

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTCP/W/221

6 de febrero de 2003

(03-0774)

**Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre
Comercio y Política de Competencia**

Original: inglés

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN UN CONTEXTO DE COMERCIO Y COMPETENCIA

El presente documento es la versión final de un documento recibido de la Secretaría de la OCDE, que se distribuyó como documento de sala en la reunión del Grupo de Trabajo celebrada los días 26 y 27 de septiembre de 2002.

RESUMEN

La Declaración Ministerial de Doha exigía el examen de la aplicación de los tres "principios fundamentales" de transparencia, no discriminación y equidad procesal en el contexto de la interacción entre el comercio y la política de competencia. En el presente documento se analizan cada uno de estos principios, primero en su orden de aparición en los Acuerdos de la OMC, y a continuación en relación con la observancia de la legislación en materia de competencia. El Grupo Conjunto de la OCDE sobre Comercio y Competencia (Grupo Conjunto) ha realizado trabajos preliminares sobre el tema, que han servido de base para la preparación del presente documento. El Grupo Conjunto, tras la labor llevada a cabo hasta la fecha, ha concluido que esos principios fundamentales se ponen en práctica de forma bastante diferente en unos Acuerdos de la OMC que en otros, y que su aplicación respecto de la observancia de la legislación en materia de competencia puede que sea igualmente flexible.

Transparencia

El principio fundamental de la transparencia en el sistema multilateral de comercio abarca dos amplias obligaciones: i) publicar, o al menos poner a disposición del público, todas las leyes, reglamentos y decisiones pertinentes; y ii) notificar las diversas formas de medidas adoptadas por los Estados a la Secretaría y a los Miembros de la OMC. La transparencia es importante en este contexto por diferentes razones. Proporciona información vital para los participantes en el mercado sobre las condiciones en las que pueden realizarse las transacciones comerciales, y facilita la supervisión del cumplimiento de las obligaciones dimanadas de la OMC. La obligación de publicación tiene un amplio ámbito de aplicación. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo X del GATT contempla todas "las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general" relacionadas con las diversas cuestiones a que se refiere el GATT. Sin embargo, esta obligación no se extiende a las decisiones judiciales o disposiciones administrativas que sólo son pertinentes a personas o entidades concretas. Una excepción común y fundamental a las disposiciones relativas a la transparencia que contienen los Acuerdos de la OMC, autoriza a los Miembros a que se abstengan de divulgar información confidencial.

Por regla general, la legislación en materia de competencia está redactada en forma de marco general, y los detalles de su aplicación se determinan caso por caso. En este contexto, una verdadera transparencia requiere entonces que se revele mucho más que las leyes y reglamentos aplicables. Además, en la esfera de la política de competencia, la transparencia es importante para varios grupos, en particular el sector comercial, consumidores concretos, universitarios, funcionarios públicos, autoridades encargadas de la reglamentación y el público en general. Las necesidades de información de cada uno de estos grupos pueden variar sustancialmente. El Grupo Conjunto había estudiado anteriormente el principio de transparencia en el contexto de la aplicación de la ley de competencia. De acuerdo con sus conclusiones, es una práctica común que el organismo encargado de la competencia de los países miembros de la OCDE publique las leyes y reglamentos, decisiones sobre casos concretos y explicaciones de sus políticas y procedimientos en materia de observancia.

No discriminación

El principio fundamental de la no discriminación en el contexto del sistema multilateral de comercio está incorporado en las disposiciones relativas al trato nacional y al trato de la nación más favorecida (NMF). El trato nacional establece que un Miembro de la OMC no sitúe las mercancías, los servicios o las personas de otros Miembros en desventaja para competir con sus propias mercancías, servicios o nacionales. El trato NMF dispone que cualquier ventaja que un Miembro otorgue a otro Miembro respecto de mercancías, servicios o personas sea otorgada automáticamente a todos los demás Miembros. Respecto del principio de la no discriminación en la legislación sobre competencia, una característica importante del marco de la OMC es que el trato nacional y el trato NMF se han puesto en práctica de forma diferente en los distintos Acuerdos de la OMC. Esto refleja los diferentes contextos en los que se aplican los principios. Este tipo de flexibilidad podría también ser importante en el caso de que se negociaran dentro de la OMC disciplinas multilaterales relativas a la legislación sobre competencia.

El trato nacional y el trato NMF se pueden violar mediante discriminaciones *de jure* o *de facto*. Se dice que hay discriminación *de jure* cuando las medidas nacionales establecen una distinción expresa en función del origen que coloca en desventaja a los productos y servicios extranjeros. La discriminación *de facto* obedece a medidas nacionales que no distinguen explícitamente en función del origen pero que en la práctica sí lo hacen. La discriminación en el marco de la aplicación de la legislación sobre competencia puede surgir de leyes que eximen a determinadas empresas de las prohibiciones sobre los cárteles o abusos de situación de dominio en las leyes sobre competencia. También puede ocurrir en leyes que aplican de forma discriminatoria determinadas consideraciones de "política interna" al análisis del criterio del "carácter razonable" en el marco de las leyes sobre competencia. En el contexto de la competencia, la discriminación *de facto* se utiliza de otra manera, para describir una situación en la que una empresa nacional recibe un trato más favorable que una empresa extranjera en un caso particular o en dos casos aparentemente similares. Sin embargo, es bastante difícil determinar si resulta de una discriminación contra la empresa extranjera, o simplemente es consecuencia de que las empresas están en situaciones distintas, dado que nunca dos casos sobre competencia son totalmente similares.

Equidad procesal

Aunque el principio de "equidad procesal" podría entenderse que pertenece más al ámbito de la política de competencia que al de política comercial, varias disposiciones de los Acuerdos de la OMC están estrechamente relacionadas con este principio. Estas disposiciones conciernen: i) la prescripción de que los procedimientos administrativos y judiciales sean justos y equitativos; y ii) el derecho de reexaminar las decisiones administrativas y judiciales. Por ejemplo, el párrafo 3 del artículo X del GATT establece que cada Miembro de la OMC aplicará sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de manera "uniforme, imparcial y razonable", y también mantendrá, o instituirá tribunales judiciales, arbitrales o administrativos, o procedimientos

destinados a la "pronta revisión y rectificación de las medidas administrativas". Ciertos Acuerdos de la OMC, como el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo sobre Contratación Pública, también introducen una forma limitada de participación de una parte privada en el sistema multilateral de comercio exigiendo disposiciones relativas a la equidad procesal a nivel nacional.

El principio de la equidad procesal es importante para la observancia de la legislación sobre competencia, en la cual intervienen muchos participantes con distintos intereses. Se trata de las empresas o de los empresarios que son acusados en los procedimientos de aplicación del organismo encargado de la competencia. Este grupo requiere la notificación adecuada de los cargos en su contra, de procedimientos justos e imparciales del organismo encargado de la competencia, y del derecho de apelación. También existen, las víctimas o demandantes privados que pueden haber sido perjudicados por una conducta anticompetitiva. Esta categoría puede estar abarcada por empresas y consumidores individuales. Estos deben tener la facultad de presentar una reclamación ante el organismo encargado de la competencia y de exigir reparaciones adecuadas, ya sea ante dicho organismo o los tribunales. Por último, existe un grupo diverso de demandantes, testigos en los procedimientos de los organismos pertinentes y público en general, que también tienen ciertas prescripciones en materia de equidad procesal.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el presente documento se examinan los tres "principios fundamentales" de transparencia, no discriminación y equidad procesal en dos contextos: el sistema multilateral de comercio y la aplicación de la legislación sobre competencia. La Declaración Ministerial de Doha establece un cierto número de esferas en las que el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC debe concentrar su atención en el periodo que transcurra hasta la próxima Conferencia Ministerial de la OMC. Uno de los cuatro elementos sustantivos que contiene el párrafo 25 de la Declaración exige "la aclaración de lo siguiente: principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal".¹ La labor sobre los principios fundamentales también se ajusta al programa de trabajo del Grupo Conjunto de la OCDE sobre Comercio y Competencia (Grupo Conjunto), cuyo mandato abarca el análisis de las cuestiones relacionadas con Doha desde la perspectiva de la próxima Conferencia Ministerial de la OMC. En este contexto, la aclaración sobre la manera en la que los tres principios fundamentales de transparencia, no discriminación y equidad procesal podrían aplicarse en un marco multilateral sobre competencia es uno de los elementos específicos del programa de trabajo del Grupo Conjunto.

2. Esta no es la primera vez que el Grupo Conjunto ha examinado los principios fundamentales en el contexto de la interacción entre comercio y competencia. En particular, en el capítulo 3 de *Trade and Competition Policies: Options for a Greater Coherence* se determina la utilización de los principios fundamentales como uno de los enfoques posibles para la elaboración de normas en esta esfera.² El presente documento está basado, en parte, en dicho trabajo, ya que está relacionado con la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal.

3. Una parte importante de la labor preliminar del Grupo Conjunto en esta esfera también está relacionada con la utilización de la terminología relativa a los "principios fundamentales". Se hacía hincapié en que el término "principios fundamentales" no constituía una caracterización jurídica o jerárquica, sino más bien objetivos de orientación general determinados a partir de una amplia variedad de Acuerdos de la OMC. Además, como se ilustra en el presente documento, la forma que

¹ Conferencia Ministerial de la OMC, Declaración Ministerial, documento de la OMC WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre de 2001.

² Véase OCDE (2001), *Trade and Competition Policies: Options for a Greater Coherence*, OCDE, París, páginas 28 a 58.

adoptan dichos principios en los distintos acuerdos, así como las obligaciones que suponen, se adaptan considerablemente a la materia objeto de los acuerdos con los que están relacionados. Así pues, al examinar la aplicación potencial de estos principios fundamentales es importante tener presente que cualquier forma que puedan adoptar ulteriormente, y las obligaciones que engendren, estarán limitadas desde el punto de vista jurídico e histórico. En efecto, ya que los Acuerdos de la OMC han pasado del ámbito tradicional relacionado con el comercio de mercancías a varios aspectos de la reglamentación pública, los enfoques de los principios fundamentales se han adaptado considerablemente. Del mismo modo, las cualidades únicas de la esfera de la política de competencia implicarían que también pueda necesitarse una evolución progresiva.

4. El presente documento tiene por objetivo servir de introducción a la tarea más amplia y difícil de incorporar estos tres principios en un posible marco multilateral sobre competencia. En las siguientes secciones se examinan cada uno de estos tres principios, primero en el orden que aparecen en los Acuerdos de la OMC, y luego en cuanto a su expresión y uso en la aplicación de la legislación sobre competencia.

II. TRANSPARENCIA

En los Acuerdos de la OMC

5. El principio fundamental de transparencia en el sistema multilateral de comercio tiene dos partes constitutivas: i) la obligación de publicar, o al menos de poner a la disposición del público, todas las leyes, reglamentaciones y decisiones pertinentes; y ii) las disposiciones concernientes a la notificación de las diversas formas de medidas adoptadas por los Estados a la OMC y otros Miembros.³

6. Cabe señalar que las disposiciones relativas a la aplicación imparcial de los reglamentos y el derecho de reexaminar las decisiones adoptadas en virtud de éstos con frecuencia se vinculan a la obligación de publicar. Ya que esta obligación está más estrechamente relacionada con el principio de "equidad procesal" se examinará en la sección correspondiente del presente documento.

7. Las disposiciones relativas a la transparencia de los tres principales Acuerdos de la OMC son:

- i) GATT: artículo X (Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales);
- ii) AGCS: artículo III (Transparencia); y
- iii) ADPIC: artículo 63 (Transparencia).

La mayoría de los otros acuerdos que forman parte del Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC (Acuerdos del Anexo 1A) también contienen la obligación de publicación.

8. En lo que respecta a la notificación, las principales disposiciones del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC figuran en los artículos III y 63 respectivamente, si bien en ambos casos existen otras disposiciones que estipulan notificaciones para casos específicos. Las disposiciones concernientes a la notificación que figuran en el GATT y en los otros acuerdos relativos al comercio

³ Para obtener información detallada sobre los principios fundamentales del sistema multilateral de comercio, véase OMC, "Principios fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia", documento de la OMC WT/WGTCP/W/114, 14 de abril de 1999, sobre el que se basa gran parte del presente examen.

de mercancías son numerosas y diversas, entre ellas, 165 obligaciones y procedimientos diferentes de notificación.

9. Las obligaciones de notificación de la OMC son de aplicación general, prevén la notificación de la legislación de aplicación y de todas las modificaciones introducidas. Algunas de esas disposiciones estipulan la notificaciones periódicas, por ejemplo los informes bianuales sobre medidas compensatorias y antidumping; otras sólo deben hacerse cuando se adopta o se prevé adoptar una medida comercial específica, por ejemplo una medida de salvaguardia. Por último, existen notificaciones que deben hacerse una sola vez, por ejemplo en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

10. Una consideración, desde la perspectiva de la competencia, es la *medida* en la que el principio de transparencia, tal como está incorporado en la OMC, se puede hacer extensivo a decisiones concretas de carácter administrativo, judicial o de aplicación en materia de competencia. En el marco de la jurisprudencia de la OMC, la prescripción de publicación no parece extensiva a las disposiciones administrativas dirigidas a individuos o entidades específicos. Ciertamente, ésta fue la conclusión del Grupo Especial en el asunto *Japón - Películas fotográficas*, que trataba sobre una alegación de violación del artículo X del GATT en relación con un supuesto incumplimiento de publicación de determinadas medidas adoptadas por Japan Fair Trade Commission y por los Consejos locales sobre la equidad de la competencia.⁴ No obstante, señaló que "en la medida en que el requisito del párrafo 1 del artículo X sea aplicable a todas las disposiciones administrativas de aplicación general, su alcance se extiende también a las disposiciones administrativas adoptadas en supuestos concretos cuando en esas disposiciones se establezcan o revisen principios susceptibles de aplicación en otros casos futuros".⁵ Puesto que la aplicación de la legislación sobre competencia tiende a basarse en el criterio del carácter razonable, se ha planteado la cuestión de la medida en que las decisiones concretas tienen pertinencia general pues contienen un razonamiento que podría ser importante en casos futuros.⁶

11. Las disposiciones del GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la transparencia contienen excepciones aclarando que los Miembros no están obligados a revelar informaciones de carácter confidencial en varios casos. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo X del GATT establece que sus prescripciones de publicación "no obligarán a ninguna parte contratante a revelar informaciones de carácter confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes, o ser de otra manera contraria al interés público, o puede lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas". El artículo III del AGCS, el párrafo 4 del artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC y muchos otros Acuerdos que forman parte del Anexo 1A contienen cláusulas similares.

En la legislación sobre competencia

12. La aplicación de la legislación sobre competencia debe ser clara y transparente. La transparencia es una prescripción básica en la observancia de cualquier legislación, pero es particularmente importante en el caso de la legislación sobre competencia, ya que con frecuencia estas

⁴ Así como también las "orientaciones" administrativas facilitada por las oficinas regionales del Ministerio de Comercio e Industria, autoridades prefecturales, gubernamentales y locales referentes a la Ley de grandes tiendas y reglamentaciones locales pertinentes, véase Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, documento de la OMC WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998.

⁵ Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, documento de la OMC WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998, párrafo 10.388.

⁶ Véase la comunicación de Suiza, "Prácticas anticompetitivas y comercio: repercusión de los principios básicos", documento de la OMC WT/WGTCP/W/89, 27 de agosto de 1998, párrafos 8, 9 y 14.

leyes están redactadas en forma de marco general y se aplican técnicamente caso por caso. Por lo tanto, si bien es necesario que la propia legislación sobre competencia y todos los reglamentos de aplicación se publiquen y se tenga libre acceso a ellos, la verdadera transferencia en materia de aplicación de la legislación sobre competencia exige mucho más - que el organismo encargado de la competencia revele tanto el fundamento de sus decisiones, como los procedimientos que le han permitido llegar a ellas. Sus revelaciones se deberán realizar de varias formas, de modo que todos los grupos interesados tengan acceso a ellas y les resulten comprensibles.

13. Se han identificado tres campos de aplicación de la legislación sobre competencia: 1) la comunidad empresarial, incluidos los expertos, por ejemplo, los abogados que prestan asesoramiento; 2) las víctimas potenciales de conductas anticompetitivas, incluidos aquellos que presentan reclamaciones o suministran información al organismo encargado de la aplicación; y 3) el público en general -los ciudadanos cuya comprensión y participación en la aplicación bien informada de la legislación sobre competencia son necesarias para la creación de una "cultura de competencia"-, que es el cimiento del éxito de una economía de mercado. Los miembros de estos grupos pueden coincidir, pero cada grupo tiene exigencias de transparencia específicas.

La comunidad empresarial

14. Las empresas y los empresarios son demandados en potencia en los procedimientos de aplicación de la legislación sobre competencia. La mayoría de los empresarios desean respetar la ley. Por lo tanto, este grupo necesita conocer de qué ley se trata, cómo se aplica y cómo evitar violarla. Las empresas también necesitan entender la legislación sobre competencia de un país dado para poder tomar decisiones inteligentes en materia de inversión. Así pues, para los empresarios es al menos tan importante saber lo que está permitido en el marco de las leyes sobre competencia que lo que está prohibido. Las necesidades del sector comercial tienen carácter técnico y abarcan, entre otras cosas, el conocimiento de la ley, las teorías y políticas subyacentes y la forma de aplicación de la ley. Los siguientes atributos de la transparencia contribuirían a satisfacer las necesidades de este grupo:

- el acceso a la legislación sobre competencia y a todos los reglamentos relativos a su aplicación;
- el acceso a las decisiones sobre casos concretos emanadas de la autoridad encargada de la competencia y, dado el caso, los tribunales y juzgados, incluidos los fundamentos analíticos y jurídicos de dichas decisiones;
- la comprensión de las teorías y los análisis aplicados por el organismo encargado de la competencia, los tribunales y juzgados a la hora de hacer que se cumpla la ley;
- la comprensión de los procesos de investigación y aplicación puestos en práctica por el organismo encargado de la competencia, los tribunales y juzgados; y
- cuando sea posible, la orientación por parte de los funcionarios encargados de la aplicación en casos concretos sobre la aplicación de la ley respecto de determinada conducta.

Víctimas demandantes potenciales

15. La comunidad empresarial también forma parte de este grupo, que también incluye a las personas que pueden haber sufrido pérdidas debido a una conducta anticompetitiva o que desean presentar reclamaciones por presuntas violaciones de la legislación sobre competencia. Las personas que se encuentran en esta posición no requieren de un conocimiento técnico de la legislación sobre

competencia ni de su forma de aplicación, pero al menos necesitan tener una percepción de la ley y de sus derechos y obligaciones en virtud de ésta. Este grupo requiere:

- la comprensión de la legislación sobre competencia, la manera en la que los protege y si, en determinado caso, pueden exigir compensación o formular una reclamación; y
- la determinación de los recursos de asistencia para lograr el cumplimiento y reclamar indemnización por daños causados por conductas anticompetitivas en virtud de la ley, incluida en particular la manera de acceder al organismo encargado de la competencia para este propósito.

El público en general

16. Este es un grupo diverso: empresas, consumidores, universitarios, funcionarios públicos y autoridades encargadas de la reglamentación. Sus necesidades en materia de información sobre la aplicación de la legislación sobre competencia son también diversas. Los universitarios y funcionarios públicos pueden necesitar amplia información técnica acerca de la aplicación de la legislación sobre competencia. Los consumidores normalmente necesitan mucho menos -al igual que el segundo grupo arriba descrito-, requieren de una percepción de la ley y la forma de protección que les ofrece. Sin embargo, colectivamente, este grupo condiciona la eficacia o ineficacia de una determinada legislación sobre competencia. Así pues, el público en general necesita un conocimiento básico sobre la manera en que los mercados competitivos son esenciales para el funcionamiento eficaz de una economía de mercado y la manera en que la competencia contribuye al bienestar del consumidor.

17. La aplicación del principio de transparencia en la política de competencia debe ser moderado por la necesidad de proteger cierta información sensible de una divulgación innecesaria. Los "secretos de empresa" y la "información comercial confidencial" facilitada por los objetos de la investigación o por terceros en el curso de la investigación, si son puestas a disposición de los competidores, podrían causar perjuicio al propietario de la información en el mercado. Un informante que facilita secretamente información a los investigadores en el curso de una investigación relativa a la competencia puede exponerse a lesiones físicas o a perjuicios económicos si se revela su identidad. La política interna que alienta las comunicaciones y deliberaciones sin restricciones entre los funcionarios encargados de la aplicación, y entre el abogado y el cliente, quizá se vería comprometida si todas estas comunicaciones se hicieran públicas. Por lo tanto, las leyes de prácticamente todos los países imponen controles sobre la divulgación de estos tipos de información.

18. Sin embargo, este tipo de controles no son necesariamente absolutos. Un demandado en un procedimiento requiere suficiente acceso a la información contenida en los archivos del organismo encargado de la competencia para poder responder a las alegaciones que se hacen en su contra. En un juicio o procedimiento oficial, el público tiene derecho a tener acceso a tanta información acerca del caso como sea posible, como lo establece el principio fundamental de transparencia. Así pues, la divulgación de información que de lo contrario sería confidencial en estas circunstancias se puede hacer de forma limitada. La información confidencial puede revelarse a los representantes legales de una parte del proceso y a unos cuantos representantes de la empresa, con instrucciones de no divulgar más información ni utilizarla en la dirección de sus empresas. Pueden existir dos versiones del registro de las pruebas aportadas sobre un caso o procedimiento, uno que contenga todas las pruebas y un segundo registro "público", en el que las informaciones confidenciales han sido eliminadas o agregadas con el objeto de disimular la información sensible acerca de determinadas entidades.

19. El Grupo Conjunto de la OCDE sobre Comercio y Competencia había examinado previamente el principio de transparencia en el contexto de la política de competencia, y llegó a la conclusión de que las siguientes políticas existen en diversos grados en todos los países miembros de la OCDE.⁷

Leyes

- Las leyes y reglamentos aplicables se publican en una fuente autorizada, como un diario oficial. En la medida de lo posible, se utilizan métodos alternativos de difusión de la información, como Internet.

Decisiones de jurisprudencia

- Las decisiones de la autoridad encargada de la competencia y de los tribunales que resuelven o examinan un procedimiento o caso se publican oportunamente, como lo son las decisiones de las autoridades revisoras.
- Las decisiones publicadas establecen el razonamiento del responsable de la decisión y los hechos pertinentes, a menos que estén protegidas por las normas de confidencialidad. Las pruebas aportadas en las que se basa la decisión están disponibles para inspección por las partes interesadas, y sujetas a la protección de la información confidencial.

Política de aplicación

- Las declaraciones sobre la política de aplicación, las observaciones sobre la ley u otras orientaciones relativas a la observancia son publicadas, en particular aquellos aspectos de la ley respecto de los cuales se toman decisiones en función del caso.
- También se dispone de orientación adicional en casos concretos, por ejemplo mediante "opiniones consultivas," que se publican cuando es viable, sujetas a la protección de la información confidencial.
- Se publican comunicados de prensa, declaraciones, discursos y otras fuentes de información sobre la política de aplicación.

Investigaciones

- Los procedimientos administrativos para la investigación se publican, incluidas las normas de inicio o cierre de las investigaciones.

Procedimientos

- Los derechos y obligaciones procesales importantes se codifican y publican.

Oportunidad

- La información se publica a la velocidad oportuna.

⁷ OCDE (2000), "Remedies Available to Private Parties Under Competition Laws", documento de la OCDE, Grupo Conjunto de la OCDE sobre Comercio y Competencia, COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL.

III. NO DISCRIMINACIÓN

En los Acuerdos de la OMC

20. El principio fundamental de no discriminación en el sistema multilateral de comercio está incorporado en las disposiciones relativas al trato nacional y al trato de la nación más favorecida (NMF). El trato nacional está establecido en las siguientes disposiciones de los tres Acuerdos principales de la OMC:

- i) GATT: artículo III⁸;
- ii) AGCS: artículo XVII; y
- iii) ADPIC: artículo 3.

21. El principio del trato NMF está incorporado también en cada uno de los tres Acuerdos principales de la OMC en las siguientes disposiciones:

- i) GATT: artículo I;
- ii) AGCS: artículo II; y
- iii) ADPIC: artículo 4.

22. Los principios del trato nacional y el trato NMF también están incorporados en la mayoría de los otros Acuerdos que forman parte del Anexo 1A.

23. Las obligaciones del trato nacional y el trato NMF pueden violarse mediante discriminaciones *de facto* o *de jure*. La discriminación *de jure* concierne las medidas que expresamente discriminan en función del origen. La discriminación *de facto* concierne las medidas nacionales que no contienen ninguna referencia explícita al origen. En otras palabras, estas medidas son aparentemente neutrales. Sin embargo, a la hora de su aplicación discriminan en función del origen. Por ejemplo, el Órgano de Apelación determinó que una ley japonesa que imponía un tipo impositivo más alto al whisky que al shochu implicaba una discriminación *de facto*.⁹ Aunque la ley no mencionaba el origen, la mayoría del whisky era importado y la mayoría de shochu se producía internamente. Ya que el whisky y el shochu son productos similares, la ley era discriminatoria. Por consiguiente, resulta más sencillo detectar la discriminación *de jure* que los casos de discriminación *de facto*. Aunque tanto la discriminación *de facto* como la ausencia de equidad procesal¹⁰ pueden resultar en "discriminación" contra las empresas extranjeras, éstos son conceptos distintos. A diferencia de las violaciones de la equidad procesal, la discriminación *de facto* puede producirse aunque una medida se aplique de manera uniforme, imparcial y razonable.

⁸ De particular importancia es el párrafo 4 del artículo III, que establece el trato nacional en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interno.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, documento de la OMC WT/DS8,10,11/AB/R, 1 de noviembre de 1996.

¹⁰ Un examen sobre la equidad procesal empieza en el párrafo 49.

Principales objetivos

Trato nacional

24. El trato nacional exige que un Miembro de la OMC no ponga las mercancías, los servicios o las personas de otros Miembros en desventaja para competir con sus propias mercancías, servicios o nacionales. El GATT, al menos en su negociación originaria de 1947, se centraba en el control y la liberalización de las medidas en frontera que restringen el comercio internacional. Un principio clave es que, como norma general, para que una medida en frontera otorgue una ventaja competitiva al producto nacional debe tomar la forma de un arancel aduanero, y el nivel de este arancel aduanero debe ser objeto de negociación y de consolidación en las listas nacionales. En este contexto, el artículo III sobre trato nacional desempeña una función crucial ya que, como queda en claro en su párrafo 1, su propósito es asegurar que todas las demás medidas, denominadas medidas "interiores", no se apliquen a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. Persigue así el objetivo de asegurar que las medidas interiores no se utilicen para anular o menoscabar el efecto de las concesiones arancelarias y otras normas multilaterales aplicables a las medidas en frontera.

25. En la esfera del comercio de servicios, las medidas internas son particularmente pertinentes ya que, en virtud del AGCS, el comercio de servicios abarca el suministro de un servicio a través de una presencia comercial (que puede incluir la inversión directa extranjera). El criterio del AGCS no es convertir el trato nacional en un principio de aplicación general, sino prever su aplicación cuando se ha asumido un compromiso específico y éste consta en las listas nacionales que forman parte del Acuerdo. Como se deja en claro en el artículo XIX del AGCS, se ampliarán progresivamente las listas mediante rondas sucesivas de negociaciones comerciales con miras a lograr niveles de liberalización progresivamente superiores -en la misma forma en que el comercio de mercancías se ha liberalizado progresivamente mediante sucesivas negociaciones arancelarias-.

26. En lo que respecta a la propiedad intelectual, el trato nacional ha sido tradicionalmente el pilar del derecho internacional público en la materia, especialmente el Convenio de París y el Convenio de Berna.¹¹ El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el Acuerdo sobre los ADPIC) no difiere a este respecto de los principales convenios preexistentes que le sirvieron de base y cuyas disposiciones sustantivas incorpora. Con algunas excepciones, relativamente poco importantes, el trato nacional se aplica a todos los aspectos de la protección de la propiedad intelectual tratados en el Acuerdo.

NMF

27. El criterio del trato de la nación más favorecida se describe de forma bastante diferente en los tres principales Acuerdos de la OMC. El GATT utiliza un lenguaje tradicional al hacer referencia a la obligación de hacer extensivas "inmediatamente y sin condiciones" a todos los Miembros de la OMC "toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad" otorgado por un Miembro. El Acuerdo sobre los ADPIC utiliza la misma expresión que el GATT. El AGCS utiliza el criterio del "trato no menos favorable" para expresar su obligación NMF. El significado de esta expresión sobre el trato de la nación más favorecida en líneas generales es equivalente al que se emplea en el GATT y en el Acuerdo sobre los ADPIC.

¹¹ Véase el artículo 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 828 U. N. T. S. 221, firmado el 14 de julio de 1967, y el artículo 2 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 11851 UNTS (Nº 11851) 305, firmado el 14 de julio de 1967.

Principales excepciones

Trato nacional

28. El ámbito de las obligaciones de trato nacional en el marco del GATT y del AGCS está limitado en diversas formas. En especial, la prescripción del GATT está limitada a las medidas "interiores" y la prescripción correspondiente del AGCS depende de los compromisos específicos que haya asumido el Miembro en cuestión. Además, estos dos Acuerdos contienen varias excepciones aceptadas al principio del trato nacional. Sin intentar una enumeración exhaustiva y sin describir la experiencia generalmente complicada de su aplicación, deben tenerse en cuenta las siguientes excepciones:

- a) La contratación pública de mercancías y servicios (párrafo 8 a) del artículo III del GATT y artículo XIII del AGCS). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que 25 Miembros de la OMC han contraído compromisos de trato nacional entre sí en el marco plurilateral del Acuerdo sobre Contratación Pública.
- b) Las excepciones generales relativas a cuestiones tales como las medidas necesarias para proteger la moral pública o mantener el orden público, proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones de determinado acuerdo (artículo XX del GATT y artículo XIV del AGCS).
- c) Excepciones relativas a la seguridad (artículo XXI del GATT y artículo XIV *bis* del AGCS).

29. Como se mencionó anteriormente, en lo concerniente al ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC, la obligación de trato nacional es relativamente amplia en dicho Acuerdo. Cuando se hubiesen establecido excepciones a este principio en los principales convenios preexistentes sobre propiedad intelectual también se permiten en el Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo la denominada "comparación de los plazos" con respecto a los derechos de autor y, con algunas garantías adicionales en el Acuerdo sobre los ADPIC, las disposiciones relativas a procedimientos judiciales y administrativos en materia de propiedad industrial. Además, con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, la obligación del trato nacional sólo se aplica a aquellos derechos establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC.

NMF

30. Existen también diversas excepciones o restricciones importantes a la aplicación del principio NMF. Éstas abarcan por ejemplo las excepciones generales y las excepciones concernientes a la seguridad examinadas anteriormente en relación con el trato nacional. Además, en lo que respecta al GATT, se permiten importantes excepciones al principio NMF en lo que concierne a los acuerdos de establecimiento de uniones aduaneras y zonas de libre comercio (artículo XXIV), y las preferencias a favor de los países en desarrollo o entre esos países (la cláusula de habilitación).¹²

¹² Partes Contratantes, Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo, documento del GATT L/4903, BISD 26S/203, 28 de noviembre de 1979.

31. El AGCS permite a los Miembros presentar una lista única de exenciones al trato NMF. Esas exenciones deben someterse a revisión cinco años después de la entrada en vigor de la OMC y, en principio, no deberían exceder un período de 10 años.¹³ El AGCS permite también una excepción al trato NMF en lo que respecta a los acuerdos de integración económica, siempre que se cumplan determinadas condiciones (artículo V), y eximen de sus normas los derechos de tráfico en los transportes aéreos y los servicios directamente vinculados al ejercicio de esos derechos, así como las medidas adoptadas por razones de prudencia en el sector de los servicios financieros.¹⁴

32. Las principales excepciones al trato NMF autorizadas por el Acuerdo sobre los ADPIC guardan relación con los acuerdos internacionales concernientes a la ayuda judicial o a la aplicación de la ley de forma general y no se limitan especialmente a la protección de la propiedad intelectual; a los casos previstos en el Convenio de Berna o en el Convenio de Roma que autorizan que el trato esté en función del trato acordado en otro país; a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión no comprendidos en el Acuerdo; y al trato dimanado de los acuerdos internacionales preexistentes que hayan sido notificados y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable. Además, se permite una excepción para los sistemas de registro internacionales establecidos bajo los auspicios de la OMPI.

En la legislación sobre competencia

33. Existen muchos casos en los que podrían plantearse cuestiones relacionadas con la discriminación en el curso de la aplicación de la legislación sobre competencia. En el análisis presentado a continuación se intenta determinar y describir varias de éstas, sin pronunciarse respecto de si constituirían o no una discriminación real, en el contexto de un posible marco multilateral sobre competencia. Entre los dos componentes de la no discriminación -el trato nacional y el trato NMF- parecería que el trato nacional es más pertinente en el contexto de la aplicación de la legislación sobre competencia.

No discriminación en los aspectos procesales de la aplicación de la legislación sobre competencia

34. La aplicación de los principios de no discriminación a los aspectos procesales de la observancia de la legislación sobre competencia parecería ser relativamente simple. Las normas de procedimiento -para dirigirse al organismo encargado de la competencia, para iniciar y participar en investigaciones, procesos y apelaciones, y así sucesivamente- deberán aplicarse de forma equitativa a todas las partes sin tener en cuenta su nacionalidad. A este respecto, la transparencia refuerza la no discriminación. La transparencia es especialmente importante para las personas extranjeras, que de lo contrario no estarían tan familiarizadas con los procedimientos y costumbres nacionales como sus contrapartes nacionales. La no discriminación también refuerza el principio de equidad procesal. De esta manera los tres principios fundamentales se interrelacionan.

No discriminación en la aplicación sustantiva

35. En este caso, los problemas son mucho más complejos. Una cita define la no discriminación en relación con la observancia de la legislación sobre competencia: "la política de competencia protege la competencia y no a los competidores". Si este principio se aplicara rigurosamente y en forma imparcial, la discriminación tendría muy poca cabida. Sin embargo, no es fácil pasar de lo general a lo específico en este caso.

¹³ La mayoría de las exenciones contenidas en esas listas hacen referencia a los servicios marítimos, los servicios de transporte y los servicios audiovisuales.

¹⁴ Anexos del AGCS sobre los servicios de transporte aéreo y los servicios financieros.

Discriminación de jure y de facto

36. Estos dos conceptos se podrían poner en práctica a la hora de aplicar la legislación sobre competencia de la misma manera que en el contexto comercial. Así pues, la discriminación *de jure* existiría cuando las leyes sobre competencia o las medidas auxiliares, como aquellas que crean exenciones, establecen una distinción expresa en función del origen nacional que pusiera a las empresas extranjeras en desventaja para competir. Se podría decir que existe discriminación *de facto* en el caso de leyes, aparentemente neutrales, que en la práctica discriminan contra las empresas extranjeras. Se determinó una discriminación *de facto* en el contexto comercial en el caso del whisky antes mencionado. Tal vez podría ocurrir en el contexto de la aplicación de las leyes sobre competencia en el caso de una exención sectorial reglamentaria respecto de la legislación sobre competencia, en la cual de forma práctica pero no expresa, la definición de las empresas que tienen derecho excluye a las empresas extranjeras.

37. En el contexto de la legislación sobre competencia, la discriminación *de facto* se utiliza también de otra manera, para describir una situación en la cual una empresa nacional recibe un trato más favorable que una empresa extranjera en un caso concreto o ante dos casos similares. En un caso referente a un cártel internacional, por ejemplo, una empresa nacional podría haber merecido un trato indulgente en virtud de la normativa nacional aplicable, que excluiría a las empresas extranjeras. (La indulgencia a menudo sólo se concede a la primera empresa "que pasa la puerta") Las empresas extranjeras pueden haber recibido multas más altas que las empresas nacionales, sin tener en cuenta que las empresas extranjeras y las nacionales parecerían haber desempeñado papeles similares en la conspiración. Tal vez no se haya permitido la fusión de dos empresas extranjeras mientras que una transacción similar referente a dos empresas nacionales puede que haya sido aprobada. La conducta excluyente de una empresa extranjera quizá haya sido considerada como un abuso de situación de dominio, mientras que una conducta similar por parte de una empresa nacional que ocupa una posición semejante puede que no haya sido sancionada. La conducta excluyente de una empresa dominante nacional frente a otra empresa nacional tal vez haya sido sancionada, mientras que la misma conducta frente a una empresa extranjera puede que se haya pasado por alto.

38. En estos ejemplos, los diferentes resultados que obtienen las empresas extranjeras respecto de las empresas nacionales podrían resultar de la discriminación ejercida por los responsables nacionales contra las empresas extranjeras. Otra posibilidad sería que sencillamente reflejen las diferencias en las matrices fácticas de los distintos casos. El trato diferente en estas circunstancias no sería discriminatorio si los hechos lo justifican. Así pues, podría ser difícil establecer la razón de los distintos resultados como materia probatoria. En otro contexto, un Grupo Especial declaró que el sistema de solución de diferencias de la OMC no "está destinado a funcionar como mecanismo para comprobar la compatibilidad de decisiones judiciales o disposiciones administrativas particulares de un Miembro con la legislación y la práctica internas del propio Miembro; esa es una función reservada al sistema judicial interno de cada Miembro, y una función para cuyo desempeño serían particularmente poco idóneos los grupos especiales de la OMC."¹⁵ Por lo tanto, en el contexto de

¹⁵ Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos - Aplicación de medidas antidumping a las chapas de acero inoxidable en rollos y las hojas y tiras de acero inoxidable procedentes de Corea*, documento de la OMC WT/DS179/R, 22 de diciembre de 2000, párrafo 6.50. En la comunicación presentada por las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, "Un acuerdo de marco multilateral sobre política de competencia", documento de la OMC WT/WGTCP/W/152, 25 de septiembre de 2000, la Comunidad Europea y sus Estados miembros reconocieron este hecho: "Por consiguiente, no estamos proponiendo aplicar en un acuerdo sobre competencia el concepto de la discriminación *de hecho*. La explicación estriba en que, en un contexto de competencia, ese concepto plantea complejas preguntas con respecto a las políticas de ejecución seguidas por los organismos encargados de la competencia; entre ellas, cómo se está aplicando el derecho de la competencia a los casos particulares".

la OMC puede que sea perjudicial la aplicación de la noción de discriminación *de facto* de tipo casuístico como se hace en el contexto de la competencia.

39. A continuación se presentan algunos ejemplos de discriminación posible en la aplicación de la legislación sobre competencia que no son de tipo casuístico.

Cárteles

40. En muchos países existen exenciones de varios tipos a la prohibición contra los cárteles. El sector agropecuario es uno de los principales beneficiarios de tales exenciones. Las organizaciones de trabajo y las actividades de negociación colectiva están eximidas prácticamente en todos los países. Los proveedores de ciertos servicios profesionales pueden disfrutar de exenciones totales o parciales. Las empresas de propiedad estatal no están sujetas a las leyes de competencia en algunos (pero no en todos) los países, y determinadas actividades comerciales públicas, tanto nacionales como locales, pueden beneficiarse de una exención. En algunos países, los "cárteles de crisis" y los cárteles que involucran las pequeñas y medianas empresas están permitidos en ciertos casos. Si estas exenciones sólo se conceden a las empresas nacionales son entonces inherentemente discriminatorias.¹⁶

41. Las leyes de algunos países conceden exenciones a los llamados genéricamente "cárteles de exportación". Por regla general, estas leyes eximen de la prohibición contra los cárteles estipulada en la legislación sobre competencia a la conducta anticompetitiva de las asociaciones o combinaciones de empresas de exportación que sólo incide en las exportaciones. El primer punto que cabe señalar acerca de las leyes sobre los cárteles de exportación es que no todos los acuerdos que se forman en el marco de estas leyes son perjudiciales respecto de la competitividad. Pueden tener efectos procompetitivos y de mejoramiento de la eficacia de las exportaciones del país de origen y, en consecuencia, beneficiar, en vez de perjudicar, a los consumidores de los países importadores.¹⁷

42. Pero en la medida en que dichos acuerdos sean a fin de cuentas perjudiciales respecto de la competitividad en los mercados de exportación, casi podría decirse que las leyes que los permiten son discriminatorias. En el sentido más amplio tal vez puedan parecerlo, ya que esos acuerdos perjudicarían a los clientes extranjeros pero no a los nacionales. Sin embargo, una respuesta sencilla a este punto es que las leyes sobre competencia no están hechas para proteger a los consumidores extranjeros y, por lo tanto, muchos países, si no la mayoría, considerarían que no tienen jurisdicción para proteger a los consumidores extranjeros en virtud de sus leyes sobre competencia nacionales. En otro sentido, las "exenciones" concedidas a los cárteles de exportación son como cualquier otra: se exime a un tipo de acuerdo, por razones de política interna, del cumplimiento de la ley sobre competencia. En el contexto del presente examen, es decir si tales leyes pueden ser discriminatorias, y no si, en conjunto, son provechosas o perjudiciales, la pregunta que con justa razón pudiéramos hacernos es si la exención se concede a todas las empresas que compiten en el mercado interno de forma no discriminatoria.

43. En último término, mientras que en algunos países la conducta de los cárteles está por si sola fuera de la ley, desde el punto de vista jurídico o efectivo, en otros la conducta de los cárteles debe considerarse en el contexto de posibles beneficios compensatorios. Aquí parece que alguna forma de discriminación es posible en particular, dado que dichos beneficios se expresan a menudo en términos

¹⁶ Algunos defensores de un acuerdo-marco multilateral proponen que el principio de no discriminación no se aplique a las exenciones sectoriales, y que éstas sólo estén sujetas a una prescripción de transparencia. Véase el Informe (2001) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General, párrafo 21.

¹⁷ Véase, Dick, A. R. (1992), "Are Export Cartels Efficiency-enhancing or Monopoly-promoting: Evidence from the Webb-Pomerene Experience", volumen 14, *Research in Law and Economics*, Greenwich, CT, páginas 89 a 127.

de su efecto sobre la economía nacional. Este tema se aborda más detenidamente a continuación, en la sección que trata sobre las fusiones y otros delitos contra el criterio del carácter razonable.

Abuso de situación de dominio

44. Algunas de las cuestiones que son pertinentes a la discriminación relativa a la aplicación de la ley contra los cárteles también podrían ser aplicables a los casos de abuso de situación de dominio. Éste sería el caso, por ejemplo, con respecto a las exenciones. Un monopolista de propiedad estatal o sancionado por el Estado tal vez esté eximido de enjuiciamiento por determinada conducta que podría dar lugar a sanción si se tratara de una empresa extranjera. Pero además, como el caso de los cárteles en algunos países, el análisis del abuso de situación de dominio puede contemplar el criterio de los beneficios de la no competencia que podrían aplicarse de forma discriminatoria, y que se examina a continuación.

Fusiones y otros delitos contra el criterio del carácter razonable

45. Las leyes de muchos países aplicables a las fusiones y otros delitos contra el criterio del carácter razonable prevén que, generalmente sólo en casos excepcionales, se aprueben transacciones con efectos anticompetitivos excesivos previa demostración de sus efectos provechosos compensatorios. De conformidad con las leyes de algunos países, por ejemplo, el análisis de fusión se somete a una prueba de "beneficios públicos" bastante amplia, que en teoría permite tener en cuenta prácticamente todos los efectos de una fusión, incluido su efecto sobre la competencia. Otras leyes son más precisas y enumeran los factores específicos pertinentes. Muchos de éstos están comprendidos en el capítulo "política industrial": competitividad internacional; promoción de las exportaciones, seguridad nacional; desarrollo técnico (investigación y desarrollo), y promoción del empleo. Otros factores de no competencia que son pertinentes en algunos países son los beneficios para los consumidores (fuera del mejoramiento del "bienestar del consumidor", que es un concepto que se emplea en los análisis de la competencia), la integración de los mercados, la promoción de las pequeñas y medianas empresas, la promoción de la diversidad en la propiedad de los medios, la promoción de la diversidad de propiedad de los bienes, en especial entre las clases anteriormente desfavorecidas, y el "progreso social."

46. Cabe sin duda afirmar que en todos los casos estos factores se consideren pertinentes sólo en la medida en que se aplican a la economía nacional. ¿Existe la posibilidad de discriminación a la hora de aplicar estos criterios? Parecería que sí. La política industrial estaría asociada fundamentalmente con la promoción de las empresas nacionales en perjuicio de las extranjeras. Éste sería realmente el caso, por ejemplo, de la "seguridad nacional". Algunos países promueven la diversidad de la propiedad de los medios, por ejemplo, lo cual podría interpretarse como la exclusión de la propiedad extranjera a algún nivel.

Cooperación internacional y cortesía positiva

47. Se ha propuesto que un elemento de un posible marco multilateral sobre competencia sea una disposición de cooperación internacional en materia de observancia de la legislación en la materia. Tal cooperación podría abarcar tanto la cooperación en casos específicos, mediante intercambios de información relacionada con casos concretos, sujeta a las leyes nacionales que protegen la información confidencial, e intercambios generales de información y experiencias y análisis conjunto de las cuestiones relacionadas con la competencia al nivel internacional.¹⁸ Un acuerdo de este tipo tal

¹⁸ Véase Comunidad Europea, *supra*, y también la comunicación presentada por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, "Un Acuerdo de la OMC sobre competencia y desarrollo", documento de la OMC WT/WGTCP/W/175, 26 de julio de 2001.

vez podría incluir también una disposición sobre la cortesía positiva -respuesta proactiva de un país a una solicitud de otro para resolver una conducta anticompetitiva del país receptor de la solicitud-, que está perjudicando los intereses del país solicitante.¹⁹

48. Podríamos preguntarnos si el principio de NMF se aplicaría a un compromiso de este tipo. En otras palabras ¿estaría un país que hubiera concertado un acuerdo de cooperación bilateral con otro país obligado a ofrecer los mismos términos a todas las partes de un posible marco multilateral sobre competencia? Como sabemos, naturalmente, los países establecen relaciones de cooperación mucho más estrechas en política de competencia con algunos países que con otros. Estas relaciones evolucionan con el transcurso del tiempo entre los países que desarrollan vínculos de confianza mutua y una relación de trabajo estrecha. Parece ser generalmente admitido que el trato NMF no debería aplicarse a los acuerdos de cooperación.

IV. EQUIDAD PROCESAL

En los Acuerdos de la OMC

49. El principio de "equidad procesal" está más enraizado en la esfera de la política de competencia que en la política comercial. Por cierto, los debates sobre los principios fundamentales de la OMC celebrados en el seno del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia normalmente se han limitado a esferas como el trato nacional, el trato NMF y la transparencia.²⁰ No obstante, se pueden destacar varias disposiciones en los Acuerdos de la OMC que están estrechamente relacionadas con el principio de equidad procesal.

50. Cabría señalar que existen varias formulaciones del concepto de "equidad procesal", que en determinadas jurisdicciones se conoce como "garantías procesales" o "derechos de la defensa ". No obstante, dos elementos comunes del concepto, que figuran en los tres principales Acuerdos de la OMC, son la exigencia de procedimientos administrativos y judiciales que sean justos y equitativos y el derecho a reexaminar las decisiones administrativas.

51. Las disposiciones clave relativas a la equidad procesal que figuran en los Acuerdos de la OMC son:

- i) GATT: artículo X - que contiene disposiciones sobre la administración uniforme, imparcial y razonable de las medidas comerciales y el derecho a revisar las medidas adoptadas de conformidad con éstas;²¹

¹⁹ Véase OCDE (1999), "*CLP Report on Positive Comity*", documento del Comité de Legislación y Política de la Competencia de la OCDE, DAF/CLP(99)19.

²⁰ OMC, "Principios fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia", documento de la OMC WT/WGTCP/W/114, 14 de abril de 1999, es ilustrativo y limita el examen a los principios fundamentales de la OMC respecto a estas tres esferas tradicionales. En la OMC, "Con el comercio hacia el futuro: Guía de introducción a la OMC - Los principios del sistema de comercio" http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm, la Secretaría de la OMC abarca el comercio más libre a través de la negociación y la previsibilidad mediante la vinculación como principios fundamentales, pero no como equidad procesal.

²¹ Con respecto a estos elementos, en el párrafo 3 a)-b) del artículo X del GATT se prescribe que cada Miembro de la OMC aplicará de "manera uniforme, imparcial y razonable", sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas, y que mantendrá o instituirá tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan "revisar y rectificar rápidamente las medidas administrativas".

- ii) AGCS: en particular el artículo VI; y²²
- iii) ADPIC: en particular el párrafo 2 del artículo 41 y el artículo 62.²³

52. También figuran disposiciones que contienen elementos sobre la equidad procesal en diversos Acuerdos que figuran en el Anexo IA, por ejemplo, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Valoración en Aduana, el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación y el Acuerdo sobre la Inspección Previa a la Expedición. El propio Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) también está impregnado de preocupaciones relacionadas con la equidad procesal y, en la jurisprudencia de la OMC se ha prestado mucha atención a tales preocupaciones.²⁴

53. El Acuerdo sobre los ADPIC es particularmente importante en la medida en que también establece que los Miembros pondrán al alcance de los "titulares de derechos" procedimientos judiciales civiles para lograr la observancia de todos los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo (ADPIC, Parte III, Sección 2). De esta manera introduce el concepto de actuaciones privadas en los acuerdos multilaterales de comercio.²⁵ Un modelo alternativo que otorga una capacidad a las partes privadas es el artículo XX del ACP. El ACP prevé que todos sus firmantes establezcan un foro en el que las partes privadas puedan plantear, en plazos breves, sus reclamaciones relativas a la contratación pública.²⁶

²² En virtud del párrafo 1 del artículo VI del AGCS, los Miembros mantendrán o instituirán tribunales o procedimientos judiciales que permitan la revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios.

²³ Cualquier procedimiento administrativo relativo a la adquisición, al mantenimiento o a la revocación, o los procedimientos contradictorios de los derechos de propiedad intelectual en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, debe ser "justo y equitativo", en el que las decisiones sobre el fondo de un caso sólo se basarán en pruebas acerca de las cuales se haya dado a las Partes la oportunidad de ser oídas, artículos 62 y 41. Estas decisiones a su vez están sujetas a revisión por parte de una autoridad judicial o cuasi judicial, artículo 62.

²⁴ Véase: Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, documento de la OMC WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997, en el que el Órgano de Apelación trata sobre las garantías de un procedimiento regular (equidad procesal) en la etapa de consultas; Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, documento de la OMC WT/DS56/AB/R, 27 de marzo de 1998, que trata sobre los procedimientos de trabajo del Grupo Especial; *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, documentos de la OMC WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (5 de junio de 1998); Órgano de Apelación, *México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos: Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, documento de la OMC WT/DS/132/AB/RW, 22 de octubre de 2001.

²⁵ Algunos observadores consideran que el derecho de petición de las empresas directamente ante los tribunales en los casos de presuntas violaciones de la ley de competencia ("actuaciones privadas") es un aspecto importante de las garantías procesales.

²⁶ De manera más específica, el artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública, documento de la OMC LT/UR/A-4/PLURI/2 (15 de abril de 1994) en el marco de sus procedimientos "impugnación" establece que "cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, oportunos y eficaces que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del presente Acuerdo que se produzcan en el contexto de una contratación en la que tengan o hayan tenido interés". Estas impugnaciones deben ser entendidas por un tribunal o un órgano de examen imparcial e independiente y preverán: "a) medidas provisionales rápidas para corregir las infracciones del Acuerdo y preservar las oportunidades comerciales. una evaluación de la impugnación y la posibilidad de adoptar una decisión sobre su justificación; y c) una rectificación de la infracción del Acuerdo o

54. En la medida en que se considere que la equidad procesal incluye el trato cuidadoso y la protección de información confidencial durante el proceso de aplicación, el examen y las disposiciones señaladas en la sección que trata sobre la "transparencia" de la información confidencial se traslapa con este principio.

En la legislación sobre competencia

55. Las partes en las investigaciones o procedimientos relativos a la competencia deben tener la seguridad de que los procedimientos pertinentes protegen adecuadamente sus derechos e intereses en la materia. Como ocurre con la transparencia, existen distintas clases de participantes en estos procedimientos, y sus intereses con respecto a la equidad procesal difieren en consecuencia. Los participantes podrían dividirse en tres grupos: 1) demandados o sujetos, 2) víctimas o demandantes privados, y 3) otros terceros interesados, como los demandantes, testigos y grupos de interés público.

Demandados o sujetos

56. Este grupo abarcaría a aquellos que posiblemente han incurrido en sanciones dimanantes de un procedimiento entablado en el organismo encargado de la competencia y que, por consiguiente, tienen intereses considerables en la equidad procesal, empezando por la investigación, siguiendo a lo largo del procedimiento formal y, dado el caso, en las decisiones y apelaciones. Estos intereses podrían abarcar, entre otros, los siguientes:

Investigación

- notificación de la investigación y de su objeto materia, incluida la naturaleza de la posible violación;
- una comprensión de las normas procesales puestas en práctica por el organismo encargado de la competencia;
- la capacidad de presentar información y argumentos al organismo con anterioridad a su decisión;
- en caso de que el posible delito pertenezca el ámbito penal, la aplicación de las protecciones constitucionales usuales en materia penal, incluido el derecho a no estar obligado a incriminarse a sí mismo; y
- si el organismo está considerando una decisión o acción formal contra la persona, notificación del fundamento de la decisión posible y la capacidad de responder a las alegaciones.

Procedimiento de aplicación

- notificación de las alegaciones que se tienen en su contra y acceso a las pruebas pertinentes consignadas en el expediente de investigación, sujeto a niveles de protección razonable de la información confidencial;
- el derecho de representación por un abogado;

una compensación por los daños o perjuicios sufridos que podrá limitarse a los gastos de preparación de oferta o de la reclamación". Con el fin de preservar los intereses comerciales y de otro tipo afectados, el procedimiento de impugnación "se sustanciará normalmente en tiempo oportuno".

- el derecho de presentar pruebas y análisis al responsable de la toma de decisiones;
- niveles probatorios conformes con las normas nacionales en materia de litigios; y
- formulación por escrito de las decisiones finales, incluida una exposición de sus fundamentos jurídicos y constataciones de hecho.

Apelaciones

- El derecho de apelar contra una decisión adversa ante una autoridad independiente y, en última instancia, ante los tribunales.

Víctimas y demandantes privados

57. Este grupo abarcaría las partes privadas que consideran que han sido perjudicadas por la conducta anticompetitiva y que, por consiguiente, tienen derechos ejecutorios. El Grupo Conjunto ha estudiado el tema de los recursos de las partes privadas en virtud de la legislación sobre competencia²⁷, y concluyó que los demandantes privados, en virtud de las leyes de competencia de todos los regímenes, tienen derecho a:

- presentar una petición ante el organismo encargado de la competencia, de manera formal o informal, para que entable una investigación o procedimiento con el objeto de reparar una presunta violación de la legislación sobre competencia que perjudica al demandante;
- presentar pruebas y análisis al organismo encargado de la competencia, de manera formal o informal, relativos a la conducta que está sujeta a una investigación o procedimiento en el organismo;
- ejercer recursos, mediante la participación activa en los procedimientos del organismo encargado de la competencia (ya sea de forma directa o mediante una intervención formal), o mediante juicios privados en tribunales, o ambos, contra las conductas que violen la legislación sobre competencia y que sean perjudiciales para la parte privada, de una manera que sea compatible con la necesidad de evitar una interferencia indebida con la misión básica del organismo encargado de la competencia de aplicar la legislación sobre competencia en nombre de todos los ciudadanos y de ofrecer una protección contra peticiones sin fundamento o demandas judiciales intrincadas.

Otros terceros interesados

58. Este grupo que englobaría, entre otros, a los demandantes, los testigos de terceros en los procedimientos de aplicación y los grupos de consumidores o de interés público, es relativamente diverso. Por regla general, sus miembros tendrían un interés en el resultado de la investigación o el procedimiento relativo a la competencia pero no necesariamente derechos ejecutorios en dicho contexto. La equidad procesal para este grupo abarcaría lo siguiente:

- para los demandantes, el acceso al organismo encargado de la competencia con el objeto de entablar su reclamación y presentar pruebas y análisis, y una protección razonable de la información confidencial suministrada por el demandante, incluida la

²⁷ OCDE (2000), "Remedies Available to Private Parties Under Competition Laws", documento de la OCDE, Grupo Conjunto de la OCDE sobre Comercio y Competencia COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL.

garantía de confidencialidad en situaciones en las que el demandante podría verse perjudicado de conocerse su identidad;

- para los testigos en procedimientos formales, la protección de las normas nacionales sobre el hecho de prestar declaración, niveles probatorios y representación por el consejo, y la protección razonable de la información confidencial facilitada por el testigo;
- la instrucción de un procedimiento formal en público, apoyado por un registro probatorio público, sujeto a una protección razonable de la información confidencial.

Oportunidad

59. El concepto de oportunidad es uno de los aspectos de la equidad procesal. Los procedimientos de aplicación deben despacharse con la debida prontitud. Los retrasos injustificados perjudican a aquellos que tratan de obtener reparación por los daños sufridos a causa de una conducta anticompetitiva, entre otros los consumidores de un país, y también a los sujetos o demandados en dichos procedimientos, cuyas empresas pueden verse afectadas por los gastos y la incertidumbre que originan los procedimientos muy largos.
