que incluye el sector de los juegos, según el *Ibbotson Cost of Capital 2006 Yearbook*. Para concluir, Antigua toma el promedio simple en esos 6¾ años, lo que da una pérdida media anual de ingresos a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia en el período 2006-2012 de 3.450 millones de dólares EE.UU.⁹⁷

3.79 Los otros dos modelos propuestos por Antigua difieren únicamente en la forma de calcular sus ingresos anuales hipotéticos por juegos de azar a distancia. En lugar de suponer una participación constante en el mercado mundial, Antigua propone, en el modelo de la tasa constante de crecimiento, tomar como punto de partida sus ingresos reales a nivel mundial por juegos de azar a distancia en 2001 (2.392 millones de dólares EE.UU. según GBGC) y determinar en dos etapas las cuantías hipotéticas correspondientes a cada uno de los años siguientes. Para los años 2002-2006, Antigua supone que esta cuantía no habría cambiado. Para los años 2007-2012 supone que habría crecido a una tasa anual del 8,7 por ciento. Esta última tasa de crecimiento es la tasa compuesta de crecimiento anual de los ingresos mundiales por juegos de azar a distancia de todo el sector, excluido el de Antigua. A continuación Antigua resta de la misma forma los ingresos reales/proyectados a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de Antigua de las cifras hipotéticas, para obtener las pérdidas anuales de ingresos a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a partir del 4 de abril de 2006. Después de aplicar el multiplicador, de la actualización y del cálculo del promedio, Antigua obtiene una pérdida media anual de ingresos a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de 2.403 millones de dólares EE.UU.⁹⁸

3.80 Por último, con arreglo al modelo de los ingresos fijos, Antigua supone simplemente que habría mantenido sus ingresos reales a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de 2001 (2.392 millones de dólares EE.UU. según GBGC) en cada uno de los años siguientes hasta 2012. Asimismo, se deducen de esas cuantías hipotéticas los ingresos reales/proyectados a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de Antigua para obtener los ingresos anuales a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia perdidos por Antigua a partir del 4 de abril

⁹⁶ *Ibid.*, páginas 8 y 9.

⁹⁷ *Ibid.*, páginas 6-9, Antigua y Barbuda - Prueba documental 3.

⁹⁸ *Ibid.*, páginas 9 y 10, Antigua y Barbuda - Prueba documental 4.

de 2006. Después de la aplicación del multiplicador, de la actualización y del cálculo del promedio, Antigua obtiene una pérdida media de ingresos anuales a nivel mundial por servicios de juegos de azar a distancia de 1.614 millones de dólares EE.UU.⁹⁹

3.81 Aparte de la situación hipotética, los Estados Unidos ponen en tela de juicio otros aspectos de la metodología de Antigua, y especialmente los datos en los que se basa, que considera "intrínsecamente poco fiables" y que a su juicio no aportan "ninguna información útil en el presente arbitraje".¹⁰⁰ En los siguientes párrafos, examinaremos los argumentos de las partes sobre cada una de las principales preocupaciones planteadas en relación con el enfoque propuesto por Antigua, y expondremos la evaluación del Árbitro.

b) Naturaleza de los datos de GBGC, metodología de recopilación de los datos y contradicciones entre éstos

i) *Argumentos de las partes*

3.82 Los Estados Unidos señalan que las explicaciones facilitadas acerca de la metodología de recopilación y tratamiento de los datos de GBGC son insuficientes, que hay contradicciones internas entre los datos, y que éstos han sido revisados sustancialmente de un informe trimestral a otro. En primer lugar, los Estados Unidos manifiestan que no han podido evaluar la base de los datos y los métodos utilizados por GBGC. Señalan que el "informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos" de GBGC no fue aportado por Antigua al Árbitro junto con su Documento sobre Metodología. Los Estados Unidos sólo han podido encontrar un informe titulado "Quarterly Data Report" en venta en el sitio Web de GBGC.¹⁰¹ Los Estados Unidos alegan que no está claro si GBGC elaboró este informe a instancias de Antigua a efectos de la presente diferencia y, en consecuencia, puede contener alegaciones interesadas.¹⁰²

3.83 Los Estados Unidos siguen considerando que los datos de GBGC no son fiables por razones metodológicas aun después de que Antigua haya presentado, primero un extracto de la edición de mayo de 2007 del informe de GBGC junto con una explicación del propio GBGC de parte de su contenido¹⁰³, y posteriormente las ediciones completas de mayo y octubre de 2007 del informe, así como una carta de GBGC explicando la metodología seguida para recopilar los datos.¹⁰⁴ Los Estados Unidos observan que GBGC admite, en su carta de remisión, que durante los "primeros años" (probablemente el año 2000, en el que comenzó a vender datos sobre los juegos de azar, y los siguientes) "la información disponible era más limitada". Los Estados Unidos sostienen que esa información debe haber sido muy "limitada" ya que, incluso en el caso de las cifras actuales, la única fuente de datos que utiliza GBGC en el caso de los operadores que no son sociedades son directrices facilitadas por contactos no especificados en el sector e información de empresas privadas con las

⁹⁹ *Ibid.*, páginas 10 y 11, Antigua y Barbuda - Prueba documental 5.

¹⁰⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Árbitro, párrafo 4.

¹⁰¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 28 y 29.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Comunicación escrita de Antigua, párrafos 45 y 46, y Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 1 y 2.

¹⁰⁴ Respuestas de Antigua a las preguntas de los Árbitros, Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 14, 14 1) y 14 2).

que GBGC tiene suscritos acuerdos de consultoría.¹⁰⁵ A este respecto, los Estados Unidos consideran que son necesarias más explicaciones sobre la forma en que se solicita la información, la utilización o no de muestras, y en caso de que se utilicen, la forma en que se utilizan.¹⁰⁶

3.84 Los Estados Unidos consideran también que la amplitud de las revisiones de datos de GBGC es un indicio de los problemas metodológicos. Destacan la afirmación de GBGC de que revisa constantemente sus cifras y su admisión de que "anteriores ediciones" de sus estimaciones son "poco pertinentes", de lo que, según los Estados Unidos, se desprende que las cifras, especialmente las relativas a Antigua en los primeros años (es decir, en torno al año 2000) podrían ser sustancialmente distintas en una revisión futura de los datos, y que, por lo tanto, la pertinencia de los datos disponibles de GBGC a este respecto es dudosa. Para ilustrar la importancia de esas revisiones, los Estados Unidos destacan la revisión a la baja en un 35 por ciento de los ingresos por juegos de azar en línea de América del Norte entre la edición de mayo de 2007 y la edición de octubre de 2007 del informe de GBGC.¹⁰⁷

3.85 Los Estados Unidos resaltan también lo que consideran contradicciones entre los datos. Señalan que los ingresos que Antigua pretende haber obtenido en 2001 (sobre la base de la edición de mayo de 2007 del informe sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC) sobrepasan la cifra de los ingresos totales obtenidos de jugadores de América del Norte ese mismo año (según la edición de octubre de 2007 del informe).¹⁰⁸ Los Estados Unidos ponen además de relieve la incompatibilidad entre las estadísticas regionales de la edición de mayo de 2007 de la base de datos de GBGC y las cifras de los ingresos de Antigua, Curaçao y Costa Rica, que en conjunto sobrepasan el total correspondiente a la región de América Central y el Caribe en determinados años.¹⁰⁹

3.86 Los Estados Unidos señalan que el desglose para Antigua no figura en los informes estadísticos periódicos sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC. Puesto que el informe parece haberse preparado especialmente para Antigua a efectos del arbitraje, los Estados Unidos concluyen que los datos de Antigua no han podido servir de base a otras partes en el sector de los juegos de azar en línea¹¹⁰ (y, por lo tanto no han podido ser confirmados indirectamente en el mercado). Los Estados Unidos observan también que el análisis más detallado que GBGC pretende haber realizado a partir de 2005 (con la revisión de la base de la información a partir de 2003) parece centrarse en los sitios de póquer y no en las apuestas deportivas como principal actividad de los operadores de juegos de azar de Antigua.¹¹¹

¹⁰⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafo 9.

¹⁰⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 45.

¹⁰⁷ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafos 11 y 12.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 19.

¹⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 48.

¹¹⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafos 14 y 15.

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 10.

3.87 Antigua responde que los datos de GBGC son de dominio público, en la medida en que cualquiera que esté dispuesto a pagar por la información puede tener acceso a ella.¹¹² Recuerda que GBGC y sus datos existían antes de que Antigua utilizara estos últimos para estimar el nivel de anulación o menoscabo. Explica además que los datos relativos a Antigua no han sido establecidos para ese país, sino facilitados por GBGC a Antigua, a petición suya, a partir de la base de datos correspondiente, pero éstos no son un elemento permanente del informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC, a diferencia de algunas de las demás estadísticas regionales y mundiales.¹¹³

3.88 En opinión de Antigua, además de la carta de GBGC que explica su metodología de recopilación de datos¹¹⁴, la mejor prueba de la fiabilidad de esos datos es su utilización generalizada en el mercado mundial. Antigua destaca que, GBGC es una empresa independiente, cuyos ingresos dependen de los participantes del sector y de otras partes, por lo que tiene sobrados motivos para perseguir la máxima exactitud posible, con el fin de que sus datos sean considerados fiables y útiles por sus clientes. Antigua duda de que, de no ser así, GBGC hubiera podido seguir desarrollando su actividad durante mucho tiempo.¹¹⁵ Antigua facilita, en apoyo de su credibilidad, una lista de instituciones que han utilizado los datos de GBGC y hace referencia expresamente a los datos de GBGC utilizados en un informe encargado por la Comisión Europea.¹¹⁶

3.89 En lo que respecta a las revisiones de los datos y a las contradicciones entre ellos, Antigua señala que GBGC refina sus datos constantemente (incluida la asignación de ingresos a un determinado territorio).¹¹⁷ Antigua observa que los ajustes para tener en cuenta las fluctuaciones del valor de la moneda de los Estados Unidos pueden llevar a contradicciones relativamente poco importantes entre las series de datos, especialmente en el caso de datos recopilados en diferentes momentos.¹¹⁸

ii) Análisis del Árbitro

3.90 Señalamos ante todo que las cuestiones de la disponibilidad y fiabilidad de los datos constituyen un problema especialmente difícil en este procedimiento. Al analizar la calidad de los datos, hemos de evaluarlos tanto en términos absolutos como relativos. Dicho de otra forma, al analizar las virtudes y deficiencias de los datos de GBGC, hemos de considerar si otras fuentes posibles de datos propuestas por las partes representan realmente una mejora, habida cuenta de que esos datos pueden a su vez adolecer de ciertas deficiencias.

¹¹² Respuesta de Antigua a la pregunta 26 b) del Árbitro, página 26.

¹¹³ Respuesta de Antigua a la pregunta 26 f) del Árbitro, página 26. El hecho de que la información por países figuraba en una base de datos mantenida por GBGC, de la que se tomaron los datos concretos a petición suya fue aclarado por Antigua en la audiencia del 18 de octubre de 2007.

¹¹⁴ Respuesta de Antigua a la pregunta 26 e) del Árbitro, páginas 25 y 26, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 14.

¹¹⁵ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 24 y 25.

¹¹⁶ Respuesta de Antigua a la pregunta 26 a) del Árbitro, página 25, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 14 4); y observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 5-7 y 23.

¹¹⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 26 d) del Árbitro, página 25.

¹¹⁸ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 35 y 36 del Árbitro, páginas 25-27.

3.91 Coincidimos con los Estados Unidos en que la información sobre la metodología de recopilación y tratamiento de los datos proporcionada a Antigua por GBGC deja mucho que desear. Al mismo tiempo, pensamos que, a falta de información general más detallada de GBGC, puede considerarse que la amplia utilización de sus datos en el mercado avala indirectamente sus cifras, puesto que implica un cierto grado de aceptación por observadores que conocen bien el sector. Esa utilización generalizada puede indicar también que es bastante difícil encontrar otras fuentes de datos. Tampoco estamos convencidos de las razones por las que GBGC podría tener interés en facilitar cifras erróneas a sus clientes, que pueden basar algunas de sus decisiones comerciales en esos datos y que no tardarían en prescindir de GBGC como fuente fiable en caso de deficiencias persistentes.

3.92 Reconocemos que algunas de las cifras globales que constituyen un elemento permanente de los informes estadísticos trimestrales sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC tal vez sean más fiables que los datos por países y pueden sin duda ser útiles para nuestro análisis. Cabe suponer que esas cifras están sometidas periódicamente al juicio de una gama de usuarios más amplia, se basan en mayor medida en información publicada y no entran en la necesidad de asignar los ingresos basándose en hipótesis suplementarias. Admitimos que los datos relativos a los ingresos de Antigua pueden estar afectados por esos problemas, especialmente en los primeros años. Tomamos nota a este respecto de que las revisiones efectuadas por GBGC con respecto a Antigua entre las ediciones de mayo y octubre de 2007 del informe son bastante sustanciales en el caso de los años 2000 a 2002 (correcciones a la baja de un tercio a un cuarto), de que son menos importantes en el caso de 2003 y de que no hay prácticamente modificaciones respecto de los datos correspondientes al año 1999 y a los años 2004 a 2006. Observamos también que las contradicciones señaladas por los Estados Unidos entre los datos regionales globales y los datos por países, incluidos los relativos a Antigua, en la edición de mayo de 2007 del informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos parecen haber sido eliminadas en la edición de octubre.¹¹⁹ Aunque las revisiones son importantes, es posible que no sean suficientes para desacreditar los datos de GBGC, especialmente habida cuenta de que las modificaciones de los datos relativos a Antigua en los últimos años han sido menos espectaculares. No obstante, en caso de que hayan de utilizarse los datos de GBGC, nos sentiríamos más seguros si consiguiéramos una confirmación adicional del orden de magnitud de los ingresos de Antigua por juegos de azar a distancia en esos años.

- c) Relación entre los datos de GBGC relativos a los ingresos obtenidos de los juegos de azar a distancia y las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos

i) *Argumentos de las partes*

3.93 Los Estados Unidos se preguntan en qué medida los ingresos de Antigua por juegos de azar a distancia, según los datos de GBGC, corresponden a exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos.¹²⁰ Destacan que, en el mejor de los casos, los datos de GBGC indican los ingresos por juegos de azar obtenidos de personas situadas en América del Norte por empresas situadas y/o autorizadas a desarrollar su actividad en algún lugar del hemisferio occidental. Los datos no pretenden poner de manifiesto los ingresos que revierten realmente a un territorio.¹²¹

¹¹⁹ No creemos tampoco que sea apropiado considerar que hay contradicción entre los datos cuando la suma de los datos por países que figuran en una edición del informe de GBGC excede del total regional correspondiente que figura en otra edición, pero no en la misma.

¹²⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 43.

¹²¹ Observación de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a las preguntas 38, 39 y 40 del Árbitro, párrafo 60.

3.94 Parecen plantearse tres cuestiones: en primer lugar, los datos de GBGC no se refieren a los ingresos de Antigua por juegos de azar procedentes de los Estados Unidos, sino únicamente a sus supuestos ingresos a nivel mundial por los servicios de juegos de azar a distancia o a los ingresos mundiales por servicios de juegos de azar a distancia procedentes de América del Norte.¹²² En segundo lugar, los Estados Unidos consideran que la metodología de GBGC no es suficientemente clara en lo que respecta a la forma de calcular las estimaciones de ingresos y de determinar la parte correspondiente a cada país de la oferta y demanda o los productos concretos del juego. En consecuencia, no está claro si los ingresos se asignan en función del lugar en que se concede la licencia, se sitúan las operaciones o tiene su oficina principal la empresa.¹²³ Los Estados Unidos sostienen que el hecho de que un sitio Web tenga una licencia de Antigua no indica necesariamente dónde tienen lugar las operaciones de ese sitio.¹²⁴ Los sitios Web pueden obtener licencias en varios territorios a efectos de comercialización o a otros fines, y operar desde otro territorio enteramente distinto.¹²⁵ En consecuencia, los Estados Unidos consideran que no está clara la forma en que los ingresos de empresas con licencias en varios territorios se asignan a un determinado país. Los Estados Unidos señalan que GBGC asigna los ingresos sobre la base de las operaciones del servidor, pero no se da ninguna explicación de los supuestos a que se refiere la afirmación de GBGC de que "dada la complejidad de las estructuras de alguna de las organizaciones activas en el sector de los juegos de azar en línea, GBGC tiene que establecer algunos supuestos al respecto".¹²⁶ En tercer lugar, los Estados Unidos sostienen que para que pueda considerarse que los ingresos por juegos de azar corresponden realmente a una exportación de Antigua, es menester que esos ingresos hayan sido generados por operaciones en Internet localizadas efectivamente en Antigua y que reviertan a esas mismas operaciones. De lo contrario, esos ingresos no estarían vinculados a una exportación de servicios de Antigua, y la reducción de su nivel no podría considerarse una anulación o menoscabo experimentado por Antigua.¹²⁷ Los Estados Unidos señalan que Antigua ha reconocido que gran parte de los ingresos por juegos de azar asociados a sitios Web que tienen una licencia de Antigua son depositados en bancos extranjeros por nacionales de otros países y no revierten nunca a Antigua.¹²⁸ Los Estados Unidos explican a continuación que Antigua puede servir de punto de venta a propietarios de empresas de terceros países. Sus exportaciones se medirían por los pagos que recibe de empresas extranjeras por sus servicios de venta, lo que constituiría una modesta parte de los pretendidos ingresos.¹²⁹

¹²² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 41; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 44. Dicho de otra forma, los datos pueden incluir los ingresos derivados de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia a otros destinos diferentes de los Estados Unidos y, posiblemente, ingresos nacionales.

¹²³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 45.

¹²⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 del Árbitro, párrafo 18.

¹²⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 35 del Árbitro, párrafo 38.

¹²⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafo 17.

¹²⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 del Árbitro, párrafo 18.

¹²⁸ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 106, parafraseado por los Estados Unidos en la respuesta de ese país a la pregunta 11 del Árbitro, párrafo 18.

¹²⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 43.

3.95 En relación con la primera de esas cuestiones, Antigua presenta una carta de GBGC en la que se afirma que la participación histórica de Antigua en los ingresos por servicios de juegos de azar a distancia obtenidos de los Estados Unidos asciende a un porcentaje situado entre el 80 y el 90 por ciento de los ingresos totales de Antigua por tal concepto. Antigua destaca además que algunos operadores de Antigua han estimado, en conversaciones, que los ingresos procedentes de los Estados Unidos representaban entre el 90 y el 95 por ciento de sus ingresos, y que la Dirección General del Juego de Antigua utiliza la cifra del 80 por ciento. Antigua hace también referencia a algunas sociedades que cotizan en bolsa que facilitan estimaciones de un orden similar.¹³⁰ En relación con el segundo aspecto, Antigua señala que los ingresos por juegos de azar a distancia se asignan a los países en función de la ubicación del servidor que procesa las apuestas, método utilizado no sólo por GBGC¹³¹, sino también en el informe de 2006 solicitado por la Comisión Europea. En lo que respecta al tercer punto, Antigua sostiene que los Estados Unidos no están en lo cierto cuando afirman que los ingresos generados por una operación en Antigua no se consideran ingresos de exportación de Antigua si van a manos de "nacionales de otros países" o se depositan en "bancos extranjeros". Antigua observa que a los efectos del cálculo del PIB (indicador más pertinente que el PNB para medir los ingresos generados en un determinado territorio) no importa quién sea propietario de las empresas de Antigua o a dónde vayan los beneficios, en la medida en que los ingresos por juegos de azar a distancia se obtengan mediante la explotación de servicios informáticos en Antigua.¹³² Antigua señala además que todos los ingresos por juegos de azar a distancia deben considerarse ingresos de exportación, ya que no hay un mercado interno para esos servicios.¹³³

ii) *Análisis del Árbitro*

3.96 En relación con la cuestión de la medida en que los ingresos a nivel mundial de Antigua por juegos de azar a distancia constituyen ingresos por las exportaciones de esos servicios de Antigua a los Estados Unidos, lamentamos, ante todo, que los datos del GBGC sobre los ingresos de Antigua sólo se presenten a nivel mundial y no por destinos, especialmente por lo que atañe a los ingresos obtenidos de los Estados Unidos. Observamos a este respecto que las estadísticas del comercio de servicios a que se refieren los Estados Unidos tampoco están disponibles a nivel bilateral. Los datos anecdóticos facilitados por Antigua, aunque no son satisfactorios, facilitan al menos alguna indicación respecto de la parte de los ingresos de Antigua por juegos de azar a distancia que corresponde a los Estados Unidos.

3.97 En lo que respecta a la obtención de varias licencias en varios territorios, nos parece razonable que los ingresos se asignen a los países en función del lugar en que se produce el servicio (es decir, en que se procesan las apuestas, etc.). A falta de pruebas en contrario, la ubicación del servidor nos parece un indicador aceptable para determinar dónde se produce el servicio. Eso es lo que GBGC pretende hacer en general, aunque no podemos verificar, con la información que se nos ha facilitado, en qué medida lo ha hecho de forma cabal y si ha realizado las comprobaciones pertinentes para garantizar la coherencia. No obstante, la evaluación de los ingresos de Antigua y de algunos competidores de la región en el curso de los años nos indica vagamente que GBGC tiene en cuenta las variaciones en los ingresos a raíz de los posibles cambios de la ubicación del servidor.

¹³⁰ Respuesta de Antigua a la pregunta 14 del Árbitro, página 17, Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 14 y 17.

¹³¹ Respuesta de Antigua a la pregunta 26 e) del Árbitro, páginas 25 y 26, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 14.

¹³² Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 13 y 14.

¹³³ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, página 25.

3.98 Por último, compartimos la opinión de los Estados Unidos de que para que los ingresos por juegos de azar a distancia puedan considerarse ingresos de exportación de Antigua, es menester que hayan sido generados por operaciones en Internet localizadas en Antigua. En cambio, no entendemos las razones por las que los Estados Unidos sostienen que esos ingresos dejan de ser un ingreso de exportación de Antigua si no revierten a esas mismas operaciones, por ejemplo porque los pagos son percibidos por un propietario extranjero o en una cuenta de un banco extranjero. En lo que respecta a las cuestiones teóricas relativas a las exportaciones e importaciones, nos remitimos a la Quinta Edición del Manual de Balanza de Pagos del FMI, publicado en 1993, tomando nota además de que los propios Estados Unidos utilizan para sus cálculos los datos de la Balanza de Pagos del FMI. El Manual aclara que a pesar de su nombre, la balanza de pagos no se refiere a pagos, en el sentido en el que se entiende generalmente ese término, sino a transacciones (párrafo 26). Una transacción se define como un "flujo económico que refleja la creación, transformación, intercambio, transferencia o extinción de un valor económico y entraña traspasos de propiedad de bienes y/o activos financieros, la prestación de servicios o el suministro de mano de obra y capital" (párrafo 13). El Manual indica que la balanza de pagos registra las transacciones entre residentes y no residentes (y no entre nacionales y extranjeros). El concepto de residencia se basa en el centro de interés económico de quien realiza la transacción. En particular, observamos que se considera que una empresa tiene un centro de interés económico y es una unidad residente de un país cuando produce una cantidad significativa de bienes y/o presta una cantidad significativa de servicios en dicho país (párrafo 73). De todo lo anterior deducimos que, como ha indicado Antigua, un servicio "producido" por un residente y prestado a un no residente debe considerarse una exportación realizada por ese país, aun cuando el residente sea nacional de otro país o el pago se perciba en una cuenta bancaria de un no residente. En consecuencia, consideramos que esos elementos no pueden constituir una prueba concluyente de que los servicios de juegos de azar a distancia que Antigua vende a los Estados Unidos sean de hecho "producidos" en otro lugar, y no se nos ha aportado ninguna prueba que indique dónde tendría lugar su producción, de no ser en Antigua.

d) Relación entre los datos de GBGC sobre los ingresos por juegos de azar a distancia y las exportaciones declaradas de Antigua y el PIB

i) *Argumentos de las partes*

3.99 Los Estados Unidos aducen que los datos de GBGC no cuadran con los datos sobre las exportaciones y el PIB de Antigua.¹³⁴ Sostienen que los datos de GBGC están en contradicción con las estadísticas económicas oficiales preparadas por instituciones internacionales como el Banco Central del Caribe Oriental (ECCB), el Fondo Monetario Internacional y la OMC.¹³⁵ Los Estados Unidos proporcionan datos de todas esas fuentes que muestran que las exportaciones de "otros servicios" (ECCB), "otros servicios empresariales" (FMI) y "otros servicios comerciales" (OMC), que incluirían los servicios de juegos de azar, no ascienden en los últimos años a más de 50 millones de dólares anuales aproximadamente, cifra que es de un orden de magnitud enteramente diferente que la de 1.000 a 2.000 millones de dólares de ingresos por juegos de azar a distancia que cita Antigua basándose en los datos de GBGC.¹³⁶ Los Estados Unidos proporcionan también datos del ECCB sobre la evolución del PIB de Antigua en el curso del tiempo, y destacan asimismo la existencia de contradicciones, como el hecho de que los supuestos ingresos por juegos de azar a distancia superen

¹³⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafos 49-51.

¹³⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 30 y 38.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafos 31, 32, 36 y 37, y Estados Unidos - Prueba documental 2.

el PIB total anual y las variaciones de los supuestos ingresos por juegos de azar a distancia no se reflejen en el PIB.¹³⁷

3.100 Los Estados Unidos reconocen que las exportaciones pueden superar el valor del PIB de un país, como ocurre, por ejemplo, en el caso de Singapur, cuyas exportaciones de bienes y servicios tuvieron en 2005 un valor superior en un 143 por ciento al PIB. Sin embargo, sostienen que los supuestos ingresos netos obtenidos por Antigua de los servicios de juegos de azar por Internet exportados en 2001, sumados a los de las exportaciones declaradas de bienes y servicios de ese país sobrepasarían en más de un 300 por ciento el valor de su PIB y duplicarían con creces las de Singapur, el país del mundo en el que, según los datos oficiales, la relación entre las exportaciones y el PIB es más elevada. De todo ello, los Estados Unidos deducen que, aun admitiendo que las exportaciones puedan exceder y excedan de hecho del PIB, las alegaciones de Antigua están tan lejos de la experiencia de los demás Miembros que la comparación con el PIB puede servir para poner en tela de juicio las afirmaciones de Antigua en relación con las exportaciones.¹³⁸

3.101 Los Estados Unidos añaden que aun en el caso de que los ingresos de Antigua por la exportación de servicios de juegos de azar no estuvieran registrados (se pretende que en 2001 esos ingresos se situaron en torno a los 2.400 millones de dólares), Antigua no ha alegado que sus importaciones por valor de 483 millones de dólares en 2001 no hayan sido adecuadamente registradas, lo que podría haber compensado el fuerte aumento alegado de los ingresos por la exportación de juegos de azar.¹³⁹ Por consiguiente, el superávit sólo podría haber tenido su origen en un valor añadido suplementario no registrado en la propia economía de Antigua, lo que correspondería a un PIB casi un 360 por ciento superior al declarado oficialmente por ese país. Los Estados Unidos no consideran plausible una subvaloración tan enorme de la dimensión de la economía de Antigua.¹⁴⁰

3.102 Los Estados Unidos añaden que la incidencia de la supuesta entrada y salida de ingresos en gran escala durante el período 1999-2005 se habría dejado sentir en el resto de la economía de Antigua, y habría sido medida por el ECCB y el FMI.¹⁴¹ En particular, los Estados Unidos observan que según la nota 46 a la respuesta de Antigua a la pregunta 39 del Árbitro, los datos considerados por el ECCB en su informe sobre la balanza de pagos incluyen "los estados financieros y registros de cambios comunicados por los bancos comerciales al ECCB, así como los estados financieros de éste". Los Estados Unidos alegan que los ingresos por juegos de azar y las corrientes monetarias correspondientes, así como la utilización de esos ingresos, especialmente en el consumo interno y en las importaciones, deberían reflejarse en las cuentas de la balanza de pagos basadas en las transacciones bancarias, aun cuando los operadores retuvieran sistemáticamente la información sobre el nivel de sus ingresos por ese concepto. Sin embargo, las estadísticas de la balanza de pagos del ECCB presentadas por Antigua no ponen de manifiesto entradas monetarias del orden que pretende Antigua.¹⁴² Los Estados Unidos observan además que, en determinados años, los ingresos

¹³⁷ *Ibid.*, párrafos 33-35.

¹³⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Árbitro, párrafo 33.

¹³⁹ *Ibid.*, párrafo 34; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a las preguntas 38, 39 y 40 del Árbitro, párrafo 59.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 34.

¹⁴¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 53.

¹⁴² Observación de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a las preguntas 38, 39 y 40 del Árbitro, párrafos 61 y 62.

por juegos de azar habrían disminuido, por ejemplo en 2003 en 693 millones de dólares, cifra equivalente al 92 por ciento del PIB, siendo así que el PIB aumentó en 40 millones de dólares.¹⁴³

3.103 Por último, los Estados Unidos sostienen que los aspectos relativos a la explicación dada por Antigua de la utilización anterior por ese país de una estimación del 10 por ciento del PIB figuran entre las declaraciones más plausibles y pertinentes formuladas por Antigua acerca de su nivel de anulación o menoscabo. En concreto, los Estados Unidos se refieren a la afirmación de Antigua de que esa cifra se basaba en estimaciones de la incidencia directa del sector en el país desde el punto de vista de los sueldos pagados, los arrendamientos y compras internos y otros gastos directos análogos y en las correlaciones establecidas entre el empleo estimado y la magnitud de la mano de obra nacional. Los Estados Unidos consideran que esta cifra responde a una evaluación más realista, puesto que cualquier gobierno tendría en cuenta corrientes económicas que pesan sobre el resto de la economía, ya que los efectos secundarios en el consumo y el empleo serían los principales factores del crecimiento o el retroceso económico global.¹⁴⁴

3.104 Antigua rechaza las comparaciones que hacen los Estados Unidos entre sus supuestos ingresos por juegos de azar y sus datos oficiales sobre las exportaciones y el PIB.¹⁴⁵ Sostiene que los datos del ECCB parecen ser la fuente de las estadísticas del FMI y de la OMC citadas por los Estados Unidos¹⁴⁶ y que el ECCB confirmó que sus datos no incluían los ingresos percibidos por operadores autorizados a suministrar servicios de juegos de azar y apuestas interactivos, a falta de información facilitada por esos operadores.¹⁴⁷ Antigua pone también en tela de juicio la pertinencia de las comparaciones históricas de las relaciones entre comercio y PIB, las comparaciones con territorios en los que no existe un sector de juegos de azar a distancia o las comparaciones con el sector de los servicios de juegos de azar no suministrados a distancia. Sostiene que los juegos de azar a distancia constituyen una forma de comercio que no tiene precedentes y que la única comparación pertinente en el presente arbitraje sería una comparación entre Antigua y economías pequeñas con una situación similar y que cuenten con un sector de juegos de azar a distancia, como el Territorio Khanawake, respecto del cual los datos de GBGC reflejan ingresos por juegos de azar a distancia de magnitud similar a los de Antigua.¹⁴⁸

3.105 Antigua considera además errónea la forma en que los Estados Unidos calculan la relación entre las exportaciones y el PIB. Señala que los Estados Unidos aumentan el numerador (exportaciones de bienes y servicios de Antigua) con el nivel alegado de los ingresos por juegos de azar a distancia pero mantienen constante el denominador (PIB declarado por el ECCB). Antigua

¹⁴³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 53.

¹⁴⁴ Observación de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 37 del Árbitro, párrafo 57.

¹⁴⁵ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 105.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 102; Antigua y Barbuda - Prueba documental 11.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 102; Antigua y Barbuda - Prueba documental 12: de forma más precisa, la carta del ECCB manifiesta que "la Ley de Estadística de Antigua y Barbuda no puede hacer efectiva la obligación de esas entidades de facilitar datos". Anteriormente, Antigua había explicado en su Documento sobre Metodología, sobre la base de una conversación telefónica con directivos del Banco, que había habido "un bajo porcentaje de respuestas de operadores de juegos de azar a distancia a encuestas relacionadas con el PIB" y que los pocos que habían contestado a las encuestas relacionadas con el PIB "no habían declarado en muchos casos un componente clave del PIB, los beneficios" (nota 5 del Documento sobre Metodología).

¹⁴⁸ Observaciones de Antigua sobre la respuesta de los Estados Unidos, páginas 19 y 20.

alega que, para hacer este cálculo correctamente, sería necesario incrementar el denominador con el valor añadido de los juegos de azar a distancia en el PIB de Antigua. Estableciendo algunas hipótesis acerca de los beneficios, como han propuesto los Estados Unidos, Antigua alega que, de esa forma, su relación entre las exportaciones y el PIB estaría al mismo nivel que el de las economías de referencia.¹⁴⁹

3.106 Antigua añade que, dejando aparte los ingresos no declarados procedentes de los juegos de azar a distancia, habrían debido tenerse también en cuenta los gastos para determinar la incidencia real en el PIB del sector de los juegos de azar a distancia. En particular, Antigua señala que, algunos gastos interiores de los operadores, -sueldos de los empleados, gastos de instalaciones y similares- podrían tenerse en cuenta en el PIB, aunque no fueran efectivamente declarados por aquéllos, pero otros muchos no podrían reflejarse en él. En particular, Antigua afirma que los principales gastos de los operadores de juegos de azar a distancia -los servicios financieros, la publicidad, los ordenadores, los servidores y el desarrollo de programas informáticos y dotación física de otro tipo- se producen fundamentalmente, si no exclusivamente, fuera de su territorio; gran parte de los "insumos" se importan y una parte considerable de los beneficios se expatría.¹⁵⁰ Antigua señala que el ECCB, al calcular el PIB de Antigua, no tiene en cuenta ni los ingresos ni los gastos de los operadores de Antigua.¹⁵¹

3.107 Por último, Antigua expone algunas otras razones por las que los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia no se reflejan en las cifras del PIB. En particular, afirma que una parte sustancial del efecto "indirecto" en la economía de los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia puede dejarse sentir en el propio sector de los juegos de azar a distancia o en otros sectores de la economía de Antigua que son objeto de declaraciones insuficientes o incorrectas o que están subrepresentados (fenómeno que no es inhabitual en las economías en desarrollo). En relación con la cuestión concreta de las razones por las que el retroceso del sector de los juegos de azar a distancia no parece afectar al PIB, Antigua manifiesta que en cierta medida las actividades de los sectores declarados de su economía en los que influyen los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia han disminuido paralelamente a la regresión del sector, por lo que no sería de extrañar que hubiera un efecto de sustitución dentro de la economía que contribuyera esencialmente a atenuar las pérdidas en la mayor medida posible.¹⁵²

ii) Análisis del Árbitro

3.108 En lo respecta a la relación entre los datos de GBGC relativos a Antigua y las exportaciones y el PIB declarados de Antigua, por ejemplo, según las estadísticas del FMI, coincidimos con los Estados Unidos en que i) los ingresos por las exportaciones de juegos de azar a distancia alegados por Antigua parecen considerables en relación con otras exportaciones de Antigua y como porcentaje de su PIB y que ii) incluso aunque no se declaren los ingresos, debería haber un rastro de las transacciones correspondientes en la balanza de pagos de Antigua. En cuanto al primer punto, reconocemos que los juegos de azar a distancia constituyen un fenómeno relativamente reciente y que los márgenes de beneficio, especialmente para los que han accedido primero al mercado, pueden haber sido extraordinarios en un principio y haber dado lugar a niveles de ingresos que parecen grandes en comparación con los ingresos de exportación tradicionales. Observamos que en otras

¹⁴⁹ *Ibid.*, página 20.

¹⁵⁰ Comunicación escrita de Antigua: párrafo 106; y observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 20 y 21.

¹⁵¹ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 20 y 21.

¹⁵² Respuesta de Antigua a la pregunta 46 b) del Árbitro, página 38.

economías a las que han hecho referencia las partes, los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia pueden ser también considerables en comparación con otros ingresos de exportación y dar lugar a aumentos sustanciales de la relación entre comercio y PIB. Este fenómeno puede ser aún más acusado en las economías pequeñas y menos diversificadas que registran tradicionalmente déficit importantes por cuenta corriente.¹⁵³ Sin embargo a juzgar por la información limitada de que disponemos, nos inclinamos a admitir que las cifras iniciales de ingresos de Antigua de la edición de mayo de 2007 de la base de datos de GBGC parecen fuera de lugar conforme a todos los baremos históricos. Las sustanciales revisiones efectuadas por GBGC para su edición de octubre de 2007 apoyan esta evaluación. Aun suponiendo que las cifras relativas a Antigua de la edición de octubre de 2007 correspondientes a los primeros años sean exactas (aunque parecen seguir siendo aún generosas), tenemos razones para pensar que esos ingresos extraordinarios constituyen un fenómeno temporal y son rápidamente eliminadas por la competencia. Analizaremos más adelante con mayor detenimiento la cuestión de la competencia, pero señalamos ya que parece necesario realizar ajustes incluso en las cifras de octubre de 2007 para ponerlas más en conformidad con otras estadísticas económicas.

3.109 Sobre el segundo aspecto planteado en el párrafo anterior, compartimos la opinión de los Estados Unidos de que los considerables ingresos de exportación reflejarían un importante valor añadido en la economía de Antigua, lo que daría lugar a los consiguientes aumentos del PIB, salvo que fueran equilibradas por otras posiciones en la balanza de pagos, especialmente las importaciones. De hecho, podría ocurrir perfectamente que la contribución neta del sector de los juegos de azar a distancia, a pesar de los sustanciales ingresos, a las cuentas exteriores y al PIB sea pequeña si, como indica Antigua, existen considerables importaciones relacionadas con los juegos de azar (especialmente servicios bancarios, de publicidad, etc.) y los beneficios se transfieren al extranjero debido a que la mayor parte de las empresas son de propiedad extranjera. Aunque Antigua alega que ni los ingresos ni los gastos se declaran, los Estados Unidos señalan que el ECCB y el FMI compilan la balanza de pagos de Antigua no sólo sobre la base de encuestas a las empresas (en las que los operadores de juegos de azar a distancia pueden no responder, por lo que no se declaran ni los ingresos ni los gastos), sino que utiliza también estados financieros y registros de cambio comunicados por los bancos comerciales, en los que deben aparecer algunas de esas transacciones. Hemos recabado aclaraciones a este respecto tanto del ECCB como del FMI. En su carta de fecha 13 de diciembre de 2007, el FMI confirma que en las estadísticas sobre la balanza de pagos de Antigua y Barbuda, recopiladas por el ECCB y facilitadas al FMI, no se identifican por separado los servicios de juegos de azar a distancia y que el asiento correspondiente al conjunto de los servicios personales, culturales y recreativos es cero para todos los años que aparecen en el *Balance of Payments Yearbook* de 2006 del FMI. Además, el FMI señala que los formularios utilizados por el ECCB para el informe sobre la encuesta no indican dónde los servicios de juegos de azar se identifican o tratan por separado, y que la descripción de los datos sobre la balanza de pagos recopilados por el ECCB y recogidos en la parte III del *Balance of Payments Yearbook* no hace referencia a dichos servicios. Sin embargo, el FMI confirma también que es posible que las transacciones relacionadas con los juegos de azar estén reflejadas en la cuenta financiera porque las transacciones financieras son comunicadas, en cierta medida, por los bancos comerciales y las transacciones de los operadores de sitios de juegos de azar serían un componente no diferenciado de los importes globales de la cuenta financiera de un nivel superior comunicados por estas

¹⁵³ Los cálculos realizados por Antigua, que incrementa tanto sus exportaciones como su PIB con el importe de los ingresos alegados procedentes de los juegos de azar a distancia, no tienen, a nuestro juicio, demasiado interés. Aunque es cierto que sería erróneo ajustar las exportaciones en esa cifra y mantener constante el PIB si en realidad éste resultara afectado, Antigua aduce precisamente que no es así, puesto que la mayoría de sus ingresos tienen como contrapartida importaciones o beneficios expatriados, como analizaremos más adelante.

instituciones.¹⁵⁴ Del mismo modo, las transacciones relacionadas con los juegos de azar, como la importación de servicios empresariales y la repatriación de beneficios por los operadores de sitios de juegos de azar, estarían comprendidas en los datos del *Yearbook*, pero también serían componentes no diferenciados de los importes globales de nivel superior. El FMI concluye que no puede determinar la amplitud con la que quedan reflejados en la práctica los datos. Por tanto, estamos seguros de que nos resultaría igualmente difícil, si no imposible, hacer una conjetura fundada sobre los asientos de la balanza de pagos de Antigua, que, además, en los últimos años no reflejan magnitudes o cambios inusuales.

e) Inexistencia de pruebas directas relativas a los ingresos de operadores de juegos de azar a distancia titulares de una licencia expedida por Antigua y comparación de los datos de GBGC sobre los ingresos procedentes de juegos de azar a distancia con las cifras de ingresos de otras fuentes

i) *Argumentos de las partes*

3.110 Los Estados Unidos señalan que Antigua alega que ha eximido a los operadores titulares de una licencia en Antigua de cualquier tipo de prescripciones en materia de presentación de informes oficiales¹⁵⁵, pero admite después que el Gobierno dispone de hecho de estados financieros de empresas de juegos de azar cuyas operaciones se localizan en Antigua y que podrían apoyar o refutar los datos de GBGC.¹⁵⁶ Los Estados Unidos sostienen que no debería recompensarse a Antigua por haberse abstenido de dar a conocer esta información, que podría haber facilitado mediante reseñas o en cuadros recapitulativos para mantener la confidencialidad o para no ser objeto de demandas judiciales. Señalan que Antigua ni siquiera explica si ha examinado esos estados financieros, ni si los datos que contienen concuerdan con las estimaciones de GBGC. Los Estados Unidos infieren de ello que los datos reales no apoyan las alegaciones de Antigua basadas en los datos de GBGC, puesto que de lo contrario Antigua los habría utilizado, y concluyen que pueden inferirse conclusiones desfavorables del hecho de que una parte en una diferencia se abstenga de facilitar información pertinente.¹⁵⁷

3.111 Antigua confirma que los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua están sujetos a varias obligaciones en materia de presentación de informes, entre ellas la de permitir a la Dirección General del Juego de Antigua el acceso y examen al menos una vez al año de los libros, cuentas y estados financieros de cada uno de los titulares de licencias.¹⁵⁸ No obstante, Antigua se niega a hacer pública información financiera de operadores de Antigua, debido principalmente a que los Estados Unidos han utilizado en el pasado los archivos de sociedades como base para reclamaciones penales¹⁵⁹

¹⁵⁴ Aunque los Estados Unidos, en sus observaciones sobre la carta del FMI, consideran que este punto confirma que en las estadísticas económicas oficiales de Antigua correspondientes a las transacciones de sus bancos comerciales no aparecen niveles de depósitos financieros por un valor que se aproxime a los miles de millones de dólares de ingresos que alega Antigua, Antigua, en sus observaciones sobre la carta del FMI destaca que los bancos comerciales de Antigua no son ni han sido utilizados por el sector de los juegos de azar a distancia para transacciones relacionadas con los juegos de azar.

¹⁵⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Árbitro, párrafo 3.

¹⁵⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafos 22 y 23; y respuesta de Antigua a la pregunta 28 del Árbitro, páginas 27 y 28.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párrafos 22 y 23.

¹⁵⁸ Respuesta de Antigua a la pregunta 28 del Árbitro, páginas 27 y 28.

¹⁵⁹ Respuesta de Antigua a la pregunta 27 del Árbitro, páginas 26 y 27.

y se limita a citar los beneficios brutos de 895,7 millones de dólares EE.UU. en 2005 que cinco operadores de juegos de azar a distancia de Antigua declararon confidencialmente a la Dirección General del Juego Extraterritorial de Antigua (División del Juego, Comisión de Reglamentación de los Servicios Financieros). Esa información se recoge en una carta del Director General del Juego al Sr. Mark Mendel, de fecha 1º de octubre de 2007, escrita a efectos del presente procedimiento.¹⁶⁰

3.112 En lugar de ello, Antigua proporciona otras fuentes que ofrecen datos relativos al mercado de juegos de azar a distancia cuyo orden de magnitud es similar al de los datos de GBGC, entre ellas el informe de la Oficina General de Contabilidad de los Estados Unidos "Internet Gambling: An Overview of the Issues".¹⁶¹ Antigua observa también que las estimaciones de los ingresos históricos de la industria mundial de juegos de azar a distancia de Christiansen/Cummings Associates, Inc. (cuyo nombre al parecer cambió a Christiansen Capital Advisers, CCA), una firma de consultores de los Estados Unidos, eran similares a los datos de GBGC.¹⁶² En respuesta a nuestra petición acerca de la evolución del tamaño de mercado estadounidense, Antigua ha proporcionado datos concretamente sobre los ingresos brutos procedentes de los juegos de azar en los Estados Unidos, y además, los ingresos de los juegos de azar por Internet en los Estados Unidos facilitados por CCA y publicados para los años 1995-1997 (ingresos brutos únicamente) y 1999-2006 en "International Gaming & Wagering".¹⁶³ En el informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC (ediciones de mayo y octubre de 2007) figuraban también datos concernientes al mercado estadounidense sobre los ingresos anuales procedentes de los juegos de azar a distancia desglosados por determinadas regiones y países, incluidos los Estados Unidos, y por cuatro tipos de actividades de juego. Antigua señala que los datos de GBGC y CCA sobre el mercado estadounidense de juegos de azar a distancia para 2006 son también del mismo orden de magnitud.¹⁶⁴

3.113 Antigua facilita también datos sobre los ingresos y el empleo en los años comprendidos entre 2001 (en el caso de algunas empresas 2003) y 2006 de empresas cotizadas en bolsa activas en el comercio de juegos de azar en línea y algunas de las cuales son titulares de licencias en Antigua.¹⁶⁵ Antigua observa que hay amplia disparidad entre las empresas en lo que respecta a los ingresos por empleado, lo que puede deberse a la diversidad de los servicios que puede prestar a los clientes una empresa que desarrolla su actividad en Internet, como centros de apoyo para resolver dudas o la aceptación de apuestas por teléfono. No obstante, Antigua concluye que los ingresos declarados por empleado multiplicados por el número de empleados avalan en gran medida los ingresos notificados por GBGC para los operadores de Antigua.¹⁶⁶ Para verificar este punto, Antigua facilita información de la Dirección General del Juego, entre otras cosas, sobre el número de empleados directos de

¹⁶⁰ Comunicación escrita de Antigua: Antigua y Barbuda - Prueba documental 10.

¹⁶¹ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 3-7.

¹⁶² Comunicación escrita de Antigua, párrafos 95-98.

¹⁶³ Respuesta de Antigua a la pregunta 24 del Árbitro, páginas 19 y 20.

¹⁶⁴ Respuesta de Antigua a la pregunta 25 del Árbitro, páginas 23-25, y Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 14 1) y 2). Antigua sostiene además que la demanda estadounidense de juegos de azar a distancia, en particular en relación con las apuestas deportivas es "astronómica" y facilita, aparte de las estimaciones de GBGC, otras opiniones de expertos en cuanto a su potencial. Respuesta de Antigua a la pregunta 45 a) del Árbitro, páginas 35-37.

¹⁶⁵ Respuesta de Antigua a las preguntas 22 y 30 del Árbitro, páginas 19, 28 y 29, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 17.

¹⁶⁶ Respuesta de Antigua a la pregunta 30 del Árbitro, páginas 28 y 29.

titulares de licencias en el período comprendido entre 1998 (2000 para el empleo) y 2007 (que sustituye a la anterior estimación de Antigua de 3.000 empleados en 1999 en la que se tenía en cuenta tanto el empleo directo como el indirecto).¹⁶⁷ Antigua se remite también a un informe encargado por la Comisión Europea en 2006, que proporciona estimaciones del empleo y los ingresos totales en el sector de los juegos de azar a distancia de las CE de las que se obtiene como resultado 1 millón de dólares EE.UU. aproximadamente de ingresos por empleado en 2006.¹⁶⁸ Antigua sostiene que tanto estas cifras como las comparaciones con otras empresas de comercio electrónico ponen de manifiesto la cuantía considerable de los ingresos que pueden generarse con un número relativamente pequeño de empleados en este sector sumamente automatizado y técnico.¹⁶⁹

3.114 Los Estados Unidos alegan que no debe darse ningún peso a los datos de CCA, puesto que Antigua no facilitó copias de los documentos citados de CCA ni información en cuanto a las fuentes de esa empresa. Además, afirman que las cifras del sitio Web de CCA no parecen corresponder a la descripción que hace Antigua de las cifras de CCA.¹⁷⁰ A raíz de nuestra petición de datos sobre el tamaño del mercado estadounidense de juegos de azar a distancia, si no a nivel de todo el país, al menos con respecto a los diversos Estados, los Estados Unidos indican que, dado que los servicios de juegos de azar que Antigua desea prestar son actualmente delictivos en los Estados Unidos, no hay estadísticas estadounidenses oficiales sobre esas actividades. Afirman también que no tienen información de estadísticas concretas de los Estados sobre los juegos de azar a distancia.¹⁷¹ No obstante, proporcionan datos sobre el consumo (de las estadísticas de la Oficina de Análisis Económicos del Departamento de Comercio de los Estados Unidos sobre los gastos de consumo personal por tipos de productos) con respecto al mercado de servicios de juegos de azar no suministrados a distancia, incluidos datos por series cronológicas anuales de 1995 a 2006 sobre los ingresos netos procedentes de apuestas mutuas, el 90 por ciento de los cuales se considera que corresponden a apuestas sobre carreras de caballos.¹⁷²

3.115 Los Estados Unidos cuestionan que los datos relativos a los ingresos por empleado en varias empresas facilitados por Antigua puedan utilizarse para estimar los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia de ese país, dado que las fuentes de esos datos no estaban incluidas en la respuesta de Antigua¹⁷³ y que la gama de valores presentada es grande y se refiere a "principales empresas de juegos de azar a distancia", lo que posiblemente excluye a empresas de juegos de azar y en línea de menor éxito, cuyos ingresos por empleado serían mucho menores.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 21 del Árbitro, páginas 18 y 19.

¹⁶⁸ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 6 y 7.

¹⁶⁹ *Ibid.*, página 22; y respuestas de Antigua a las preguntas, Antigua y Barbuda - Prueba documental 17.

¹⁷⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre la pregunta 24 del Árbitro, párrafos 55 y 56.

¹⁷¹ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 1 y 24 del Árbitro, párrafos 3 y 30.

¹⁷² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 24 del Árbitro, párrafo 31.

¹⁷³ Sin embargo, los Estados Unidos reconocen que pueden obtenerse datos sobre los ingresos anuales totales de operadores de juegos de azar que cotizan en bolsa ubicados en el Reino Unido en los sitios Web de esas empresas, pero afirman que no tienen conocimiento de una fuente para las cifras de empleo, o para un desglose por actividades o países. Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 22 del Árbitro, párrafo 24.

¹⁷⁴ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 22 del Árbitro, párrafos 51-53.

3.116 Los Estados Unidos admiten que los datos facilitados por Antigua sobre el número de empleados que participan en la oferta de servicios de juegos de azar en línea parecen más ajustados a la realidad que sus predicciones de ingresos basadas en los datos de GBGC. Observan además que las cifras de empleo son considerablemente inferiores a la anteriormente indicada por Antigua de 3.000 empleados. Los Estados Unidos sostienen que este dato sobre el empleo es más útil para evaluar el nivel de anulación o menoscabo que las estimaciones de los ingresos de Antigua. Señalan que, según Antigua, en los cinco últimos años civiles (2002-2006), había un promedio de 450 empleados aproximadamente, aunque no se sabe cuántos trabajaban en servicios de juegos de azar vinculados a ciudadanos estadounidenses o en una determinada actividad de juego, como las carreras de caballos.¹⁷⁵ No obstante, los Estados Unidos indican también que el número de empleados aumentó entre 2002 y 2005, en tanto que en el mismo período el desglose de GBGC de los ingresos por juegos de azar a distancia de Antigua refleja una disminución, lo que arroja aún más dudas sobre la exactitud de las cifras de GBGC.¹⁷⁶

ii) *Análisis del Árbitro*

3.117 Consideramos que no cabe duda de que habría sido útil que los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua facilitaran directamente información, y especialmente estados financieros. No obstante, no queda absolutamente claro si las prescripciones en materia de presentación de informes financieros por los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua permiten que el Gobierno retenga esa información. Antigua se limita a afirmar que esas empresas tienen que "permitir a la Dirección General, al menos una vez al año, *el acceso y el examen de los libros, cuentas y estados financieros*" (sin cursivas en el original).¹⁷⁷ Consideramos que no estamos en condiciones de pronunciarnos sobre la utilización en el pasado de ese tipo de información en procedimientos penales en los Estados Unidos ni tenemos necesidad de hacerlo. No obstante, reconocemos que debería ser posible presentar algún tipo de información resumida, tomada incluso de una base informativa limitada o informal, sobre esas empresas que tuviera al mismo tiempo en cuenta los aspectos delicados que entrañan los datos por empresas específicas. Aunque Antigua no ha facilitado este tipo de información, reconocemos que ha hecho esfuerzos para fundamentar el orden de magnitud de los datos de GBGC por otra vía. En particular, valoramos favorablemente la recopilación de datos sobre ingresos por empleo de sociedades que cotizan en bolsa y el suministro directo por la Dirección General del Juego de Antigua de datos históricos sobre el empleo en el sector de los juegos de azar a distancia de Antigua. Observamos que hay algunas diferencias en los datos entre empresas y años. Aunque esta información sólo puede permitir una estimación aproximada de los ingresos medios, proporciona al menos otra forma de verificar los datos de GBGC. Señalamos además que los Estados Unidos consideran que los datos sobre el empleo de Antigua son "más realistas" que los datos sobre ingresos de GBGC y "más útiles" para evaluar el nivel de anulación o menoscabo.¹⁷⁸

3.118 Señalamos también que tanto Antigua como los Estados Unidos han facilitado cifras que pueden utilizarse para establecer un modelo de la evolución del mercado estadounidense, que consideramos que constituye un elemento importante en la elaboración de una hipótesis más realista.

¹⁷⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafos 24 y 25.

¹⁷⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 21 del Árbitro, párrafo 50.

¹⁷⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 28 del Árbitro, páginas 27 y 28.

¹⁷⁸ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafos 24 y 25.

f) Aplicación de un coeficiente multiplicador a los datos sobre los ingresos por juegos de azar a distancia

i) *Argumentos de las partes*

3.119 Los Estados Unidos sostienen que no hay en el ESD base para "multiplicar" los efectos comerciales por un coeficiente que refleje otros efectos económicos. Además, observan que el empleo de un multiplicador obedece al propósito de reflejar efectos en las transacciones internas de la economía de Antigua, como los efectos sobre la compra de bienes o servicios de Antigua por operadores de juegos de azar en ese país. En tal concepto, las transacciones que servirían de base para el multiplicador propuesto por Antigua no son las exportaciones perdidas por Antigua, con lo que no pueden incluirse adecuadamente en una medición de la anulación o menoscabo de ventajas derivadas para ese país del AGCS. Además, los Estados Unidos observan que Antigua no puede conciliar 1) su afirmación de que los ingresos por juegos de azar tienen en la economía de Antigua un efecto de traslación del 40 por ciento (como sugiere el multiplicador que propone), 2) su argumento de que los ingresos por juegos de azar pesan en el resto de su economía y 3) el hecho de que las estadísticas económicas oficiales de Antigua (dejando aparte la declaración o no de los ingresos directos por juegos de azar) no ponen de manifiesto ningún efecto "multiplicador" significativo de la supuesta entrada en gran escala de ingresos provenientes de los juegos de azar. Los Estados Unidos aducen que, aun en caso de que los ingresos directos procedentes de los juegos de azar no se declaren adecuadamente no hay base para considerar que todas las demás cifras económicas relativas a la economía de Antigua no son sencillamente erróneas sino que sólo son erróneas en la medida exacta necesaria para enmascarar los efectos de los supuestos aumentos y reducciones en gran escala de los ingresos procedentes de los juegos de azar en el período comprendido entre 1998 a 2006.¹⁷⁹

3.120 Los Estados Unidos señalan también que en anteriores arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD se ha calculado el nivel de anulación o menoscabo de las ventajas derivadas de los acuerdos abarcados, y no se ha procedido a una medición más amplia de las repercusiones económicas globales de la falta de cumplimiento.¹⁸⁰ Observan que el criterio de equivalencia establecido en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD no se respetaría si se procediera a incrementar el nivel de anulación y menoscabo mediante el uso de un multiplicador. Señalan que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD (que establece los principios que han de seguirse para determinar el sector o el acuerdo en cuyo marco ha de buscarse la retorsión) es el precepto adecuado para la consideración de elementos económicos de carácter más general y estiman que no hay fundamento jurídico para ello en el contexto del cálculo del nivel de anulación o menoscabo de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.¹⁸¹

3.121 Antigua supone que las pérdidas de ingresos del sector de los juegos de azar a distancia de Antigua llevaron consigo otras pérdidas en otros sectores de la economía, y una disminución de los ingresos del Estado. Sostiene que al calcular el nivel total de anulación o menoscabo deben tenerse en cuenta, además de los efectos directos en el comercio, esos efectos "indirectos" y que a este respecto se utilizan con frecuencia multiplicadores en los modelos económicos.¹⁸²

¹⁷⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 46 del Árbitro, párrafos 65 y 66.

¹⁸⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 45.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Documento sobre Metodología de Antigua, páginas 8 y 9.

3.122 Antigua admite que no hay ningún precedente de que los Árbitros hayan considerado un multiplicador, pero niega que ello no sea admisible con arreglo al ESD.¹⁸³ Señala también que en *CE - Banano III (Estados Unidos)* el Árbitro consideró las consecuencias indirectas, aunque en última instancia esas consecuencias no fueron tenidas en cuenta, y que los efectos multiplicadores eran un elemento generalmente admitido en el establecimiento de modelos económicos.¹⁸⁴ Antigua añade que el hecho de que en arbitrajes anteriores no se hayan utilizado multiplicadores no significa que no puedan o no deban utilizarse y afirma además que la condición de país en desarrollo Miembro de Antigua debería considerarse pertinente a este respecto.¹⁸⁵

ii) *Análisis del Árbitro*

3.123 Observamos que uno de los pocos puntos en los que hay acuerdo entre las partes es el concerniente al cálculo del nivel de anulación o menoscabo sobre la base de la diferencia entre las exportaciones reales y las exportaciones hipotéticas de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos debida al incumplimiento de la parte demandada. Dicho de otra forma, las partes coinciden en la utilización de un enfoque basado en los "efectos en el comercio" que se ha seguido también en arbitrajes anteriores. Además, constatamos que la utilización de un multiplicador que refleje la variación global de la producción para una variación unitaria de la demanda estaría en contradicción con algunos de los otros argumentos formulados por Antigua en relación con el limitado impacto de los ingresos por juegos de azar a distancia en el PIB.

- g) Momento en el que las medidas de los Estados Unidos comenzaron a afectar a las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos y pérdida de cuota de mercado en beneficio de los competidores

i) *Argumentos de las partes*

3.124 Los Estados Unidos señalan que Antigua basa sus estimaciones, al menos en parte, en las exportaciones de servicios de juegos de azar en los años 2001-2002, en los que, según aduce, las exportaciones de servicios de juegos de azar de Antigua a los Estados Unidos alcanzaron el nivel más alto. Los Estados Unidos coinciden con Antigua en que los niveles históricos de los servicios de juegos de azar por Internet indican el nivel de anulación o menoscabo. Explican que, aunque en todos los momentos pertinentes los juegos de azar a distancia han sido ilegales con arreglo al derecho penal federal de los Estados Unidos, ha sido difícil hacer valer esas leyes federales frente a los operadores extranjeros que ofrecen servicios en Internet. Los Estados Unidos concluyen que los niveles históricos de las exportaciones de servicios de juegos de azar pueden proporcionar una orientación acerca de los niveles que podrían existir en caso de que la ley no hubiera prohibido nunca los juegos de azar a distancia en los Estados Unidos.¹⁸⁶ Más concretamente, los Estados Unidos "están dispuestos a admitir que las exportaciones realizadas en 2001-2002 proporcionan una cierta orientación acerca del mercado (ilegal) estadounidense para los servicios de juegos de azar a distancia".¹⁸⁷ No obstante, los Estados Unidos consideran que habría que excluir del cálculo del nivel de anulación o menoscabo cualesquiera otros efectos que hayan influido en las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos. En particular, estiman que

¹⁸³ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 122.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrafos 123 y 124.

¹⁸⁵ Respuesta de Antigua a la pregunta 46 a) del Árbitro, páginas 37 y 38.

¹⁸⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 47.

¹⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 48.

"la eventual disminución con respecto a los niveles de 2001 sería debida también al aumento de la competencia de otros operadores de juegos de azar".¹⁸⁸

3.125 En lo que respecta al "punto de inflexión" en el tiempo, en sus respuestas a las preguntas del Árbitro los Estados Unidos precisan que están de acuerdo en que los niveles históricos proporcionan una orientación en cuanto al nivel de anulación o menoscabo resultante de la falta de cumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD, pero no admiten que las medidas estadounidenses comenzaran a afectar a las exportaciones de Antigua en 2001-2002 y que los datos de GBGC lo reflejen.¹⁸⁹ Los Estados Unidos señalan que sus medidas se han mantenido sin modificaciones durante el período pertinente.¹⁹⁰ Indican a este respecto que el enjuiciamiento de Cohen y su condena tuvieron lugar en 1998 y 2000 respectivamente, y que operadores de otros territorios han incrementado sus operaciones en el mercado estadounidense después de 2001, lo que pone de manifiesto que las leyes penales no pueden ser la causa de la disminución absoluta o relativa de la cuota de mercado de Antigua en la prestación de servicios de juegos de azar a los consumidores estadounidenses. Los Estados Unidos subrayan que los propios datos de Antigua ponen de manifiesto un aumento de las exportaciones a los Estados Unidos de operadores de otros territorios, lo que pone de manifiesto que la reducción de la cuota de mercado de Antigua constituye una tendencia histórica, y sostienen que las afirmaciones de Antigua acerca del cambio del entorno relativo a la aplicación de la legislación estadounidense se formularon *a posteriori*, buscando la correspondencia con las cifras de GBGC.¹⁹¹

3.126 En lo que respecta a otros factores, y en especial a los competidores de otros países, los Estados Unidos opinan que no puede considerarse que las medidas estadounidenses sean responsables de la reducción de la cuota de mercado de Antigua (especialmente a escala mundial), puesto que las medidas de ejecución adoptadas por los Estados Unidos no habrían afectado sólo a Antigua, sino a todos los proveedores del mercado estadounidense.¹⁹² Además, los Estados Unidos se refieren a la observación que se hace en el Documento sobre Metodología de Antigua de que el propio Gobierno de Antigua puso en vigor reglamentos más estrictos a mediados de 2001¹⁹³, aunque Antigua alega que esos reglamentos fueron adoptados a consecuencia de la presión de los Estados Unidos.¹⁹⁴

3.127 Los Estados Unidos proceden a continuación a examinar otros factores que pueden ser responsables de la disminución de la participación de Antigua en el mercado mundial y no deben atribuirse a las medidas estadounidenses, en particular los débiles obstáculos al acceso al mercado en el caso de los juegos de azar por Internet y el consiguiente aumento de la competencia de operadores ubicados en otros lugares.¹⁹⁵ Según los Estados Unidos, Antigua no ha aportado pruebas de que su

¹⁸⁸ *Ibid.*, párrafos 42 y 43.

¹⁸⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Árbitro, párrafos 55 y 56.

¹⁹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 45 del Árbitro, párrafo 57.

¹⁹¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Árbitro, párrafos 55 y 56, donde se hace referencia a la comunicación escrita de Antigua: Antigua y Barbuda - Prueba documental 13, página 1.

¹⁹² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 42, y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 48 del Árbitro, párrafo 59.

¹⁹³ *Ibid.*, párrafo 42.

¹⁹⁴ Documento sobre Metodología de Antigua, página 3.

¹⁹⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 43.

sector de juegos de azar a distancia posea características especiales que coloquen a sus operadores en una situación de ventaja con respecto a los competidores de otros países.¹⁹⁶ Los Estados Unidos concluyen que si los juegos de azar por Internet representan una tendencia creciente, como afirma Antigua, Antigua seguirá perdiendo cuota de mercado en beneficio de otras naciones.¹⁹⁷ Más concretamente, en lo que respecta al mercado estadounidense, Antigua se enfrentaría también a la competencia de los proveedores nacionales si los Estados Unidos legalizaran los juegos de azar por Internet. Por el contrario, hasta el momento actual, las leyes penales estadounidenses que prohíben los juegos de azar a distancia se han aplicado rígidamente a los operadores situados en los Estados Unidos, en tanto que los operadores extranjeros han seguido estando fuera del alcance de esas leyes.¹⁹⁸

3.128 Los Estados Unidos observan que los propios datos de Antigua indican que ese país ha perdido cuota de mercado en beneficio de proveedores de servicios de juegos de azar de otros países.¹⁹⁹ Basándose en los datos de GBGC (edición de mayo de 2007)²⁰⁰ los Estados Unidos destacan dos series cronológicas que muestran la posición de Antigua en relación con proveedores de otros países. En primer lugar, observan que los ingresos de Antigua por juegos de azar aumentaron hasta 2001 para disminuir después, en tanto que los ingresos mundiales obtenidos de América del Norte ("ingresos brutos de los juegos de azar en línea por lugar de los jugadores") experimentaron un constante aumento, lo que según los Estados Unidos implica que proveedores distintos de los de Antigua han entrado en el mercado de los Estados Unidos y están consiguiendo buenos resultados.²⁰¹ En segundo lugar, los Estados Unidos señalan que los datos de GBGC por países específicos facilitados por Antigua, incluidos los relativos a Costa Rica, Curaçao y Malta muestran que todos esos países, con excepción de Antigua, han incrementado sus ingresos a nivel mundial.²⁰² Lo mismo puede decirse del grupo de América del Sur y Central y del Caribe en el desglose regional de los ingresos por juegos de azar a distancia por ubicación de los operadores, que muestra una tendencia regular al alza. Los Estados Unidos interpretan esa tendencia como prueba de que las asignaciones específicas a Antigua para 2001-2002 son erróneas, de que los operadores de juegos de azar han diversificado sus operaciones desplazando los servidores a otros lugares de la región y/o de que han surgido en la región nuevos operadores de juegos de azar. Habida cuenta de que las medidas estadounidenses se aplican por igual a los operadores de Antigua y de otros países, incluidos los operadores de otros lugares de la región de América del Sur y Central y del Caribe, los Estados Unidos concluyen que Antigua no ha tenido nunca una cuota de mercado tan grande como pretende o (si tuvo antes una elevada cuota de mercado) que perdió esa cuota cuando los operadores de Antigua desplazaron los servidores a otros países de la región, o como resultado de la actividad de nuevos competidores situados en otros países de ésta. Los Estados Unidos observan también que, según GBGC, tanto las apuestas deportivas como las apuestas no deportivas han experimentado un crecimiento en el mercado estadounidense, por lo que los datos no apoyan la única explicación dada por Antigua de la forma en que las medidas de ejecución de los Estados Unidos habrían perjudicado supuestamente a los operadores de Antigua en mayor medida que a los de otros países, basada concretamente en que

¹⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 43.

¹⁹⁷ *Ibid.*, párrafos 42 y 43.

¹⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 44.

¹⁹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 25.

²⁰⁰ Comunicación escrita de Antigua: Prueba documental 2; y Documento sobre Metodología de Antigua: Antigua y Barbuda - Prueba documental 9.

²⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 23 y 36 del Árbitro, párrafos 27 y 47.

²⁰² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 28.

Antigua se centra en las apuestas deportivas y no en el póquer en Internet. Los Estados Unidos señalan además que no hay motivos para considerar que las medidas de ejecución adoptadas en 2002 por los Estados Unidos, con las que se trataba de bloquear las tarjetas de crédito y los pagos de PayPal a operadores extranjeros de juegos de azar, hubieran tenido efectos mayores en los juegos de azar deportivos que en los juegos de póquer, o en operadores de Antigua que en operadores de otros territorios.²⁰³

3.129 Los Estados Unidos concluyen que Antigua no ha expuesto motivos convincentes para considerar que las medidas estadounidenses puedan tener ese efecto desproporcionado y único sobre los proveedores de servicios de juegos de azar de Antigua en comparación con otros proveedores de servicios de juegos de azar situados en otros mercados. Se refieren a la admisión por Antigua de que su cuota de mercado inicialmente elevada se debió a su penetración temprana en el mercado²⁰⁴, y de que esa cuota de mercado inicial se erosionó en el curso del tiempo.²⁰⁵ Los Estados Unidos concluyen que no hay informaciones que apoyen la conclusión de que las medidas estadounidenses tuvieran cualquier efecto sobre la cuota de mercado de Antigua, ni hay razones para creer que cualquier modificación futura de las reglamentaciones estadounidenses beneficiaría únicamente a Antigua.²⁰⁶

3.130 En lo que respecta a las fechas, Antigua sostiene que los niveles históricos de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos realizadas hasta 2002 proporcionan una orientación en cuanto a los niveles que podrían existir de no ser por las medidas incompatibles.²⁰⁷ Según Antigua, 2002 es el año en el que comenzaron a producirse daños mensurables, razón por la que no propone "perdidas de ingresos" para 2001 y los años precedentes.²⁰⁸ Antigua explica también que para su modelo de la cuota de mercado constante no utilizó el valor del 59 por ciento de 2001 (sino el 21 por ciento de 2003), porque no consideraba que esa cifra de la cuota de mercado fuera realista, teniendo en cuenta la expansión general de los juegos de azar a distancia a nivel mundial y, especialmente, el hecho de que gran parte de esa expansión se estaba produciendo en esferas tales como los juegos de póquer, que no constituían el principal segmento de mercado en el que suministraba servicios Antigua.²⁰⁹

3.131 En relación con otros factores causantes del retroceso de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos, Antigua rechaza los argumentos de los Estados Unidos. Aunque admite que era inevitable que perdiera a nivel mundial una parte de su cuota de mercado como consecuencia de la expansión de los juegos de póquer en Internet y de los juegos de azar a distancia en otras partes del mundo, Antigua es ante todo un territorio de apuestas deportivas vecino de los Estados Unidos y al que por lo tanto afectaron más gravemente las medidas estadounidenses que a los operadores de otros lugares.²¹⁰ Antigua alega que los tres procesos más

²⁰³ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a las preguntas del Árbitro, párrafos 20 y 21.

²⁰⁴ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 115.

²⁰⁵ *Ibid.*, Prueba documental 2.

²⁰⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 29.

²⁰⁷ Documento sobre Metodología de Antigua, páginas 2 y 3.

²⁰⁸ Respuesta de Antigua a la pregunta 42 del Árbitro, página 33.

²⁰⁹ Respuesta de Antigua a la pregunta 43 del Árbitro, páginas 33 y 34.

²¹⁰ Comunicación escrita de Antigua, párrafos 117-119; y observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 16 y 17.

destacados contra operadores extranjeros de juegos de azar a distancia entablados en los últimos años por las autoridades estadounidenses se han entablado contra operadores con filiales titulares de una licencia en Antigua y que llevaban a cabo importantes operaciones en ese país, mientras que hasta la fecha los Estados Unidos no han entablado procedimientos judiciales contra operadores de juegos de azar a distancia titulares de una licencia y situados en territorios europeos, como Gibraltar, Malta y Guernsey, ni tampoco a operadores titulares de una licencia expedida por la tribu Khanawake Mohawk del Canadá. Antigua añade que durante el período 2001-2003 gran número de operadores se desplazaron de Antigua a territorios europeos que se consideraba que eran objetivos menos probables de los esfuerzos estadounidenses que Antigua.²¹¹

3.132 Antigua facilita una cronología de las medidas de los Estados Unidos y otros importantes acontecimientos²¹² cada uno de los cuales considera que ha tenido repercusiones desfavorables sobre el sector de los juegos de azar a distancia de Antigua.²¹³ Como proveedor temprano del mercado de juegos de azar a distancia, Antigua manifiesta que está convencida de que de no ser por las medidas estadounidenses, habría seguido teniendo bastantes posibilidades de competir con éxito con los posibles nuevos proveedores. Antigua atribuye su ventaja competitiva a la oferta de productos innovadores, a la experiencia y a un conocimiento especial del mercado estadounidense de apuestas deportivas, así como a su situación dentro de un huso horario cómodo para los consumidores estadounidenses y a ventajas fiscales que hacen posibles mayores márgenes de explotación. Antigua está convencida de que su ventaja competitiva habría operado también en contra de los posibles competidores estadounidenses²¹⁴ y recomienda abstenerse de especulaciones acerca de nuevos proveedores y basarse en los datos históricos.²¹⁵

3.133 Antigua concluye que el retroceso de su sector es imputable exclusivamente a las medidas de los Estados Unidos y que no es necesario efectuar ajustes en el nivel hipotético de las exportaciones para tener en cuenta cualesquiera otros factores, incluida la adopción de "reglamentos más estrictos" por la propia Antigua en 2001, que Antigua alega que fue fruto de la presión directa de los Estados Unidos.²¹⁶ Antigua sostiene que sus modelos de los ingresos fijos y del crecimiento constante dan lugar a estimaciones prudentes de las exportaciones hipotéticas y que su modelo de la cuota de mercado constante refleja ya la disminución de la participación en el mercado mundial de Antigua debida a factores quizá no relacionados -o menos relacionados- con las actividades del Gobierno de los Estados Unidos.²¹⁷

²¹¹ Respuesta de Antigua a las preguntas 43 y 44 del Árbitro, páginas 33-35; y observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, páginas 16 y 17.

²¹² Comunicación escrita de Antigua, Antigua y Barbuda - Prueba documental 13.

²¹³ *Ibid.*, párrafo 114.

²¹⁴ *Ibid.*, párrafos 115 y 116.

²¹⁵ *Ibid.*, párrafos 120 y 121.

²¹⁶ Documento sobre Metodología de Antigua, páginas 2 y 3; y respuesta de Antigua a la pregunta 44 del Árbitro, páginas 34 y 35.

²¹⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 44 del Árbitro, páginas 34 y 35.

ii) *Análisis del Árbitro*

3.134 Tomamos nota de que tanto Antigua (en dos de los tres modelos) como los Estados Unidos en su enfoque alternativo (descrito en la sección III.D.2 a) *infra*) toman el año 2001 como el momento a partir del cual las medidas estadounidenses comenzaron a afectar a las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos. Las partes tampoco han presentado ninguna propuesta concreta de otro "punto de inflexión". Aunque subrayan que sus medidas han estado en vigor mucho tiempo antes, los Estados Unidos reconocen también que ha resultado difícil aplicarlas contra proveedores extranjeros de juegos de azar a distancia y que "están dispuestas a admitir que las exportaciones realizadas en 2001-2002 proporcionan una cierta orientación acerca del mercado (ilegal) estadounidense para los servicios de juegos de azar a distancia".²¹⁸

3.135 No obstante, como hemos indicado antes en la sección III.D.1 d) *supra*, hemos de tener en cuenta que otros factores, en el curso del tiempo, y especialmente el aumento de la competencia, podrían haber afectado a los niveles de los ingresos por juegos de azar a distancia de Antigua en 2001, aun en ausencia de las medidas de los Estados Unidos. Con el fin de no atribuir erróneamente esa reducción de los ingresos a las medidas estadounidenses, tenemos presente que las medidas de los Estados Unidos, en particular las medidas de ejecución que implican la prohibición impuesta a las sociedades de tarjetas de crédito y a sistemas como PayPal de efectuar pagos a operadores de juegos de azar extranjeros, pueden afectar a todos los proveedores, y no sólo a los de un determinado país de origen. En lo que atañe al riesgo de enjuiciamiento penal, todos los operadores de juegos de azar a distancia parecen *a priori* ser un objetivo igualmente probable, aunque varias operaciones de Antigua hayan sido objeto de persecución penal en el pasado.

3.136 En particular, reconocemos que los datos de GBGC ponen de manifiesto que los ingresos mundiales generados en América del Norte han seguido aumentando, y que los diversos países de la región de América del Sur y Central y el Caribe, así como toda la región en su conjunto, han registrado asimismo nuevos aumentos de sus ingresos. Nos parece razonable suponer que no es improbable que los países de la región (a diferencia, por ejemplo, de los proveedores europeos) sean competidores efectivos de Antigua en el mercado de los Estados Unidos, puesto que se benefician de algunas de sus ventajas (mayor similitud probable de las estructuras de costos, usos horarios etc.). No consideramos que haya ninguna razón para pensar que las medidas de los Estados Unidos afecten de forma diferente a esos países que Antigua. En consecuencia, parte de las pérdidas de Antigua pueden reflejar su pérdida de competitividad con respecto a sus competidores y el aumento de los ingresos de estos últimos a expensas de Antigua. Teniendo esto en cuenta, no consideramos adecuado aceptar la afirmación de Antigua de que su pérdida de ingresos es imputable enteramente a las medidas de los Estados Unidos y de que no es necesario efectuar ningún ajuste para reflejar las variaciones relativas en cuanto a la competitividad.

3.137 Tampoco creemos, sin embargo, que la pérdida de cuota de mercado de Antigua no tenga nada que ver con las medidas de los Estados Unidos y se deba enteramente a los nuevos proveedores y competidores. Aunque en todo caso Antigua podría haber perdido cuota de mercado en beneficio de sus competidores, es posible que sus ingresos se hayan reducido más de lo que se habrían reducido de no ser por la medida estadounidense. Al tratar de deslindar las repercusiones de unos y otros factores, no consideramos demasiado útil atender, como hacen los Estados Unidos en su enfoque alternativo que se resume *infra* en la sección III.D.2 a), a la participación de Antigua en el mercado mundial, a la que puede afectar la evolución de otros mercados y actividades de juego en los que Antigua no está presente, y en relación con proveedores con los que Antigua no compite de hecho. En lugar de ello, como hemos indicado antes, pensamos que es importante examinar la posición relativa de Antigua con respecto a competidores que compiten en el mercado de los Estados Unidos y a los que

²¹⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 47 y 48.

probablemente afecta de la misma manera la medida estadounidense. Así pues, es posible que no podamos seguir ninguno de los dos enfoques extremos (todo o nada) propuestos por las partes.

3.138 Hay que hacer otra puntualización acerca de la competencia en función de la situación hipotética elegida. Como hemos analizado antes en la sección III.C, el enfoque de Antigua supone que Antigua seguiría prestando servicios de juegos de azar a distancia en las mismas condiciones que en 2001, es decir, sin la competencia de proveedores nacionales en los Estados Unidos. Sin embargo, si se legalizara la prestación transfronteriza de servicios de juegos de azar a distancia, es probable que esa legalización aplicase tanto a los proveedores extranjeros como a los nacionales. A falta de cualquier experiencia histórica al respecto, cualquier suposición acerca de cómo se desenvolvería Antigua en esa situación pertenece al reino de la pura especulación. En consecuencia, nos parece claro que la situación hipotética de Antigua, que prescinde completamente del posible acceso de competidores nacionales al mercado es deficiente.²¹⁹

3.139 Hasta el momento, la única prueba que tenemos de la existencia de una situación de competencia con presencia de proveedores nacionales concierne al mercado de apuestas hípcas a distancia. La observación de Antigua de que sus operadores desarrollan una escasa actividad en la esfera de las apuestas sobre carreras de caballos²²⁰, debido sin duda a una serie de razones comerciales, podría, al menos en parte, estar relacionada con la intensidad de la competencia en un segmento del mercado en el que compiten ya entre sí proveedores nacionales y extranjeros.

h) Comparación de las exportaciones reales y las exportaciones hipotéticas de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos

i) *Argumentos de las partes*

3.140 Los Estados Unidos comparten con Antigua la idea básica de que la diferencia entre la magnitud real de las exportaciones afectadas por la medida incompatible con las normas de la OMC y la magnitud de las exportaciones en una situación "hipotética", en la que la parte infractora hubiera puesto en conformidad la medida incompatible con las normas de la OMC dentro de un plazo prudencial, representa normalmente el nivel de anulación o menoscabo.²²¹ En consecuencia, de las comunicaciones escritas iniciales de las partes se desprende que hay acuerdo entre ellas en que el momento adecuado para hacer la comparación entre el nivel real de las exportaciones y el nivel hipotético calculado es la fecha final del plazo prudencial, en este caso el 3 de abril de 2006.²²² Sin embargo, los Estados Unidos manifiestan posteriormente que el momento preciso a tal efecto debe ser la fecha en que se sometió el asunto a arbitraje, por cuanto esa fue la fecha en que se estableció el mandato del Árbitro.²²³

²¹⁹ Como se ha indicado en el párrafo 3.73 en la opinión discrepante de uno de los Árbitros, sería necesario tener en cuenta la cuestión de la posible competencia nacional si se siguiera la hipótesis propuesta por Antigua. En consecuencia, si hubiera de calcularse el nivel de anulación o menoscabo conforme a la hipótesis propuesta por Antigua, el Árbitro señala que sería necesario efectuar nuevos ajustes en tal sentido, además de los que realizamos *infra* en la sección III.D.3 para reflejar la competencia externa y la demanda nacional.

²²⁰ Respuesta de Antigua a la pregunta 10 del Árbitro, página 15.

²²¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14; Documento sobre Metodología de Antigua, página 3.

²²² *Ibid.*, párrafo 14; Documento sobre Metodología de Antigua, página 6.

²²³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 41 del Árbitro, párrafo 54.

3.141 En lo que respecta a la proyección que hace Antigua de los ingresos del sector en el futuro (2012, momento hasta el que se dispone de proyecciones de GBGC para el sector), estableciendo una medida actualizada hasta el año 2007²²⁴, los Estados Unidos no se ocupan directamente de esa suposición, pero se refieren a una situación hipotética en la que la parte demandada hubiera puesto la medida incompatible en conformidad con las normas de la OMC *dentro* del plazo prudencial, lo que parece impedir la consideración de la evolución más allá de esa fecha.²²⁵

3.142 Antigua precisa a este respecto que para calcular el nivel de anulación o menoscabo es necesario determinar cuáles habrían sido las exportaciones prospectivas anuales de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia de Antigua a los Estados Unidos si este último país hubiera procedido al cumplimiento el 3 de abril de 2006. Antigua opina que ello no quiere decir que para desarrollar la hipótesis y llegar a una determinación del nivel de esas "exportaciones prospectivas anuales" haya de tenerse en cuenta exclusivamente información referida a esa fecha.²²⁶ Al mismo tiempo, Antigua aduce que aunque el final del plazo prudencial marca el momento en el que comenzaron a producirse las pérdidas comerciales de Antigua, eso no significa que el nivel de anulación o menoscabo sufrido por Antigua haya de determinarse en referencia a una "instantánea", por decirlo así, de esa fecha. Aduce que una "instantánea" del 3 de abril de 2006 no reflejaría la promulgación de la UIGEA en octubre de ese año, que según Antigua tuvo repercusiones desfavorables muy importantes en la cuantía real de los ingresos de los operadores de Antigua. Por ello Antigua propone utilizar proyecciones hasta finales de 2012. Aduce que la utilización de datos históricos en conjunción con estimaciones profesionales y razonadas de la evolución del mercado en un futuro previsible y el establecimiento de promedios de las cifras correspondientes constituyen un método razonable y generalmente aceptado para tener en cuenta las anomalías que pueden producirse en un año en relación con otro. Antigua señala también que se han utilizado promedios en varios arbitrajes anteriores.²²⁷

ii) *Análisis del Árbitro*

3.143 Entendemos que determinar cuál habría sido el nivel de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos si los Estados Unidos hubieran procedido al cumplimiento dentro del plazo prudencial, es decir el 3 de abril de 2006, es parte de nuestra tarea. En ese sentido, la fecha indicada (o el período más próximo a esa fecha respecto del cual se disponga de información estadística) parece imponerse como el momento pertinente para realizar una comparación entre las exportaciones reales y las exportaciones hipotéticas. Antigua y los Estados Unidos proceden de esa manera en sus modelos, proyectando al año 2006 los niveles hipotéticos, ya que no parece disponerse de observaciones a intervalos más reducidos (trimestres o meses).

3.144 No pensamos que las previsiones *más allá* de esa fecha influyan en el nivel hipotético de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos que habría existido *en* esa fecha de no ser por las medidas estadounidenses. Si hubieran de tenerse en cuenta las previsiones relativas a exportaciones futuras (y habría que suponer que esas exportaciones serían mayores o incluso registrarían una expansión creciente en comparación con los valores históricos) el valor medio y actualizado así calculado podría ser superior al nivel que se habría registrado realmente si los Estados Unidos hubieran procedido al cumplimiento al final del plazo prudencial. Ese

²²⁴ Documento sobre Metodología de Antigua, página 8.

²²⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

²²⁶ Respuesta de Antigua a la pregunta 41 del Árbitro, página 33.

²²⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 47 del Árbitro, páginas 38 y 39.

procedimiento podría infringir el criterio de equivalencia al que estamos obligados a atenernos. En particular, distintos horizontes temporales darían lugar a diferentes niveles de anulación o menoscabo sin relación alguna con las cuestiones concernientes al cumplimiento efectivo.

i) Observaciones finales

3.145 Los Estados Unidos impugnan la mayor parte de la metodología propuesta por Antigua, y especialmente sus datos hipotéticos, así como los datos subyacentes. Tampoco aceptan supuestos claves para la formulación del modelo, en particular la atribución de la evolución de los ingresos reales de Antigua por juegos de azar a distancia en su totalidad a las medidas estadounidenses o la utilización de un multiplicador a nivel de toda la economía. Después de exponer esas preocupaciones fundamentales, los Estados Unidos no hacen un análisis más detallado de algunos cálculos (por ejemplo en lo que respecta al tipo utilizado por Antigua para la actualización) ni tratan de dilucidar si alguno de los modelos propuestos por Antigua era preferible a otro, sino que proponen una hipótesis alternativa, así como otro enfoque para la formulación del modelo y otros cálculos.

2. Examen del enfoque propuesto por los Estados Unidos

a) Descripción del enfoque propuesto por los Estados Unidos

3.146 Como se ha indicado anteriormente, los Estados Unidos impugnan la hipótesis propuesta por Antigua, es decir, una medida que permitiría todos los tipos de servicios transfronterizos de juegos de azar.²²⁸ Sostienen que una forma de poner sus medidas en conformidad sería que se prohibiera también a los proveedores de servicios nacionales suministrar servicios de apuestas hípicas a distancia, puesto que ése es el sector en el cual el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que había un trato discriminatorio entre los proveedores de servicios nacionales y extranjeros.²²⁹ Los Estados Unidos observan que en este último caso el nivel de anulación y menoscabo sería nulo, pero no siguen este enfoque como una alternativa al cálculo de Antigua.²³⁰ En cambio, recuerdan que las recomendaciones y resoluciones del OSD tenían por objeto el trato discriminatorio de las apuestas hípicas. A partir de ello concluyen que se podría tomar una situación hipotética como base para calcular el nivel de la suspensión de concesiones en la que "los Estados Unidos adoptarían medidas que permitieran a los operadores de Antigua (y a los operadores de todos los demás Miembros de la OMC) suministrar servicios transfronterizos de apuestas hípicas a distancia".²³¹ Basándose en la hipótesis que proponen, los Estados Unidos tratan de establecer cuál sería el nivel de las exportaciones de servicios de apuestas hípicas a distancia de Antigua a los Estados Unidos si no hubiera ningún trato discriminatorio.

3.147 En lo que respecta a los datos relativos a las exportaciones de Antigua, los Estados Unidos se basan en las estadísticas sobre el comercio de servicios elaboradas por el ECCB, el FMI y la OMC que están a disposición del público. Al comprobar que las estadísticas respectivas de estas tres fuentes tienen una magnitud similar, los Estados Unidos toman como punto de partida para sus propios cálculos la cifra de la OMC relativa a las exportaciones de "otros servicios comerciales" de Antigua en 2001 (47 millones de dólares), que consideran como "un tope sólido de la cifra máxima

²²⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 19.

²²⁹ *Ibid.*, párrafo 15.

²³⁰ *Ibid.*, párrafos 15 y 17.

²³¹ *Ibid.*, párrafo 19, sin cursivas en el original.

absoluta de exportaciones de servicios de juegos de azar de Antigua en 2001"²³², puesto que incluye las exportaciones destinadas a todo el mundo (no sólo a los Estados Unidos) y no solamente las exportaciones de servicios de juegos de azar.²³³

3.148 Los Estados Unidos tratan seguidamente de determinar la cuota de las exportaciones de servicios de apuestas hípcas a distancia correspondiente a Antigua. Al no existir estadísticas oficiales sobre los juegos de azar a distancia en los Estados Unidos (tanto totales como desglosadas por tipo de actividad de juegos de azar), los Estados Unidos facilitan estadísticas oficiales que están a disposición del público en el sitio Web de la Oficina de Análisis Económicos (Departamento de Comercio de los Estados Unidos) sobre los juegos de azar no suministrados a distancia en los Estados Unidos, que indican que las apuestas hípcas no representaron más del 7 por ciento del total de los juegos de azar en cada uno de los años comprendidos entre 2003 y 2006.²³⁴ A continuación aplican la cuota del 7 por ciento a la cifra de 47 millones de dólares EE.UU. de exportaciones de otros servicios comerciales de Antigua para obtener 3,3 millones de dólares EE.UU. de exportaciones. Después rectifican esta cifra para tener en cuenta la repercusión de la competencia en los ingresos de exportación de Antigua, reduciéndola en la misma proporción que la disminución de la cuota de Antigua en los ingresos por juegos de azar a distancia a escala mundial que se indica en el informe de GBGC²³⁵, es decir, multiplicándola por el factor del 7 por ciento (en 2006) sobre el 50 por ciento (en 2001), para obtener una cifra de 462.000 dólares EE.UU., o sea aproximadamente 500.000 dólares EE.UU. Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que la última cifra constituye el nivel anual de anulación o menoscabo y que la cifra de 3,3 millones de dólares EE.UU. opera como límite máximo.²³⁶

3.149 Además de sus argumentos anteriores según los cuales los Estados Unidos no han refutado ningún aspecto de las presunciones establecidas por la metodología propuesta por Antigua²³⁷, este país presenta argumentos específicos que descartan la metodología propuesta por los Estados Unidos, en particular por la hipótesis y los datos básicos utilizados. A continuación examinaremos los argumentos de las partes sobre las principales preocupaciones planteadas en relación con el enfoque propuesto por los Estados Unidos.

²³² *Ibid.*, párrafo 49.

²³³ En apoyo de esa cifra los Estados Unidos señalan también que Antigua, en su recurso al párrafo 2 del artículo 22, declaró que su "sector de servicios de juegos de azar y apuestas representaba más del 10 por ciento del producto nacional bruto de Antigua y Barbuda" y que esta cuota, sobre la base de la información del ECCB relativa al PIB, dio como resultado exportaciones de servicios de juegos de azar a todo el mundo en 2001 de 68 millones de dólares EE.UU. (comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 50). Este cálculo parece confundir de nuevo las exportaciones con el PIB como un concepto de valor añadido.

²³⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 25 y 51; Estados Unidos - Prueba documental 1.

²³⁵ Documento sobre Metodología de Antigua: Antigua y Barbuda - Prueba documental 2.

²³⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 53.

²³⁷ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 71.

b) Exportaciones de servicios de apuestas hípcas a distancia de Antigua

i) *Argumentos de las partes*

3.150 Como se ha señalado *supra*, Antigua impugna la hipótesis que suponen los Estados Unidos por varios motivos.²³⁸ Por consiguiente, inicialmente no ha abogado por una estimación distinta de la cuota de las apuestas hípcas en sus exportaciones totales de servicios de juegos de azar a distancia, ya que consideraba que esa cuota no era pertinente al presente arbitraje. Además, Antigua señala que si sólo fueran importantes las carreras hípcas, los Estados Unidos no tratarían de retirar sus compromisos pertinentes en el marco del AGCS.²³⁹ Antigua también considera que sus operadores tienen muy poca actividad en las apuestas hípcas, pero dice que no dispone de estadísticas exactas al respecto.²⁴⁰ Señala que GBGC no proporciona un desglose por tipo de actividad de los ingresos por juegos de azar a distancia de Antigua.²⁴¹

3.151 No obstante, Antigua trata de presentar estadísticas alternativas a las propuestas por los Estados Unidos que puedan dar alguna indicación de la cuota de las apuestas hípcas en el conjunto de las actividades de juegos de azar. Por ejemplo, Antigua se refiere a un informe de 2002 sobre los juegos de azar a distancia publicado por el periódico "International Gaming & Wagering Business" en el que se menciona una cuota del 22 por ciento para las carreras hípcas en el mercado estadounidense.²⁴² Antigua presenta también los desgloses anuales de Christiansen Capital Advisers (CCA) por tipo de actividad de juegos de azar correspondientes a los años 1995-1997 y 1999-2006 de los ingresos anuales brutos procedentes de los juegos de azar en los Estados Unidos, con exclusión de los ingresos procedentes de juegos de azar a distancia, publicados en varias ediciones de "International Gaming & Wagering Business".²⁴³ Si se supone, como conjeturan los Estados Unidos²⁴⁴, que las apuestas mutuas se refieren esencialmente a las apuestas hípcas, los ingresos de esa categoría permanecen casi constantes a lo largo de esos años, mientras que el mercado general se duplica con creces. Esto se traduce en una disminución de la cuota, que pasa a ser de cerca del 8 por ciento en 1995 al 3 por ciento en 2006. Antigua presenta también datos del informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos de GBGC (ediciones de mayo y octubre de 2007) relativas a los ingresos anuales procedentes de los juegos de azar a distancia desglosados por países, incluidos los Estados Unidos, y por cuatro tipos de actividades de juego, incluidas las apuestas deportivas, que cabe suponer que abarcan las apuestas hípcas.²⁴⁵ Los datos de GBGC incluyen

²³⁸ *Ibid.*, párrafos 77-94.

²³⁹ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, página 15.

²⁴⁰ Respuesta de Antigua a la pregunta 10 del Árbitro, página 15.

²⁴¹ Respuesta de Antigua a las preguntas 15 y 18 del Árbitro, páginas 15 y 16.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Respuesta de Antigua a la pregunta 24 del Árbitro, páginas 20 a 23.

²⁴⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos; Estados Unidos - Prueba documental 1.

²⁴⁵ Respuesta de Antigua a la pregunta 25 del Árbitro, páginas 23 a 25, y Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 14 1) y 14 2).

también series cronológicas para todo el mundo y para varias regiones geográficas que ofrecen un desglose de los ingresos totales procedentes de las apuestas hípcas en línea y fuera de línea.²⁴⁶

3.152 Los Estados Unidos defienden la utilización de la cuota que proponen y consideran que es razonable suponer que hay una correspondencia entre los niveles de las versiones a distancia y no a distancia de los mismos tipos de juegos de azar. También señalan que Antigua, en su comunicación escrita, no ha abogado por una estimación distinta de la proporción entre las apuestas hípcas a distancia y todos los juegos de azar a distancia.²⁴⁷ Según los Estados Unidos, la proporción del 7 por ciento se puede utilizar por tanto como una estimación razonable de la proporción entre las exportaciones de Antigua de apuestas hípcas a distancia y las exportaciones totales de juegos de azar a distancia.²⁴⁸

3.153 Los Estados Unidos afirman también que al no existir información facilitada por Antigua basada en consultas con sus propios operadores, una asignación basada en los juegos no suministrados a distancia en los Estados Unidos ofrece la mejor base para una estimación.²⁴⁹ También dicen que en el presente procedimiento no debería utilizarse la asignación a las apuestas hípcas del 22 por ciento de la cuantía total de las apuestas a distancia hechas por clientes en los Estados Unidos, que Antigua cita de un informe de 2002 publicado por "International Gaming & Wagering Business"²⁵⁰, puesto que Antigua no facilitó una copia de este informe para que se formularan observaciones sobre su contenido.²⁵¹ También rechazan los datos de GBGC, que sólo proporcionan cifras mundiales de los ingresos procedentes de apuestas hípcas a distancia y no a distancia.²⁵²

ii) *Análisis del Árbitro*

3.154 Observamos que todas las cifras propuestas para la cuota de las exportaciones de servicios de apuestas hípcas de Antigua a los Estados Unidos son bastante aproximadas, aunque en distintos aspectos. Un defecto de todos los indicadores es que se refieren a cuotas de consumo y no de producción. Por lo tanto, indican la distribución de cuotas entre las distintas actividades de juegos de azar demandadas, que puede ser distinta de la composición de los servicios de juegos de azar a distancia de Antigua suministrados a los Estados Unidos.

3.155 La cuota del 7 por ciento determinada por la Oficina de Análisis Económicos de los Estados Unidos tiene la ventaja de que se refiere al mercado estadounidense (y no a una región geográfica mayor), pero abarca únicamente el mercado de juegos no suministrados a distancia. No es irrazonable suponer que determinadas actividades de juegos de azar son más o menos placenteras que otras según se realicen *in situ* o a distancia. Por consiguiente, las cuotas de las distintas actividades de juegos

²⁴⁶ Respuesta de Antigua a preguntas del Árbitro; Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 14 1) y 14 2).

²⁴⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 del Árbitro, párrafo 22.

²⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 del Árbitro, párrafo 23.

²⁴⁹ Observación de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 10 del Árbitro, párrafo 47.

²⁵⁰ Respuesta de Antigua a la pregunta 15 del Árbitro, página 17.

²⁵¹ Observación de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 15 del Árbitro, párrafo 48.

²⁵² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 44.

de azar pueden variar en el mercado a distancia y no a distancia. Las cuotas establecidas por CCA (que se refieren también a las apuestas mutuas no a distancia en los Estados Unidos, es decir, principalmente a las apuestas hípcas) están comprendidas en la misma escala de cifras, al menos en lo que respecta a los primeros años.

3.156 Los datos de GBGC contienen cifras sobre el mercado de juegos a distancia en los Estados Unidos, pero sólo proporcionan importes globales aproximados de las actividades de juegos de azar, sobre todo las apuestas deportivas, que supuestamente incluyen las apuestas hípcas. Subsidiariamente, GBGC proporciona datos sobre las apuestas hípcas que combinan el mercado a distancia y no a distancia, pero estos datos sólo están disponibles a nivel regional. Por último, Antigua menciona una cuota del 22 por ciento para las apuestas hípcas a distancia basándose en un artículo de un periódico. Sin embargo, parece haber cierto desacuerdo entre esa cifra y los datos de GBGC y no tenemos constancia de que las carreras hípcas gocen de una popularidad especial en los Estados Unidos en comparación con otros países, lo que justificaría una diferencia sustancial en estas cuotas.

3.157 Parece que en estas circunstancias las mejores aproximaciones son la cuota establecida por la Oficina de Análisis Económicos para el mercado de apuestas hípcas no a distancia en los Estados Unidos o las cifras de GBGC, que tienen la ventaja de referirse al mercado de juegos a distancia (o al menos a la combinación del mercado a distancia y no a distancia), pero utilizan importes globales mayores en función de regiones geográficas o actividades de juegos de azar.

c) Datos del ECCB, el FMI y la OMC sobre las exportaciones de servicios de Antigua y otras estimaciones de ingresos

i) *Argumentos de las partes*

3.158 Antigua señala que los datos del FMI y de la OMC se basan en información comunicada por el ECCB.²⁵³ Afirma que el ECCB, según lo ha reconocido él mismo, no incluye los ingresos ni los gastos de la industria de juegos de azar a distancia de Antigua en su totalidad. A ese respecto, recuerda que el ECCB ha dicho en relación con su recopilación general de datos que un problema importante ha sido la escasa respuesta a las encuestas.²⁵⁴ Antigua explica además que los operadores de juegos de azar a distancia (como por lo demás cualquier otro actor privado de la economía de Antigua) no están jurídicamente obligados a contestar a las encuestas del ECCB ni a responder a sus preguntas.²⁵⁵ Antigua considera que no se puede válidamente intentar extrapolar los ingresos derivados de los juegos de azar a distancia a partir de datos deficientes sobre el PIB.²⁵⁶

²⁵³ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 102; Antigua y Barbuda - Prueba documental 11.

²⁵⁴ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, página 23; y comunicación escrita de Antigua, párrafo 102; Antigua y Barbuda - Prueba documental 12. De manera más precisa, en la carta del ECCB se dice que "la Ley de Estadística de Antigua y Barbuda no puede imponer a esas entidades la obligación de facilitar datos". Anteriormente, Antigua ya ha explicado en su Documento sobre Metodología, sobre la base de una conversación telefónica con personal del ECCB, que había habido "un bajo porcentaje de respuestas de los operadores de juegos de azar a distancia a encuestas relacionadas con el PIB" y que los pocos que habían contestado a las encuestas relacionadas con el PIB "a menudo no habían comunicado un elemento clave del PIB, los beneficios" (nota 5 del Documento sobre Metodología). Documento sobre Metodología de Antigua, página 2, nota 5.

²⁵⁵ Respuesta de Antigua a la pregunta 39 del Árbitro, página 32.

²⁵⁶ Respuesta de Antigua a la pregunta 38 del Árbitro, página 32.

3.159 Antigua observa también que los datos alternativos propuestos por los Estados Unidos sólo están respaldados por cifras del ECCB que no incluyen los datos pertinentes (ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia), mientras que los datos que Antigua utiliza en el enfoque que propone (los de GBGC) están avalados por varias fuentes.²⁵⁷

3.160 Los Estados Unidos sostienen que el FMI y la OMC siguen siendo la mejor fuente de datos disponible sobre el nivel de las exportaciones de servicios de Antigua y afirman que Antigua no ha establecido que los datos del FMI y de la OMC no incluyan los ingresos por exportación relacionados con los operadores de juegos de azar de Antigua. Observan que, como mucho, Antigua ha demostrado que el ECCB no pudo incluir en sus cifras datos sobre los operadores de juegos de azar de Antigua porque ésta ha optado por eximir a esas empresas de toda obligación de facilitar información.²⁵⁸ Los Estados Unidos observan también que en la carta dirigida a Antigua²⁵⁹, el ECCB sólo dice que las cifras relativas al PIB de Antigua no incluyen los ingresos obtenidos por operadores que están autorizados para realizar actividades de apuestas y juegos interactivos, pero que no dice nada acerca de si esos ingresos se incluyeron o no en su información sobre la balanza de pagos.²⁶⁰ Por último, los Estados Unidos sostienen que la ausencia de datos directos sobre las exportaciones de servicios de juegos de azar de Antigua incluiría también los datos de GBGC. Los Estados Unidos señalan asimismo que en ninguna de las consultas anuales del FMI con Antigua previstas en el artículo IV, ni en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC se han puesto en tela de juicio los datos del comercio de servicios de la balanza de pagos.²⁶¹

3.161 Para dar más apoyo al orden de magnitud de sus cálculos, los Estados Unidos proponen otras tres formas de calcular las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos sobre la base de cifras que la propia Antigua ha indicado.

3.162 En primer lugar, los Estados Unidos consideran que la declaración formulada por Antigua en la solicitud presentada de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22, es decir, que su "sector de servicios de juegos de azar y apuestas representaba más del 10 por ciento del producto nacional bruto de Antigua y Barbuda", se refiere a la importancia relativa de las exportaciones de Antigua respecto de su PIB, y llegan a la conclusión de que las exportaciones de servicios de juegos de azar de Antigua a todo el mundo tienen que haber sido del orden de 68 millones de dólares, si se toma el PIB de 2001 como base de ese cálculo.²⁶²

3.163 En segundo lugar, los Estados Unidos proponen que se tome la cifra de 15,8 millones de dólares EE.UU. en concepto de sueldos y salarios obtenidos en la industria de juegos de azar por Internet de Antigua en 2001, de acuerdo con la declaración que este país hace en el párrafo 66 de su comunicación escrita, como base para estimar los ingresos netos de Antigua procedentes de los juegos de azar a distancia. Estableciendo algunos supuestos en lo que respecta a las partes correspondientes

²⁵⁷ Observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos, página 25.

²⁵⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 35 del Árbitro, párrafo 39; y observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua a preguntas del Árbitro, párrafos 31 y 32.

²⁵⁹ Comunicación escrita de Antigua; Antigua y Barbuda - Prueba documental 12.

²⁶⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Árbitro, párrafo 52.

²⁶¹ *Ibid.*; y observación de los Estados Unidos sobre la respuesta de Antigua a la pregunta 39 del Árbitro, párrafo 59.

²⁶² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 34 del Árbitro, párrafo 36. Véase también el análisis que figura *supra* en la sección III.D.1 d) i).

a la mano de obra y los beneficios, los Estados Unidos calculan que los ingresos netos totales están comprendidos entre 136 millones y 190 millones de dólares EE.UU., según cuáles sean las partes exactas elegidas, lo que consideran que es una estimación razonable de los ingresos netos teniendo en cuenta las propias alegaciones de Antigua sobre los salarios de los operadores de juegos de azar.²⁶³ Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que este tipo de enfoque es el único medio de determinar ingresos históricos de Antigua procedentes del juego acordes con la realidad económica.²⁶⁴

3.164 En tercer lugar, los Estados Unidos observaron en la audiencia que en el informe de 2007 de la Secretaría sobre el Examen de las Políticas Comerciales de Antigua y Barbuda²⁶⁵ se decía que los operadores de juegos de azar y apuestas interactivos de Antigua gozaban de las mismas exenciones fiscales que las empresas de servicios financieros extraterritoriales, con la excepción de un impuesto sobre la renta del 3 por ciento introducido en 2001 por la Ley de Sociedades Mercantiles Internacionales (modificada) de 2001. En tal caso se podrían utilizar los registros fiscales para calcular los ingresos de los operadores, es decir, los ingresos brutos menos los pagos realizados a los clientes por las apuestas. Como el Gobierno de Antigua no presentó ninguna observación sobre el informe de la Secretaría de la OMC a ese respecto, hay que suponer que esta información es correcta.²⁶⁶

3.165 En cuanto a la primera cuestión, Antigua reconoce que no puede determinar la fuente de esa declaración, que parece referirse al año 1999. Considera que la declaración se podría atribuir total o parcialmente a: i) una ignorancia básica en el gobierno sobre el verdadero tamaño de la industria de juegos de azar a distancia; ii) estimaciones sobre los efectos directos del sector en el país en lo que respecta a los salarios pagados, los alquileres y compras nacionales y gastos directos similares; y iii) correlaciones establecidas entre el empleo estimado y la magnitud del conjunto de la mano de obra nacional.²⁶⁷

3.166 Antigua rechaza también el segundo enfoque por considerar que está lleno de conjeturas. Afirma que ninguna de las cifras está respaldada por ningún dato y que tampoco hay ningún apoyo para los supuestos establecidos y la metodología utilizada por los Estados Unidos.²⁶⁸

3.167 Por último, en lo que respecta al impuesto sobre la renta, Antigua responde que el impuesto del 3 por ciento introducido en 2001 fue suprimido en 2003 y no se ha exigido, aplicado ni recaudado nunca. Aclara que los únicos derechos directos que pagan los operadores de juegos de azar a distancia al Gobierno de Antigua son los derechos de licencia y los derechos conexos que son "fijos".²⁶⁹

²⁶³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Árbitro, párrafo 35.

²⁶⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 35 del Árbitro, párrafo 41.

²⁶⁵ Documento WT/TPR/S/190/ATG, de fecha 1º de octubre de 2007.

²⁶⁶ Observaciones formuladas por los Estados Unidos en la audiencia celebrada el 18 de octubre de 2007.

²⁶⁷ Respuesta de Antigua a la pregunta 37 del Árbitro, páginas 30 y 31.

²⁶⁸ Observaciones de Antigua sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 35 del Árbitro, página 22.

²⁶⁹ Respuesta de Antigua a las preguntas 28 y 31 del Árbitro, páginas 28 a 30.

ii) *Análisis del Árbitro*

3.168 Observamos que los datos de la OMC sobre el comercio de servicios de Antigua que utilizan los Estados Unidos se basan en información del FMI, que a su vez procede del ECCB. Éste confirma en su carta que los ingresos obtenidos por los operadores de juegos de azar a distancia de Antigua no están incluidos en sus datos contables sobre el PIB de Antigua. Además, en su carta de fecha 13 de diciembre de 2007, el FMI confirma que las estadísticas sobre la balanza de pagos de Antigua y Barbuda son recopiladas por el ECCB y facilitadas al FMI y que esta institución no lleva a cabo un recopilación independiente de datos de los importadores o exportadores de servicios de juegos de azar. Como se ha mencionado *supra* en el párrafo 3.109, el FMI explica, además, que los datos suministrados por el ECCB no identifican por separado los servicios de juegos de azar a distancia, que en el *Balance of Payments Yearbook* de 2006 del FMI, el asiento correspondiente al conjunto de los servicios personales, culturales y recreativos es cero para todos los años, que los formularios utilizados por el ECCB para el informe sobre la encuesta no indican dónde los servicios de juegos de azar se identifican o tratan por separado y que la descripción de los datos sobre la balanza de pagos recopilados por el ECCB y recogidos en la parte III del *Balance of Payments Yearbook* no hace referencia a dichos servicios. Por consiguiente, si tenemos que suponer que la información sobre la balanza de pagos de Antigua no incluye los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia, no nos parece justificado utilizar importes globales tales como "otros servicios empresariales" como límite máximo para el cálculo del nivel de las exportaciones hipotéticas, a sabiendas de que ese importe global tal vez debería incluir la información requerida, pero no la incluye. Por otra parte, como hemos dicho en el párrafo 3.109, por lo que respecta a otras transacciones relacionadas con los juegos de azar, el FMI concluye que no puede determinar la amplitud con la que quedan en la práctica reflejados los datos, y nosotros hemos observado que no se han registrado variaciones inusuales en otras partidas de la balanza de pagos, como el saldo deudor de varios servicios empresariales o de la renta de la inversión en cuenta corriente, que pudieran relacionarse (aunque fuera vagamente) con cambios en la utilización de los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia y permitieran hacer una conjetura fundada acerca de su magnitud.

3.169 En lo que respecta a los otros tres cálculos "aproximativos" mencionados por los Estados Unidos, observamos que el enfoque que utiliza como punto de partida los sueldos y salarios declarados de la industria de Antigua podría haber sido prometedor. Sin embargo, los Estados Unidos no presentan ninguna prueba sobre estimaciones razonables de la cuota de los salarios en los ingresos totales. Como mínimo, se podría haber presentado información de una serie de empresas dedicadas a los juegos de azar a distancia sobre sus ingresos totales procedentes de juegos en Internet, así como sobre el número de empleados y los costos salariales en ese sector. Por lo que respecta a los otros dos enfoques, no parece existir en absoluto la información fiscal necesaria (la legislación pertinente relativa al impuesto sobre la renta fue derogada poco después de su promulgación y nunca se ha aplicado) y, en lo que respecta a la observación de Antigua sobre la contribución de los juegos de azar al PIB, no está claro a qué se refiere (al parecer no hay documentación que sirva de base a la declaración bastante vaga formulada, ni siquiera una referencia al PIB en un año concreto).

d) Pérdida de cuota de mercado en beneficio de los competidores

i) *Argumentos de las partes*

3.170 Como se explica *supra* en la sección III.D.2 a), el enfoque de los Estados Unidos incluye una supuesta pérdida de competitividad de Antigua utilizando un factor del 7 sobre el 50 por ciento, para representar la cuota de Antigua del mercado mundial en 2006 y 2001, respectivamente, para ajustar a la baja el nivel calculado de anulación o menoscabo. En relación con los argumentos de las partes ya descritos en la sección III.D.1 g) i), recordamos que Antigua se opone a que se haga cualquier ajuste en el nivel hipotético de exportaciones para tener en cuenta otros factores, aduciendo que las pérdidas de ingresos de su industria de juegos de azar a distancia son imputables en su totalidad a las medidas

de los Estados Unidos²⁷⁰, mientras que los Estados Unidos sostienen que la pérdida de cuota del mercado mundial sufrida por Antigua no se puede atribuir en absoluto a sus medidas.²⁷¹

ii) *Análisis del Árbitro*

3.171 Como se explica *supra* en la sección III.D.1 g) ii), consideramos que la cuestión de la competencia es importante, pero no creemos que sea adecuado utilizar la cuota de Antigua del mercado mundial para cuantificar su pérdida de competitividad. En cambio, la posición de competencia de Antigua debería calcularse en relación con la de sus competidores en el mercado estadounidense, que probablemente se vean igualmente afectados por las medidas estadounidenses. Como hemos dicho anteriormente, al no poder basarnos en la forma en que las partes han reflejado (o no) en el modelo la cuestión de la competencia, nos vemos obligados a adoptar nuestro propio enfoque a ese respecto.

3. Enfoque del Árbitro

3.172 En primer lugar, observamos que los enfoques de las dos partes son radicalmente distintos en lo que respecta a los datos en que se basan y a la metodología utilizada para determinar los niveles hipotéticos de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos. Las dos partes han esgrimido varios argumentos válidos y han criticado aspectos clave del enfoque propuesto por la otra parte. Consideramos que no podemos basarnos en el enfoque utilizado por Antigua, tal y como se expone en su Documento sobre Metodología, para calcular la cuantía solicitada de las contramedidas. Al mismo tiempo, el enfoque presentado por los Estados Unidos tampoco representa una alternativa convincente.

3.173 Por lo tanto, no nos queda otra opción que adoptar nuestro propio enfoque. Al proceder de esta manera tenemos la impresión de avanzar por un terreno que las partes han hecho movedizo. Los datos están rodeados de cierto grado de incertidumbre. En el caso de la mayoría de las variables los datos consisten en indicadores de lo que hay que calcular y las observaciones son demasiado escasas para permitir un análisis econométrico adecuado. No se han facilitado algunos datos que hemos solicitado y que, en cierta medida, podrían haber remediado esta situación. En cuanto a las cuestiones metodológicas, en varios aspectos las partes han mantenido sus posiciones extremas y no han propuesto otras soluciones que habrían tenido en cuenta el intercambio de argumentos.

3.174 Por lo tanto, disponemos de muy poca información y orientación. No obstante, intentaremos mantenernos lo más cerca posible de los enfoques propuestos por las partes y utilizar al máximo la limitada información que se nos ha facilitado, en particular para realizar un análisis de sensibilidad en apoyo de nuestro enfoque general. Seguiremos en términos generales el espíritu del enfoque inicial de Antigua, aunque haciendo los ajustes necesarios teniendo en cuenta nuestro análisis anterior. Procederemos en cuatro etapas. En primer lugar, trataremos de establecer una hipótesis viable sobre los ingresos de Antigua procedentes de las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia a los Estados Unidos. En segundo lugar, ajustaremos esta serie cronológica para tener en cuenta la evidente repercusión de los proveedores competidores. En tercer lugar, determinaremos una cuota plausible de los servicios de apuestas hípcas en los ingresos totales de Antigua procedentes de los juegos de azar a distancia. Por último, tendremos en cuenta la evolución de la demanda de servicios de apuestas hípcas en los Estados Unidos.

²⁷⁰ Documento sobre Metodología de Antigua, páginas 2 y 3; y respuesta de Antigua a la pregunta 44 del Árbitro, páginas 34 y 35.

²⁷¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 23 del Árbitro, párrafo 29.

a) Exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos

3.175 En vista de que Antigua no ha comunicado datos sobre los servicios de juegos de azar a distancia y que, por consiguiente, dicha información no está incluida en las categorías pertinentes de las estadísticas del comercio de servicios recopiladas por el ECCB, el FMI y la OMC, no nos queda realmente otra alternativa que utilizar los datos de GBGC para establecer una serie cronológica de los ingresos de Antigua procedentes de los juegos de azar a distancia. Tenemos que suponer que esos ingresos corresponden realmente a exportaciones, es decir, que el mercado interno de Antigua es insignificante y que la asignación de los ingresos a varios territorios se ha efectuado de acuerdo con la ubicación real de las operaciones. Basándonos en parte de la información adicional facilitada, podemos comprobar si el orden de magnitud de los datos de GBGC no está en desacuerdo con otras estadísticas. Calcularemos especialmente una media de los ingresos por empleado utilizando los datos sobre las empresas cotizadas en bolsa facilitados por Antigua. Otro punto de comparación interesante habría sido una estimación de los ingresos totales sobre la base de los costos salariales en 2001 en el sector de los juegos de azar a distancia de Antigua, pero lamentablemente no se nos ha aportado ninguna prueba de la cuota media de los salarios en los ingresos totales.

i) *Datos de GBGC*

3.176 Observamos que los datos de GBGC, de la edición de octubre de 2007 del informe estadístico trimestral sobre los juegos de azar por medios electrónicos, relativos a los ingresos anuales por juegos de azar a distancia de Antigua en los años 1999-2006 han sido revisados significativamente a la baja, especialmente en lo que respecta a los años anteriores a 2002, en comparación con los datos que figuran en la edición de mayo que Antigua utilizó en su Documento sobre Metodología.²⁷² Habida cuenta de las propias correcciones realizadas por GBGC, lógicamente nos sentimos obligados a utilizar la actualización más reciente de los datos. También recordamos que estas cifras constituyen los ingresos totales de Antigua y que no se ha facilitado ninguna información sobre las exportaciones bilaterales de servicios de juegos de azar de Antigua a los Estados Unidos. Sin embargo, Antigua presenta algunos datos anecdóticos que avalan la conclusión de que la cuota de los ingresos totales de Antigua procedentes de los juegos de azar a distancia que corresponde a los Estados Unidos debería ser aproximadamente del 80 por ciento. A falta de mejor información y de toda indicación de cómo ha evolucionado esta cuota a lo largo del tiempo, consideramos que lo mejor que podemos hacer es reducir en un 20 por ciento las series cronológicas de GBGC de los ingresos de Antigua procedentes de juegos de azar a distancia con el fin de obtener una estimación de sus ingresos procedentes de los Estados Unidos y para hacer al menos alguna justicia a nuestra impresión de que los Estados Unidos representan realmente el mercado dominante para Antigua.

3.177 Al igual que Antigua (en dos de sus tres modelos) y los Estados Unidos, tomamos el período 2001-2002 como el punto de inflexión en que las medidas de los Estados Unidos empezaron a afectar a las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos. Siguiendo la idea básica de la metodología de los ingresos constantes de Antigua, calculamos la diferencia entre los ingresos de Antigua en 2001 y sus ingresos reales en cada uno de los años 2002 a 2006. A partir de estas cifras determinamos que la pérdida media de ingresos anuales registrada por Antigua en el mercado de los Estados Unidos es aproximadamente de **304 millones de dólares**, de acuerdo con los datos de GBGC.²⁷³

²⁷² Respuestas de Antigua a preguntas del Árbitro, Antigua y Barbuda - Pruebas documentales 14 1) y 14 2).

²⁷³ Véase el Anexo E, cuadro 1 del Anexo.

3.178 Sin embargo, sólo parte de esa pérdida se debe a las medidas estadounidenses. Por la misma razón, el supuesto de que los ingresos de Antigua se habrían mantenido constantes representa un punto de partida prudente, puesto que Antigua podría haberse beneficiado perfectamente de un incremento de la demanda estadounidense (que podría haber aumentado los ingresos de Antigua o atenuado su pérdida en beneficio de los competidores en comparación con el nivel de 2001). Para tener en cuenta la evolución del mercado, Antigua propone en su Documento sobre Metodología utilizar la metodología de la cuota de mercado constante o la del crecimiento constante. Consideramos que la metodología de la cuota de mercado constante no es adecuada por varias razones. Como hemos dicho anteriormente, la cuota de mercado de Antigua puede verse afectada por varios acontecimientos que no guardan ninguna relación con la cuestión que nos ocupa. Asimismo, es improbable que la ventaja de ser precursor en un mercado que aparentemente tiene escasos obstáculos al acceso garantice una cuota de mercado constante; por el contrario, mientras puedan obtenerse beneficios "superiores a lo normal" en un mercado determinado, cabría esperar el acceso al mismo de nuevos competidores y la reducción de las cuotas de mercado de los primeros, incluso en el caso de que siguieran aumentando los ingresos. Más importante aún es el hecho de que los propios datos de GBGC muestran signos de un aumento de la competencia que no justifican esa hipótesis. En lo que respecta al supuesto de Antigua de un crecimiento constante, consideramos que sus ingresos de 2001 se deben a un crecimiento extraordinario durante los primeros años y, si acaso, aumentarían a una tasa decreciente y no lineal, más de acuerdo con la curva en forma de S que normalmente se observa en los mercados competitivos. A pesar del número limitadísimo de observaciones, una curva logística puede encajar en los datos sobre los ingresos de Antigua anteriores al año 2002, si se utiliza el algoritmo Levenberg-Marquardt. Su punto de saturación κ se sitúa en 1.411 millones de dólares EE.UU. Si se toma este valor como punto de referencia, la pérdida anual media habría sido de 411 millones de dólares EE.UU. Sin embargo, no vamos a seguir con este enfoque y preferimos modelar directamente la repercusión de la competencia y de los posibles incrementos de la demanda en los Estados Unidos.

ii) *Ingresos por empleado*

3.179 Como se indica *supra*, utilizamos la información sobre los ingresos por empleado de empresas cotizadas en bolsa y datos sobre el empleo en el sector de juegos de azar a distancia facilitados por Antigua para realizar un análisis aproximado del orden de magnitud de los ingresos de Antigua procedentes de los juegos de azar a distancia.²⁷⁴ Los datos correspondientes a siete empresas que cotizan en bolsa (tres de las cuales son titulares de licencias en Antigua) se han tomado de informes anuales y están disponibles para los años 2001 (en el caso de algunas empresas 2002, 2003 ó 2004) a 2006. Si se toma la media de esos años se obtiene un valor anual de 446.000 dólares aproximadamente por empleado, y de 447.000 dólares por empleado si se eliminan los valores extremos.²⁷⁵ Si se multiplica el primer valor por la diferencia entre el número de empleados en 2001 y el número de empleados en cada uno de los años 2002 a 2006 (ajustado para tener en cuenta la supuesta cuota de mercado de los Estados Unidos del 80 por ciento) y se toma la media a lo largo de esos años, se obtiene una pérdida media de ingresos anuales de **196 millones de dólares** aproximadamente.²⁷⁶

3.180 En los párrafos siguientes haremos otros ajustes en estas dos cifras.

²⁷⁴ Respuesta de Antigua a la pregunta 21 del Árbitro, páginas 18 y 19, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 17.

²⁷⁵ Véase el Anexo E, cuadro 2 del Anexo.

²⁷⁶ *Ibid.*, cuadro 3 del Anexo.

b) Proveedores competidores

3.181 Al analizar los argumentos de las partes y las pruebas disponibles, hemos considerado que no podemos estar de acuerdo con ninguna de las posiciones extremas adoptadas por las partes según las cuales la pérdida de la cuota de mercado registrada por Antigua desde 2002 no se debe en absoluto, o se debe totalmente, a su pérdida de competitividad frente a proveedores de otros lugares. Al utilizar los datos de GBGC que figuran en la edición de octubre facilitados por Antigua, nos resulta especialmente revelador que los ingresos mundiales aumenten tanto para los distintos países o territorios de la región considerados individualmente, a saber, Costa Rica, Curaçao y el Territorio Khanawake, como para el conjunto de la región de América del Sur, Central y del Caribe, mientras que sucede lo contrario en el caso de Antigua. Como se ha indicado anteriormente, nos parece razonable suponer que los países de la región compiten con Antigua por el mercado de los Estados Unidos y *a priori* deberían verse igualmente afectados que Antigua por las medidas estadounidenses. Aunque estos países también pierden cuota del mercado mundial entre 2002 y 2006, esta disminución es menos pronunciada que la de Antigua. Para hacer operativo el concepto de competencia, interpretamos los malos resultados de Antigua desde 2002 en lo que respecta a su contribución a la cuota de la región en los ingresos mundiales procedentes de juegos de azar a distancia como una pérdida de competitividad de Antigua en comparación con sus principales competidores, pérdida que habría sufrido incluso si no hubieran existido las medidas estadounidenses. Si esto es así, sólo una parte de la pérdida de ingresos calculada en las secciones III.D.3 a) i) y III.D.3 a) ii) *supra* debería atribuirse a las medidas estadounidenses.

3.182 Para efectuar los ajustes necesarios, procederemos de la siguiente manera: suponiendo que Antigua hubiera seguido obteniendo tan buenos resultados como sus competidores de América Central, del Sur y del Caribe, su contribución a la cuota del mercado mundial correspondiente a la región no habría sufrido cambios con respecto al valor de 2001. Sin embargo, su contribución disminuyó todos los años hasta llegar en 2006 a la mitad de su valor en 2001.²⁷⁷ Por consiguiente, habría que rectificar la cifra de la pérdida de ingresos de Antigua para tener en cuenta la disminución de su contribución relativa a la cuota del mercado mundial de la región correspondiente a cada uno de los años comprendidos entre 2002 y 2006. Si se hace este ajuste, la pérdida media de ingresos anuales calculada en las secciones III.D.3 a) i) y III.D.3 a) ii) *supra* se reduce a **164 millones de dólares** y **128 millones de dólares**, respectivamente.²⁷⁸

3.183 Si además incluimos el Territorio Khanawake en el grupo de competidores regionales, la pérdida media de ingresos anuales calculada en las secciones III.D.3 a) i) y III.D.3 a) ii) *supra* sólo ascendería a 118 millones de dólares y 108 millones de dólares, respectivamente. Sin embargo, aunque la inclusión del Territorio Khanawake tiene sentido desde un punto de vista teórico, preferimos no utilizar en la medida de lo posible información por países específicos, aparte de Antigua, ya que tenemos más confianza en las estimaciones mundiales y regionales de GBGC. Concretamente, en el caso del Territorio Khanawake, observamos algunas pequeñas contradicciones en determinados años con los ingresos totales de América del Norte en función de la ubicación del operador que, a diferencia de lo ocurrido con Antigua, no se han rectificado en el período comprendido entre las ediciones de mayo y octubre de 2007 de la base de datos de GBGC.

²⁷⁷ *Ibid.*, cuadro 4 del Anexo.

²⁷⁸ *Ibid.*, cuadro 5 del Anexo.

c) Apuestas hípicas

3.184 Teniendo en cuenta la hipótesis elegida y el análisis que hemos expuesto anteriormente en la sección III.D.2 b) ii), hemos identificado dos estrategias en lo que respecta a una aproximación de la cuota desconocida de las apuestas hípicas en las exportaciones de servicios de juegos de azar a distancia de Antigua a los Estados Unidos, que parecen preferibles a las demás opciones posibles identificadas por las partes. La primera opción consiste en utilizar los datos de GBGC que combinan los ingresos procedentes de las apuestas hípicas a distancia y no a distancia en varias regiones del mundo. No está claro si las cifras regionales se refieren a la ubicación del jugador o del operador. Puesto que los mercados principales se presentan por separado, es posible que se refieran al primero; no obstante, la cifra relativa a las apuestas deportivas en América del Norte es bastante reducida. Por lo tanto, probablemente sea más prudente tomar el total mundial. A nivel mundial la cuota de las apuestas hípicas en la totalidad de las actividades de juegos de azar disminuye del 13 por ciento en 2001 hasta el 9 por ciento en 2006, mientras que la cantidad total se mantiene casi constante. Si se aplica la cuota media del 11 por ciento a las cifras que figuran en negritas calculadas en la sección III.D.3 b) *supra*, se obtiene una pérdida estimada de ingresos anuales de Antigua procedentes de las apuestas hípicas de aproximadamente **18 millones de dólares** y **14 millones de dólares**, respectivamente.

3.185 Si se utiliza la cuota del 7 por ciento de las apuestas hípicas en el mercado no a distancia de los Estados Unidos (sobre la base de la media correspondiente a los años 2003 a 2006), las cantidades calculadas en la sección III.D.3 b) *supra* se reducirían aproximadamente a 11 millones de dólares y 9 millones de dólares, respectivamente.

d) Crecimiento de la demanda estadounidense

3.186 Como hemos dicho anteriormente en la sección III.D.3 a) i), debemos tener en cuenta el posible crecimiento del mercado estadounidense de juegos de azar a distancia, en este caso del sector del mercado relativo a las carreras hípicas, que Antigua habría podido aprovechar de no existir las medidas estadounidenses. Las partes han facilitado series de datos alternativos a ese respecto. Antigua ha facilitado datos que indican que los ingresos procedentes del mercado de apuestas hípicas en América del Norte prácticamente se han estancado en el período comprendido entre 2001 y 2006. Con arreglo a una tendencia cronológica lineal concorde con los datos, el mercado mundial apenas ha obtenido mejores resultados, creciendo anualmente a una media del 0,5 por ciento. Esto sólo afectaría marginalmente a las pérdidas estimadas de ingresos anuales sufridas por Antigua procedentes de las apuestas hípicas calculadas en la sección III.D.3 c) (en negritas), que seguirían siendo aproximadamente de 18 millones de dólares EE.UU. y 14 millones de dólares EE.UU.

3.187 Sin embargo, las estadísticas sobre los juegos de azar a distancia para el mercado de América del Norte pueden estar sesgadas por los efectos de las medidas estadounidenses. Por eso preferimos trabajar con los datos facilitados por los Estados Unidos sobre los ingresos netos de las apuestas mutuas en el mercado de juegos de azar no suministrados a distancia, obtenidos de las estadísticas de la Oficina de Análisis Económicos sobre los gastos de consumo, aunque estas cifras todavía pueden estar afectadas por un grado de sustitución de las apuestas hípicas a distancia por las que no se hacen a distancia debido a la repercusión de las medidas estadounidenses en los proveedores extranjeros. Los Estados Unidos facilitan datos sobre el mercado de juegos de azar que no son a distancia de 1995 a 2006, que incluyen un desglose de los ingresos netos de las apuestas mutuas, el 90 por ciento de los cuales se considera que corresponden a las apuestas hípicas. A lo largo del período 2001-2006 los gastos en ese sector crecieron por término medio un 5 por ciento al año (lo mismo cabe decir si se utiliza todo el período para calcular una tendencia lineal). Si se aplica la tasa de crecimiento compuesta resultante a las cantidades (que figuran en negritas) calculadas en la sección III.D.3 c), se obtiene una pérdida media de ingresos anuales de Antigua de aproximadamente **23 millones de dólares** o **18 millones de dólares**, respectivamente.

4. Conclusión

3.188 Teniendo en cuenta la incertidumbre respecto de los datos que hemos examinado antes, hemos decidido utilizar el promedio de las dos cifras que calculamos en el párrafo 3.187 *supra* para adoptar nuestra decisión definitiva. Tras calcular el promedio y redondear la cifra al siguiente millón entero, se obtiene una cuantía de **21 millones de dólares EE.UU.**

3.189 En consecuencia, constatamos que el nivel anual de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua es de 21 millones de dólares EE.UU.

IV. PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

4.1 Como hemos indicado en la sección I.B, Antigua solicitó autorización para suspender concesiones y otras obligaciones en el marco del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC de conformidad con los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.2 En su solicitud, Antigua manifiesta que, al considerar cuáles eran las concesiones y obligaciones que habían de suspenderse, aplicó los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, y que formula su solicitud de conformidad con los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22. Antigua señala que es un país en desarrollo con una población de 80.000 habitantes aproximadamente que, con una extensión territorial total de 442 km² únicamente, es con mucho el Miembro más pequeño de la OMC que ha presentado una solicitud de suspensión de concesiones al amparo del artículo 22 del ESD, y que es consciente de la dificultad de adoptar contramedidas eficaces contra la economía dominante del mundo. Antigua aduce que sus recursos naturales son insignificantes y que, en consecuencia, no sólo las exportaciones del país son limitadas (sus exportaciones a los Estados Unidos alcanzan aproximadamente un valor de 4,4 millones de dólares EE.UU.), sino que está obligada a importar una parte considerable de los bienes y servicios que necesita y utiliza su población. Antigua sostiene que anualmente, aproximadamente el 48,9 por ciento de esos bienes y servicios importados proceden, como única fuente, de proveedores ubicados en los Estados Unidos. La imposición de Antigua de derechos adicionales de importación sobre productos importados de los Estados Unidos o de restricciones al suministro de servicios de los Estados Unidos tendrá, a juicio de Antigua repercusiones adversas desproporcionadas sobre ese país, por cuanto hará que esos productos y servicios sean considerablemente más costosos para sus ciudadanos. Habida cuenta de la enorme diferencia entre las economías de los Estados Unidos y de Antigua, la imposición de derechos o restricciones adicionales a las importaciones de bienes y servicios procedentes de los Estados Unidos tendría en Antigua repercusiones negativas mucho mayores que en los Estados Unidos. De hecho, la interrupción del comercio de cualquier tipo de productos y servicios con los Estados Unidos (180 millones de dólares EE.UU. anuales, es decir menos del 0,02 por ciento de todas las exportaciones procedentes de los Estados Unidos) no tendría prácticamente ninguna incidencia en la economía de los Estados Unidos, que podrían desviar con facilidad ese volumen relativamente pequeño de intercambios comerciales hacia otros lugares.

4.3 Antigua considera además que las circunstancias son lo suficientemente graves para justificar la suspensión de concesiones u obligaciones en el marco de otros acuerdos abarcados además del AGCS. Debido a la falta de recursos naturales de Antigua, el grueso de su economía depende del turismo y del suministro de servicios bancarios y otros servicios financieros. Antigua explica que, con la cooperación inicialmente del Gobierno de los Estados Unidos, consideró que la prestación de servicios de juegos de azar y apuestas era una forma de diversificar su economía y generar el crecimiento necesario para ayudar al país a pasar a un grado más avanzado de desarrollo, y que los recientes intentos del Gobierno de los Estados Unidos de imponer nuevas prohibiciones y obstáculos a

la prestación de esos servicios a consumidores situados en los Estados Unidos han perjudicado gravemente a los proveedores de servicios de Antigua, en tanto que los proveedores nacionales estadounidenses siguen prosperando en ausencia de prohibiciones y persecuciones penales. Dadas las circunstancias, la prohibición impuesta por los Estados Unidos a esos servicios y el incumplimiento por ese país de las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en la presente diferencia obligan a Antigua a proceder de la forma requerida, a pesar de la diferencia en cuanto al nivel de desarrollo con los Estados Unidos, la gran disparidad de sus relaciones comerciales y los difíciles problemas económicos que afectan a Antigua e inciden en su capacidad para ejercitar los derechos que le reconoce el artículo 22.

4.4 Antigua considera también que una suspensión de concesiones y otras obligaciones correspondiente a un valor de 3.443 millones de dólares EE.UU. aplicada plenamente a la importación de servicios procedentes de los Estados Unidos no es practicable ni eficaz por varias razones. En primer lugar, Antigua y Barbuda no ha asumido compromisos en el sector en litigio en la presente diferencia, que es el Sector 10.D del AGCS, "Servicios deportivos y otros servicios de esparcimiento", en su Lista de compromisos específicos anexa al AGCS (GATS/SC/2) ("Lista de Antigua"). En segundo lugar, con respecto a la mayoría de los demás servicios abarcados por la Lista de Antigua, como se ha indicado antes, la suspensión de concesiones en forma de la imposición de derechos, aranceles, gravámenes u otras restricciones más elevados tendrían una incidencia desproporcionada en la economía de Antigua y pocas o ningunas repercusiones sobre Estados Unidos. En tercer lugar, aun en el caso de que Antigua hubiera de apoyarse exclusivamente en una suspensión de concesiones en el marco del AGCS, es evidente que no podría recuperar en su totalidad la cuantía de la anulación o menoscabo provocado por las medidas incompatibles.

4.5 Además, a juicio de Antigua, el continuo incumplimiento de los Estados Unidos hace que las circunstancias sean suficientemente graves, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD, para justificar la imposición de contramedidas apropiadas en el marco de otros acuerdos abarcados, dado que el sector de los juegos de azar de Antigua seguirá experimentando importantes pérdidas, el Gobierno de Antigua se verá privado de ingresos de los que tiene una necesidad crítica, se impedirá a su población disfrutar del empleo que tanto necesita y toda la economía de la nación seguirá sufriendo efectos negativos mientras los Estados Unidos no retiren las medidas en litigio en la presente diferencia o eliminan sus efectos adversos.

4.6 Los Estados Unidos, por el contrario, consideran que Antigua no ha seguido los principios establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, que obligan a ese país a tratar primeramente de suspender concesiones relativas al mismo sector abarcado por los servicios de juegos de azar (es decir, según los Estados Unidos, "10. Servicios recreativos, culturales y deportivos"), y en caso de que eso sea impracticable, concesiones u obligaciones en el marco del mismo acuerdo, es decir el AGCS.²⁷⁹

4.7 Los Estados Unidos consideran que Antigua no ha explicado suficientemente las razones por las que no puede tratar de suspender concesiones en el marco del AGCS, y no en el marco del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC. Señalan que Antigua afirma rotundamente que es un país en desarrollo y que necesita en general importar bienes y servicios, pero no facilita ninguna explicación concreta de las razones por las que no sería practicable o eficaz suspender concesiones relativas a servicios específicos. Los Estados Unidos consideran también que el argumento de que el nivel de la solicitud de Antigua supera el de todo su comercio con los Estados Unidos, por lo que Antigua ha de suspender concesiones en el marco de otros acuerdos, es erróneo porque la cuantía de la solicitud no está en consonancia con ninguna realidad económica. Una vez que se vuelve a calcular el nivel, éste está en consonancia con las importaciones de servicios de Antigua y la suspensión de concesiones

²⁷⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 56 y 57.

relativas a los servicios es posible (y resulta obligada). A juicio de los Estados Unidos, el argumento de que ninguna suspensión relativa a bienes o servicios podría tener una repercusión en los Estados Unidos debido a la disparidad del tamaño comparado de una y otra economía no puede servir de carta blanca para apartarse de los principios generales establecidos en el párrafo 3 del artículo 22.

4.8 Antigua considera que con las explicaciones que ha facilitado en su solicitud, ha expuesto de forma clara e inequívoca sus alegaciones de conformidad con los principios del párrafo 3 del artículo 22 del ESD²⁸⁰, con lo que corresponde ahora a los Estados Unidos establecer "que es razonable y eficaz que Antigua trate de [suspender] concesiones en el mismo sector del AGCS o en otro u otros sectores del AGCS en el que Antigua haya contraído compromisos".

4.9 Antigua indica también en su comunicación escrita que no dispone de ninguna medida correctiva en el marco del AGCS, sobre todo porque el volumen de sus importaciones en el sector de los servicios está muy lejos de ser suficiente para cubrir el nivel de suspensión de concesiones para el que estaría facultada.²⁸¹ A continuación, Antigua explica específicamente de forma más detallada las razones por las que la suspensión en el marco del AGCS es impracticable o ineficaz en relación con el mismo sector o con otros sectores del Acuerdo.

B. ENFOQUE GENERAL ADOPTADO POR EL ÁRBITRO

4.10 El párrafo 3 del artículo 22 establece determinados principios y procedimientos que la parte reclamante ha de seguir cuando trate de suspender concesiones, en cuanto al sector o sectores y/o los acuerdos abarcados en cuyo marco puede tener lugar la suspensión, principios y procedimientos que los Estados Unidos alegan que Antigua no ha seguido en su solicitud.

4.11 El párrafo 7 del artículo 22 del ESD establece que "si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación" y que "en el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3". En consecuencia, hemos de examinar la alegación de los Estados Unidos de que Antigua no ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

4.12 Como principio general, el párrafo 3 a) del artículo 22 del ESD dispone que deberá tratarse primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector en que se haya constatado una infracción. El párrafo 3 del artículo 22 establece, en la parte pertinente, lo siguiente:

"Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos:

- a) el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo."

4.13 Los apartados b), c) y d) del párrafo 3 del artículo 22 detallan los principios y procedimientos que debe seguir la parte reclamante que desee tratar de suspender concesiones u obligaciones en otro sector, o en otro acuerdo distinto a aquel en que se constató la existencia de una infracción:

²⁸⁰ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 39.

²⁸¹ *Ibid.*, párrafo 48.

- "b) si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo;
- c) si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado".

4.14 Además, el apartado d) establece lo siguiente:

- "d) en la aplicación de los principios que anteceden la parte tendrá en cuenta lo siguiente:
 - i) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en el que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para ella tenga ese comercio;
 - ii) los elementos económicos más amplios relacionados con la duración o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones".

4.15 Al analizar nuestro mandato con respecto a los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, consideramos conveniente remitirnos al análisis de los Árbitros en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)*. Como hemos indicado en la sección I.A *supra*, en ese asunto, al determinar el alcance de sus facultades para examinar los principios y procedimientos relativos a las solicitudes encaminadas a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco de los apartados b) y/o c) los árbitros consideraron que "el hecho de que las facultades conferidas a los árbitros en el marco de los apartados b) y c) estén previstas de manera explícita en el párrafo 6 del artículo 22 significa *a fortiori* que entre las facultades de los Árbitros figura la de examinar si el Miembro que pide la autorización de suspensión ha seguido los principios y procedimientos establecidos en los apartados de referencia".²⁸²

4.16 A continuación, los árbitros analizaron los términos del párrafo 3 del artículo 22, con inclusión del hecho de que se deja a la parte reclamante cierto margen de apreciación para sacar sus propias conclusiones con respecto a determinados elementos prácticos ("si la parte considera" en los apartados b) y c)), así como de que la parte reclamante está obligada a aplicar los principios del párrafo 3 del artículo 22 ("aplicará los siguientes principios y procedimientos", en la cláusula introductoria del párrafo 3 del artículo 22). Sobre el análisis de este análisis del texto, los árbitros determinaron que:

"el margen de examen de los Árbitros entraña la facultad de juzgar en un sentido amplio si la parte reclamante de que se trata ha considerado objetivamente los hechos necesarios y si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería impracticable o ineficaz buscar una suspensión dentro del

²⁸² Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III* (solicitud del Ecuador), párrafo 50.

mismo sector en el marco de los mismos acuerdos, o únicamente en el marco de otro acuerdo a condición de que las circunstancias fueran suficientemente graves".²⁸³

4.17 Los Árbitros del asunto *CE - Banano III (Ecuador)* analizaron también de forma más amplia los términos del párrafo 3 del artículo 22, y señalaron que "estas disposiciones entrañan una secuencia de pasos encaminados a una suspensión, compatible con la OMC, de concesiones u otras obligaciones que respete tanto un margen de apreciación de la parte reclamante como un margen de examen de los Árbitros, en el caso de que una petición de suspensión al amparo del párrafo 2 del artículo 22 sea impugnada de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del mismo artículo".²⁸⁴

4.18 Hacemos nuestras esas determinaciones. En concreto, coincidimos en que los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, que obligan a la parte reclamante a hacer ciertas determinaciones, entrañan "un margen de apreciación" de esa parte al hacerlas. Al mismo tiempo, el párrafo 3 del artículo 22 establece principios y procedimientos específicos que la parte reclamante debe seguir, y entendemos que la función del árbitro que actúe de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD implica un examen de si se han seguido esos principios y procedimientos. Coincidimos con los Árbitros del asunto *CE - Banano III (Ecuador)* en que ello entraña una determinación de "si la parte reclamante de que se trata ha considerado objetivamente los hechos necesarios", así como de "si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería impracticable o ineficaz buscar una suspensión dentro del mismo texto en el marco de los mismos acuerdos o únicamente en el marco de otro acuerdo a condición de que las circunstancias fueran suficientemente graves".

4.19 Volviendo ahora a los principios y procedimientos específicos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, señalamos en primer lugar que, como observan los Árbitros en *CE - Banano III (Ecuador)*, "estas disposiciones entrañan una secuencia de pasos encaminados a una suspensión, compatible con la OMC, de concesiones u otras obligaciones".²⁸⁵ Dicho de otro modo, como Antigua ha indicado, el párrafo 3 del artículo 22 del ESD establece una "jerarquía" de medidas correctivas a las que debe atenerse la parte reclamante al determinar en qué sectores o en el marco de qué acuerdo puede buscarse la suspensión de concesiones u otras obligaciones: 1) tratar de suspenderlas en el mismo sector del mismo acuerdo; 2) tratar de suspenderlas en el mismo acuerdo y 3) tratar de suspenderlas en el marco de otro acuerdo.²⁸⁶

4.20 En este caso Antigua indicó primero en su solicitud que "podría" suspender "concesiones horizontales y/o sectoriales y obligaciones con respecto al siguiente sector incluido en la Lista de Antigua: Servicios de comunicaciones", así como en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. No obstante en este momento considera que la suspensión de concesiones o de otras obligaciones en el marco del AGCS, ya sea en el sector en el que se ha constatado una infracción o en otros, es impracticable o ineficaz y que las circunstancias son suficientemente graves, por lo que puede tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC (en el que no se ha constatado ninguna infracción).²⁸⁷

²⁸³ *Ibid.*, párrafo 52.

²⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 55.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Comunicación escrita de Antigua, párrafos 16 a 21.

²⁸⁷ Tomamos nota de que Antigua ha modificado su evaluación de la practicabilidad o eficacia de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS en el curso del presente procedimiento, por cuanto no considera ya, como había indicado en su solicitud de autorización de la suspensión, que "podrá"

4.21 El hecho de que Antigua trate de suspender obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado distinto de aquel en que se constató una infracción (el Acuerdo sobre los ADPIC en lugar del AGCS) implica que ha hecho dos determinaciones sucesivas dentro de la "secuencia de pasos" prevista en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD: en primer lugar, ha determinado que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el sector en el que se constató una infracción, de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 22, y, en segundo lugar, ha determinado que también es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en otro sector del mismo acuerdo respecto del que se constató una infracción, y que las circunstancias son suficientemente graves para que Antigua esté facultada a tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo, conforme a lo previsto en el apartado c) de ese mismo párrafo. Examinaremos sucesivamente estos dos aspectos.

C. OBSERVACIONES PRELIMINARES

4.22 Antes de comenzar nuestra evaluación de las determinaciones de Antigua, consideramos conveniente hacer algunas observaciones preliminares para tener en cuenta el hecho de que hemos constatado, en la sección III *supra*, que la cuantía del nivel anual de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua es de 21 millones de dólares EE.UU. y no de 3.443 millones de dólares EE.UU. como estimó Antigua.

4.23 Los argumentos de Antigua en relación con la disponibilidad de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS se basan en parte en suposiciones relativas a la cuantía de la suspensión a la que tiene derecho. En concreto, Antigua ha explicado que la "primera razón y la más fundamental" por la que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS es que el volumen de sus importaciones de servicios procedentes de los Estados Unidos está muy lejos de ser suficiente para cubrir el nivel de suspensión de concesiones para el que está facultada.²⁸⁸ Los Estados Unidos, por su parte, consideran que el argumento de Antigua es erróneo porque la cuantía de la solicitud no está en consonancia con ninguna realidad económica y aducen que una vez que se vuelve a calcular el nivel, éste está en consonancia con las importaciones de servicios de Antigua y la suspensión de concesiones en la esfera de los servicios es posible (y resulta obligada).

4.24 Admitimos que, en la medida en que el nivel anual de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua exceda del nivel anual total de las importaciones de servicios efectuadas por Antigua de los Estados Unidos, no sería posible a Antigua suspender únicamente obligaciones en el sector de los servicios para cubrir el nivel total de la anulación o menoscabo. No obstante, hemos determinado en el párrafo 3.188 *supra* que el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua es considerablemente menor al que había estimado ese país, y asciende a 21 millones de dólares EE.UU. En consecuencia, al examinar las determinaciones de Antigua tendremos en cuenta esa constatación.

4.25 Teniendo presentes estas consideraciones preliminares, nos ocupamos ahora de la determinación de Antigua de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es impracticable o ineficaz en el mismo sector en el que se ha constatado la existencia de una infracción o en cualquier otro sector del AGCS.

suspender concesiones u otras obligaciones respecto de los servicios de telecomunicaciones. A los efectos de nuestra evaluación, examinamos las determinaciones de Antigua tal y como se han aclarado en el curso del procedimiento, es decir, la determinación de Antigua de que es impracticable o ineficaz la suspensión de concesiones u otras obligaciones en cualquier sector del AGCS.

²⁸⁸ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 48.

D. EXAMEN DE LA DETERMINACIÓN DE ANTIGUA RELATIVA A LA SUSPENSIÓN EN EL "MISMO SECTOR"

4.26 Como hemos indicado antes, sólo si la parte reclamante considera que "es impracticable o ineficaz" suspender obligaciones con respecto al mismo sector podrá tratar de suspender obligaciones en otros sectores (o "en última instancia", en el marco de otro acuerdo). Además, el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 obliga a la parte reclamante a tener en cuenta dos aspectos concretos al aplicar los principios establecidos en los apartados a) a c).

4.27 Hemos establecido en la sección anterior que nuestra tarea consiste en decidir si, al hacer una determinación en el presente caso, Antigua, en su calidad de parte reclamante, ha considerado objetivamente los hechos necesarios y si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería impracticable o ineficaz buscar una suspensión con respecto al mismo sector en el marco del mismo acuerdo.

4.28 Para llevar a cabo esta evaluación, hemos de aclarar los elementos pertinentes a esa determinación, y en concreto el sentido de los términos "impracticable o ineficaz" del texto del párrafo 3 b) del artículo 22, así como la función de los elementos indicados en el apartado d) en esa evaluación, antes de ocuparnos de la determinación de Antigua en el presente caso.

1. Los principios y procedimientos del párrafo 3 b) del artículo 22

4.29 En el asunto *CE - Banano III (Ecuador)*, los Árbitros analizaron con cierto detalle el sentido de los criterios de "practicabilidad" y "eficacia" de los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, así como la función de los elementos a que se hace referencia en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. En ese asunto los árbitros determinaron lo siguiente:

- el examen de la "practicabilidad" de una suspensión alternativa atañe a la cuestión de si esa alternativa está disponible para aplicarse en la práctica y también si es adecuada para utilizarse en un caso particular²⁸⁹;
- en cambio, el sentido principal del criterio de "eficacia" es dar a la parte que trata de efectuar una suspensión la facultad de asegurarse de que la suspensión tenga una repercusión fuerte y produzca el resultado deseado, esto es, inducir al cumplimiento por parte del Miembro que, dentro de un plazo prudencial, no ponga las medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las resoluciones del OSD²⁹⁰;
- la consideración por la parte reclamante de la practicabilidad y eficacia de una suspensión alternativa dentro del mismo sector o dentro del mismo acuerdo no tiene por fuerza que llevar a la conclusión de que esa suspensión alternativa es a la vez impracticable e ineficaz para satisfacer lo prescrito en el párrafo 3 del artículo 22²⁹¹;
- estos criterios deben leerse en conexión especialmente con los factores establecidos en los incisos i) y ii) del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 que, como se estipula en la cláusula introductoria del apartado d), la parte reclamante que trate de

²⁸⁹ *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 70.

²⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 72.

²⁹¹ *Ibid.*, párrafo 74.

obtener una autorización de suspensión tendrá en cuenta al aplicar los principios que anteceden, es decir, los principios enunciados en los apartados a) a c).²⁹²

4.30 Consideramos que esas interpretaciones nos proporcionan un punto de partida útil para evaluar la determinación de Antigua de que era impracticable o ineficaz suspender obligaciones relativas al mismo sector dentro del AGCS.

4.31 Con respecto a los elementos a que se hace referencia en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22, que la parte reclamante está obligada a "tener en cuenta" en su determinación, consideramos también conveniente remitirnos a las interpretaciones de los Árbitros en *CE - Banano III (Ecuador)*.

4.32 Con respecto a la referencia que se hace en el inciso i) del apartado d) al "comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción" y a "la importancia que [...] tenga ese comercio" para la parte reclamante, los árbitros que se ocuparon de ese asunto no "excluyeron la posibilidad" de que el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo pertinentes fuera pertinente en su totalidad, pero consideraron que esos criterios guardaban relación ante todo con el comercio anulado o menoscabado por la medida en cuestión incompatible con la OMC.

4.33 A nuestro parecer, el sentido corriente de los términos del inciso i) del apartado d) indica que es pertinente la consideración de la totalidad del "comercio realizado en el sector" en que se ha constatado una infracción y no, como se sugiere en el arbitraje del asunto *CE - Banano III (Ecuador)* que se trata ante todo del comercio anulado o menoscabado por la medida en cuestión incompatible con la OMC. Nuestra interpretación parece también compatible con el contexto de esa disposición y con su objeto y fin. En primer lugar, también se hace referencia al término "sector" en el apartado d), en el que se define el alcance del examen que ha de realizarse. El término "sector" se define además expresamente a los efectos del párrafo 3 del artículo 22 en el apartado f).

4.34 En consecuencia, consideramos que es apropiado dar al término "sector" del apartado b) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD el sentido que se le atribuye en el apartado f) de esa disposición y suponer, interpretando dentro de su contexto la expresión "comercio realizado en el sector", que debe haber un paralelismo entre el sector en el que se examina la practicabilidad y eficacia de la suspensión y el comercio que ha de tenerse en cuenta al hacer la determinación correspondiente. Dicho de otra forma, para determinar si la suspensión es practicable o eficaz en determinado sector, es apropiado tener en cuenta todo el comercio realizado en ese sector, así como la importancia que tiene para la parte reclamante. A nuestro parecer esta interpretación es también compatible con la finalidad de esta disposición, que es proporcionar algunos parámetros objetivos a los que han de atenerse las determinaciones de esa naturaleza.

4.35 Además, el inciso ii) del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 obliga a la parte reclamante a tener en cuenta "los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación y el menoscabo" así como "las consecuencias económicas más amplias" de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Con respecto a esos factores, los Árbitros del asunto *CE - Banano III (Ecuador)* determinaron lo siguiente:

"El hecho de que el criterio mencionado en primer término esté relacionado con la 'anulación o menoscabo' indica, en nuestra opinión, que este factor atañe ante todo a 'los elementos económicos más amplios' relacionados con el Miembro que sufre dicha anulación o menoscabo, es decir el Ecuador en este caso.

²⁹² *Ibid.*, párrafo 79.

Estimamos, no obstante, que el hecho de que el criterio mencionado en último término esté relacionado con la suspensión de concesiones u otras obligaciones no constituye necesariamente una indicación de que 'las consecuencias económicas más amplias' estén relacionadas exclusivamente con la parte con respecto a la cual se constató un cumplimiento de la normativa de la OMC, es decir, las Comunidades Europeas en este caso. Como se ha señalado *supra*, la suspensión de concesiones puede afectar no sólo a la parte que es objeto de medidas de retorsión, sino que también puede tener, por lo menos hasta cierto punto, efectos desfavorables para la parte reclamante que trata de lograr la suspensión, en especial cuando entre una y otra parte hay un gran desequilibrio en cuanto al volumen del comercio y al poder económico, como sucede en el caso presente, en que son sustanciales las diferencias entre el Ecuador y las Comunidades Europeas en lo que respecta al tamaño de sus economías y al nivel de desarrollo socioeconómico."²⁹³

4.36 Hacemos nuestras esas determinaciones.

4.37 En conclusión, entendemos que el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 exige que la parte reclamante considere los siguientes elementos:

- a) el comercio realizado en el sector pertinente (como se define en el apartado f)) y la importancia que tiene ese comercio para la parte reclamante (en el presente caso Antigua), con inclusión de los aspectos concernientes a la importancia relativa de ese comercio para la parte reclamante y para el Miembro respecto del que se aplicaría la suspensión solicitada (los Estados Unidos);
- b) "los elementos económicos más amplios" en relación con el Miembro que sufre la anulación o menoscabo (en el presente caso Antigua);
- c) "las consecuencias económicas más amplias" de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, tanto para la parte respecto de la que se constató el incumplimiento de las normas de la OMC (los Estados Unidos) como de la parte reclamante (Antigua).

4.38 Teniendo presentes estas consideraciones generales, procedemos ahora a examinar la determinación de Antigua de que era impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones con respecto al mismo sector en el que se constató una infracción en el marco del AGCS en el presente caso.

2. Examen de la determinación de Antigua de que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el "mismo sector"

4.39 Para examinar la determinación de Antigua, estimamos conveniente aclarar antes cuál es el "sector" pertinente, así como el alcance de las "concesiones u otras obligaciones" que es preciso considerar. Seguidamente nos ocuparemos de la determinación de Antigua sobre la practicabilidad y eficacia de la suspensión de esas obligaciones, con inclusión de la consideración por Antigua de los factores identificados en el apartado d).

²⁹³ *Ibid.*, párrafos 85 y 86.

a) Identificación del sector pertinente y alcance de las obligaciones que han de considerarse

4.40 El apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 establece lo siguiente:

"El principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender *concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo*" (sin cursivas en el original).

4.41 El apartado f) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD define de forma más precisa el término "sector" a los efectos del párrafo 3 del artículo 22. En concreto, a tenor de ese apartado, por "sector" se entiende:

"En lo que concierne [al comercio de servicios], un sector principal de los que figuran en la versión actual de la 'Lista de clasificación sectorial de los servicios' en la que se identifican esos sectores."

4.42 Como se aclara en la nota 14 del ESD, esta lista figura en el documento MTN.GNS/W/120, en el que se identifican 11 sectores principales.

4.43 En el presente caso, se constató una infracción en el subsector "10.D" (Servicios deportivos y otros servicios de esparcimiento). El "sector principal" en el que se constató la infracción, según se define en el apartado f) del párrafo 3 del artículo 22, es por consiguiente el Sector 10 ("Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos"). Antigua ha confirmado, en respuesta a la pregunta del Árbitro que está de acuerdo en que el Sector 10 en su totalidad es pertinente a los efectos de esta determinación.²⁹⁴

4.44 El párrafo 3 del artículo 22 se refiere a "concesiones u otras obligaciones" (sin cursivas en el original) relativas al sector pertinente, lo que a nuestro parecer indica que todo el conjunto de las obligaciones contraídas en el marco del acuerdo pertinente con respecto al sector de que se trate es pertinente al considerar si la suspensión es practicable o eficaz en ese sector. Ello incluiría, como se indica expresamente en el texto, las concesiones consignadas así como, según se indica también expresamente en él, cualesquiera "otras obligaciones" contraídas con respecto al sector de que se trate.

4.45 En el presente caso, lo dicho anteriormente significa que la serie pertinente de obligaciones que debe tenerse en cuenta a los efectos de evaluar si la suspensión es practicable o eficaz con respecto al mismo sector no incluye sólo los compromisos específicos contraídos por Antigua con respecto al Sector 10 (Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) sino también las demás obligaciones derivadas del AGCS que son aplicables a este sector, como la obligación de trato NMF recogida en el artículo II del AGCS.

b) Determinación de Antigua de que es "impracticable o ineficaz" suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector

i) *Argumentos de las partes*

4.46 En su solicitud de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, Antigua señaló que no había asumido compromisos en el marco del sector objeto de litigio en la presente diferencia, "el Sector 10.D del AGCS, 'Servicios deportivos y otros servicios de esparcimiento'"²⁹⁵ en

²⁹⁴ Respuesta de Antigua a la pregunta 47 del Árbitro.

²⁹⁵ Recurso de Antigua al párrafo 2 del artículo 22, WT/DS285/22.

su Lista de compromisos específicos, y no se extendió más sobre la posible suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto a todo el Sector 10 ("Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos").

4.47 Los Estados Unidos aducen que la explicación que da Antigua de sus motivos para tratar de conseguir la suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC en su solicitud de conformidad con el párrafo 3 del artículo 22 no es "convinciente" ni sigue los principios del párrafo 2 del artículo 22. Los Estados Unidos añaden que la identificación del sector pertinente en el marco del AGCS que hace Antigua como "10.D" (Servicios deportivos y otros servicios de esparcimiento) no es correcta, ya que el sector pertinente es todo el Sector 10 (Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos). Los Estados Unidos señalan que Antigua ha asumido de hecho compromisos en relación con la categoría 10.A (Servicios de espectáculos)²⁹⁶, y que no ha explicado las razones por las que no trata de suspender concesiones relativas a los servicios de espectáculos, en los que tiene compromisos específicos en materia de acceso a los mercados y trato nacional.²⁹⁷

4.48 En su comunicación escrita, Antigua admite que el sector pertinente es el Sector 10, y analiza con más detenimiento la posibilidad de la suspensión relativa al mismo sector con respecto a la totalidad del Sector 10 en el marco del AGCS. Antigua considera que de "anteriores arbitrajes" se desprende claramente que la parte reclamante no tiene que tomar en consideración, "el comercio realizado en un sector el que no haya asumido ningún compromiso"²⁹⁸ y señala que el único comercio dentro del mismo sector con respecto al que ha asumido compromisos en su Lista anexa al AGCS es el subsector 10.A ("Servicios de espectáculos"). Antigua afirma que no ha podido "localizar ninguna fuente de información estadística" sobre el comercio de servicios de espectáculos y considera que el volumen global de ese comercio es insignificante. Considera además que la suspensión de concesiones y otras obligaciones en ese sector "iría seguramente en detrimento de las ya reducidas opciones de que disponen los ciudadanos de Antigua en materia de espectáculos, sin tener prácticamente ninguna repercusión en los Estados Unidos".²⁹⁹

4.49 En respuesta a una pregunta del Árbitro acerca de la posible suspensión de obligaciones al margen de los compromisos específicos, como la obligación de trato NMF en virtud del acuerdo pertinente, Antigua respondió que se trataba seguramente de una cuestión teórica en el contexto de la presente diferencia y que "incluso si este análisis se llevara al último extremo, de modo que Antigua no tuviera *ninguna* obligación respecto de los Estados Unidos en el marco del AGCS", "la disparidad comercial [entre Antigua y los Estados Unidos] es tan grande que los proveedores de servicios de los Estados Unidos sufrirían, si acaso, un daño muy pequeño, mientras que los consumidores de Antigua se verían obligados a competir por servicios sustitutivos a un costo incierto".³⁰⁰

4.50 Los Estados Unidos aducen también, en general, que Antigua no ha explicado suficientemente las razones por las que no puede tratar de suspender concesiones en el marco del AGCS, y no en el marco del AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC. Señalan que la solicitud de Antigua incluye "afirmaciones rotundas en el sentido de que Antigua es un país en desarrollo y de que necesita en general importar bienes y servicios, pero Antigua no facilita una explicación concreta de

²⁹⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 59.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 50.

²⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 51.

³⁰⁰ Respuesta de Antigua a la pregunta 48 del Árbitro.

las razones por las que sería impracticable o ineficaz suspender concesiones en relación con servicios concretos".³⁰¹

4.51 De forma más general, Antigua aduce que la "primera razón, y la más fundamental" por la que es impracticable e ineficaz tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS es que el volumen de sus importaciones de servicios procedentes de los Estados Unidos está muy lejos de ser suficiente para cubrir el nivel de la suspensión de las concesiones para el que está facultada.³⁰² Antigua aduce que, habida cuenta de que sus importaciones totales de servicios ascendieron en 2005 a 208,11 millones de dólares EE.UU., Antigua no podría alcanzar un nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalente al nivel de anulación o menoscabo "ni en el mismo sector del AGCS en el que se constató la infracción [Sector 10] ni en el marco de todo el AGCS".³⁰³ Los Estados Unidos, por el contrario, consideran que el argumento de que el nivel de la solicitud de Antigua es superior a todo su comercio con los Estados Unidos, por lo que Antigua tiene que suspender concesiones en el marco de otros acuerdos, es erróneo, porque la cuantía de la solicitud no está en consonancia con ninguna realidad económica. Los Estados Unidos aducen que una vez que se vuelve a calcular el nivel, éste está en consonancia con las importaciones de servicios de Antigua y la suspensión de concesiones en el sector de los servicios es posible (y resulta obligada).³⁰⁴

ii) *Evaluación del Árbitro*

4.52 Como se ha indicado antes, Antigua considera que sólo estaba obligada a tomar en consideración, a los efectos de determinar si la suspensión es practicable o eficaz, el comercio en los sectores en los que ha asumido algún compromiso.³⁰⁵ Antigua indica que el único comercio en el Sector 10 en el marco del AGCS con respecto al cual ha asumido compromisos en su Lista anexa al AGCS es el subsector 10.A ("Servicios de espectáculos") y afirma que no ha podido "localizar ninguna fuente de información estadística" sobre el comercio en ese subsector y considera que el volumen total de ese comercio es insignificante. Considera además que la suspensión de concesiones u otras obligaciones en ese sector "iría seguramente en detrimento de las ya reducidas opciones de que disponen los ciudadanos de Antigua en materia de espectáculos sin tener prácticamente ninguna repercusión en los Estados Unidos".³⁰⁶

³⁰¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 60.

³⁰² Comunicación escrita de Antigua, párrafo 48.

³⁰³ *Ibid.*, párrafo 49 (el texto que figura entre corchetes en la cita es una nota de pie de página del original).

³⁰⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 61.

³⁰⁵ Antigua encuentra apoyo para esa tesis en la decisión arbitral en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)*, en el que los árbitros consideraron "evidente" que "no está disponible para aplicarse en la práctica y, por ende, no se puede considerar practicable una suspensión de compromisos en subsectores de servicios o respecto de modos de suministro de los servicios que una determinada parte reclamante no haya consolidado en su Lista anexa al AGCS, *CE - Banano III (Ecuador)*, Decisión de los Árbitros, párrafo 71". El árbitro en este asunto consideró además que era "evidente" a su parecer que "el Ecuador no puede suspender compromisos y otras obligaciones en subsectores del sector de los servicios de distribución con respecto a los cuales no haya contraído previamente compromisos específicos", *CE - Banano III (Ecuador)*, Decisión de los Árbitros, párrafo 103 *in fine*. No obstante, como hemos señalado antes, el texto del párrafo 3 del artículo 22 del ESD se refiere a "concesiones y otras obligaciones" (sin cursivas en el original) dentro del sector pertinente y no simplemente a "concesiones". En consecuencia, el alcance de las obligaciones pertinentes no se limita, a nuestro juicio, a los compromisos específicos consolidados en la Lista de Antigua anexa al AGCS.

³⁰⁶ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 51.

4.53 Los Estados Unidos también parecen haber considerado, al menos inicialmente, que el único comercio que era pertinente en esa determinación era aquél con respecto al cual Antigua ha contraído un compromiso específico, esto es, el subsector 10.A.³⁰⁷ No obstante, los Estados Unidos no respondieron específicamente a ninguno de los argumentos esgrimidos por Antigua en su comunicación escrita con respecto a los volúmenes de comercio afectados y la potencial repercusión desfavorable de una suspensión en ese subsector.

4.54 Como hemos explicado *supra*, creemos que las diversas obligaciones que han de considerarse a los efectos de una determinación de si la suspensión es practicable o eficaz en el mismo sector no se limitan a los subsectores en que se han contraído compromisos específicos. No obstante, examinamos primero la determinación de Antigua con respecto al subsector 10.A ("Servicios de espectáculos"), en el que ha contraído compromisos de ese tipo.³⁰⁸

4.55 Antigua señala, en primer lugar, que no ha podido localizar fuentes estadísticas en relación con el comercio de servicios de espectáculos y, por tanto, concluye que el volumen de ese comercio debe de ser insignificante. Señalamos que los Estados Unidos no cuestionan esa afirmación. Tampoco han sugerido, de hecho, que exista algún volumen de importaciones procedentes de los Estados Unidos que estén comprendidas en el subsector 10.A, respecto del cual Antigua podría suspender concesiones u otras obligaciones. También señalamos que los cuadros de estadísticas del FMI sobre balanza de pagos por países presentados por los Estados Unidos proporcionan un desglose de las importaciones de servicios de Antigua por categorías, incluida la de "servicios personales, culturales y recreativos", en la que no se indica ningún volumen para los años 1998 a 2005.

4.56 En estas circunstancias, estimamos que Antigua podía llegar de manera plausible a la conclusión de que era impracticable o ineficaz para ella suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS respecto del subsector 10.A, en el que ha contraído un compromiso específico.

4.57 No obstante, como se señaló *supra*, además de los compromisos específicos en materia de acceso a los mercados y trato nacional, Antigua debería haber tenido en cuenta también otras obligaciones en el marco del AGCS, incluidas las obligaciones generales de este Acuerdo, al formular su determinación sobre si la suspensión era practicable o eficaz en el Sector 10. A este respecto, señalamos que Antigua sólo ha formulado una observación muy general, en respuesta a una pregunta del Árbitro, en el sentido de que "incluso si este análisis se llevara al último extremo, de modo que Antigua no tuviera *ninguna* obligación respecto de los Estados Unidos en el marco del AGCS", "[l]a disparidad comercial es tan grande que los proveedores de servicios de los Estados Unidos sufrirían, si acaso, un daño muy pequeño, mientras que los consumidores de Antigua se verían obligados a competir por servicios sustitutivos a un costo incierto".³⁰⁹ Antigua señala también que los Estados Unidos no han alegado que Antigua disponga de una medida correctiva práctica y eficaz con respecto a "otras obligaciones" en el marco del AGCS.³¹⁰

³⁰⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 59: "la cuestión no es si Antigua ha contraído compromisos en el subsector 10.D, sino si Antigua ha contraído compromisos en el conjunto del Sector 10".

³⁰⁸ Señalamos también que, en realidad, la solicitud de Antigua de autorización para suspender concesiones se refería sólo al Sector 10.D y parecía suponer que éste era el "Sector" que había de examinarse. Antigua reconoció posteriormente la pertinencia de la totalidad del Sector 10 (aunque después limitó su examen, dentro del Sector 10, al subsector 10.A, en el que ha contraído un compromiso).

³⁰⁹ Respuesta de Antigua a la pregunta 48 del Árbitro.

³¹⁰ Respuesta de Antigua a la pregunta 49 del Árbitro.

4.58 Al examinar esta cuestión, señalamos, en primer lugar, que sólo existe un número limitado de esas "otras obligaciones" en el marco del AGCS que Antigua podría suspender en el Sector 10 en su conjunto, es decir, con inclusión de los subsectores "10.B Servicios de agencias de noticias"; "10.C Servicios de bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales"; "10.D Servicios deportivos y otros servicios de esparcimiento"; y "10.E Otros". En nuestra opinión, la obligación pertinente principal a este respecto es la obligación NMF establecida en el artículo II del AGCS, según la cual Antigua debe otorgar inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de los Estados Unidos un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

4.59 Recordamos la observación que formulamos *supra* en el sentido de que las estadísticas del FMI sobre balanza de pagos no recogen ningún volumen de importación de Antigua en relación con los "servicios personales, culturales y recreativos" entre 1998 y 2005, lo que indicaría que no existen volúmenes significativos de importación de esos servicios. Señalamos también que los Estados Unidos no han sugerido, de hecho, que exista volumen alguno de importaciones procedentes de los Estados Unidos con respecto al Sector 10 en que pudiera basarse la suspensión de obligaciones en el marco del AGCS. Asimismo, tomamos nota del argumento de Antigua de que "[l]a disparidad comercial es tan grande que los proveedores de servicios de los Estados Unidos sufrirían, si acaso, un daño muy pequeño, mientras que los consumidores de Antigua se verían obligados a competir por servicios sustitutivos a un costo incierto"³¹¹; así como de la falta de indicación específica por los Estados Unidos de que sea incorrecta la evaluación de Antigua con respecto a la practicabilidad o eficacia de la suspensión de otras obligaciones relativas al Sector 10.

4.60 Habida cuenta de estos elementos, constatamos que Antigua podía llegar de manera plausible a la conclusión de que era impracticable o ineficaz para ella suspender concesiones u otras obligaciones relativas al Sector 10 en el marco del AGCS.

c) La cuestión de si Antigua ha tomado en cuenta los factores enunciados en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22

4.61 Debemos examinar ahora si Antigua ha tomado debidamente en cuenta, al formular su determinación, los factores enunciados en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22.

4.62 Los argumentos esgrimidos por Antigua para explicar que la suspensión en el mismo sector es impracticable o ineficaz, como se examinó *supra*, se refieren al volumen de comercio en el sector pertinente y a la repercusión potencial de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en ese sector, tanto para Antigua (que considera que sería negativa) como para los Estados Unidos (donde sería prácticamente inexistente, según Antigua).

4.63 Estos elementos están claramente comprendidos en los diversos factores que son pertinentes a los efectos de los incisos i) y ii) del apartado d). Más concretamente, estimamos que esas consideraciones se refieren al "comercio realizado en el sector [...] en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción" en el sentido del inciso i) del apartado d), así como a los "elementos económicos más amplios" y las "consecuencias económicas más amplias" en el sentido del inciso ii) del apartado d).

4.64 Constatamos, por consiguiente, que Antigua ha tomado en cuenta los elementos pertinentes del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 al determinar que era impracticable o ineficaz para ella tratar de lograr la suspensión en el sector del AGCS en el que se constató la infracción, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 22.

³¹¹ Respuesta de Antigua a la pregunta 48 del Árbitro.

d) Conclusión

4.65 Habida cuenta de lo que hemos determinado en las secciones b) y c) *supra*, constatamos que Antigua podía llegar de manera plausible a la conclusión de que era impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al Sector 10 en el marco del AGCS, y determinar que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es impracticable o ineficaz con respecto al mismo Sector en el que se constató la infracción. Constatamos también que los Estados Unidos no han demostrado que Antigua no hubiera seguido los principios y procedimientos del apartado b) del párrafo 3 del artículo 22 al hacer su determinación.

E. EXAMEN DE LA DETERMINACIÓN DE ANTIGUA CON RESPECTO A "OTROS SECTORES" EN EL MARCO DEL AGCS

4.66 Como se señaló *supra*, Antigua solicitó autorización para adoptar medidas de retorsión en el marco tanto del AGCS como del Acuerdo sobre los ADPIC, pero posteriormente, durante el curso del procedimiento, indicó que consideraba que no disponía de ninguna medida correctiva eficaz en el marco del AGCS, por lo que pasaba a solicitar la suspensión de obligaciones únicamente en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

4.67 Los Estados Unidos consideran que Antigua no ha explicado de manera adecuada por qué no puede tratar de suspender obligaciones en el marco del AGCS, en lugar de en el marco del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC, y que las cifras relativas al comercio de Antigua indican que ésta tendría la opción de suspender concesiones u otras obligaciones en la esfera de los servicios.

4.68 La disposición pertinente, el apartado c) del párrafo 3 del artículo 22, establece lo siguiente:

si la parte [reclamante] considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado.

4.69 Por consiguiente, deben cumplirse dos condiciones acumulativas para que una parte reclamante pueda tratar de lograr la suspensión en el marco de otro acuerdo:

- a) que la parte reclamante considere que es impracticable o ineficaz para ella suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo; y
- b) que esa parte considere que las circunstancias son "suficientemente graves".

4.70 Además, el apartado d) exige que, en la aplicación de los principios del apartado c), se tengan también en cuenta los dos factores examinados *supra* en el contexto de la suspensión prevista en el apartado b).

4.71 Examinamos a continuación esos elementos.

1. Si la suspensión de concesiones u otras obligaciones es practicable o eficaz en "otros sectores" en el marco del AGCS

4.72 La primera condición que impone el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD para tratar de lograr la suspensión de concesiones en otro acuerdo distinto de aquel en que se constató una infracción es que la parte reclamante haya determinado que es "impracticable o ineficaz" suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores dentro de ese acuerdo.

4.73 Para determinar si la suspensión es practicable o eficaz, la parte reclamante también está obligada a tener en cuenta los dos factores que se indican en el apartado d), es decir, en caso de aplicación del apartado c):

- a) el comercio realizado en el marco del acuerdo en que se haya constatado una infracción y la importancia que para la parte reclamante tenga ese comercio (es decir, en este caso, el comercio en el marco del AGCS y la importancia para Antigua de ese comercio); y
- b) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones (lo cual, como se ha indicado antes, podría incluir un examen de la repercusión de la retorsión tanto en la parte que solicita la retorsión como en la parte contra la cual se trata de aplicar esa retorsión).

4.74 Al abordar esta parte de nuestra determinación, nos guiaremos, *mutatis mutandis*, por las interpretaciones que hemos formulado en la sección IV.C.1 *supra* en relación con los mismos principios y procedimientos, en cuanto se refieren a la suspensión en el "mismo sector" en el contexto del párrafo 3 b) del artículo 22.

4.75 Debemos, en consecuencia, determinar si Antigua ha examinado objetivamente los hechos pertinentes y si, sobre la base de esos hechos, podía de modo plausible llegar a la conclusión de que era impracticable o ineficaz tratar de suspender concesiones u otras obligaciones con respecto a otros sectores en el marco del AGCS.

4.76 En esta parte de la evaluación, los sectores pertinentes que han de examinarse son todos los sectores principales, en el sentido del documento MTN.GNS/W/120, a excepción del Sector 10, comprendidos en el AGCS.³¹² Con respecto a esos sectores, las "concesiones u otras obligaciones" pertinentes en el marco del AGCS incluyen, como se determinó *supra* en relación con el párrafo 3 b) del artículo 22, no sólo cualesquiera compromisos contraídos por Antigua respecto de esos sectores sino también otras obligaciones en el marco del AGCS aplicables a ese sector, como la obligación NMF contenida en el artículo II del AGCS.

4.77 Nos ocupamos en primer lugar del argumento general de Antigua de que su volumen de importaciones es insuficiente para basar una suspensión de obligaciones, al nivel para el que está facultada a hacerlo, únicamente en el marco del AGCS, antes de pasar a los detalles del examen de Antigua respecto de la practicabilidad y viabilidad de esa suspensión.

- a) Nivel de suspensión y posibilidad de suspensión en el marco del AGCS

4.78 Como se señaló antes, Antigua ha explicado que "la primera razón, y la más fundamental," por la cual es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS es que el volumen de sus importaciones de servicios procedentes de los Estados Unidos está muy lejos de ser suficiente para cubrir el nivel de suspensión de las concesiones para el que está facultada.³¹³ Los Estados Unidos, por su parte, consideran que el argumento de Antigua es erróneo y que una vez que se vuelve a calcular el nivel, éste está en consonancia con las importaciones de

³¹² Véanse *supra*, nuestras determinaciones, párrafos 4.41-4.45.

³¹³ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 48.

servicios de Antigua y la suspensión de concesiones sobre servicios es posible (y, a juicio de los Estados Unidos, resulta obligada).³¹⁴

4.79 Como hemos señalado en nuestras observaciones preliminares, tendremos en cuenta, al evaluar los argumentos de Antigua, nuestra precedente determinación de que el nivel anual de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua se cifra en 21 millones de dólares EE.UU., cuantía considerablemente más baja que la estimación de Antigua. Compararemos esta cuantía con el nivel anual de las importaciones de servicios de Antigua procedentes de los Estados Unidos a fin de determinar la medida en que cabe al menos suponer una suspensión de concesiones u otras obligaciones totalmente en el marco del AGCS.

4.80 Antigua indica que sus importaciones totales de servicios ascendieron a 208,11 millones de dólares EE.UU. en 2005.³¹⁵ En respuesta a una pregunta del Árbitro, los Estados Unidos señalan que las cifras presentadas por Antigua respecto de sus importaciones de servicios parecen ser compatibles con las estadísticas de balanza de pagos del FMI que los propios Estados Unidos han presentado al Árbitro como elemento de prueba.³¹⁶ Esas estadísticas indican un valor total de 204,85 millones de dólares EE.UU. para las importaciones de servicios efectuadas por Antigua.³¹⁷

4.81 Antigua señala que no ha podido asignar esas importaciones de servicios entre sus interlocutores comerciales, y cita el World Factbook de la CIA de los Estados Unidos en apoyo de su afirmación de que el 21,1 por ciento de las importaciones de servicios efectuadas por Antigua corresponde a los Estados Unidos. Las notas y definiciones de dicho documento sugieren, sin embargo, que esas cifras se refieren a las importaciones de mercaderías, más que a las importaciones de servicios.³¹⁸ En su solicitud de autorización para suspender obligaciones, Antigua indicó que "[c]ada año, aproximadamente el 48,9 por ciento de estos bienes y servicios importados procede de proveedores exclusivos situados en los Estados Unidos".³¹⁹ Los Estados Unidos no ponen en duda esa cifra y se remiten a ella para estimar el valor total de las importaciones de servicios de Antigua que corresponden a los Estados Unidos.³²⁰ Dado que las partes no han proporcionado ninguna otra estimación fiable, nos basamos en la declaración inicial de Antigua de que la participación de los Estados Unidos en las importaciones de servicios de Antigua es de "aproximadamente el 48,9 por ciento".

4.82 Al combinar la cuantía de 204,85 millones de dólares EE.UU. con este porcentaje llegamos a un valor total de importaciones de servicios procedentes de los Estados Unidos en Antigua de 101,77 millones de dólares EE.UU. Esto representa, por consiguiente, el valor máximo del comercio de servicios respecto del cual Antigua podía potencialmente tratar de suspender concesiones u otras

³¹⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 61.

³¹⁵ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 48.

³¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 51 del Árbitro, párrafo 67.

³¹⁷ Véase Estados Unidos - Prueba documental 2. FMI, Balanza de pagos, cuadro de países, Antigua y Barbuda.

³¹⁸ Véase *US CIA, The World Factbook 2007*, en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/docs/notesanddefs.html#2087>.

³¹⁹ Recurso de Antigua al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS285/22. No se cita ninguna fuente para esta afirmación.

³²⁰ Véase la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 60, nota 39.

obligaciones. A la luz de nuestra precedente determinación de que el nivel anual de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua en este caso se cifra en 21 millones de dólares EE.UU., esto significa que sería posible en principio que Antigua tratara de lograr la suspensión de concesiones u otras obligaciones totalmente dentro del AGCS.

4.83 Teniendo presente esta determinación inicial, pasamos a examinar si esa suspensión es, no obstante, impracticable o ineficaz en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22.

b) Practicabilidad y eficacia de la suspensión en otros sectores

4.84 Al examinar esta cuestión, recordamos en primer lugar las determinaciones que formulamos en el párrafo 4.29 *supra* sobre la naturaleza de la evaluación que ha de realizarse al aplicar los principios del párrafo 3 del artículo 22. Concretamente, recordamos nuestras determinaciones de que el examen de la "practicabilidad" de una suspensión alternativa atañe a la cuestión de si esa alternativa está disponible para aplicarse en la práctica y también si es adecuada para utilizarse en un caso en particular. También recordamos nuestra determinación de que, en contraste, el sentido principal del criterio de "eficacia" es dar a la parte que trata de efectuar una suspensión la facultad de asegurarse de que la suspensión tenga una repercusión fuerte y produzca el resultado deseado, esto es, inducir al cumplimiento por parte del Miembro que, dentro de un plazo prudencial, no ponga las medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

4.85 También tenemos presentes la determinación conexa que formulamos, en el sentido de que la consideración de la practicabilidad y eficacia de una suspensión alternativa dentro del mismo sector o en el marco del mismo acuerdo no tiene por fuerza que llevar a la conclusión de que esa suspensión alternativa es a la vez impracticable e ineficaz para satisfacer lo prescrito en el párrafo 3 del artículo 22. Esto supone que bastaría con que Antigua hubiera determinado que la suspensión en el marco del AGCS con respecto a otros sectores no es eficaz, aunque sea practicable.

4.86 Antigua ha presentado algunos argumentos de carácter general en relación con el tamaño de su economía y los tamaños relativos de las economías de los Estados Unidos y de Antigua, así como indicaciones más específicas sobre la razón por la que sería impracticable o ineficaz suspender concesiones en sectores de servicios específicos. Los examinaremos sucesivamente.

4.87 En primer lugar, Antigua ha hecho hincapié en el hecho de que, en su calidad de pequeña economía con recursos naturales limitados, depende en gran medida de las importaciones de bienes y servicios, incluidas las procedentes de los Estados Unidos, por lo que la imposición de derechos adicionales a los productos importados de los Estados Unidos o al suministro de servicios procedentes de ese país tendría "una repercusión negativa desproporcionada en Antigua y Barbuda al hacer que estos productos y servicios sean notablemente más caros para los ciudadanos del país".³²¹ Antigua señala también que, por lo que respecta a la mayoría de los servicios distintos de los del "Sector 10.D" abarcados por la Lista de Antigua anexa al AGCS, la suspensión de concesiones en forma de mayores derechos, aranceles, cargas u otras restricciones tendría una repercusión desproporcionada en la economía de Antigua y casi ninguna repercusión en la de los Estados Unidos.

4.88 Como cuestión preliminar, observamos que los argumentos de Antigua incluyen referencias a la posible repercusión de una suspensión respecto del comercio de mercancías. Sin embargo, nuestra evaluación se limita al examen de una suspensión de obligaciones en el marco del AGCS. En consecuencia, no formulamos ninguna determinación en relación con la repercusión que podría tener una posible suspensión de obligaciones en relación con el comercio de mercancías.

³²¹ Recurso de Antigua al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS285/22.

4.89 En la medida en que guarda relación con la suspensión de obligaciones en el marco del AGCS, consideramos que la preocupación de Antigua por el hecho de que, en su condición de pequeña economía dependiente de las importaciones, podría sufrir una repercusión negativa como consecuencia de esa suspensión es pertinente para nuestra evaluación de si la suspensión es practicable o eficaz. Concretamente, consideramos que estas circunstancias pueden influir significativamente en la eficacia de la suspensión propuesta.

4.90 A este respecto señalamos la determinación formulada por los Árbitros en *CE - Banano III (Ecuador)* de que, en una situación "en que exista un gran desequilibrio, en cuanto al volumen de comercio y el poder económico, entre la parte reclamante que trata de efectuar una suspensión y la otra parte que no ha puesto sus medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las disposiciones de la Organización", "y en situaciones en que la parte reclamante depende mucho de las importaciones procedentes de la otra parte, podrá suceder que la suspensión de determinadas concesiones o algunas otras obligaciones ocasione efectos más perjudiciales para la parte que trata de efectuar la suspensión que para la otra parte".³²² En opinión de aquel Árbitro, "[e]n tales circunstancias, el hecho de que la parte reclamante considerara en qué sector o en el marco de cuál acuerdo podría esperar que la suspensión le resultara menos perjudicial nos parecería suficiente para constatar que la consideración por la parte reclamante del criterio de eficacia es compatible con la exigencia de seguir los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22".³²³

4.91 Al mismo tiempo, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que las declaraciones de carácter general relativas al tamaño de la economía de la parte reclamante o al tamaño relativo de las economías de ambas partes no justifican un apartamiento de los requisitos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Antes bien, la parte reclamante está obligada, en todos los casos, a seguir la secuencia específica de pasos prevista en esa disposición y a formular una determinación respecto de cada uno de sus elementos según proceda. En este contexto, a nuestro juicio sería precisa una explicación del modo en que tales circunstancias influyen en la practicabilidad o la eficacia de la suspensión propuesta para que estas consideraciones respaldaran válidamente una determinación de que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo en el sentido del párrafo 3 del artículo 22.

4.92 En el presente caso, Antigua no se ha limitado a hacer afirmaciones de carácter general sobre el tamaño de su economía, en sí misma o en relación con la economía estadounidense, sino que también ha presentado argumentos para explicar cómo se manifestaría la posible repercusión negativa de la suspensión de obligaciones en varios sectores específicos en el marco del AGCS respecto de los que podría considerarse la suspensión.

4.93 Así, Antigua ha explicado que inicialmente había previsto suspender concesiones u otras obligaciones en el sector de los servicios de telecomunicaciones pero que, tras realizar un examen más detallado de la importancia y la utilización de esos servicios en Antigua, había determinado, no sólo que el volumen del comercio era bajo (5,03 millones de dólares EE.UU.), sino que las perturbaciones que ocasionaría el cambio de servicios y proveedores y el aumento del costo para los consumidores de Antigua resultantes de la suspensión de concesiones en esta esfera impondrían una carga más pesada a los ciudadanos antiguos y no tendrían ninguna repercusión perceptible en los Estados Unidos.³²⁴

³²² *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 73.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 53.

4.94 Antigua ha explicado también que los argumentos que expuso con respecto al Sector 10 ("Servicios de espectáculos") son igualmente válidos para los demás sectores del AGCS respecto de los que había asumido compromisos específicos en su Lista. Antigua explica que, si se considera el valor total de las importaciones de servicios que efectuó en 2005, los principales servicios importados fueron los de transporte (70,7 millones de dólares EE.UU.), viajes (40,1 millones de dólares EE.UU.) y seguros (35,5 millones de dólares EE.UU.). Aduce que, si suspendiera concesiones respecto de estos servicios, está claro que, dado el bajo nivel de esas importaciones, la suspensión no tendría casi ninguna repercusión en los Estados Unidos, mientras que reemplazar estos servicios por servicios de otros proveedores, en el caso de que fuera razonablemente practicable, resultaría muy probablemente más costoso para los consumidores de Antigua.³²⁵

4.95 Según los Estados Unidos, las estadísticas de la OMC indican que "las importaciones de los demás servicios" (servicios distintos de los viajes y los transportes) de Antigua son de hecho superiores a sus "exportaciones de los demás servicios" y, por consiguiente, son "un candidato obvio" para una solicitud de suspensión de concesiones.³²⁶ Nos resulta confuso el motivo por el que los Estados Unidos consideran que el hecho de que las exportaciones de servicios distintos de los viajes y los transportes de Antigua sean superiores a sus importaciones de servicios de la misma categoría hace que esas importaciones sean "un candidato obvio" para la suspensión de concesiones. En la medida en que los Estados Unidos partan del supuesto de que, en esas circunstancias, el suministro de servicios importados podría reemplazarse por el suministro de los mismos servicios por proveedores locales, ese supuesto no parece verificable a falta de indicaciones específicas sobre la composición y distribución de las importaciones y exportaciones de esos servicios.

4.96 Los Estados Unidos señalan además que los niveles de las importaciones de servicios de viajes y de transporte efectuadas por Antigua son incluso más elevados. Aducen que, aunque efectivamente la economía de Antigua depende en gran medida del turismo, de ello no se desprende necesariamente que la suspensión de concesiones en las esferas de los viajes y el transporte afectaría negativamente a la industria del turismo de Antigua.³²⁷ Sin embargo, los Estados Unidos observan también que, habida cuenta de la dependencia de la economía de Antigua del turismo, no han cuestionado la afirmación de Antigua de que sería impracticable o ineficaz para ese país suspender concesiones de una manera que pudiera disuadir a los turistas estadounidenses³²⁸, y señalan que, por consiguiente no han aducido, por ejemplo, que Antigua deba suspender concesiones con respecto a los servicios de viajes estadounidenses.³²⁹

4.97 En consecuencia, los Estados Unidos parecen aceptar que la suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto a los servicios de turismo, o con respecto a otros servicios que puedan tener una repercusión en la industria del turismo, podría afectar negativamente a Antigua, por lo que

³²⁵ *Ibid.*, párrafo 52.

³²⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 60.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Véase la declaración oral de Antigua, párrafo 37: "aparentemente los Estados Unidos sugieren que prohibamos a los animadores americanos ofrecer servicios a los consumidores en Antigua, que prohibamos a los turistas americanos visitar nuestros centros turísticos y que prohibamos a las embarcaciones y aeronaves americanas traer mercancías y turistas a nuestra pequeña isla. No es necesario un análisis económico profundo para darse cuenta de la futilidad de estas sugerencias". El Árbitro señala que "prohib[ir] a los turistas americanos visitar [los] centros turísticos [de Antigua]" no sería una forma pertinente de retorsión en el marco del AGCS por parte Antigua.

³²⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Árbitro.

esa suspensión podría ser impracticable o ineficaz en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22. Estamos de acuerdo en que la suspensión de obligaciones con respecto a esos servicios podría afectar negativamente a la economía de Antigua, sin tener necesariamente una repercusión perceptible en el sentido de inducir a los Estados Unidos al cumplimiento.

4.98 Observamos también que, por su propia naturaleza, las transacciones de servicios se encuentran muy integradas en el tejido económico interno de un país, y presentan muchos vínculos intersectoriales. Este es generalmente el caso de los llamados servicios de infraestructura, como los grandes segmentos de los servicios de transporte, de telecomunicaciones y financieros. A nuestro juicio, sería posible que la suspensión de obligaciones respecto de las empresas estadounidenses establecidas en Antigua en esos sectores tuviera una repercusión negativa en la economía local de este país. El riesgo de perturbaciones económicas en caso de cesión forzosa, o de medidas similares, no es desdeñable, en particular cuando se trata de las pequeñas economías. Por ejemplo, no está claro en qué medida los proveedores de servicios de Antigua podrían o querrían ocupar el lugar de los proveedores de servicios estadounidenses que se vieran obligados a suspender sus actividades o incluso a abandonar el país. Además, las disposiciones legislativas y de otro tipo que protegen a los inversores extranjeros podrían hacer difícil en la práctica que se adoptaran y se hicieran cumplir medidas contra ellos.

4.99 En términos generales, habida cuenta de todos estos elementos, consideramos que Antigua ha aportado suficientes elementos en apoyo de su determinación para convencernos de que ha examinado objetivamente los elementos pertinentes y de que podía plausiblemente, sobre la base de esos elementos, llegar a la conclusión de que era impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a "otros sectores" en el marco del AGCS. En cambio, los Estados Unidos no nos han demostrado que Antigua no haya cumplido los requisitos del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD. De hecho, aun cuando consideran que las explicaciones de Antigua son en general insuficientes, los Estados Unidos parecen reconocer la legitimidad de las preocupaciones de Antigua y su pertinencia para esta determinación, al menos con respecto a algunos sectores. Por otra parte, los Estados Unidos no nos han persuadido de que haya sectores de servicios en los que Antigua podría suspender concesiones u otras obligaciones practicable o eficazmente.

4.100 Al formular esta determinación, reconocemos que los elementos aportados por Antigua para explicar cómo llegó a su determinación son algo limitados. Concretamente, sólo se nos ha facilitado una información limitada sobre la composición exacta de las importaciones de servicios de Antigua, incluida la participación correspondiente a las importaciones estadounidenses en varios sectores. Sin embargo, no estamos convencidos de que fuera razonable esperar que Antigua estuviera en condiciones de proporcionar, en el contexto de este procedimiento, estadísticas y datos detallados por sectores específicos sobre su comercio bilateral de servicios. A este respecto, nos parece apropiado tener en cuenta, al examinar la determinación de Antigua, que no puede mantener esos datos actualizados como pueden hacerlo algunos países desarrollados o algunos países en desarrollo de mayor tamaño. De hecho, los propios Estados Unidos tampoco nos han suministrado información más detallada sobre el volumen y la distribución de su comercio de servicios con Antigua.

c) Consideración por Antigua de los elementos previstos en el apartado d)

4.101 Ahora hemos de considerar si Antigua ha tenido debidamente en cuenta, al formular su determinación, los factores identificados en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22.

4.102 Como se ha determinado en el párrafo 4.73 *supra*, estimamos que el comercio pertinente que se ha de considerar a efectos del apartado d) i) es el comercio realizado en el marco del acuerdo pertinente, es decir, en el presente caso, el comercio de servicios (con la excepción del comercio respecto del Sector 10). Los argumentos de Antigua examinados en la sección precedente establecen

suficientemente, a nuestro juicio, que, al formular su determinación, Antigua consideró el comercio pertinente, así como la importancia que para la economía de Antigua tiene ese comercio.

4.103 El apartado d) ii) exige que también se tengan en cuenta los "elementos económicos más amplios" relacionados con el Miembro que sufre la anulación o menoscabo y las "consecuencias económicas más amplias" de la suspensión. Como hemos determinado en el párrafo 4.37 *supra*, consideramos que el último elemento está relacionado con las consecuencias tanto para la parte reclamante como para la parte con respecto a la cual se constató un incumplimiento de sus obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. Como se ha observado en la sección precedente, la consideración por Antigua de la eficacia o practicabilidad de la suspensión de obligaciones en "otros sectores" en el marco del AGCS giró en gran medida en torno a una consideración de las circunstancias económicas generales de Antigua en su condición de pequeña economía dependiente de las importaciones, en otras palabras, los "elementos económicos más amplios" relacionados con Antigua. La determinación de Antigua también comportó en gran medida una consideración de la posible repercusión negativa de esa suspensión en su economía, comparada con la limitada repercusión que cabía esperar que esa suspensión tuviera en los Estados Unidos, dicho de otro modo, las "consecuencias económicas más amplias" de esa suspensión para ambas partes.

4.104 Por lo tanto, tenemos la convicción de que Antigua ha tenido en cuenta los factores pertinentes identificados en el párrafo 3 d) del artículo 22 al determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones relativas a "otros sectores" en el marco del AGCS es practicable o eficaz.

d) Conclusión

4.105 A la luz de las determinaciones que hemos formulado en la secciones b) y c) *supra*, constatamos que Antigua pudo llegar plausiblemente a la conclusión de que era impracticable o ineficaz para Antigua suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del AGCS, y determinamos que es impracticable o ineficaz la suspensión de concesiones u otras obligaciones relativas a sectores distintos de aquél en el que se constató una infracción en el marco del mismo Acuerdo. Asimismo constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que Antigua no haya seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 c) del artículo 22 al hacer esa determinación.

2. La cuestión de si las circunstancias son suficientemente graves

4.106 Por último, debemos examinar la determinación de Antigua de que las "circunstancias son suficientemente graves" para que se pueda solicitar la suspensión de obligaciones en el marco de otro acuerdo, de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 22.

4.107 El texto del párrafo 3 c) del artículo 22 no proporciona ninguna orientación expresa con respecto a cómo se ha de interpretar este aspecto de la determinación. Al igual que los Árbitros en el asunto *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, observamos que los factores que se han de tener en cuenta de conformidad con el apartado d) pueden proporcionar cierta orientación contextual. Por lo tanto, consideramos que el comercio en cuestión y su importancia para la parte reclamante, así como los elementos económicos más amplios relacionados con el Miembro que sufre la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión propuesta para las partes pueden ser pertinentes en el contexto de una determinación de que las circunstancias son "suficientemente graves".

4.108 Consideramos también, en términos más generales, que este aspecto de la determinación, que guarda relación con las "circunstancias", constituye necesariamente una evaluación que se ha de realizar caso por caso, y que las circunstancias que son pertinentes pueden variar de un caso a otro.

Observamos, sin embargo, que estas circunstancias deberían ser "suficientemente graves", lo cual da a entender que sólo cuando alcanzan un determinado grado o nivel de importancia las circunstancias pueden considerarse "suficientemente graves" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22.

4.109 Para demostrar la gravedad de las circunstancias en este caso, Antigua presenta en primer lugar algunas cifras básicas mediante las cuales se comparan la población, el tamaño, el PIB, las exportaciones y las importaciones de los Estados Unidos y de Antigua, y se pone de relieve una considerable disparidad en todas estas esferas.³³⁰

4.110 Antigua subraya también que tiene recursos naturales extremadamente limitados y una superficie de tierra cultivable muy limitada, debido a lo cual no puede producir productos agropecuarios suficientes para satisfacer las necesidades internas, y mucho menos para la exportación. Observa además que su economía ha llegado a depender en gran medida del turismo y servicios conexos, incluidos hoteles y restaurantes, comercio al por menor, construcción, bienes inmuebles y vivienda, y transporte.³³¹ Antigua destaca también la vulnerabilidad del sector del turismo frente a factores externos (como condiciones climáticas, amenazas a la seguridad o recesión económica en los mercados de procedencia de los turistas), así como el hecho de que este sector tiende a emplear trabajadores no cualificados y a generar empleos poco retribuidos.

4.111 En tercer lugar, Antigua pone de manifiesto la necesidad de diversificar su economía, y que para hacerlo ha intentado desarrollar el comercio de servicios, incluido el comercio de juegos de azar a distancia, con la activa participación de su Gobierno. Antigua indica que hasta 1998, el Gobierno de los Estados Unidos incluso apoyó a Antigua en sus esfuerzos por desarrollar y supervisar el sector de juegos de azar a distancia.³³²

4.112 Los Estados Unidos no están de acuerdo con la interpretación que hace Antigua de la ayuda proporcionada a ese país por el Gobierno estadounidense en el desarrollo del comercio de juegos de azar a distancia³³³, pero por lo demás no cuestionan las afirmaciones de Antigua con respecto a los elementos descritos *supra*.

4.113 A nuestro juicio, era razonable que Antigua determinara, a la luz de los elementos que pone de manifiesto, que las circunstancias son "suficientemente graves" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22. Concretamente, en nuestra opinión, las diversas consideraciones que Antigua destaca exacerban las dificultades para encontrar una manera practicable o eficaz de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS.

4.114 Observamos a este respecto que el carácter extremadamente desequilibrado de las relaciones comerciales entre las partes hace que para Antigua sea aún más difícil encontrar una manera de asegurar la eficacia de una suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto a los Estados Unidos en el marco del mismo acuerdo. Observamos también que la gran dependencia de la economía de Antigua en los mismos sectores con respecto a los cuales podrían aplicarse medidas de retorsión en el marco del AGCS aumenta la probabilidad de que se produzcan repercusiones desfavorables para la propia Antigua, incluidos los trabajadores que reciben sueldos bajos.

³³⁰ Comunicación escrita de Antigua, párrafo 55.

³³¹ *Ibid.*, párrafo 58.

³³² *Ibid.*, párrafo 64.

³³³ Declaración de los Estados Unidos en respuesta a la pregunta oral formulada por el Árbitro en la reunión con las partes.

4.115 Estas circunstancias pueden estar directamente relacionadas con la practicabilidad y eficacia de la suspensión en el marco del AGCS, es decir, la primera condición para que Antigua trate de lograr la suspensión fuera del ámbito de ese Acuerdo.

4.116 A la luz de estos elementos, constatamos que Antigua podía formular de manera plausible una determinación de que "las circunstancias son suficientemente graves", en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22.

F. CONCLUSIÓN GENERAL

4.117 A la luz de las determinaciones que hemos formulado *supra*, concluimos que Antigua ha aplicado los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD de manera compatible con los términos de esa disposición.

4.118 Concretamente, constatamos que la determinación de Antigua de que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector en que se constató una infracción es compatible con las prescripciones del párrafo 3 b) del artículo 22, y que su determinación de que también es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo y que las circunstancias son suficientemente graves es compatible con las prescripciones del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD.

4.119 En consecuencia, constatamos que Antigua puede solicitar la suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

V. LA EQUIVALENCIA Y LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN EL MARCO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

5.1 Los Estados Unidos han solicitado al Árbitro que exija a Antigua que especifique cómo se asegurará de que cualquier suspensión de concesiones u otras obligaciones no exceda del nivel de la anulación y menoscabo constatado por el Árbitro. Nos ocupamos ahora de esta cuestión.

A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

5.2 En su comunicación escrita, los Estados Unidos señalan que en la solicitud de Antigua no se asigna ningún valor a las concesiones en el marco del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC y no se explica qué mecanismos se propone utilizar Antigua para asegurar que el nivel de la suspensión no exceda del nivel de la anulación y menoscabo. Los Estados Unidos aducen que el Árbitro debería exigir a Antigua que especifique cómo asegurará esto³³⁴, y que sin esta información sería imposible para el Árbitro determinar la equivalencia entre el nivel de la suspensión de concesiones y el nivel de la anulación y menoscabo, de conformidad con lo previsto en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.³³⁵ Por lo tanto, a juicio de los Estados Unidos, el Árbitro no debería constatar que Antigua está autorizada a suspender concesiones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.³³⁶

5.3 Los Estados Unidos sostienen que el sector de los juegos de azar de Antigua ha estado orientándose a los consumidores estadounidenses en infracción deliberada de las leyes penales de los Estados Unidos. Según ha afirmado en sus propias respuestas, Antigua no tenía conocimiento del nivel de sus supuestos ingresos por los servicios de juegos de azar hasta que contrató a un consultor

³³⁴ Párrafo 63 de la comunicación escrita de los Estados Unidos.

³³⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55.

³³⁶ Párrafo 28 de las observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de Antigua.

privado en materia de juegos de azar para que elaborara un informe. Además, Antigua permite al parecer que estas mismas empresas funcionen al margen de la legislación de ese país. En particular, sus respuestas indican que aunque había adoptado un impuesto sobre la renta de sociedades en el período 2001-2003, las empresas de juegos de azar nunca lo pagaron. Los Estados Unidos alegan también que aun en los casos en que Antigua dispone de información de las empresas de juegos de azar que es pertinente al resultado del arbitraje, se niega a facilitar esa información a fin de proteger a esas empresas contra demandas judiciales al amparo de las leyes penales de otro Miembro de la OMC. Los Estados Unidos manifiestan su preocupación por el hecho de que, en estas circunstancias, cualquier suspensión de concesiones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC podría dar lugar a la piratería de los derechos de propiedad intelectual por parte de los operadores de Internet de Antigua o alentar dicha piratería. Sin una estricta supervisión por parte del Gobierno de Antigua, no habría ninguna base para calcular el nivel de la suspensión, ni para determinar si los operadores abusaran de la autorización para suspender concesiones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC ofreciendo propiedad intelectual pirateada en territorios distintos de Antigua. Según los Estados Unidos, Antigua ha explicado que ni siquiera ha empezado a ocuparse de esas cuestiones. Los Estados Unidos afirman que una autorización para suspender concesiones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC podría alentar una piratería desenfrenada e incontrolable de los derechos de propiedad intelectual, y que ese resultado no beneficiaría a los intereses legítimos de ningún Miembro de la OMC.³³⁷

5.4 Antigua responde que la imposición de una obligación mediante la cual se le exija especificar cómo asegurará que el nivel de la suspensión de concesiones no exceda del nivel de la anulación determinado por los Árbitros no estaría comprendida en el mandato de los Árbitros de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD. Aduce que está firmemente establecido, de conformidad con anteriores arbitrajes previstos en el artículo 22 del ESD, que la parte reclamante no está obligada a especificar exactamente qué "obligaciones" se propone suspender una vez que el OSD autorice la suspensión de concesiones u otras obligaciones, ni tampoco corresponde a los Árbitros determinarlo.³³⁸

5.5 A juicio de Antigua, los Árbitros no necesitan saber cómo se propone Antigua obtener una reparación de conformidad con los acuerdos abarcados. Además, Antigua no podría indicar cómo se propone calcular y rastrear el valor de la retorsión en cada uno de los sectores del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a los cuales trata de lograr la suspensión de concesiones u otras obligaciones, y asegurarse de que el nivel de la suspensión de concesiones no exceda del nivel de la anulación y menoscabo. Una vez que se le conceda autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, y se fije el nivel de esa autorización, Antigua evaluará sus opciones. La autorización no exige que Antigua imponga realmente medida de retorsión alguna y su Gobierno ha decidido adoptar una decisión al respecto una vez llegado el momento.³³⁹ Antigua aduce que la "equivalencia" se logra mediante la fijación en primer lugar del nivel de la anulación y menoscabo y, la fijación posteriormente por parte de Antigua de la suspensión de concesiones u otras obligaciones a ese mismo nivel.³⁴⁰

³³⁷ *Ibid.*, párrafos 29 y 30.

³³⁸ Párrafos 127 y 128 de la comunicación escrita de Antigua.

³³⁹ Respuestas de Antigua a las preguntas 55 y 56.

³⁴⁰ Párrafo 78 de las observaciones de Antigua sobre las respuestas de los Estados Unidos.

B. ANÁLISIS DEL ÁRBITRO

5.6 En su solicitud de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, Antigua identificó determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC que se proponía suspender. Concretamente, indicó que se proponía adoptar contramedidas en forma de suspensión de concesiones y obligaciones en el marco de las secciones siguientes de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC:

Sección 1:	Derecho de autor y derechos conexos
Sección 2:	Marcas de fábrica o de comercio
Sección 4:	Dibujos y modelos industriales
Sección 5:	Patentes
Sección 7:	Protección de la información no divulgada.

5.7 Como hemos determinado *supra*, Antigua podría tratar de suspender obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. Para que esa suspensión sea equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo de ventajas resultantes para Antigua, no deberá exceder de 21 millones de dólares EE.UU.

5.8 Corresponde a Antigua asegurarse de no superar ese nivel, al aplicar la suspensión. Antigua se ha negado a dar explicaciones sobre la forma en que se propone aplicar la suspensión y la manera en que se asegurará de que el nivel de la suspensión propuesta no exceda del nivel que autorice el OSD. Lamentamos que Antigua no haya considerado útil dar esas explicaciones.

5.9 Señalamos que nuestro mandato no nos permite, al examinar la equivalencia entre la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o el menoscabo, examinar la "naturaleza" de las obligaciones que se hayan de suspender.³⁴¹ Entendemos que esto significa que no podemos cuestionar la elección que haga la parte reclamante de las obligaciones específicas que se hayan de suspender (salvo en el contexto del examen de una alegación de que no se han seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22) y que debemos evaluar el nivel de la suspensión propuesta, y no su forma, en relación con el nivel de la anulación o el menoscabo.

5.10 Al mismo tiempo, es importante que la forma que se elija para dar efecto a la suspensión garantice que la equivalencia pueda ser y sea respetada al aplicarse la suspensión una vez que sea autorizada. La forma deberá ser también transparente, con el fin de poder determinar si el nivel de la suspensión no excede del nivel de la anulación. También señalamos que la suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC puede comportar medios de aplicación más complejos que, por ejemplo, la imposición de derechos más elevados a la importación de mercancías, y que es también probable que la determinación exacta del valor de los derechos afectados por la suspensión sea más compleja.³⁴²

5.11 A la luz de las consideraciones anteriores, destacamos las observaciones hechas por los Árbitros en *CE - Banano III (Ecuador)* sobre la suspensión de obligaciones en el marco de los ADPIC en ese asunto.³⁴³ Consideramos que esas observaciones también son pertinentes a este asunto, por

³⁴¹ Véase el párrafo 7 del artículo 22 del ESD ("El árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender ...").

³⁴² Las explicaciones dadas por el Ecuador en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) sobre la forma en que tenía la intención de aplicar la suspensión propuesta de obligaciones en el marco de los ADPIC, incluido el establecimiento de sistemas específicos administrados por el gobierno aclaran perfectamente este extremo.

³⁴³ *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), sección V (párrafos 139 a 165).

cuanto las mismas consideraciones serán pertinentes a la manera en que Antigua podría aplicar una suspensión de sus obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

5.12 Al igual que los Árbitros en los asuntos *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE)³⁴⁴, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)³⁴⁵, y *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE)³⁴⁶, señalamos también que los Estados Unidos podrán recurrir al procedimiento de solución de diferencias apropiado en caso de que estimen que el nivel de concesiones u otras obligaciones suspendido por Antigua excede del nivel de la anulación o menoscabo que hemos determinado a efectos del laudo.

5.13 Por último, observamos que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD establece lo siguiente:

"La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. ..."

VI. LAUDO

6.1 Por las razones expuestas *supra*, el Árbitro determina que el nivel anual de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para Antigua en este caso es de 21 millones de dólares EE.UU. y que Antigua ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD al determinar que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS y que las circunstancias eran suficientemente graves. En consecuencia, el Árbitro determina que Antigua puede solicitar autorización al OSD para suspender las obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC a que se hace referencia en el párrafo 5.6 *supra*, a un nivel que no exceda de 21 millones de dólares EE.UU. por año.

³⁴⁴ Véase el párrafo 82.

³⁴⁵ Véase el párrafo 9.2.

³⁴⁶ Véase el párrafo 4.27.

ANEXO A

Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (WT/DS285)

Arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

Procedimiento de trabajo

El Árbitro seguirá los procedimientos normales de trabajo del ESD en lo pertinente y adaptados a las circunstancias de las presentes actuaciones, de conformidad con el calendario que ha adoptado. A este respecto:

1. El Árbitro se reunirá a puerta cerrada.
2. Las deliberaciones del Árbitro y los documentos que se le hayan presentado tendrán carácter confidencial, sin perjuicio de que las partes hagan públicas sus posiciones, de conformidad con los procedimientos normales de trabajo del ESD.
3. En la reunión sustantiva que celebre con las partes, el Árbitro pedirá a los Estados Unidos en primer lugar, y a continuación a Antigua y Barbuda, que expongan sus puntos de vista.
4. El Árbitro podrá formular preguntas a cualquiera de las partes en cualquier momento de las actuaciones. Cuando proceda, el Árbitro concederá un plazo a la otra parte para formular observaciones sobre las respuestas.
5. Cada parte facilitará al Árbitro y a la otra parte una versión escrita de su declaración oral a más tardar el mediodía del primer día laborable siguiente a la reunión celebrada con las partes. Se alienta a las partes a que presenten una versión escrita provisional de su declaración oral en el momento en que la expongan.
6. Cada una de las partes presentará al Árbitro todas las pruebas fácticas a más tardar en su comunicación escrita dirigida a él, excepto en lo que respecta a las pruebas necesarias a efectos de réplica o de respuestas a las preguntas formuladas. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento cuando haya justificación suficiente, en cuyo caso el Árbitro dará a la otra parte un plazo para formular observaciones, según proceda.
7. Para facilitar el mantenimiento del expediente del arbitraje y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones y demás documentos, en particular las referencias a las pruebas documentales presentadas por las partes, éstas numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el curso del arbitraje.
8. Las partes tienen derecho a determinar la composición de sus propias delegaciones. Las delegaciones podrán incluir, como representantes del gobierno de que se trate, consejeros y asesores privados. Las partes serán responsables de todos los miembros de sus delegaciones y se asegurarán de que todos ellos actúan de conformidad con las normas del ESD y el presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta al carácter confidencial de las actuaciones. Las partes facilitarán una lista de los participantes de su delegación antes o al comienzo de cualquier reunión con el Árbitro.

9. Cualquier solicitud para que el Árbitro formule una resolución preliminar será presentada a más tardar en la primera comunicación escrita de una parte. Si los Estados Unidos solicitan una resolución de este tipo, Antigua y Barbuda presentará su respuesta a dicha solicitud en su primera comunicación escrita. Si Antigua y Barbuda solicita una resolución de este tipo, los Estados Unidos presentarán su respuesta a dicha solicitud a más tardar al comienzo de la reunión sustantiva con el Árbitro. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas.

10. Cada parte presentará un ejemplar en versión electrónica (en un formato informático compatible con los programas de la Secretaría) junto con la versión impresa (en 8 ejemplares) de sus comunicaciones, incluido el documento sobre metodología, en la fecha prevista en el calendario. Todos esos ejemplares deberán presentarse al Encargado del Registro de Solución de Diferencias, Sr. Ferdinand Ferranco (despacho 2150). Los ejemplares en versión electrónica deberán enviarse por correo electrónico al Sr. Ferranco a la dirección DSregistry@wto.org.

11. Salvo que se indique otra cosa en el calendario o en el presente Procedimiento de trabajo, las comunicaciones deberán presentarse a más tardar a las 17.00 h del día en que venza el plazo para hacerlo. Como es habitual, cada parte se ocupará de distribuir sus comunicaciones a la otra parte.

12. El Árbitro podrá modificar el presente Procedimiento de trabajo según proceda, previa consulta con las partes.

ANEXO B

CARTA DIRIGIDA POR EL ÁRBITRO AL ECCB

22 de noviembre de 2007

Estimado Señor Dwight:

Me dirijo a ustedes para solicitar su asistencia con el fin de aclarar determinadas cuestiones de hecho que se han planteado en relación con los datos sobre Antigua y Barbuda recopilados por el ECCB. Estas cuestiones se plantean en el contexto del procedimiento de arbitraje en curso sobre el asunto de solución de diferencias de la OMC *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, procedimiento que presido. Mucho agradeceremos la asistencia que tengan a bien prestarnos.

..... En el contexto de este procedimiento, las partes (los Estados Unidos y Antigua y Barbuda) han aportado pruebas relativas al mercado de servicios de juegos de azar a distancia. Se ha hecho referencia en particular a las *National Account Statistics* del ECCB (véase el apéndice - Antigua y Barbuda - Prueba documental 6, cuadro 3.1). En relación con estos datos, Antigua y Barbuda ha presentado una carta del ECCB en la que se indica que los ingresos por juegos de azar a distancia no se tienen en cuenta a efectos del PIB (véase el apéndice - Antigua y Barbuda - Prueba documental 12).
.....

Les agradeceríamos que respondieran a las siguientes preguntas:

1. ¿Se comunican los ingresos de Antigua y Barbuda por juegos de azar a los efectos de la balanza de pagos? Concretamente, quisiéramos saber de qué forma comunican ustedes i) las apuestas realizadas (es decir, las cantidades apostadas brutas), ii) los pagos de las ganancias y iii) el margen entre las apuestas realizadas y los pagos de las ganancias, es decir, los ingresos netos por juegos de azar a distancia. Además, ¿podrían indicarnos en qué partida de la cuenta financiera consignar los asientos correspondientes? ¿En la de depósitos bancarios, por ejemplo?
2. ¿Podrían aclarar si se comunican transacciones conexas como los insumos importados para los juegos de azar a distancia (quizá reflejados en el saldo deudor de varios servicios empresariales de la cuenta corriente) y los beneficios expatriados (quizá reflejados en el saldo deudor de la "renta de la inversión" de la cuenta corriente)?
3. Si no se comunica ninguna de esas transacciones, sírvanse indicar cómo es ello posible si, según tenemos entendido, el ECCB recopila la información, en cierta medida, de los registros de los bancos comerciales, y no exclusivamente de las encuestas a operadores de juegos de azar, a los que éstos pueden no contestar.
4. Permítannos preguntarles también si los datos sobre los ingresos de Antigua y Barbuda por juegos de azar a distancia figuran en alguna otra base de datos mantenida por ustedes o si pueden indicarnos otras fuentes de información a ese respecto.

Enviamos al Fondo Monetario Internacional una petición similar. Habida cuenta de los plazos, extremadamente estrictos, a que estamos sujetos en este procedimiento, les agradeceríamos que nos remitieran su respuesta a estas preguntas a más tardar el viernes 30 de noviembre de 2007.

Les agradecemos de antemano su amable asistencia y aguardamos con interés su respuesta, que a buen seguro será de gran ayuda para el Árbitro en la evaluación del asunto que tiene ante sí.

Atentamente,

Lars Anell
Presidente
*Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro
transfronterizo de servicios de juegos de azar y
apuestas - Recurso de los Estados Unidos al
párrafo 6 del artículo 22 del ESD*

c.c. Sra. Laurel Bain, Directora del Departamento de Estadística (statistics-sec@eccb-central bank.org).

ANEXO C

CARTA DIRIGIDA POR EL ÁRBITRO AL FMI

22 de noviembre de 2007

Estimado Señor Strauss-Kahn:

Me dirijo a ustedes para solicitar su asistencia con el fin de aclarar determinadas cuestiones de hecho que se han planteado en relación con los datos sobre Antigua y Barbuda publicados por el FMI. Estas cuestiones se plantean en el contexto del procedimiento de arbitraje en curso sobre el asunto de solución de diferencias de la OMC *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, procedimiento que presido. Mucho agradeceremos la asistencia que tengan a bien prestarnos.

En el contexto de este procedimiento, las partes (los Estados Unidos y Antigua y Barbuda) han aportado pruebas relativas al mercado de servicios de juegos de azar a distancia. Se ha hecho referencia en particular al *Balance of Payments Yearbook* de 2006 del FMI, cuadro de país correspondiente a Antigua y Barbuda (véase el apéndice - Estados Unidos - Prueba documental 2).

Les agradeceríamos que respondieran a las siguientes preguntas:

1. ¿Podrían comunicarnos la fuente de esos datos y si incluye los servicios de juegos de azar a distancia de Antigua y Barbuda? Concretamente, quisiéramos saber de qué forma comunican ustedes i) las apuestas realizadas (es decir, las cantidades apostadas brutas), ii) los pagos de las ganancias y iii) el margen entre las apuestas realizadas y los pagos de las ganancias, es decir, los ingresos netos por juegos de azar a distancia. Además, ¿podrían indicarnos en qué partida de la cuenta financiera consignan los asientos correspondientes? ¿En la de depósitos bancarios, por ejemplo?
2. ¿Podrían aclarar si se comunican transacciones conexas como los insumos importados para los juegos de azar a distancia (quizá reflejados en el saldo deudor de varios servicios empresariales de la cuenta corriente) y los beneficios expatriados (quizá reflejados en el saldo deudor de la "renta de la inversión" de la cuenta corriente)?
3. Si no se comunica ninguna de esas transacciones, sírvanse indicar cómo es ello posible si, según tenemos entendido, el ECCB recopila la información, en cierta medida, de los registros de los bancos comerciales, y no exclusivamente de las encuestas a operadores de juegos de azar, a las que éstos pueden no contestar.
4. Permítannos preguntarles también si los datos sobre los ingresos de Antigua y Barbuda por juegos de azar a distancia figuran en alguna otra base de datos mantenida por ustedes o si pueden indicarnos otras fuentes de información a ese respecto.

Enviamos al Banco Central del Caribe Oriental una petición similar. Habida cuenta de los plazos, extremadamente estrictos, a que estamos sujetos en este procedimiento, les agradeceríamos que nos remitieran su respuesta a estas preguntas a más tardar el viernes 30 de noviembre de 2007.

Les agradecemos de antemano su amable asistencia y aguardamos con interés su respuesta, que a buen seguro será de gran ayuda para el Árbitro en la evaluación del asunto que tiene ante sí.

Atentamente,

Lars Anell
Presidente
*Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro
transfronterizo de servicios de juegos de azar y
apuestas - Recurso de los Estados Unidos al
párrafo 6 del artículo 22 del ESD*

c.c. Sr. Edwards, Director del Departamento de Estadística, FMI (redwards@imf.org).

ANEXO D

CARTA DIRIGIDA POR EL FMI AL ÁRBITRO

13 de diciembre de 2007

El Directorio Ejecutivo del Fondo me ha autorizado a dar respuesta a su carta de fecha 22 de noviembre de 2007, dirigida al Sr. Strauss-Kahn, en la que se solicita aclaraciones acerca de los datos estadísticos relativos a Antigua y Barbuda publicados por el FMI en su informe *Balance of Payments Statistics Yearbook*.

En términos generales, puedo decir que disponemos de muy poca información sobre el valor de los ingresos de Antigua y Barbuda procedentes de los juegos de azar a distancia.

A continuación figuran nuestras respuestas a las preguntas específicas formuladas por ustedes:

1. Los datos relativos a Antigua y Barbuda publicados en el *Yearbook* han sido facilitados por el Banco Central del Caribe Oriental (ECCB). El ECCB está encargado de recopilar las estadísticas sobre la balanza de pagos de todos los países miembros, en colaboración con las oficinas de estadística de esos países.

Los datos suministrados por el ECCB no identifican por separado los servicios de juegos de azar a distancia. Con arreglo a las normas de clasificación de los servicios, los ingresos procedentes de los servicios de juegos de azar son un subconjunto de los servicios personales, culturales y recreativos (código 2 287 del cuadro 2 que figura en el Anexo de su carta), pero el asiento correspondiente a esta partida es cero para todos los años que aparecen para Antigua y Barbuda. También hemos recibido ejemplares de muchos de los formularios que utiliza actualmente el ECCB para el informe sobre la encuesta, así como de los que tiene previsto utilizar en el futuro, y no vemos dónde los servicios de juegos de azar se identifican o tratan por separado. Además, la descripción de los datos sobre la balanza de pagos recopilados por el ECCB y recogidos en la parte III del *Balance of Payments Statistics Yearbook* no hace referencia a los servicios de juegos de azar.

Sin embargo, es posible que las transacciones relacionadas con los juegos de azar estén reflejadas en la cuenta financiera porque (como usted señala en la pregunta N° 3) las transacciones de cuenta financiera son comunicadas, en cierta medida, por los bancos comerciales y las transacciones de los operadores de sitios de juegos de azar serían un componente no diferenciado de los importes globales de la cuenta financiera de un nivel superior comunicados por estas instituciones.

2. Las transacciones relacionadas con los juegos de azar, como la importación de servicios empresariales y la repatriación de beneficios por los operadores de sitios de juegos de azar, estarían comprendidas en los datos del *Yearbook*, pero también en este caso serían componentes no diferenciados de los importes globales de nivel superior. No podemos determinar la amplitud con la que quedan reflejados en la práctica los datos.

3. Los compiladores nacionales tratan de comunicar las transacciones efectuadas en su jurisdicción con arreglo a los conceptos y las directrices definidos por el FMI. A nuestro juicio, es probable que los ingresos y los pagos y las importaciones y las exportaciones de los operadores de sitios de juegos de azar estén en cierta medida comprendidos en los datos de que da cuenta el *Yearbook*, pero dichos datos no identifican específicamente los servicios de juegos de azar. Los datos

que figuran en el *Yearbook* están clasificados en categorías más amplias, como los "servicios personales, culturales y recreativos" o los ingresos derivados de inversiones directas.

4. Prácticamente todos los datos relativos a Antigua y Barbuda que aparecen en el *Yearbook* son suministrados por el ECCB. El FMI no lleva a cabo una recopilación independiente de datos de los importadores o exportadores de servicios de juegos de azar. Por consiguiente, estimamos que el ECCB, y probablemente también las autoridades de Antigua y Barbuda, están en mejores condiciones para responder a sus preguntas detalladas acerca de los ingresos procedentes de los juegos de azar a distancia.

Si desea formular alguna otra pregunta o necesita aclaraciones sobre lo que antecede, no dude en ponerse en contacto conmigo.

Aprovecho la ocasión para saludarle muy atentamente.

Robert W. Edwards
Director
Departamento de Estadística

ANEXO E

Cuadros del Anexo

Cuadro 1 del Anexo

Ingresos de Antigua procedentes de los juegos de azar a distancia (en millones de dólares)

	Ingresos totales	Diferencia en comparación con el año 2001	80% de los ingresos	Diferencia en comparación con el año 2001
2001	1.630		1.304	
2002	1.693	-63	1.354	-50
2003	1.185	445	948	356
2004	1.145	485	916	388
2005	1.138	492	910	394
2006	1.086	544	869	435
Promedio		381		304

Fuente: GBGC, octubre de 2007.

Cuadro 2 del Anexo

Ingresos por empleado, en algunas empresas (en dólares)

	Party gaming	YouBet	Betfair	888	Sportingbet	Unibet	Betcorp	Promedio
2001		82.895						
2002	266.372	342.105						
2003	356.876	807.463			410.810	360.490	229.886	
2004	825.240	804.938	425.299	258.206	470.563	524.934	155.686	
2005	719.426	837.736	460.808	305.869	560.964	650.895	118.069	
2006	918.453	305.817	295.830	393.885	749.645	737.052	167.777	
Promedio sin valores extremos	617.273	530.159	369.800	319.320	547.996	568.343	167.855	445.821
Promedio	633.847	565.081	361.282	305.869	515.764	587.915	161.732	447.356

Nota: Para el promedio sin valores extremos se han eliminado de los cálculos los dos años en que los ingresos han sido máximos y mínimos. Las cantidades en otras monedas se han convertido a dólares utilizando el tipo de cambio medio del año correspondiente de acuerdo con las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI de noviembre de 2007.

Fuente: Respuesta de Antigua a la pregunta 21 del Árbitro, páginas 18 y 19, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 17.

Cuadro 3 del Anexo

Ingresos por empleado y número de empleados

	Número de empleados en el sector de juegos de azar a distancia de Antigua	80% del número de empleados	Diferencia del número de empleados (80%) en comparación con el año 2001	Ingresos medios por empleado multiplicados por la diferencia de empleados (<i>en dólares</i>)
2001	1.014	811		
2002	328	262	549	244.666.459
2003	431	345	466	207.930.824
2004	492	394	418	186.174.769
2005	628	502	309	137.669.465
2006	442	354	458	204.007.601
Promedio				196.089.823

Nota: Los pequeños errores en las cifras correspondientes al número de empleados se deben al redondeo. A efectos de los presentes cálculos se ha utilizado el promedio de ingresos por empleado de 445.821 dólares EE.UU.

Fuente: Respuesta de Antigua a la pregunta 21 del Árbitro, páginas 18 y 19, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 17.

Cuadro 4 del Anexo

Ingresos en línea procedentes de todo el mundo, por país/grupo

	Ingresos de América Central, del Sur y del Caribe	Ingresos mundiales	Cuota de América Central, del Sur y del Caribe en los ingresos mundiales	Cuota de Antigua y Barbuda en los ingresos mundiales	Cuota de Antigua y Barbuda en los ingresos de América Central, del Sur y del Caribe	Contribución de Antigua y Barbuda a la cuota de América Central, del Sur y del Caribe en los ingresos mundiales, con respecto a la de 2001
	<i>(en millones de dólares)</i>	<i>(en millones de dólares)</i>	<i>(porcentaje)</i>	<i>(porcentaje)</i>	<i>(porcentaje)</i>	<i>(porcentaje)</i>
2001	2.397	3.530	68	46	68	100
2002	2.639	4.380	60	39	64	94
2003	2.676	5.650	47	21	44	65
2004	3.095	8.930	35	13	37	54
2005	3.232	11.890	27	10	35	52
2006	3.152	15.320	21	7	34	51

Fuente: GBGC, octubre de 2007.

Cuadro 5 del Anexo

Pérdida de ingresos de Antigua, ajuste para tener en cuenta la competencia

	GBGC			Ingresos por empleado		
	Pérdida de ingresos <i>(en millones de dólares)</i>	Contribución de Antigua y Barbuda a la cuota de 2001 <i>(porcentaje)</i>	Pérdida de ingresos ajustada <i>(en millones de dólares)</i>	Pérdida de ingresos <i>(en millones de dólares)</i>	Contribución de Antigua y Barbuda a la cuota de 2001 <i>(porcentaje)</i>	Pérdida de ingresos ajustada <i>(en millones de dólares)</i>
2002	-50	94	-48	245	94	231
2003	356	65	232	208	65	135
2004	388	54	211	186	54	101
2005	394	52	204	138	52	71
2006	435	51	221	204	51	103
Promedio	304		164	196		128

Fuente: GBGC, octubre de 2007 y respuesta de Antigua a la pregunta 21 del Árbitro, páginas 18 y 19, y Antigua y Barbuda - Prueba documental 17.