

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTCP/W/219
6 de noviembre de 2002

(02-6103)

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

Original: inglés

COMUNICACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

A continuación se facilita el texto definitivo de un documento recibido de la Misión Permanente de los Estados Unidos que se distribuyó como copia provisional para la reunión del Grupo de Trabajo de 26-27 de septiembre de 2002.

EQUIDAD PROCESAL

I. ANTECEDENTES EN MATERIA DE EQUIDAD PROCESAL

La Declaración Ministerial de Doha estableció un programa para la labor del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, que abarca la aclaración de los principios fundamentales de equidad procesal, transparencia y no discriminación, temas que el Grupo de Trabajo examinará en su reunión de septiembre. Por cuanto ésta será la primera vez que el Grupo de Trabajo examine el concepto de equidad procesal con detalle, los Estados Unidos han decidido presentar dos documentos con destino a esta reunión del Grupo de Trabajo. La presente comunicación está enteramente dedicada a la equidad procesal; la transparencia y la no discriminación, que el Grupo de Trabajo examinó anteriormente en junio de 1999, se abordan en otro documento adjunto titulado "Transparencia y no discriminación".

Los Estados Unidos comienzan su comunicación con un examen de los antecedentes de los procedimientos que tienen establecidos los organismos antitrust para garantizar que su acción sea equitativa e imparcial. El documento concluye con un análisis destinado a plantear las cuestiones en las que el Grupo de Trabajo podría centrarse al discutir un posible marco multilateral de la OMC que abarcara compromisos relativos a la equidad procesal en materia antitrust. Los Estados Unidos abrigan la esperanza de que su comunicación sea propicia a un intercambio productivo de opiniones entre los Miembros y facilite el cometido del Grupo de Trabajo en sus esfuerzos por aclarar los conceptos relativos a la equidad procesal.

A. LA EQUIDAD PROCESAL EN LOS ORGANISMOS ANTITRUST ESTADOUNIDENSES

En nuestra comunicación de marzo de 2001, titulada "Gestionar la Ley y la política de competencia: cómo fijar y lograr objetivos políticos con unos recursos limitados", describimos con detalle la selección de los asuntos y los procedimientos de examen de los organismos antitrust estadounidenses.¹ No es nuestra intención repetir *in extenso* el contenido de nuestra comunicación anterior; en cambio, resumiremos las partes de dicha comunicación que se referían a las disposiciones

¹ WT/WGTCP/W/164.

procesales que los organismos antitrust estadounidenses tienen establecidas para garantizar que sus decisiones se adopten de manera equitativa e imparcial, y complementaremos ese resumen con información adicional, cuando corresponda.²

1. Investigaciones antitrust

Como antecedente, cabe decir que los dos organismos antitrust federales de los Estados Unidos poseen una amplísima discreción para determinar si corresponde iniciar una investigación para dar curso a una reclamación o incoar una medida de ejecución.³ El concepto de amplias facultades⁴ para iniciar o no un procedimiento es un concepto común en los países del *common law*.⁵ En el caso del Departamento de Justicia (en adelante el "Departamento"), no existe un procedimiento formal para interponer reclamaciones, que pueden hacerse mediante llamadas telefónicas, facsímiles, mensajes electrónicos, cartas o memoriales de particulares o empresas o sus abogados.⁶ En consonancia con la facultad discrecional de iniciar un procedimiento, el Departamento no tiene obligación de responder a una reclamación o de intervenir con ocasión de una reclamación. El Departamento, conforme a sus procedimientos internos⁷, conserva su facultad discrecional de determinar si ha de iniciar y llevar adelante una investigación, teniendo en cuenta el derecho y las pruebas, así como sus prioridades sustantivas y las limitaciones de sus recursos. Es importante observar que el Departamento no puede por sí solo bloquear una fusión o hacer cesar actos anticompetitivos. En cambio, el Departamento aplica la legislación antitrust a través de demandas interpuestas ante los tribunales federales. Uno de los factores cruciales para decidir si se ha de incoar

² La presente comunicación se centra en los procedimientos utilizados por las autoridades antitrust federales en los Estados Unidos, pero, como se señaló en comunicaciones anteriores, por ejemplo, WT/WGTC/W/164, los estatutos y las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos confieren capacidad jurídica para aplicar las normas antitrust nacionales estadounidenses a los fiscales generales de los Estados y a los particulares perjudicados. La mayoría de los Estados de los Estados Unidos cuentan también con leyes antitrust que siguen muy de cerca a las leyes federales antitrust. Las leyes de los Estados se aplican normalmente a las infracciones que se cometen en un estado en su totalidad.

³ Los organismos antitrust federales pueden iniciar investigaciones por propia iniciativa o dar curso a una reclamación. Las investigaciones pueden tener su origen en las informaciones de prensa analizadas por la plantilla del organismo o derivarse de otros asuntos, investigaciones o proyectos de los organismos.

⁴ El término "facultades para iniciar un procedimiento" se refiere en general a la discreción conferida a un organismo investigador para decidir qué acciones civiles, penales o administrativas corresponde incoar.

⁵ En el Canadá, por ejemplo, el Procurador General del Canadá por conducto del Fiscal de la Corona cuenta con amplias facultades para decidir, basándose en el interés público, qué procedimientos deben incoarse; las decisiones respecto de incoar una acción competen únicamente al Procurador General y a su asesor. Igual criterio se ha aplicado desde larga data en el Reino Unido. En 1925, el entonces Procurador General de Inglaterra dijo lo siguiente: "Entiendo que el Procurador General tiene esta obligación. Debe absolutamente abstenerse de recibir instrucciones del Primer Ministro, el Gabinete o cualquiera otra persona en cuanto a incoar una acción. Su primera obligación es velar por que nadie sea enjuiciado con toda la majestad de la ley a menos que el Procurador General ... haya comprobado que existe causa para enjuiciarlo. El Procurador General no debe recibir instrucciones de nadie." J. Edwards, *The Law Officers of the Crown*, 215 (1964).

⁶ Para un examen más completo de los procedimientos que aplica el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en las investigaciones antitrust, véase el manual de la División Antitrust (una obra de 500 páginas), Antitrust Division Manual (1998), disponible en línea en <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/three.atr.htm>.

⁷ Véase, en general, Antitrust Division Manual, capítulo III.

o no un procedimiento, pues, es la necesidad de convencer a un juez federal (o a un jurado en procedimientos penales; véase *infra*) de que se ha cometido una infracción.⁸

La Comisión Federal del Comercio (en adelante la "Comisión"), de manera muy similar al Departamento, posee una amplia discreción para iniciar investigaciones e incoar medidas de ejecución. El Reglamento de Práctica y Procedimiento de la Comisión Federal del Comercio ("Reglamento de la Comisión") dispone que "todo particular, sociedad colectiva, sociedad mercantil, asociación u organización puede solicitar a la Comisión que inicie una investigación respecto de un asunto que esté en el ámbito de la competencia de ésta".⁹ Se alienta a los reclamantes a que presenten una declaración firmada que incluya una descripción de la presunta infracción, toda la documentación justificante disponible y el nombre y domicilio del reclamante. Paralelamente a este proceso formal de reclamación, y de mucha mayor importancia desde el punto de vista cuantitativo, cabe mencionar las muchas reclamaciones informales que recibe el organismo por vía postal, telefónica o facsimilar o por otros medios de comunicación. Aunque la Comisión no está obligada a atender a las peticiones de que se inicien investigaciones, la plantilla de la Oficina de Competencia de la Comisión acusa recibo de esas peticiones y, por lo común, se embarca en una discusión breve de los aspectos legales del caso por escrito o, más comúnmente, por teléfono. Las respuestas telefónicas se vienen usando cada vez más, pues son una forma rápida y conveniente de mantener un diálogo y otros contactos entre el reclamante y el organismo. La decisión definitiva de iniciar una investigación se basa en parte en la gravedad de las alegaciones, las prioridades de la Comisión en materia de medidas de ejecución y sus limitaciones en esa esfera (por ejemplo, de recursos financieros). La decisión es enteramente discrecional.

Una vez que se inicia una investigación antitrust civil, el Departamento y la Comisión aplican procedimientos de investigación similares que culminan en la interposición de una acción judicial (o una instancia administrativa en asuntos que son dirimidos dentro de la Comisión). Para velar por que el proceso de investigación se lleve a cabo de manera equitativa, en todas las etapas del proceso -desde la apertura de una investigación, pasando por una segunda petición en la investigación de una fusión o concentración, el uso del procedimiento de apremio y la recomendación de que se adopte una medida de ejecución, hasta el cierre de una investigación- los funcionarios deben celebrar consultas con sus superiores antes de pasar a la fase siguiente. En el transcurso de una investigación antitrust, los sujetos de la investigación (y/o sus representantes) pueden reunirse, y muchas veces se reúnen, con los funcionarios que instruyen la investigación. Por ejemplo, en las causas penales, el Manual de la División Antitrust del Departamento dispone que los funcionarios del Departamento deben dar oportunidad a los abogados de las partes para exponerles sus argumentos, antes de que se pueda formular una recomendación, y para exponer esos argumentos a los funcionarios superiores de la División Antitrust, antes de que se adopte una decisión de presentar un acta de acusación a la justicia.¹⁰ Los organismos a menudo celebran consultas con terceros interesados. A medida que la causa llega a puntos importantes en que se deben adoptar decisiones, es frecuente que se celebren reuniones entre los sujetos de la investigación y los funcionarios superiores del Departamento y la Comisión. Cuando se trata de la Comisión, se pueden también celebrar reuniones con los Comisionados, que si bien son quienes adoptarán la decisión última sobre la medida de ejecución, no intervienen en las decisiones ordinarias adoptadas por la vía jerárquica ordinaria. En el curso de este proceso, tanto el personal sustantivo como la administración superior están bien conscientes de que si

⁸ Véase, en general, la comunicación de los Estados Unidos de marzo de 2001, WT/WGTCP/W/164, en la que se expusieron con más detalle las consideraciones en que se sustenta la decisión de la Comisión y del Departamento de instaurar una acción, incluidos los criterios que se aplican para incoar acciones penales.

⁹ Artículo 2.2 a), 16 CFR 2.2 (a).

¹⁰ Véase, en general, Antitrust Division Manual, capítulo III, página 113.

se instaure una medida de ejecución, en última instancia puede ocurrir que haya que justificarla ante un tribunal independiente.

Ambos organismos federales están sujetos a un estricto régimen de confidencialidad. Muchos de los asuntos antitrust de carácter penal se investigan por conducto del proceso del gran jurado, que se instruye en secreto.¹¹ La ley prohíbe que las personas que estén presentes en la sala del jurado durante la audiencia, con la excepción de los testigos, divulguen los asuntos que se tramitan ante el gran jurado.¹² Los organismos se enteran de la mayor parte de las fusiones a través de la documentación que debe presentarse con anterioridad de una fusión en virtud de la Ley Hart-Scott-Rodino ("Ley HSR"), que dispone que toda la "información o documentación" presentada a la División o a la Comisión en virtud de la Ley HSR es confidencial, salvo "en la medida en que pueda ser pertinente en una acción o actuación administrativa o judicial".¹³ Salvo por esta limitada excepción, las pruebas o documentos relacionados con la Ley HSR no pueden ser puestos en conocimiento de los organismos de vigilancia de los Estados o del extranjero o de terceros sin el consentimiento de la parte que ha suministrado la información pertinente. Un caudal importante de la información en las investigaciones de fusiones y en las investigaciones antitrust civiles distintas de las fusiones se obtiene mediante un procedimiento de apremio, que abarca interrogatorios, solicitudes de documentos y declaraciones juradas. Este tipo de información sólo se puede poner en conocimiento de terceros en circunstancias muy limitadas.¹⁴ Incluso la información suministrada voluntariamente a los organismos (esto es, fuera del procedimiento de apremio) está amparada por una protección sustancial de confidencialidad.¹⁵ Debido al estricto régimen de confidencialidad que se aplica a la

¹¹ En los Estados Unidos, los fiscales federales investigan los delitos mediante el régimen del gran jurado. El gran jurado es un cuerpo compuesto por entre 16 a 23 ciudadanos, que debe recibir la prueba contra los sujetos de una investigación y formular acusaciones contra éstos si determina que existe causa probable para creer que los sujetos de la investigación han cometido un delito. Las únicas personas que están autorizadas a asistir a las audiencias del gran jurado, además de los integrantes mismos del gran jurado, son los fiscales, el testigo que debe declarar, los intérpretes en caso necesario y la persona que levanta el acta de la audiencia.

¹² Las violaciones intencionales del secreto del gran jurado pueden ser castigadas por desacato judicial. El secreto de las actuaciones del gran jurado alienta a los testigos a declarar con libertad y veracidad, reduce al mínimo los riesgos de que los posibles querellados se den a la fuga o utilicen medios corruptos para frustrar las investigaciones, protege a los integrantes mismos del gran jurado y a las actuaciones de presiones e influencias ajenas al proceso y protege a las personas objeto de una investigación que, en última instancia, no sean objeto de una acusación penal. El texto de la declaración de los testigos, por lo común, se conserva en secreto durante la fase de la investigación que corresponde al gran jurado y, por lo común, se da a conocer sólo si se dicta un acta de acusación contra el sujeto de la investigación y el asunto se lleva a juicio y el testimonio o bien se presenta en juicio o se debe dar a conocer en virtud de las normas de descubrimiento de la prueba antes del juicio.

¹³ Artículo 7 h) de la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 18a(h). Los organismos interpretan que esta disposición se aplica a una acción administrativa o judicial en la que sea parte el organismo respectivo.

¹⁴ La Ley de procedimiento antitrust civil, 15 U.S.C. § 1311-1314, rige el procedimiento de apremio en las investigaciones del Departamento de Justicia. Las pruebas obtenidas al amparo de la Ley de procedimiento antitrust civil se pueden revelar sin el consentimiento de la parte que las ha producido: 1) al Congreso; 2) a la Comisión Federal del Comercio, que está sujeta a las mismas normas que el Departamento de Justicia en cuanto al uso de esas pruebas; 3) a terceros "en relación con la toma de prueba testimonial" al amparo de un requerimiento de investigación civil; y 4) para uso oficial en relación con causas judiciales, actuaciones de gran jurado o actuaciones administrativas o reglamentarias federales en las que interviene el Departamento de Justicia. Las obligaciones de confidencialidad de la Comisión Federal del Comercio con respecto a la información que obtiene por medio del procedimiento de apremio son similares.

¹⁵ Aunque la información confidencial suministrada voluntariamente en el curso de una investigación antitrust no está amparada por la amplia protección legal que se brinda a la información que se produce de resultados de un procedimiento de apremio o en relación con las actuaciones de un gran jurado, la política del Departamento consiste en no revelar información comercial delicada salvo cuando la ley así lo exija o sea

información obtenida en el proceso del gran jurado y en virtud de la Ley HSR y de las disposiciones sobre los requerimientos de investigación civil, los funcionarios no dan acceso a las pruebas reunidas a terceros interesados ni tampoco hacen saber que una empresa o un particular es objeto de investigación, salvo cuando la circunstancia ya es de público conocimiento, en cuyo caso los organismos confirman que están realizando una investigación, si bien, en general, no revelan ningún otro detalle acerca de ésta.

Los organismos antitrust federales de los Estados Unidos establecen un sano equilibrio entre las prescripciones de confidencialidad y el importante interés de mantener la transparencia general del proceso, las decisiones y las políticas antitrust.¹⁶ El Departamento y la Comisión por lo común informan al sujeto de una posible medida de ejecución de las alegaciones que tienen intención de formular, de modo que éste tenga oportunidad de responder antes de que el organismo adopte una decisión definitiva sobre la medida de ejecución. Ambos organismos dan a publicidad los arreglos que conciertan y solicitan las observaciones del público antes de ultimar dichos arreglos.¹⁷ Las decisiones de no instaurar acción no se dan por lo común a publicidad, si bien ordinariamente se ponen en conocimiento del sujeto de la investigación y, caso por caso, se informa de la decisión a los terceros interesados. Naturalmente, las actuaciones de primera instancia y las apelaciones en causas antitrust (que se examinarán con más detalle *infra*) se ventilan casi enteramente en público.

2. Juicios antitrust

Con respecto a los asuntos antitrust civiles, que abarcan las fusiones y la mayor parte de los delitos de monopolio, el Departamento debe acudir ante un tribunal federal de jurisdicción general, que decidirá sobre el fondo del asunto al concluir el juicio. El demandado en una acción de esa naturaleza está amparado por diversas garantías procesales en el curso de las actuaciones y tiene incluso la facultad de citar testigos en su defensa y de repreguntar a testigos desfavorables. Además, antes del juicio, tanto el Estado como el demandado pueden obtener información el uno del otro y de terceros que pueda ser pertinente a la demanda o a la defensa mediante interrogatorios, solicitudes de documentos y declaraciones juradas. Tanto el Estado como el demandado pueden apelar de la decisión del tribunal de primera instancia.

El Departamento puede instaurar, y a menudo instaura, acciones penales contra las infracciones de la Ley Sherman. La gran mayoría de las causas penales que se llevan a juicio se han referido a alegaciones de infracciones automáticas del artículo 1, tales como la fijación de precios horizontal, la manipulación fraudulenta de licitaciones y las confabulaciones para distribuir mercados o clientela. En las actuaciones penales se brindan otras garantías procesales que tienen por objeto conformarse a las prescripciones sobre respeto de las garantías procesales consagradas en la Constitución de los Estados Unidos y la amplísima jurisprudencia interpretativa del concepto de las garantías procesales y de los conceptos de la equidad fundamental. Las causas antitrust penales en los Estados Unidos se ventilan ante los tribunales federales y los querellados tienen la facultad de citar a sus propios testigos y de repreguntar a los testigos de cargo. Sin embargo, los querellados se

necesario para sustentar una acción legítima de aplicación de la ley. En la Comisión, la información suministrada voluntariamente, en lugar de información suministrada en virtud de un procedimiento de apremio, recibe la misma protección que la información suministrada conforme a un procedimiento de apremio.

¹⁶ La cuestión de la transparencia se examinará con detalle en el documento adjunto titulado "Transparencia y no discriminación".

¹⁷ Véase ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, página 686 y páginas 756 a 763 (quinta edición, 2002). Asimismo, los pactos entre el ministerio público y el querellado en las causas penales de represión de cárteles no se ponen en conocimiento del público para que se formulen observaciones, sino que debe ser homologados por un tribunal federal.

benefician de otras garantías procesales, incluso de las garantías del juicio por jurados, el acceso a los documentos que están en posesión del Gobierno y que son esenciales para preparar su defensa, el descubrimiento de las declaraciones de los testigos de cargo, la revelación de información exculpatória en posesión del ministerio público y el derecho a no declarar contra sí mismos. En los asuntos penales, el Estado debe justificar sus argumentos mediante prueba suficiente sin que quede duda razonable. Este criterio de prueba es más estricto que el criterio de la "preponderancia de la prueba" utilizado en las causas antitrust civiles. Los acusados en un juicio penal de represión de cárteles pueden apelar de la decisión desfavorable en primera instancia, pero, con raras excepciones, el ministerio fiscal no puede apelar.

La Comisión puede instaurar algunas de sus acciones en forma independiente ante los tribunales; otras acciones, en cambio, se ventilan ante la Comisión misma en actuaciones que son muy similares a un juicio de primera instancia. En ambos casos, las decisiones pueden ser apeladas ante un Tribunal de Apelaciones Federal. A los asuntos que se ventilan ante la Comisión se les aplican diversas normas de procedimiento destinadas al garantizar la equidad, incluidas las disposiciones con arreglo a las cuales las actuaciones se deben incoar de manera expeditiva y las que garantizan la independencia del juez administrativo. El demandado tiene también ciertos derechos procesales, incluido el derecho de descubrir documentos de la Comisión y de terceros, obtener la declaración de testigos del Estado y de citar y repreguntar testigos en su defensa durante las actuaciones.¹⁸ Cuando la Comisión instaura una acción ante los tribunales federales de jurisdicción general, se aplican las mismas garantías procesales examinadas *supra* en relación con las causas antitrust civiles incoadas por el Departamento.

II. CUESTIONES QUE PLANTEA LA INCORPORACIÓN DE LA EQUIDAD PROCESAL EN UN MARCO MULTILATERAL DE LA OMC

A. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR EQUIDAD PROCESAL?

Actualmente no existe un consenso internacional respecto de qué es la equidad procesal en el contexto antitrust, y llegar a un acuerdo respecto de los elementos que se han de incluir en un posible marco multilateral relativo a la equidad procesal será un ejercicio sumamente difícil. Los conceptos de equidad fundamental en el contexto de disciplinas de aplicación de la ley como el derecho antitrust presentan grandes variaciones entre diversos regímenes jurídicos y, naturalmente, reflejarán la influencia de la cultura política y jurídica en que el organismo antitrust lleva a cabo su acción. Parece improbable que pueda llegarse a un consenso respecto de directrices detalladas y específicas que, respetando las diferencias entre regímenes jurídicos, no violen la soberanía nacional ni atenten contra la independencia de los organismos de aplicación y de los tribunales. Por otra parte, acaso sea muy fácil incorporar ciertos conceptos de equidad en unas directrices sobre equidad procesal que no sean suficientemente específicas. Estos conceptos, si son excesivamente abstractos o generales, no sólo no brindarán una gran orientación, sino que podrían también crear una incertidumbre significativa y constituir una invitación a impugnar el sistema de un Miembro alegando que no se conforma a las directrices.

Aunque el Grupo de Trabajo ni ha examinado la equidad procesal con detalle ni ha analizado el vínculo entre los conceptos de equidad procesal en el contexto antitrust y el sistema mundial de comercio, las comunicaciones anteriores de la Unión Europea (UE) al Grupo de Trabajo dan una idea de algunos de los elementos que el Grupo de Trabajo podría considerar en un futuro instrumento de la OMC. Con la mira de estimular las deliberaciones de los miembros del Grupo de Trabajo, resumiremos *infra* los trabajos de la UE. Seguidamente examinaremos los conceptos principales

¹⁸ 16 C.F.R. § 3, disponible en línea en http://www.access.gpo.gov/nara/cfr/cfrhtml_00/Title_16/16cfrv1_00.html.

postulados por la UE y plantaremos cuestiones y preguntas para que las examine el Grupo de Trabajo. Por último, abordaremos el concepto de oportunidad, pues muchos de los elementos de la equidad procesal que se examinan *infra* no tienen un gran valor si un organismo antitrust no puede resolver los asuntos que se le presenten de manera oportuna. Abrigamos la esperanza de que ese análisis aclarará los posibles beneficios, costos y cuestiones que puede entrañar un marco multilateral sobre la equidad procesal.

Cómo se dijo antes, las comunicaciones anteriores de la UE pueden brindar algunas ideas que el Grupo de Trabajo tal vez quiera examinar en sus primeras deliberaciones sobre la equidad procesal. En su comunicación de junio de 2000 al Grupo de Trabajo, la UE sostuvo que las disposiciones relativas a la transparencia en un acuerdo de la OMC sobre competencia "deberían incluir la cuestión del 'procedimiento debido' ... [incluidos] procedimientos a través de los cuales los particulares puedan tener acceso a los organismos encargados de la competencia, la garantía de que se seguirá el procedimiento debido en las investigaciones y la aplicación de la legislación sobre competencia, normas básicas de protección de la información confidencial, un derecho de recurso contra las decisiones administrativas y una actuación del poder judicial en el procedimiento de aplicación de la legislación".¹⁹ La UE abordó también los conceptos de la equidad procesal en su comunicación de mayo de 1999, en la que (en el contexto de un examen sobre los principios de no discriminación y transparencia) señaló que "[l]os derechos de partes privadas en los procedimientos relacionados con la competencia son esenciales" y destacó la importancia "del derecho a presentar reclamaciones ante las autoridades encargadas de la competencia y del derecho a demandar en los tribunales". La UE expuso sus primeras ideas respecto de los elementos que se podrían considerar con destino a las normas de la OMC en materia de competencia y sugirió que el Grupo de Trabajo estudiase los siguientes temas que se podrían incluir entre esos elementos: "procedimientos que permitieran a partes privadas acceder a las autoridades encargadas de la competencia"; la protección de la información confidencial; y la "función del poder judicial ... incluidos el acceso directo a los tribunales y el examen de decisiones administrativas".²⁰ En la comunicación se resumieron asimismo los derechos de las compañías en virtud de la legislación de la CE sobre competencia, a saber: a) notificación a todas las partes interesadas de una "formulación de objeciones", en la que se indiquen las objeciones planteadas por la Comisión; b) el derecho a responder por escrito o verbalmente a esas objeciones; c) el derecho a acceder al expediente de la Comisión, con excepción de los documentos de carácter confidencial; d) el derecho a la protección de la información confidencial; y e) el derecho al examen judicial de decisiones sobre competencia.²¹

¹⁹ WT/WGTCP/W/152, página 8.

²⁰ WT/WGTCP/W/115, página 14.

²¹ WT/WGTCP/W/115, páginas 6 a 9. Véase también WT/WGTCP/W/45, páginas 6 y 7 (donde se sugiere que el Grupo de Trabajo explore "el derecho de las empresas a presentar reclamaciones", los procedimientos administrativos, las decisiones, la revisión judicial y el acceso al sistema judicial para la ejecución por el sector privado). En otros documentos de la UE se examina el concepto de la equidad procesal, pero sólo de manera general. Por ejemplo, en la comunicación de la UE de junio de 2000 también se aborda la cuestión del procedimiento debido sin ampliar el concepto, pues se dice que las disposiciones en materia de transparencia en un acuerdo multilateral sobre competencia "deberán comprender cuestiones relacionadas con el 'procedimiento reglamentario'", ya que de esa manera se contribuiría de forma importante al cumplimiento efectivo de las normas antitrust. WT/WGTCP/W/140, páginas 9 y 10. La UE también aborda la cuestión del debido proceso o proceso reglamentario en el contexto de la transparencia en su comunicación de junio de 1999 cuando dice que "[la transparencia] ... ofrece [además] seguridades de un 'procedimiento reglamentario'". WT/WGTCP/W/130, página 4.

La labor realizada por la UE presenta diversos temas que este Grupo de Trabajo puede examinar, incluidos los temas de la importancia del acceso al organismo antitrust, el concepto de que el organismo antitrust informe a las partes de sus objeciones antes de adoptar una medida definitiva, la protección de la confidencialidad y la función del poder judicial en la aplicación, incluida la revisión en alzada. Seguidamente examinaremos cada uno de estos temas.

B. ACCESO AL ORGANISMO ENCARGADO DE LA COMPETENCIA

Obviamente, para que un régimen antitrust sea equitativo, no debe tratar las reclamaciones de unos más favorablemente que las de otros, pero cabe preguntarse qué implica un acceso apropiado a un organismo antitrust desde el punto de vista de la equidad procesal. ¿Significa esto sencillamente el derecho a expresar puntos de vista individuales al organismo antitrust? ¿O significa este concepto algo más e incluye el derecho a una reunión formal con el organismo antitrust o a una respuesta de éste? En caso afirmativo, cabe preguntarse si el acceso supone que el organismo antitrust aplicará procedimientos formales para dar curso a las reclamaciones o celebrar audiencias antes de adoptar medidas (o de negarse a adoptarlas). ¿Debería también requerir que todas las reclamaciones reciban una respuesta oficial, incluidas las reclamaciones que obviamente carezcan de fundamento? Si se considera necesario que haya un sistema formal para tramitar las reclamaciones y responder a ellas, ¿cómo podrían los organismos antitrust con recursos limitados (en particular, los regímenes nuevos o los organismos pequeños) aplicar esos sistemas sin perjuicio de prioridades más importantes, tales como las de hacer hincapié en cuestiones urgentes de aplicación y la defensa de la competencia? ¿Podrían las prescripciones relativas a los procedimientos formales obrar en detrimento de las amplias facultades para iniciar un procedimiento, concepto que es esencial para el funcionamiento de los regímenes jurídicos de muchas jurisdicciones? Si no se considerase necesario establecer procedimientos formales para tramitar las reclamaciones y responder a ellas, ¿cómo podría un Miembro que utilizase procedimientos informales demostrar que son equitativas sus decisiones de dar curso a algunas reclamaciones, pero no a otras?

En relación con el acceso y otros aspectos de la equidad procesal, los Miembros de la OMC tendrán que considerar si todas las personas han de ser tratadas en pie de igualdad con prescindencia de las circunstancias o si se han de conceder derechos más amplios a ciertas categorías de partes. Por ejemplo, es común que un organismo antitrust de los Estados Unidos, en el contexto de un examen de una fusión importante, se reúna varias veces con un cliente de las partes intervinientes en la fusión, pero que se reúna con menos frecuencia con un competidor pequeño de las partes (o que no se reúna en modo alguno con éste, en particular si dicho competidor ha expresado sus opiniones por escrito). ¿Estará en ese caso el organismo antitrust obrando de manera "equitativa" al tratar al cliente de manera distinta que al pequeño competidor? ¿Debiera exigirse que el organismo antitrust se reuniese con ciertas categorías de terceros (tales como sindicatos o accionistas en el contexto de una fusión) que podrían verse perjudicados por una transacción, aunque no en el sentido tradicional de la represión de los monopolios, o que les acordase derechos procesales? ¿Deben los organismos antitrust tratar positivamente de identificar a terceros que podrían verse afectados por la conducta en cuestión y notificarles de la investigación?

Por último, algunos Miembros -como los Estados Unidos- reconocen derechos amplios para que los particulares entablen directamente acciones antitrust con prescindencia de las medidas que puedan adoptar los organismos antitrust del Gobierno. ¿Debieran todos los Miembros estar obligados a reconocer derechos similares? ¿Debieran los organismos antitrust de los Miembros cuyos regímenes jurídicos autorizasen a los particulares a entablar acciones estar obligados a conceder el

mismo grado de acceso que los organismos que realizan su cometido en regímenes que no reconocen esos derechos?²²

La respuesta a estos y otros interrogantes respecto de las cuestiones de la equidad procesal bien podría requerir un examen y una comprensión más profunda de la relación entre los procedimientos antitrust y el sistema mundial de comercio, así como una labor y un consenso mayores respecto de la orientación que ha de impartirse a la política antitrust. Los Miembros que consideran que la política antitrust tiene una finalidad más importante en cuanto al bienestar del consumidor y la eficiencia harán hincapié en las pruebas que puedan allegar los clientes; en cambio, los Miembros que estimen que un régimen antitrust se ha de emplear como medio para proteger a los competidores presumiblemente se inclinarán a favor de conceder unos derechos más amplios a los competidores. Por su parte, los Miembros cuya legislación antitrust abarque el examen de objetivos de política social más amplios probablemente se inclinarán en favor de conceder acceso a una categoría más amplia de reclamantes que los Miembros cuyas leyes antitrust se ajusten a una pauta más tradicional.

C. CONOCIMIENTO DEL FUNDAMENTO DE LAS OBJECIONES DEL ORGANISMO ENCARGADO DE LA COMPETENCIA ANTES DE QUE SE ADOPTEN MEDIDAS DEFINITIVAS Y DERECHO A RESPONDER

Informar a los sujetos de una investigación del fundamento de las objeciones del organismo antitrust antes de que éste adopte medidas es una forma de fomentar la equidad. Esta práctica da al sujeto de la investigación la oportunidad de responder y aclarar cualquier malentendido y, en la medida en que esa discusión propicie un diálogo entre el organismo antitrust y las partes en el que se examinen los méritos de una posible causa, sólo redundará en beneficio de la exactitud de la decisión última que se adopte. Las comunicaciones anteriores de la UE aparentemente así lo reconocen cuando citan sus propios procedimientos que requieren que se emita una formulación de objeciones antes de que la Comisión adopte la decisión definitiva y dan a las partes el derecho a responder por escrito o verbalmente.

Si decidiesen que esta práctica se debe incluir en un posible marco multilateral sobre competencia, los Miembros de la OMC tendrán que determinar la forma que se le ha de impartir y el contenido de la obligación. Las cuestiones que los Miembros acaso quieran considerar se refieren a saber si el sujeto de una investigación tiene derecho a que se le suministre esa información por escrito, de manera similar a lo que se hace en la UE. ¿Podrían los Miembros, en cambio, cumplir esa prescripción mediante la comunicación verbal de sus objeciones, de una manera más informal? Además, el Grupo de Trabajo acaso quiera considerar el grado de amplitud que han de tener las obligaciones en esa materia. En otras palabras, ¿en qué medida (y en qué oportunidad) estará el organismo antitrust obligado a dar a conocer al sujeto de la investigación los detalles del procedimiento que podría iniciar? ¿Cómo se podría manejar a este respecto la información confidencial o la información de informantes (en particular de los informantes en las causas contra cárteles)?

²² La UE hizo esta observación en la comunicación que presentó al Grupo de Trabajo en septiembre de 2000. WT/WGTCP/W/152, página 8 ("Por ejemplo, las garantías efectivas del derecho a formular solicitudes a los organismos administrativos encargados de la competencia revisten una mayor importancia en el caso de los países en los que el acceso directo al poder judicial está sujeto a importantes limitaciones."). Véase también OCDE, "Remedies Available to Private Parties Under Competition Laws", COM/DAFFE/CLP/TD(2000)24/FINAL.

D. FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL; DERECHOS DE APELACIÓN

En comunicaciones anteriores de los Estados Unidos y de la UE se destaca la importante función que el poder judicial y los derechos de apelación desempeñan en un régimen antitrust.²³ Es indudable que la existencia de una revisión independiente de las decisiones antitrust impone una disciplina a las decisiones de los organismos, que se traduce en resultados más precisos y equitativos. Si los Miembros desearan abordar la cuestión de los derechos de apelación, habrá que examinar otras cuestiones adicionales. En primer lugar, los Miembros tendrán que determinar el tipo de decisiones que serán pasibles de revisión por el poder judicial. ¿Ha de estar la decisión de abstenerse de investigar, o la decisión de poner término a una investigación sin adoptar medidas, sujeta a revisión judicial? ¿O habrá que limitar las apelaciones a una decisión definitiva y desfavorable sobre el fondo del asunto? ¿Tendrá la respuesta a esta pregunta que depender en alguna medida de la circunstancia de que el régimen jurídico del Miembro reconozca los derechos privados de acción en asuntos antitrust? ¿Tendrán que ser apelables los procedimientos de apremio u otras peticiones de información del organismo antitrust? En la medida en que un organismo antitrust comparta jurisdicción en asuntos relativos a la competencia con otros organismos de gobierno u órganos reglamentarios, ¿tendrán también que ser apelables las decisiones de esas entidades?

Los Miembros de la OMC tendrán asimismo que considerar las cuestiones relativas al proceso mismo de las apelaciones. Para fomentar la equidad, parecería necesario que la apelación fuese examinada por un tribunal auténticamente independiente del organismo antitrust. ¿Debiera disponerse que el poder judicial intervenga en las apelaciones? ¿Se podrían considerar equitativos los regímenes que no autorizasen unas actuaciones de apelación abiertas? ¿En qué medida las apelaciones han de estar abiertas al público o a otras partes interesadas en el asunto? ¿Se considerarán equitativos los regímenes que no permitan la presentación de escritos de *amicus curiae* al tribunal de apelación?

Si los Miembros de la OMC deciden que los derechos de apelación son un elemento importante de la equidad procesal, tendrán también que determinar a quién han de corresponder esos derechos. Esta cuestión se examinó con más detalle *supra* en la Sección II.B. sobre el acceso al organismo antitrust.

E. CONFIDENCIALIDAD

La protección apropiada de la información confidencial es también un tema relacionado con la equidad, si bien es al propio tiempo un componente necesario de todo régimen antitrust eficaz. En las causas antitrust se ventilan muchos hechos, y un organismo antitrust no podrá investigar de manera adecuada si no tiene acceso a información confidencial del sujeto de una investigación antitrust, así como de sus clientes y competidores. Si el organismo pasa a ser conocido como una entidad que divulga información delicada, las empresas no cooperarán y, en última instancia, la eficacia del organismo se verá menoscabada. Las cuestiones relacionadas con la confidencialidad no siempre son fáciles, y un organismo antitrust debe encontrar un equilibrio entre la necesidad de proteger la confidencialidad, por un lado, y otros intereses competitivos en el curso de una investigación, por el otro. Por ejemplo, un organismo antitrust tiene muchas veces que revelar algunos de los detalles de la transacción -o los detalles de un posible arreglo- a fin de obtener información útil de terceros en la investigación de una fusión. Además, como se señaló *supra*, los sujetos de una investigación deben ser informados de las cuestiones que interesan al organismo antitrust antes de que éste adopte medidas. Lograr un equilibrio entre el deseo de los sujetos de una investigación de enterarse de la naturaleza de las reclamaciones formuladas contra ellos y la preferencia de las compañías (por ejemplo, los clientes que reclaman) de que las compañías

²³ Véase, por ejemplo, comunicación de los Estados Unidos de junio de 2000, WT/WGTCP/W/142, página 8.

investigadas no se enteren de que han colaborado con el organismo antitrust es un proceso delicado y difícil en la práctica. En los Estados Unidos, esta cuestión no sólo se presenta durante las investigaciones, sino también en los juicios antitrust, cuando el tribunal trata de establecer un equilibrio entre las necesidades de los demandados de tener cabal acceso a todas las pruebas contra ellos, por un lado, y la necesidad de proteger la confidencialidad de las pruebas allegadas por terceros, por el otro. Esta situación se atiende por lo común con un mandamiento de protección (por ejemplo, el tribunal autoriza la divulgación de información delicada únicamente a los abogados externos de las partes, pero no al público en general, etc.). En general, a un organismo antitrust se le plantean constantemente cuestiones que involucran un equilibrio entre la transparencia general -el derecho del público a saber qué hace su gobierno- y el derecho de una compañía a preservar el secreto de la información comercial confidencial. Por cuanto muchas de estas decisiones son adoptadas por los organismos antitrust caso por caso, formular una nueva disposición de la OMC que contenga excepciones apropiadas para atender a la multitud de situaciones de confidencialidad que se les plantean cotidianamente a los organismos antitrust será un proceso muy difícil.

Los Miembros de la OMC tendrán también que determinar qué compromisos han de asumir respecto de la confidencialidad. ¿Qué ocurrirá si un Miembro ha establecido leyes y políticas sobre confidencialidad, pero no ha instituido penas adecuadas para quienes revelen informaciones confidenciales?²⁴

F. OPORTUNIDAD

Un organismo antitrust puede haber establecido un gran número de mecanismos de equidad procesal, pero si no está en condiciones de resolver sus investigaciones, causas y apelaciones de manera oportuna, de poco valdrán esas salvaguardias. Las demoras excesivas causan un daño a las partes que pueden verse perjudicadas por los actos objeto de litigio y crean incertidumbre, imponiendo, en última instancia, costos injustificados a los sujetos de la investigación.

Para abordar la cuestión de la oportunidad, el Grupo de Trabajo tendrá que examinar diversas cuestiones sumamente arduas. ¿Qué se ha de considerar oportuno y quién ha de adoptar la determinación respectiva en el contexto de la OMC? En los muchos regímenes antitrust cuyas leyes y reglamentos no imponen plazos para la adopción de medidas, o que recurren al poder judicial como árbitro definitivo de las decisiones, ¿cómo podrá evaluarse el factor de la oportunidad sin investigar los elementos concretos del asunto o atentar contra la independencia de la administración de justicia? ¿Será el concepto de oportunidad suficientemente flexible para reflejar la realidad de que algunos asuntos antitrust son más complejos, y su resolución e investigación insumen más tiempo, que otros? Análogamente, algunos asuntos antitrust requieren un examen expeditivo, y una investigación prolongada puede, en sí y por sí misma, imponer un resultado. Por ejemplo, si un organismo antitrust no llega a una decisión sobre una fusión de manera oportuna, el resultado bien puede frustrar una operación por otros conceptos legítima. ¿Se podrá considerar equitativo un régimen de examen de fusiones que no brinde oportunidad para examinar y apelar las decisiones adversas en plazo suficiente para que las partes en la fusión perfeccionen la transacción?

²⁴ En los Estados Unidos, los funcionarios antitrust que revelan información confidencial pueden ser destituidos y enjuiciados ante la justicia penal. 18 U.S.C. §1905 (1948). Además, los funcionarios están sujetos a un gran número de disposiciones legales y reglamentarias destinadas a reprimir la corrupción. Véase, por ejemplo, 18 U.S.C. §§201-209 (1948) (una ley de carácter penal que prohíbe el soborno de funcionarios públicos y testigos y que aborda los aspectos de conflictos de intereses y empleo externo por parte de los funcionarios públicos).

III. CONCLUSIONES SOBRE LA EQUITAD PROCESAL

El análisis anterior aborda sólo un número limitado de los elementos de la equidad procesal que el Grupo de Trabajo ha de examinar. En muchos sentidos, las posibilidades son virtualmente infinitas, y determinar qué se ha de incluir y de excluir será un proceso difícil si no hay una comprensión mejor de cuáles son en particular los procedimientos antitrust que guardan una relación estrecha con el comercio mundial. Como se señaló con más detalle en la Sección I, los organismos antitrust estadounidenses -como la mayor parte de los organismos antitrust experimentados- han establecido diversas políticas, procedimientos y normas destinados a realzar unos resultados justos y equitativos. Sin embargo, la formulación de disposiciones detalladas sobre la equidad procesal que no culminen en argumentos interminables sobre los méritos relativos de diversos regímenes jurídicos será un ejercicio arduo porque los conceptos de equidad fundamental acusan grandes diferencias entre regímenes jurídicos. Lo que acaso se considere una política bien fundada y equitativa en una jurisdicción bien puede no ser transferible o incluso indispensable en otra jurisdicción. Por otra parte, un marco escueto sobre equidad procesal acaso no brinde una orientación suficiente a los Miembros de la OMC o al público en general respecto de los actos que se conformen a las normas mínimas, y el sistema de cualquiera de los Miembros podría ser objeto de impugnación, con resultados imprevisibles.

Los Estados Unidos abrigan la esperanza de que la exposición que se ha hecho en el presente documento de algunas de las cuestiones vinculadas con la equidad procesal ayude al Grupo de Trabajo en su labor de aclaración, en consonancia con el mandato de la Declaración de Doha.
