

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS285/18
7 de julio de 2006

(06-3316)

Original: inglés

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

Solicitud de establecimiento de un grupo especial

La siguiente comunicación, de fecha 6 de julio de 2006, dirigida por la delegación de Antigua y Barbuda al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Antigua y Barbuda se complace en presentar esta solicitud de establecimiento de un grupo especial al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y a los Estados Unidos de América de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* de la Organización Mundial del Comercio con respecto a la diferencia titulada *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* (WT/DS285).

Antecedentes

El 21 de julio de 2003 el Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") estableció un grupo especial en respuesta a la solicitud de Antigua y Barbuda en esta diferencia ("DS285"). El Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron en esta diferencia que determinadas medidas de los Estados Unidos eran incompatibles con algunas de las obligaciones que corresponden a ese país en virtud del *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* (el "AGCS") de la OMC. El 20 de abril de 2005, el OSD adoptó el informe del Grupo Especial modificado por el informe del Órgano de Apelación. Entre las consiguientes recomendaciones y resoluciones del OSD figura, entre otras, la recomendación de que los Estados Unidos pusieran en conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del AGCS las medidas declaradas incompatibles con dicho Acuerdo.¹

El 6 de junio de 2005 Antigua y Barbuda solicitó al OSD que el plazo prudencial para que los Estados Unidos cumplieran las recomendaciones y resoluciones del OSD se determinara mediante arbitraje vinculante, de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD") de la OMC. El 30 de junio de 2005 el Director General de la OMC designó un árbitro.

¹ WT/DS285/AB/R, párrafo 374.

Durante el curso del procedimiento ante el árbitro, los Estados Unidos alegaron que "la forma jurídica de la aplicación y la complejidad técnica de las medidas contempladas requieren un plazo prudencial no inferior a 15 meses".² Durante el arbitraje los Estados Unidos sostuvieron que se proponían cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD a través de la legislación.³

El 19 de agosto de 2005 el Árbitro determinó en su laudo que el plazo prudencial para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285 era de 11 meses y dos semanas contados a partir del 20 de abril de 2005. Este plazo expiró el 3 de abril de 2006 sin que los Estados Unidos adoptaran ninguna medida.

El 10 de abril de 2006 los Estados Unidos presentaron al OSD un informe de situación relativo a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁴ Los Estados Unidos comunicaron al OSD que, a su juicio, habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD sobre la base de la declaración (la "declaración del Departamento de Justicia") que había formulado un representante del Departamento de Justicia de los Estados Unidos ante un subcomité de la Cámara de Representantes estadounidense el 5 de abril de 2006 en los siguientes términos:

"El Departamento de Justicia considera que las leyes penales vigentes prohíben la transmisión interestatal de envites o apuestas, incluidas las apuestas sobre carreras de caballos. El Departamento está realizando actualmente una investigación civil sobre una posible infracción de la ley relacionada con esta actividad. Hemos declarado anteriormente que no consideramos que la Ley sobre apuestas hípcas interestatales, 15 U.S.C. §§ 3001-3007, haya modificado las leyes penales vigentes.

Habida cuenta de estas circunstancias, los Estados Unidos se ajustan a las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia."

En una reunión del OSD celebrada el 21 de abril de 2006, los Estados Unidos informaron al OSD que a la luz de la declaración del Departamento de Justicia habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. En la misma reunión, Antigua y Barbuda expresó su desacuerdo con la afirmación de cumplimiento de los Estados Unidos y señaló que la declaración del Departamento de Justicia era de hecho una reafirmación de uno de los argumentos expuestos por los Estados Unidos al Grupo Especial y al Órgano de Apelación durante el curso del procedimiento.

El 23 de mayo de 2006 Antigua y Barbuda y los Estados Unidos concertaron un "Procedimiento convenido de conformidad con los artículos 21 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias aplicable a la diferencia planteada en la OMC sobre el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* (WT/DS285)" (el "procedimiento convenido").

El 8 de junio de 2006, Antigua y Barbuda inició un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD solicitando la celebración de consultas con los Estados Unidos. Estas consultas se celebraron el 26 de junio de 2006 en Washington, D.C., pero no dieron lugar a una solución de la diferencia. En consecuencia, hay un desacuerdo entre las partes en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285 o a la

² *Estados Unidos - Juegos de azar*, Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, Comunicación de los Estados Unidos de América, párrafo 9.

³ *Ibid.*

⁴ WT/DS285/15/Add.1.

compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD

Antigua y Barbuda no está de acuerdo en que los Estados Unidos hayan cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285 y considera que siguen incumpliendo las obligaciones que les corresponden en virtud del AGCS con respecto al suministro de servicios de juegos de azar y apuestas desde Antigua y Barbuda a consumidores en los Estados Unidos.

No existe legislación federal

En primer lugar, Antigua y Barbuda considera que los Estados Unidos *no* han adoptado medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. En la diferencia DS285 Antigua y Barbuda estableció la existencia de tres leyes federales que sirven para prohibir que las empresas de Antigua y Barbuda suministren servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas a consumidores que se encuentran en los Estados Unidos, en violación de las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud del AGCS. Las tres leyes federales son: i) la Ley de Comunicaciones por Cable de 1961, 18 U.S.C. § 1084; ii) la Ley de Viajes, 18 U.S.C. § 1952; y iii) la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar, 18 U.S.C. § 1955, (la "IGBA"). El OSD recomendó que los Estados Unidos pusieran estas tres medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del AGCS.

Ni durante el plazo prudencial ni hasta la fecha los Estados Unidos han introducido, y mucho menos aprobado, ninguna disposición legislativa que modifique o ponga en vigor la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes o la IGBA de tal manera que esas leyes sean compatibles con las normas de la OMC. Además, dos proyectos de ley que se han presentado en la actual legislatura del Congreso estadounidense -H.R. 4777 y H.R. 4411- son expresamente contrarios a las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285 ya que ambos seguirían institucionalizando los efectos discriminatorios de las tres leyes de los Estados Unidos. Por consiguiente, los Estados Unidos no han puesto estas tres leyes federales en conformidad con sus obligaciones frente a Antigua y Barbuda en virtud del AGCS y cada ley sigue siendo contraria al artículo XVI del AGCS y no cumple las prescripciones del artículo XIV del AGCS.

La declaración del Departamento de Justicia no es una "medida" a efectos del ESD

En segundo lugar, a pesar de haber insistido ante el Árbitro designado de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 en que los Estados Unidos procurarían obtener una medida correctiva legislativa para poner sus medidas en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285, el 10 de abril de 2006 los Estados Unidos afirmaron, remitiéndose a la declaración del Departamento de Justicia, que habían cumplido. Sin embargo, esa declaración no constituye una "medida" a efectos del ESD. La declaración del Departamento de Justicia no es más que una declaración de un funcionario público que carece de todo efecto jurídico independiente en el marco de la legislación de los Estados Unidos o del AGCS, el ESD o cualquier otro Acuerdo de la OMC.

No es una "medida destinada a cumplir"

En tercer lugar, la declaración del Departamento de Justicia no es más que una reafirmación de la posición que adoptaron los Estados Unidos en el curso de la diferencia DS285 y que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron finalmente que no era convincente. Suponiendo, a efectos de argumentación, que una declaración de un funcionario público pueda constituir una

"medida" a efectos del ESD, Antigua y Barbuda no considera que una simple reafirmación de una posición jurídica adoptada por una parte en una diferencia durante su curso normal pueda ser considerada una "medida *destinada a cumplir* las recomendaciones y resoluciones" del OSD en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Los Estados Unidos siguen incumpliendo las obligaciones que les corresponden en virtud del AGCS

En cuarto lugar, con independencia de que la declaración del Departamento de Justicia constituya una "medida" a efectos del ESD o pueda ser considerada una "medida destinada a cumplir" en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, no por haber formulado esa declaración los Estados Unidos cumplen las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285. A este respecto, Antigua y Barbuda señala, entre otras cosas, lo siguiente:

- 1) Como Antigua y Barbuda señaló al Grupo Especial y al Órgano de Apelación, los Estados Unidos disponen razonablemente de varias medidas alternativas distintas de la prohibición para atender sus preocupaciones con respecto al suministro a distancia de servicios de juegos de azar y apuestas. Desde que el OSD adoptó los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación existen incluso más alternativas. Irónicamente, como se observa con más detalle *infra*, cada uno de los dos proyectos de ley que están pendientes en el Congreso de los Estados Unidos reconoce explícitamente que es posible hacer frente a los riesgos que suponen los juegos de azar a distancia con la tecnología existente, lo que socava esencialmente la defensa invocada por los Estados Unidos al amparo del artículo XIV del AGCS.
- 2) Desde la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285, no sólo no ha habido enjuiciamientos ni acciones represivas contra proveedores nacionales de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia que actúan al amparo de la Ley sobre Apuestas Hípicas Interestatales, sino que de hecho ha habido en general en los Estados Unidos un aumento significativo y una expansión de los servicios nacionales de juegos de azar y apuestas a distancia.
- 3) La posición de los Estados Unidos reproducida en la declaración del Departamento de Justicia no está avalada por la mayor parte de las fuentes legales de los Estados Unidos.
- 4) Suponiendo que la parte de la declaración del Departamento de Justicia en la que se dice que "[e]l Departamento está realizando actualmente una investigación civil sobre una posible infracción de la ley relacionada con esta actividad" sea exacta, la referencia a una investigación *civil* es prueba de la aplicación discriminatoria que hacen los Estados Unidos de sus leyes, puesto que proveedores de servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas desde Antigua y Barbuda a los Estados Unidos que actúan al amparo de licencias y de conformidad con la reglamentación siguen estando sometidos a enjuiciamiento *penal* por las autoridades de los Estados Unidos⁵, en contra de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del AGCS.

⁵ El 17 de mayo de 2006 se dio a conocer un auto de acusación en el que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos acusaba a varias empresas y particulares, entre ellos al antiguo titular de una licencia de servicios de juegos de azar y apuestas expedida por Antigua y Barbuda, de varias supuestas infracciones de las leyes de los Estados Unidos, incluida la Ley de Comunicaciones por Cable, simplemente por el suministro de esos servicios a consumidores en los Estados Unidos.

La legislación pendiente en el Congreso de los Estados Unidos infringiría el AGCS

Como se señaló *supra*, actualmente hay dos proyectos de ley pendientes en el Congreso de los Estados Unidos que abordan explícitamente el suministro de servicios de juegos de azar y apuestas a distancia. Uno de los proyectos se presentó al Congreso de los Estados Unidos el 16 de febrero de 2006 como H.R. 4777 y se titula "Ley de Prohibición de los Juegos de Azar por Internet" (el "proyecto de ley Goodlatte") y otro se presentó el 18 de noviembre de 2005 como H.R. 4411 y se cita como "Ley sobre la aplicación de las disposiciones sobre juegos de azar ilícitos por Internet de 2005" (el "proyecto de ley Leach", y junto con el proyecto de ley Goodlatte, los "proyectos"). Cada uno de los proyectos es contrario expresamente a las recomendaciones y resoluciones del OSD en aspectos clave.

Cada proyecto de ley no sólo no atiende a las recomendaciones y resoluciones del OSD sino que de hecho es directamente contrario a las recomendaciones y resoluciones en varios aspectos clave. El proyecto de ley Goodlatte está formulado como modificación de la Ley de Comunicaciones por Cable y tiene por objeto ampliar el ámbito de aplicación de dicha Ley de modo que abarque la mayoría de los tipos de servicios de juegos de azar que se ofrecen en Internet, mientras que el proyecto de ley Leach no pretende expresamente prohibir ningún tipo de juego de azar y apuestas a distancia ni tipificar como delito más grave las apuestas a distancia en sí mismas. Más bien, el proyecto de ley Leach tiene el propósito de tipificar como delito la facilitación de determinadas transacciones financieras relacionadas con lo que la legislación define como "juegos de azar ilícitos por Internet", o la participación en ellas. El proyecto de ley Goodlatte también incluye prohibiciones de determinadas transacciones financieras similares a las que figuran en el proyecto de ley Leach en las modificaciones de la Ley de Comunicaciones por Cable, que propone.

Aunque se abordan en forma ligeramente distinta, el proyecto de ley Goodlatte y el proyecto de ley Leach contienen tres excepciones significativas con respecto a su ámbito de aplicación. *En primer lugar*, ambos proyectos de ley excluyen de su ámbito de aplicación las transacciones efectuadas de conformidad con la Ley sobre Apuestas Hípicas Interestatales, eliminando efectivamente las apuestas y los juegos de azar a distancia en conformidad con dicha Ley del ámbito de aplicación de la legislación. *En segundo lugar*, ambos proyectos de ley excluyen específicamente de su ámbito de aplicación las transacciones a las que el proyecto de ley Leach se refiere como "transacciones interestatales", sancionando efectivamente los juegos de azar a distancia que se efectúen íntegramente dentro de las fronteras de un Estado estadounidense. *En tercer lugar*, ambos proyectos de ley excluyen de su ámbito de aplicación los juegos de azar realizados por las tribus indígenas de los Estados Unidos de conformidad con la legislación federal existente aplicable a los juegos de azar de los indígenas de los Estados Unidos. Ninguno de los dos proyectos de ley da a los operadores de servicios de juegos de azar y apuestas situados en Antigua y Barbuda ningún acceso a los consumidores situados en los Estados Unidos, ni atiende de manera alguna a las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en la diferencia DS285.

La defensa de los Estados Unidos al amparo del artículo XIV del AGCS en la diferencia DS285 se basó en la idea de que los juegos de azar "a distancia", que los Estados Unidos definieron como juegos de azar en los que quien efectúa la apuesta y el proveedor de servicios de juegos de azar o un agente no están físicamente en presencia uno del otro cuando se hace una apuesta, plantean determinados "riesgos" que no existen o que no existen en un grado similar cuando los juegos de azar no son "a distancia". Si bien los juegos de azar por Internet pueden ser a distancia, ese no es el modo exclusivo de practicar juegos de azar a distancia. Ninguna de las leyes federales que Antigua y Barbuda impugnó prohíbe los juegos de azar a distancia. Lo que prohíben son determinadas formas de juegos de azar *transfronterizos*. Los Estados Unidos nunca alegaron que los juegos de azar *transfronterizos* plantearan algún "riesgo" especial que pudiera estar comprendido en el ámbito del artículo XIV del AGCS y ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación constataron ello. Por tanto, si bien los juegos de azar "transfronterizos" pueden ser "a distancia" en la mayoría de los casos, no es

cierto, sin embargo, que todos los juegos de azar "a distancia" sean "transfronterizos". Si bien el Órgano de Apelación decidió que los Estados Unidos habían establecido que las tres leyes federales de que se trata eran "necesarias" para protegerse contra los "riesgos" asociados con los juegos de azar a distancia, el hecho de que los Estados Unidos no hayan satisfecho la carga de la prueba de conformidad con el preámbulo del artículo XIV dio por resultado que la defensa al amparo del artículo XIV en general no prosperara. Las tres excepciones con respecto al ámbito de aplicación del proyecto de ley Goodlatte y del proyecto de ley Leach mencionadas *supra* sólo sirven para subrayar el fracaso de la defensa al amparo del preámbulo y la aplicación discriminatoria y restrictiva del comercio de las tres leyes federales por el Gobierno de los Estados Unidos.

Solicitud de establecimiento de un grupo especial

Debido a que en la diferencia DS285 hay un desacuerdo entre las partes con respecto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, Antigua y Barbuda solicita el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y solicita además que este asunto sea sometido al Grupo Especial que entendió inicialmente en la diferencia DS285 con el mandato uniforme previsto en el artículo 7 del ESD.

Antigua y Barbuda además solicita respetuosamente al Grupo Especial lo siguiente:

- 1) que constate que los Estados Unidos no han adoptado medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia DS285;
- 2) que constate que la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes, y la IGBA siguen infringiendo las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos frente a Antigua y Barbuda en virtud, entre otras cosas, del artículo XVI del AGCS y no cumplen las prescripciones del artículo XIV del AGCS; y
- 3) que recomiende al OSD que solicite a los Estados Unidos que pongan la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes, y la IGBA en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del AGCS.

Con arreglo al procedimiento convenido, los Estados Unidos han acordado aceptar el establecimiento de un grupo especial en la primera reunión en la que esta solicitud de establecimiento de un grupo especial figure en el orden del día.
