



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.1
9 de agosto de 2004

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Ginebra, 8 a 10 de noviembre de 2004
Tema 3 del programa provisional

**LOS PAPELES DE LOS POSIBLES MECANISMOS DE MEDIACIÓN
EN LAS CONTROVERSIAS Y LOS ARREGLOS ALTERNATIVOS,
INCLUIDOS LOS EXÁMENES VOLUNTARIOS ENTRE ENTIDADES
DE IGUAL NIVEL EN LA ESFERA DEL DERECHO Y LA POLÍTICA
DE LA COMPETENCIA**

Estudio revisado de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Parece reconocerse en general que no sería apropiado aplicar de manera estricta un sistema de solución obligatoria de controversias en relación con cualquier posible marco multilateral de política de la competencia. Por lo tanto, en el presente estudio se examinan otros métodos posibles de prevención o solución de diferencias, en particular los posibles papeles, en el contexto de la cooperación internacional en materia de política de la competencia, de los exámenes voluntarios entre entidades de igual nivel, las consultas sobre cuestiones o casos o con respecto a la aplicación de acuerdos, y los métodos diplomáticos de solución de controversias, como la conciliación, la mediación y los buenos oficios. Se observa que i) el examen entre entidades de igual nivel no es sólo un mecanismo de cumplimiento, sino que también puede tener por objeto la prestación de asesoramiento en materia de política, el fomento de la coordinación de las políticas y la cooperación, la reunión y la difusión de información y los modelos de prácticas más

adecuadas, así como la prestación de asistencia técnica y ayuda; ii) existen diversos tipos de disposiciones relativas a consultas, pero hoy por hoy se utilizan poco para abordar cuestiones concretas en el contexto multilateral; y iii) actualmente no se hace uso de los buenos oficios, la mediación o la conciliación en esta esfera.

Por consiguiente, el Grupo de Expertos tal vez desee: a) realizar un análisis de la relación costos-beneficios de los exámenes entre entidades de igual nivel en la esfera de la política de la competencia, teniendo en cuenta sus posibles objetivos, alcance, criterios, carácter voluntario, estructura, foros, diseño y seguimiento, así como las opiniones expresadas al respecto, tomando en cuenta los posibles incentivos o desincentivos para que los países participen en tales exámenes, la situación y las perspectivas de los trabajos pertinentes realizados por otras organizaciones internacionales y las experiencias obtenidas en los exámenes de la política de la competencia realizados por entidades de igual nivel; b) examinar las razones por las que no se han utilizado plenamente algunos tipos de consulta en los marcos multilaterales existentes, tomando como base una tipología que pudiera preparar la secretaría de la UNCTAD de los distintos objetivos, formas, aspectos institucionales, grados de obligatoriedad y posibles resultados de las consultas y sus posibles vínculos con el examen realizado por entidades de igual nivel, la notificación, la evitación de conflictos, el principio de cortesía o la liberalización del comercio, que podrían emprenderse respecto de la preparación de cláusulas modelo de cooperación; y c) examinar por qué no se han empleado métodos diplomáticos para resolver controversias relacionadas con la política de la competencia, y cómo podrían adaptarse para este fin. A este respecto, cabría determinar las posibles consecuencias que ello tendría en la cooperación multilateral sobre política de la competencia y en los objetivos de desarrollo. Ello no impediría que se adoptaran las decisiones aún pendientes en cuanto a las futuras deliberaciones sobre un posible marco multilateral de política de la competencia, o sobre las disposiciones de ese marco, de haber alguna, que podrían suponer un arreglo de las controversias de carácter obligatorio.

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 3	3
I. EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE ENTIDADES DE IGUAL NIVEL	4 - 13	6
A. Procedimientos regionales de examen de la política de la competencia entre los propios países.....	4	6
B. Procedimientos de examen de la política de la competencia entre los propios países de la OCDE	5 - 7	6
C. Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC	8 - 9	8
D. Consecuencias y recomendaciones.....	10 - 13	10
II. CONSULTAS NO NECESARIAMENTE VINCULADAS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	14 - 22	15
A. Mecanismos bilaterales y regionales	14 - 15	15
B. Mecanismos de la OCDE.....	16	17
C. Mecanismos previstos en el Conjunto de Principios y Normas.....	17 - 18	17
D. Mecanismos previstos en los acuerdos de la OMC	19 - 21	18
E. Consecuencias y recomendaciones.....	22	19
III. CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y BUENOS OFICIOS.....	23 - 29	21
A. Mecanismos no multilaterales	23	21
B. Mecanismos multilaterales	24 - 25	21
C. Consecuencias y recomendaciones.....	26 - 29	22

INTRODUCCIÓN

1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su cuarto período de sesiones, celebrado del 3 al 5 de julio de 2002, pidió a la secretaría de la UNCTAD que, para su quinto período de sesiones, preparara "estudios sobre las repercusiones que una cooperación multilateral más estrecha en materia de política de la competencia podría tener en los objetivos de crecimiento económico de los países en desarrollo y los países menos adelantados, en particular... un estudio sobre los posibles mecanismos de mediación en las controversias y otras disposiciones, entre ellas el examen voluntario a cargo de entidades de la misma categoría, en materia de derecho y de política de la competencia"¹. Por consiguiente, se presentó al Grupo en su quinto período de sesiones, celebrado del 2 al 4 de julio de 2003, un primer informe titulado "Los papeles de los posibles mecanismos de mediación en las controversias y los arreglos alternativos, incluidos los exámenes voluntarios entre entidades de igual nivel en la esfera del derecho y la política de la competencia" (TD/B/COM.2/CLP/37). En ese período de sesiones, el Grupo de Expertos tomó nota con reconocimiento de la documentación preparada por la secretaría de la UNCTAD y pidió a la secretaría que la revisase y actualizase teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los Estados miembros en el quinto período de sesiones o que se enviasen por escrito hasta el 31 de enero de 2004, con el fin de presentarla al Grupo Intergubernamental de Expertos en su sexto período de sesiones². El presente estudio revisado se ha preparado a la luz de las observaciones sobre la versión original formuladas oralmente en el quinto período de sesiones del Grupo, ya que no se recibieron observaciones por escrito sobre el informe; el informe también se ha actualizado para reflejar la evolución de la situación o incluir material nuevo. Se espera que el presente informe facilite las consultas del Grupo en el curso de su sexto período de sesiones (tal como se solicitó en el quinto período de sesiones) en forma de "debate interactivo para llegar a entender mejor las ventajas e inconvenientes de los exámenes de la política de la competencia llevados a cabo por otros expertos, mediante comparaciones del funcionamiento de los exámenes que se realizan en diversos foros"³.

2. Por lo tanto, en el presente estudio se examinan, en el contexto de la cooperación internacional en materia de política de la competencia, los posibles papeles de: a) los exámenes voluntarios entre los propios países; b) las consultas sobre cuestiones o casos o relacionadas con la aplicación de acuerdos; y c) la conciliación, la mediación y los buenos oficios⁴. Los asuntos

¹ Véase UNCTAD, Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su cuarto período de sesiones (TD/B/COM.2/42, TD/B/COM.2/CLP/32), Conclusiones convenidas, párr. 4.

² Véase UNCTAD, Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia en su quinto período de sesiones (TD/B/COM.2/52, TD/B/COM.2/CLP/39), Conclusiones convenidas, párr. 3.

³ Véase el párrafo 5 de las Conclusiones convenidas aprobadas en el quinto período de sesiones.

⁴ A menudo, el conjunto de estos mecanismos se engloban bajo la expresión de métodos de solución diplomática de controversias, que se contraponen a la solución obligatoria de éstas. Los términos "mediación" o "conciliación" se refieren a los métodos empleados por las partes en una controversia para llegar a una solución amigable con la asistencia de un tercero o una

se examinan en este orden ya que el examen entre entidades homólogas es el más general y el más alejado del arreglo obligatorio de controversias, las consultas se concentrarían en cuestiones más concretas y podrían poner de relieve asuntos controvertidos; y la conciliación, la mediación y los buenos oficios son métodos diplomáticos de solución de controversias concretas.

Los capítulos I, II y III, respectivamente, versan sobre cada uno de estos mecanismos; en ellos se examinan las disposiciones y experiencias pertinentes en el contexto de determinados instrumentos bilaterales, plurilaterales y multilaterales, se ponen de relieve las posibles repercusiones y se formulan recomendaciones relativas a la cooperación internacional sobre política de la competencia y los objetivos de desarrollo, sin perjuicio de las medidas futuras acerca de las conversaciones que pudieran reanudarse en el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia respecto de un posible marco multilateral sobre la competencia.

3. En el estudio no se tratan las cuestiones siguientes: la celebración de consultas para resolver diferencias específicas; el empleo de métodos diplomáticos de solución de diferencias en el contexto de acuerdos regionales; el arreglo diplomático de controversias mediante la celebración de negociaciones o la realización de investigaciones (con la intervención de una comisión investigadora)⁵; o procedimientos de solución obligatoria de diferencias como el arbitraje o el procedimiento judicial.

institución. Ambos términos se emplean indistintamente, aunque la conciliación normalmente se desarrolla en un contexto institucional oficial, lo que no siempre ocurre con la mediación. Cualquier recomendación formulada por un tercero puede basarse no sólo en la ley, sino también en la equidad u otras consideraciones. La distinción entre estos dos métodos y los "buenos oficios" (los esfuerzos de un tercero para lograr que las partes en una controversia negocien, sin que él participe directamente en las negociaciones ni haga propuestas) es relativamente más clara, si bien algunas veces sigue habiendo alguna confusión en el uso de los términos. Estos procedimientos pueden iniciarse como consecuencia de compromisos contraídos previamente por las partes en virtud de tratados, o pueden ser aceptados por ellas cuando surja una controversia, pero la aceptación del resultado (incluida cualquier recomendación que pueda hacer el mediador o el conciliador) siempre es totalmente voluntaria.

⁵ Sin embargo, las negociaciones pueden parecerse en cierto modo a las consultas, de las que se ocupa el presente estudio. Puede no ser apropiado realizar una investigación en la esfera de la política de la competencia puesto que supondría "adelantarse a" los resultados de investigaciones iniciadas por las autoridades nacionales de defensa de la competencia. Sin embargo, como método de solución de controversias la investigación debe diferenciarse del proceso de investigación que ha de llevar a cabo necesariamente un órgano encargado de un juicio, un arbitraje o una conciliación para resolver cuestiones objeto de controversia; sirva de ejemplo el artículo 13 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, que figura como anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Marrakech, 1994 (el Acuerdo de Marrakech), en el que se dispone que los grupos especiales de la OMC podrán recabar información y sacar conclusiones negativas de la falta de cooperación.

Capítulo I

EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE ENTIDADES DE IGUAL NIVEL

A. Procedimientos regionales de examen de la política de la competencia entre los propios países

4. Se han introducido en el plano regional los exámenes entre los propios países en amplias esferas, que podrían incluir la política de la competencia. Dentro del marco de la Nueva Alianza para el Desarrollo de África (NEPAD), se ha establecido en la Unión Africana un Mecanismo de Examen entre los propios países africanos (MEPA) que supone la realización de exámenes periódicos de las políticas y las prácticas de los Estados participantes para determinar los progresos que se están realizando en el logro de objetivos mutuamente convenidos y el respeto de valores, códigos y normas políticos, económicos y de gestión de empresas convenidos⁶. El proceso de examen por homólogos tiene por objeto alentar a los países a que analicen seriamente los efectos que las políticas nacionales tienen no sólo en el plano interno, sino también en los países vecinos, y promover la rendición de cuentas mutuas y la adopción de las prácticas más adecuadas. El Estado de que se trate debe elaborar un calendario para la aplicación gradual de las normas y el logro de los objetivos convenidos, teniendo en cuenta sus condiciones concretas. Hasta la fecha nunca se ha utilizado este mecanismo de examen. Sin embargo, es sorprendente que no se haya impuesto a los países africanos como condición, sino que los propios miembros de la Nueva Alianza lo adoptaran voluntariamente. El Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (CEAP) también ha establecido un sistema de exámenes entre los propios países en relación con los planes de acción individuales (PAI) para promover el logro de los objetivos de facilitación y liberalización del comercio y las inversiones de la CEAP, incluso en materia de política de la competencia. El objetivo de esos exámenes es evaluar si dichos PAI son completos, amplios y claros, y si son eficaces con respecto al Programa de Acción de Osaka de la CEAP. Se ha dicho que lo más positivo de estos exámenes es que son totalmente voluntarios, involucran al sector empresarial, indican el grado de la liberalización alcanzado y las reformas introducidas a partir del decenio de 1980 e impiden los retrocesos, mientras que un defecto es que podrían ser más amplios, transparentes y claros⁷.

B. Procedimientos de examen de la política de la competencia entre los propios países de la OCDE

5. Los exámenes de la reforma del marco normativo que solían llevarse a cabo en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), a los que se sometían voluntariamente los países, suponían una evaluación de las políticas y las prácticas de un país miembro a cargo de otros países en determinadas esferas normativas. La secretaría de la OCDE preparaba informes nacionales detallados, basándose en las respuestas del gobierno del país de

⁶ Véase Unión Africana, 38º período ordinario de sesiones de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, Mecanismo de examen entre los propios países africanos, 8 de julio de 2002, Durban (Sudáfrica).

⁷ Véase OCDE, Grupo Mixto sobre Comercio y Competencia, Practical modalities of peer review: in a multilateral framework on competition, CCNM/GF/COMP/TR(2003)10.

que se tratase a los cuestionarios de la organización, las misiones enviadas al país y las respuestas de éste al proyecto de informe. En uno de los informes básicos que se preparaban para esos exámenes se trataba de la función de la política de la competencia en la reforma del marco normativo, con inclusión de lo siguiente: a) los antecedentes históricos nacionales de la política de la competencia; b) cuestiones sustantivas, en particular el contenido de la ley de defensa de la competencia; c) cuestiones institucionales, como las estructuras de aplicación de las normas y la práctica al respecto; d) los límites de la política de la competencia, incluidas las exenciones y los regímenes especiales; e) la defensa de la competencia en la reforma del marco normativo; y f) las conclusiones y opciones de política. Ese informe se sometía a la consideración del Comité de la Competencia; a continuación, representantes del órgano de defensa de la competencia eran "examinados" en una reunión del Comité por expertos de dos países, después de lo cual otros países miembros formulaban preguntas. Después de un examen menos a fondo a cargo de otro órgano de la OCDE, el informe era revisado por la secretaría y publicado. Los países objeto de examen a menudo aplicaban las recomendaciones de política que se desprendían de esos exámenes, aunque no fuesen de carácter obligatorio, si bien el propio Comité de la Competencia no realizaba un seguimiento de su aplicación. Estos exámenes ya no se realizan. Se ha dicho que eran útiles porque en ellos se formulaban opciones y recomendaciones en materia de política, atraían una numerosa participación en las reuniones y reflejaban los conocimientos especializados del Comité de la Competencia; por otra parte, se consideraba que la falta de un examen de las recomendaciones pasadas y de un seguimiento de su aplicación era un aspecto negativo⁸.

6. Más recientemente se ha promovido una actividad análoga (aunque menos intensa) de estudios económicos de los países miembros, en el contexto de los exámenes que realiza el Comité de Examen de las Situaciones Económicas y de los Problemas de Desarrollo, en los que se analizan cuestiones macroeconómicas y estructurales (se dedica un capítulo especial a la política de la competencia) y en los que la participación es obligatoria. Esta actividad está bien considerada por los países miembros de la OCDE debido a la profundidad y el rigor de los análisis y el examen periódico de las recomendaciones pasadas. Sin embargo, se considera difícil conseguir que todos los miembros del Comité tengan los conocimientos técnicos apropiados y el tiempo suficiente para prepararse para los exámenes, y se han registrado problemas de falta de interés o de escasa participación, especialmente por parte de los países pequeños⁹. Sin embargo, seguirán realizándose los exámenes más a fondo y específicos del Comité de la Competencia al mismo tiempo que los del Comité de Examen de las Situaciones Económicas y de los Problemas de Desarrollo.

7. Se ha introducido un procedimiento análogo de carácter voluntario para los países que no son miembros de la OCDE. En el Tercer Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia (10 y 11 de febrero de 2003) se realizó un examen de la política de la competencia de Sudáfrica sobre la base de un estudio preparado por la secretaría de la organización, en el que se expresaba una opinión generalmente favorable acerca de cómo se estaba aplicando la política de la competencia en ese país¹⁰. El Ministro de Comercio e Industria de Sudáfrica ha expresado su

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Véase OCDE, *Competition Law and Policy in South Africa*.

satisfacción por las conclusiones del estudio, y la mayoría de sus recomendaciones de mejora han sido aceptadas y se están aplicando¹¹. En un informe presentado en 2003 al Foro Mundial Conjunto de la OCDE sobre Comercio y Política de la Competencia sobre de la experiencia de Sudáfrica con este examen, se afirmó que había servido para que los examinadores y otros participantes formularan observaciones constructivas y bien intencionadas; que el examen entre homólogos podía ser un instrumento válido para promover el diálogo sobre las prácticas idóneas y su adopción; que para obtener los máximos beneficios de un examen así la participación debía ser voluntaria y que el organismo que decidiera no participar en el examen debía enviar un mensaje claro a la comunidad de la competencia en su país y en el extranjero¹². En el debate que tuvo lugar en el Foro se afirmó que no se consideraba que el examen entre entidades del mismo nivel atentase contra la soberanía nacional; que podía ayudar a fomentar la capacidad y fortalecer las instituciones de la competencia; que su transparencia, así como la función que podrían desempeñar el sector privado y la sociedad civil, eran aspectos positivos. También se realizó un examen de la política de la competencia de Chile en la Primera Reunión del Foro Latinoamericano sobre la Competencia organizado por la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo y celebrado los días 7 y 8 de abril de 2003, y se ha programado examinar la política de la competencia del Perú en la Segunda Reunión del Foro Latinoamericano sobre la Competencia (14 y 15 de junio de 2004). En el Cuarto Foro Mundial sobre la Competencia (12 y 13 de febrero de 2004) se realizó un examen entre entidades homólogas del derecho y la política de la competencia de la Federación de Rusia. Está previsto realizar más exámenes de este tipo.

C. Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC

8. La finalidad del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC) de la OMC es coadyuvar a una mayor adhesión a las normas de los acuerdos comerciales multilaterales y, por lo tanto, a un mejor funcionamiento del sistema multilateral de comercio, mediante la una mayor transparencia en las políticas y prácticas comerciales de los miembros y su mejor comprensión; sin embargo, no pretende servir de base para el cumplimiento de determinadas obligaciones dimanantes de los acuerdos de la OMC¹³. Todos los miembros de la OMC son objeto de examen: los cuatro miembros con mayor participación en el comercio mundial cada dos años, los 16 siguientes cada cuatro años y los demás cada seis. Podrá fijarse un intervalo mayor para los países menos adelantados (PMA) miembros. La mayoría de los primeros exámenes tienen carácter voluntario, mientras que en los segundos se sigue el ciclo establecido. Los exámenes están a cargo de un Órgano de Examen de las Políticas Comerciales (OEPC) y se basan en una declaración de política hecha por el miembro objeto de examen y en un informe

¹¹ Consúltense el sitio de la Comisión de la Competencia de Sudáfrica en la web <http://www.compcom.co.za/resources/Media>. Estas recomendaciones, se refieren, entre otras cosas, a la conclusión de acuerdos con otros órganos normativos para garantizar una aplicación coherente de la política de la competencia en los sectores reglamentados, una mayor atención a las cuestiones no relacionadas con las fusiones y a la defensa de la competencia, y un aumento de los recursos y la capacitación.

¹² Véase OCDE, Trade and Competition - from Doha to Cancún, OECD, París, 2003.

¹³ Véase el anexo 3 del Acuerdo de Marrakech.

preparado por la secretaría de la OMC con los datos proporcionados por las misiones a los países, las respuestas a cuestionarios, publicaciones y las observaciones del miembro de que se trate respecto del proyecto de informe; dos ponentes desempeñan una función destacada en el examen por el OEPC. Aunque se publican los documentos y las actuaciones, no se formulan recomendaciones oficiales con respecto a las medidas que el miembro de que se trate debe adoptar. Si bien las cuestiones de la competencia no forman parte oficialmente del mandato del MEPC, la secretaría de la OMC y los países objeto de examen han decidido en algunos casos informar sobre ellas, mientras que otros países han formulado preguntas al respecto; todo ello ha tenido un carácter optativo y se ha desarrollado con distintos grados de profundidad. Refiriéndose a los interrogantes acerca de la actividad antimonopolística de su país contenidos en el examen MEPC de 2001, un delegado de los Estados Unidos señaló que "había supuesto una experiencia enriquecedora para su organismo porque ponía de relieve las diferencias de enfoque y de perspectiva con otras jurisdicciones"¹⁴.

9. Se ha dicho que el MEPC, entre otros aspectos positivos, promueve la asistencia técnica y el fortalecimiento de la capacidad, especialmente en favor de los PMA, y prepara informes bien estructurados, detallados y analíticos, mientras que, entre sus aspectos negativos, cabe señalar la insuficiencia de los recursos de secretaría de la OMC, la limitada participación que se registra en las reuniones, la falta de recomendaciones o de elementos prescriptivos, y un "factor de resistencia" en relación con los procesos de examen¹⁵. También se ha dicho que el MEPC tiene la ventaja de promover un proceso de autoevaluación, si bien los exámenes no se realizan con suficiente frecuencia para ser plenamente eficaces. Entre otras recomendaciones de mejora, se ha indicado que el MEPC debería ayudar más eficazmente a los países en desarrollo (especialmente los PMA) a cumplir las normas, evaluar los efectos de su aplicación (y, en particular, verificar si se han producido los efectos positivos previstos), analizar las barreras arancelarias y no arancelarias con que se enfrentan los países interesados en la mayoría de sus principales mercados de exportación y evaluar más a fondo las necesidades de asistencia técnica¹⁶. Durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, así como en las presentaciones escritas que recibió, se expresó la opinión de que el MEPC tenía por fin aumentar la transparencia de las políticas y medidas comerciales en general y, por ende, sus objetivos y alcance eran diferentes de los del Mecanismo de Examen de la Política de la Competencia (CPRM) y no proporcionaban el tiempo necesario ni eran tan pormenorizados como lo merecería un examen eficaz de la competencia, mientras que su periodicidad no era tampoco adecuada: para los países desarrollados más grandes, sería excesivo realizar los exámenes cada dos años ya que probablemente se producirían pocos cambios durante ese período, mientras que para la mayoría de los países en desarrollo sería ventajoso que los exámenes se realizaran con mayor frecuencia y

¹⁴ Véase OMC, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, Informe de la reunión de los días 5 y 6 de julio de 2001. WT/WGTCP/M/15, párr. 80.

¹⁵ Véase CCNM/GF/COMP/TR(2003)10.

¹⁶ Véase A. Boormann y G. Koopmann, *Adapting the WTO Trade Policy Reviews to the Needs of Developing Countries - Starting Points and Options*, Instituto de Economía Internacional de Hamburgo, 2002, estudio realizado para el Ministerio Federal de Cooperación y Desarrollo Económicos de Alemania.

no cada seis años, como sucede con el MEPC¹⁷. También se sugirió que el MEPC se siguiera ocupando de cuestiones generales relacionadas con las políticas de la competencia de los miembros de la OMC, mientras que la prioridad de los CPRM deberían ser las cuestiones concretas solicitadas por un miembro.

D. Consecuencias y recomendaciones

10. A la luz de un estudio de algunos de los procesos de examen entre entidades de igual nivel actualmente vigentes (incluidos los procesos de examen de la CEAP, la OCDE y la OMC mencionados más arriba), un informe de la OCDE llega a la conclusión de que: a) todos los exámenes de este tipo reúnen las cuatro características siguientes: los realiza un comité de expertos, contienen propuestas, suponen una vigilancia colegiada del cumplimiento y comportan una investigación interactiva; b) puede haber diferencias, por ejemplo, en relación con la frecuencia con que se realizan, su costo y amplitud, el nivel de desarrollo económico y la política sustantiva de los distintos países examinados, y el proceso de selección de los expertos de los países; y c) los objetivos de los exámenes pueden comprender el asesoramiento en materia de política, el fomento de la cooperación y la coordinación normativa, la reunión y difusión de información y modelos de mejores prácticas, la prestación de asistencia y ayuda técnica y un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos y las obligaciones internacionales¹⁸. En el informe se señala que cualquier mecanismo de examen de la política de la competencia debe resolver algunas cuestiones fundamentales, por ejemplo respecto a la frecuencia con que se llevan a cabo; la igualdad de trato o la prioridad que se asigna a determinados miembros; los criterios de examen (por ejemplo, la conformidad de las leyes de la competencia con los principios de la OMC o con los objetivos expresos de la política del país de que se trate, las exclusiones, los acuerdos de cooperación, las prácticas comerciales restrictivas que reducen el bienestar de los consumidores y el acceso a los mercados, las necesidades de asistencia técnica, etc.); las funciones respectivas de la secretaría y los miembros; el examen de anteriores recomendaciones; la composición del grupo de examen; el carácter voluntario u obligatorio de la participación; las obligaciones de cooperación de los miembros objeto de examen; las consecuencias en materia de costos y de recursos; y otras cuestiones como el proceso de aprobación de los informes, la publicidad, el aumento de la presión de los otros miembros, o la relación con el MEPC.

11. En una comunicación del Canadá al Grupo de Trabajo de la OMC se indicó que el examen por homólogos serviría de foro exento de confrontaciones para indagar en las políticas y prácticas de otros países y entenderlas mejor con vistas a dar a conocer las mejores prácticas y mejorar las políticas o instituciones nacionales, y también como sustitutivo de la solución de

¹⁷ Véase Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC, Informe de la reunión de los días 26 y 27 de mayo de 2003, WT/WGTCP/M/22, declaraciones de Australia y la República de Corea, párrs. 76 y 80 respectivamente; comunicación de la Comunidad Europea y sus Estados miembros - Solución de diferencias y examen por homólogos: Opciones para un acuerdo de la OMC sobre política de competencia WT/WGTCP/W/229 y comunicación del Japón - Presentación de un modelo de examen por homólogos, WT/WGTCP/W/236.

¹⁸ Véase CCMN/GF/COMP/TR(2003)10.

diferencias¹⁹. Se observó que seguían sin respuestas algunas preguntas relativas al alcance o el ámbito adecuados del mecanismo de examen por homólogos, y seguía también sin saberse si éste debería investigar tendencias en la práctica de la observancia de la ley en un país o si debería limitarse a garantizar la conformidad del país con las obligaciones contraídas con arreglo al acuerdo marco. Cabía preguntarse asimismo si ese mecanismo había de tener carácter voluntario u obligatorio y si sería apropiado un proceso de seguimiento de las recomendaciones formuladas por el grupo de homólogos. Se insinuó que, al no existir obligaciones vinculantes, el examen por homólogos garantizaría sin duda que las decisiones individuales relativas a la observancia no se revisaran o impugnaran, y al mismo tiempo podría permitir a los miembros de la OMC examinar la aplicación sistemática de la legislación y la política de competencia a lo largo del tiempo. En una síntesis de la labor realizada por el Grupo Mixto sobre Comercio y Competencia de la OCDE se proponían algunos criterios o cuestiones que podrían ser importantes para dichos exámenes en el contexto del comercio y la competencia. Cuestiones de fondo: el contexto del derecho de la competencia; cuestiones institucionales: la aplicación de estructuras y prácticas; coherencia de la legislación nacional sobre la competencia con los principios básicos de la OMC; exclusiones de la legislación sobre la competencia (que aumentaría su transparencia, facilitaría las deliberaciones sobre sus efectos en el comercio internacional y propiciaría una concentración en temas concretos y una reducción de su frecuencia); acuerdos de cooperación; prácticas comerciales anticompetitivas; promoción de una reforma que favorezca la competencia; y compatibilidad y coherencia de las medidas en materia de competencia con los objetivos de política anunciados por el miembro²⁰.

12. Durante el debate celebrado en el Grupo de Trabajo y en las presentaciones que se le hicieron por escrito, diferentes partes señalaron diversas opiniones favorables e hicieron sugerencias concretas sobre un sistema de examen voluntario entre entidades homólogas²¹. Respecto de sus **objetivos o ventajas**, se dio a entender, entre otras cosas, que podría servir para desarrollar la capacidad y contribuir a fortalecer la cooperación internacional, la transparencia y la convergencia en este ámbito, con los consiguientes beneficios para el sistema comercial internacional; servir de foro para que los países que tienen dudas acerca de las leyes del país examinado puedan plantearlas y promover una búsqueda constructiva de soluciones; fomentar la observancia de un marco multilateral sobre la política de la competencia; determinar las prácticas idóneas que podrían difundirse y los aspectos en que sería oportuno introducir nuevas mejoras, en particular las enmiendas o actualizaciones legislativas necesarias; y establecer vínculos con la asistencia técnica y el fomento de la capacidad a fin de facilitar la colaboración de los países en desarrollo. Respecto de su **cobertura**, se sugirió que podría centrarse en los ámbitos vinculados

¹⁹ Véase OMC, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, comunicación del Canadá, WT/WCTCP/W/226.

²⁰ Véase OCDE, Trade and Competition, *op.cit.*

²¹ Véase WT/WGTCP/M/22, declaraciones de Australia, el Brasil, el Canadá, la Comunidad Europea y sus Estados miembros, los Estados Unidos, el Japón, la República de Corea, Suiza y la Provincia china de Taiwán, párrs. 62, 72, 74 a 83, 80 a 82, 91 a 93 y 95 y 96; y las comunicaciones de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, los Estados Unidos, la República de Corea y el Japón, la OCDE en los documentos WT/WGTCP/W/229, 233, 235, 236 y 243 y 244, respectivamente.

con un acuerdo de la OMC sobre la competencia a fin de evitar las superposiciones con el examen entre entidades homólogas realizada en el marco de la OCDE; cubrir una gama de cuestiones más amplia que las que se someterían a un sistema de solución de diferencias, entre otras cosas las cuestiones en que no se han adoptado compromisos y las cuestiones generales respecto de la eficacia de la aplicación, así como los aspectos positivos y las dificultades encontradas; incluir, en el caso de los países desarrollados, la cuestión de su grado de cooperación con las autoridades de la competencia de otros países, en particular los países en desarrollo, y su prestación de servicios de asistencia técnica y fomento de la capacidad en relación con la competencia, y, en el caso de los países en desarrollo, determinar si se estaba implantando una cultura de la competencia y difundiendo el conocimiento de la prioridad a la adhesión a los principios fundamentales y la prohibición de los cárteles ilegales; y evitar examinar las decisiones adoptadas en casos de competencia a nivel individual o cuestiones relacionadas con la estrategia o las prioridades de un órgano encargado de la competencia. Respecto de su **enfoque hacia los países en desarrollo y/o los países con menos experiencia** en este ámbito, se indicó que se deberían reconocer las necesidades de los países en desarrollo y establecer diferencias entre los países según sus niveles de desarrollo o su experiencia en materia de derecho y política de la competencia; y dar un período de gracia a los países que no contaran con instituciones bien desarrolladas. En cuanto a su **diseño**, se propuso poner en práctica un examen de los países en las cuestiones de conformidad con las necesidades y las solicitudes, como por ejemplo cuando un país haya solicitado asesoramiento sobre su legislación y política interna en materia de competencia, o pensara poner en marcha el mecanismo de cooperación internacional; aplicar un proceso de selección voluntario en las primeras etapas de un posible marco multilateral sobre política de la competencia, pero alcanzar progresivamente una participación general; si no se produjera a raíz de la solicitud explícita de un país que quisiera someterse a examen, el número necesario de miembros para formar un quórum debería formular la solicitud (y cuando el miembro de que se trate fuese un país en desarrollo o menos adelantado, ese país también debía formar parte del quórum); realizar exámenes entre homólogos para velar por la participación efectiva y tener en cuenta las limitaciones presupuestarias y políticas; hacer lo necesario para incluir a los países en desarrollo en el grupo de examen cuando se examina a un país de esa categoría; disponer la preparación por un asesor independiente de un proyecto de examen inicial o de un informe por el país examinado, así como de un informe inicial de la secretaría basado principalmente en el informe de ese país, seguidos de un informe final de la secretaría en que se tengan en cuenta las opiniones y recomendaciones expresadas durante el examen; incluir a miembro de la OMC de un mismo nivel y expertos externos en el grupo de examen; aumentar el nivel de presión ejercido por otras entidades del mismo nivel publicando informes e información; disponer el examen periódico de la aplicación de la recomendaciones (se propuso un examen de seguimiento dos o tres años después); y aprovechar la labor pertinente realizada en otros foros, en particular el Foro Mundial de la OCDE, la Red Internacional de la Competencia (RIC) y la UNCTAD cuando corresponda. Por otra parte, se ha formulado el interrogante de si la OMC sería el foro apropiado para la realización de los exámenes por homólogos, ya que se había indicado que no reemplazarían a un mecanismo de cumplimiento y se preveía que contribuirían a que la legislación de los países sobre la competencia evolucionara con el tiempo; a este respecto, se señaló que la UNCTAD ya era un foro de ese tipo²². También

²² Véase OMC, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, informe de la reunión de los días 20 y 21 de febrero de 2003, WT/WGTCP/M/21, declaración de la India, párrs. 18 y 19.

se expresaron preocupaciones respecto de que los países económicamente débiles se verían obligados a cumplir con un marco multilateral a través de la presión de sus pares y de otros sectores, mientras que no existiría un mecanismo para obligar a los actores más poderosos a cumplir; se ejercería presión sobre los recursos limitados de los países, así como sobre los países en desarrollo para que aliñasen sus políticas con la de los países desarrollados; los países corrían el riesgo de ser criticados y de ver rechazados sus regímenes de competencia con las consiguientes presiones multilaterales o bilaterales para que abolieran las exenciones que legalmente tenían derecho a mantener; se haría hincapié en los criterios nacionales aunque los problemas en este ámbito tuvieran una dimensión internacional; no resultaba claro sobre qué base un posible marco multilateral sobre la política de la competencia garantizaría un trato especial comparado con otros acuerdos de la OMC, cómo podría evitarse la duplicación con los MEPC y como podría aprovecharse los trabajos pertinente realizados en otros foros; y los Miembros de la OMC podrían ser renuentes a prestar información a una parte que no fuese la secretaría de la OMC u otros miembros y ser controlados por ella²³. En los seminarios regionales organizados por la secretaría de la UNCTAD en el contexto del proceso posterior a Doha, atendiendo a las sugerencias referidas al posible establecimiento de un sistema en el que los países se sometieran voluntariamente a un examen por otros países del tipo del de la OCDE, o cuya política de la competencia fuera objeto de un examen periódico en el marco de un mecanismo análogo al MEPC, algunos participantes también habían expresado preocupación o dudas análogas con respecto a la excesiva magnitud de los intervalos entre los exámenes por países; el excesivo costo del proceso y la presión que se ejercía sobre los países en desarrollo, al mismo tiempo que manifestaban escepticismo en cuanto a la medida en que podían considerarse homólogas las autoridades de los países desarrollados y de los países en desarrollo o de los PMA y la verdadera utilidad de un mecanismo voluntario de ese tipo²⁴.

13. Teniendo en cuenta todas las cuestiones planteadas más arriba, la situación y las perspectivas de trabajo sobre la política de la competencia en otras organizaciones internacionales y las experiencias adquiridas gracias a los exámenes de la política de la competencia entre entidades homólogas dentro de dichas organizaciones, el Grupo de Expertos tal vez desee realizar un análisis de la relación costos-beneficios de los exámenes de homólogos, a la luz de sus posibles objetivos, estructura, cobertura, criterios, foro, diseño y repercusiones en la cooperación internacional y en las políticas de defensa de la competencia de los países en desarrollo. A efectos de ese análisis, podría debatirse el siguiente conjunto básico de cuestiones conexas: el carácter voluntario o automático de la selección del país que ha de ser objeto de examen; el alcance de éste y en qué medida se limitaría a verificar el cumplimiento de cualquier acuerdo, analizar las leyes de la competencia y las tendencias de su aplicación, o analizar la conformidad de las leyes con los principios de la OMC o con los objetivos expresos de política del país objeto de examen; el grado en que se tendrían en cuenta los efectos de la política de defensa de la competencia del país objeto de examen en otros países, los efectos de las políticas de competencia de otros países en el país examinado, y las experiencias en materia de

²³ Véase WT/WGTCP/M/22, declaraciones de Egipto, la India, Hong Kong (China) y Nigeria, párrs. 84, 88 y 89, 94 y 100.

²⁴ Véase UNCTAD, *Closer Multilateral Cooperation on Competition policy*, informe unificado de los cuatro seminarios regionales sobre el mandato posterior a Doha celebrados entre el 21 de marzo y el 26 de abril de 2002.

cooperación internacional a este respecto; los criterios en que se basaría el examen, quién determinaría esos criterios y cómo, y en qué medida se mantendría su coherencia a lo largo del tiempo y en los exámenes de los distintos países; si el mecanismo de examen formularía recomendaciones prescriptivas y, si lo hiciera, qué grado de consenso deberían tener esas recomendaciones para su aprobación; a qué se daría publicidad; si se llevaría a cabo un seguimiento de la aplicación de cualesquiera recomendaciones; si también se realizaría un seguimiento del efecto económico de la aplicación de esas recomendaciones o del cumplimiento de cualesquiera acuerdos multilaterales; las vinculaciones que se establecerían con la asistencia técnica; la frecuencia de los exámenes de un mismo país; cómo se sufragarían los gastos de los exámenes de los países en particular; posibles incentivos o factores disuasivos para que los países participasen en dichos exámenes; integración del grupo de examen; y en cuáles de los foros debía llevarse a cabo el examen por homólogos, cómo podría vincularse el examen con la labor existente de dichos foros y, en caso de que existiera más de un sistema de examen o foro, cómo se dividiría el trabajo y cómo se mantendría la coherencia y la coordinación.

Capítulo II

CONSULTAS NO NECESARIAMENTE VINCULADAS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A. Mecanismos bilaterales y regionales

14. Algunos acuerdos bilaterales de cooperación que comprenden la política de la competencia carecen de disposiciones específicas relativas a consultas, pero, incluso en esos casos, por supuesto podrán celebrarse consultas al aplicarse otras de sus disposiciones. En otros se prevé la celebración de consultas sobre cualquier asunto relacionado con el acuerdo, bien sea en respuesta a una petición concreta o en el marco de un programa ordinario de reuniones. Por ejemplo, el acuerdo entre los Estados Unidos de América y el Japón es excepcional porque prevé la posibilidad de celebrar consultas por conductos diplomáticos sobre cualquier asunto relacionado con su aplicación, y también consultas directas entre los órganos de defensa de la competencia que se ocupan de las cuestiones que pueden surgir en relación con el acuerdo; los órganos de defensa de la competencia de las partes también se reunirán todos los años para intercambiar distintos tipos de información sobre las actividades respectivas en esta esfera²⁵. En el acuerdo entre los Estados Unidos de América y el Brasil se prevé que cualquiera de las partes puede solicitar la celebración de consultas sobre cualquier asunto relacionado con el acuerdo, indicando los motivos de la petición y si existen plazos de procedimiento u otras restricciones que exijan la aceleración de las consultas; cada parte evacuará las consultas rápidamente cuando se soliciten a fin de llegar a una conclusión acorde con los propósitos del acuerdo²⁶. Las disposiciones relativas a las consultas algunas veces se refieren a los principios del acuerdo; por ejemplo, el acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea establece que, en toda consulta, cada una de las partes tendrá en cuenta los principios de cooperación en él establecidos y deberá estar dispuesta a explicar a la otra parte los resultados concretos de la aplicación de esos principios a la cuestión objeto de las consultas²⁷. La mayoría de los acuerdos de cooperación celebrados por los Estados Unidos de América o el Canadá están redactados en términos análogos, con algunas variaciones.

15. Las disposiciones relativas a las consultas del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno del Canadá prevén incluso lo que podría considerarse un proceso de examen entre homólogos²⁸. Las partes deberán examinar asuntos

²⁵ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Japón sobre la cooperación en actividades anticompetitivas (Washington D.C., 7 de octubre de 1999).

²⁶ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Federativa del Brasil sobre la cooperación de sus órganos de la competencia en la aplicación de sus leyes reguladoras de la competencia (Washington D.C., 26 de octubre de 1999).

²⁷ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de sus leyes reguladoras de la competencia (Washington D.C., 23 de septiembre de 1991, entrada en vigor: 10 de abril de 1995).

²⁸ Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República de Costa Rica (Ottawa, 23 de abril de 2001).

relativos al funcionamiento, la ejecución, la aplicación o la interpretación del capítulo sobre política de competencia y, además, tanto las medidas que han adoptado para proscribir las actividades anticompetitivas como la eficacia de las referentes al cumplimiento. Las partes celebrarán consultas cada dos años por lo menos, o en respuesta a una petición por escrito de una de las partes, y nombrarán a funcionarios encargados de velar por que las consultas se celebren oportunamente cuando sea necesario. Si las partes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria con respecto a un asunto planteado en una petición escrita de consulta, se remitirán a la Comisión de Libre Comercio creada para supervisar la aplicación general del acuerdo. Esas disposiciones detalladas pueden compararse con las equivalentes del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República de Chile o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), que se limitan a establecer que cada una de las partes cooperará en las cuestiones relativas a las consultas sobre política de observancia de la ley de la competencia, que es uno de los métodos de cooperación enumerados²⁹. En efecto, si bien la mayoría de los acuerdos regionales o subregionales prevén la celebración de consultas, hay grandes diferencias en cuanto al alcance de esas disposiciones, ya que en algunos casos pueden llegar a establecer la necesidad de comunicar las opiniones de un órgano de la competencia para incluirlos en las actuaciones iniciadas ante el otro órgano de defensa de la competencia, o que se comuniquen las opiniones sobre proyectos de decisión para que se formulen observaciones al respecto³⁰. Algunos acuerdos disponen la obligación de realizar consultas antes de tomar determinadas medidas, mientras que la mayoría de los acuerdos impone también la obligación de celebrar consultas cada vez que se soliciten. Así pues, el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Sudáfrica, por ejemplo, dispone que las partes deben consultarse, a solicitud de cualquiera de ellas, cada vez que la Comisión de la UE o la Autoridad Encargada de la Competencia de Sudáfrica decidan realizar una investigación o pretendan tomar alguna medida que pueda tener consecuencias importantes para los intereses de la otra parte, y ambos deben tratar de encontrar una solución mutuamente aceptable en vista de sus respectivos intereses importantes, prestando la debida atención a la legislación y la soberanía, la independencia de los respectivos órganos de defensa de la competencia y cuestiones de cortesía internacional³¹. No obstante, cualquiera de las partes puede adoptar "medidas adecuadas" tras celebrar consultas en el Consejo de Cooperación si considera que una práctica determinada no se ha tratado debidamente y es nociva para sus intereses; en diversos acuerdos celebrados por la UE existen disposiciones similares relativas a las consultas en el Consejo de Cooperación o el Consejo de Asociación que deberán celebrarse antes de tomar medidas.

²⁹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (Washington D.C., 8 y 17 de diciembre de 1992; Ottawa, 11 y 17 de diciembre de 1992, y México D.F., 14 y 17 de diciembre de 1992). Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República de Chile (Ottawa, 14 de noviembre de 1996; entrada en vigor: 1º de junio de 1997).

³⁰ Véase UNCTAD, Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados documento TD/B/COM.2/CLP/21/Rev. 1.

³¹ Véase el Acuerdo en materia de comercio, desarrollo y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Sudáfrica, por otra, 1999.

B. Mecanismos de la OCDE

16. A nivel plurilateral, las recomendaciones de la OCDE de 1995 en esta materia prevén la celebración de consultas a petición de un país miembro que considere que: a) una investigación o actuación que esté realizando otro país miembro puede afectar intereses importantes suyos; o b) una o más empresas domiciliadas en uno o más países miembros están adoptando o han adoptado algún tipo de prácticas comerciales restrictivas que están afectando sustancial y negativamente a sus intereses³². Las peticiones de consultas deberán realizarse lo antes posible después de haberse recibido la notificación de actividades en cumplimiento de las normas que afecten a intereses importantes de la parte solicitante, y deberán ir acompañadas de una explicación acerca de los intereses nacionales afectados que sea suficientemente detallada para permitir un examen a fondo de la petición. Los países miembros que reciban tales solicitudes de consultas deberán examinar en forma detenida y comprensiva las opiniones expresadas o la documentación presentada por el país solicitante, en particular respecto de: a) las sugerencias acerca de otros medios posibles de satisfacer las necesidades o los objetivos de la investigación sobre la competencia, y b) la índole de la práctica comercial restrictiva de que se trate, las empresas involucradas y los supuestos efectos perjudiciales para los intereses del país solicitante. Todos los países que participen en las consultas deberán examinar detenidamente los intereses invocados y las opiniones expresadas durante las consultas a fin de evitar o reducir al mínimo las posibilidades de conflicto. Cabe señalar que la celebración de consultas no obsta para que el caso siga adelante, y el país al que se dirige la petición seguirá teniendo plena libertad para adoptar la decisión final. Sin embargo, cuando un país miembro convenga en que empresas domiciliadas en su territorio están adoptando prácticas comerciales restrictivas que dañan los intereses del país solicitante, deberá tratar de asegurarse de que esas empresas adopten medidas correctivas, o el propio país deberá adoptar, voluntariamente y teniendo en cuenta sus intereses legítimos, las medidas correctivas que considere apropiadas, incluidas las previstas en su legislación sobre la competencia o medidas administrativas. Sin perjuicio de ninguno de sus derechos, los países miembros que participen en las consultas deberán esforzarse en hallar una solución mutuamente aceptable teniendo en cuenta sus respectivos intereses. En caso de conclusión satisfactoria, los dos países deberán informar, de mutuo acuerdo, al Comité de la Competencia de la OCDE acerca de las cuestiones principales.

C. Mecanismos previstos en el Conjunto de Principios y Normas

17. El Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas establece (en el párrafo F.4) que cuando un Estado, particularmente en el caso de un país en desarrollo, considere procedente celebrar con otro Estado u otros Estados consultas sobre un problema relativo al control de las prácticas comerciales restrictivas, podrá pedir una consulta con esos Estados a fin de hallar una solución mutuamente aceptable. Cuando haya de celebrarse una consulta, los Estados participantes podrán pedir a la UNCTAD que proporcione a tal efecto servicios de conferencias mutuamente convenidos. Los Estados deberán conceder plena atención a las peticiones de consulta y, previo acuerdo sobre el tema y los procedimientos de tal consulta, ésta deberá llevarse a cabo en el

³² Recomendaciones revisadas del Consejo sobre la cooperación entre los países miembros relativas a las prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional, 27 y 28 de julio de 1995, C(95)130/FINAL.

momento oportuno. Si convienen en ello, los Estados participantes deberán preparar, con la asistencia, si la desean, de la secretaría de la UNCTAD, un informe conjunto sobre las consultas y sus resultados, informe que deberá facilitarse a la UNCTAD para su publicación. Hasta la fecha, este mecanismo de consulta sólo se ha utilizado una vez: a mediados de la década de 1980 un país en desarrollo, que utilizó la secretaría de la UNCTAD como intermediaria, pidió celebrar consultas con un país desarrollado en relación con la prohibición dictada por una empresa farmacéutica de éste, de que un país en desarrollo vecino exportara productos farmacéuticos fabricados bajo licencia de esa empresa. Las autoridades del país desarrollado remitieron el asunto a la empresa en cuestión y la respuesta en la que ésta explicaba las circunstancias de la prohibición fue transmitida al país en desarrollo. El asunto se señaló a la atención del Grupo de Expertos durante unas consultas oficiosas.

18. Por otra parte, el Conjunto de Principios y Normas establece (en el párrafo G.3) que una de las funciones del Grupo de Expertos consistirá en "servir de foro y tomar disposiciones para la celebración de consultas multilaterales, discusiones y cambios de impresiones entre los Estados sobre cuestiones relacionadas con el Conjunto de principios y normas, en especial sobre su aplicación y la experiencia que de ésta se derive". Este mecanismo de consultas, constituye el marco para las exposiciones, el intercambio de experiencias y los debates sobre las distintas cuestiones de carácter general relacionadas con la competencia que se llevan a cabo durante las reuniones anuales del Grupo de Expertos.

D. Mecanismos previstos en los acuerdos de la OMC

19. También se han establecido otros mecanismos de consulta (distintos de las consultas obligatorias vinculadas al proceso de solución de diferencias) en el marco de la OMC. Una decisión adoptada por el GATT en 1960 dispone que se celebrarán consultas bilaterales o multilaterales, según corresponda, sobre prácticas restrictivas nocivas en el comercio internacional; se establece que la parte contratante a la que se dirija una petición de consultas deberá examinarla con una actitud comprensiva y prestarse a la celebración de consultas, para que puedan llegar a conclusiones recíprocamente satisfactorias³³. Si reconociera la existencia de efectos perjudiciales, deberá adoptar las medidas que le parezcan apropiadas para eliminarlos. El resultado de las consultas ha de comunicarse a los miembros de la OMC. Este procedimiento fue invocado por primera vez por los Estados Unidos de América y el Japón en el caso de las medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos, respecto de las supuestas prácticas comerciales restrictivas sobre las importaciones de esos productos en los mercados del otro país (la Unión Europea también solicitó participar en esas consultas)³⁴. No obstante, las consultas no continuaron y no afectaron al resultado del caso.

20. De acuerdo con lo establecido en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), los miembros celebrarán consultas a petición de cualquier otro miembro con miras a

³³ Decisión del GATT relativa a las disposiciones para la celebración de consultas sobre las prácticas comerciales restrictivas adoptada el 18 de noviembre de 1960, actualmente incorporada en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1994).

³⁴ Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo (WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998).

eliminar determinadas prácticas comerciales de los proveedores que limiten la competencia y, por tanto, restrinjan el comercio de servicios. El miembro al que se dirija la petición la examinará cabalmente y con comprensión y facilitará la información pertinente que esté al alcance del público, así como otras informaciones de que disponga, con sujeción a su legislación nacional y a reserva de la conclusión de un acuerdo satisfactorio sobre la salvaguarda de la confidencialidad. Hasta la fecha nunca se ha hecho uso de este procedimiento. Este artículo se aplica independientemente de que el miembro al que se dirige la petición haya contraído compromisos concretos respecto del sector de los servicios de que se trate, pero no abarca el comportamiento de monopolios y proveedores de servicios exclusivos en sectores en los que se hayan contraído compromisos específicos (en cuyo caso se disponen procedimientos separados que van más allá de las consultas).

21. De conformidad con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), un miembro de la OMC que desee que un titular de derechos de propiedad intelectual que es nacional de otro miembro o tiene su domicilio en él cumpla su legislación relativa al control de las prácticas anticompetitivas en la concesión de licencias, podrá pedir la celebración de consultas con ese miembro, el cual deberá acceder a ellas; todo ello sin perjuicio de las acciones que uno y otro miembro puedan entablar al amparo de la legislación, ni de su plena libertad para adoptar una decisión definitiva. El miembro a quien se haya dirigido la solicitud examinará con una actitud comprensiva la petición y facilitará la información pertinente en condiciones análogas a las establecidas en el AGCS. Por el contrario, un miembro cuyos nacionales o personas que tengan en él su domicilio sean objeto de una acción interpuesta por otro miembro para exigir el cumplimiento podrá pedir la celebración de consultas con ese otro país miembro, y éste deberá acceder a ello. Hasta la fecha no se ha hecho uso de ninguno de estos procedimientos previstos en los ADPIC.

E. Consecuencias y recomendaciones

22. En el curso de los seminarios regionales organizados por la secretaría de la UNCTAD en el contexto del proceso posterior a Doha se ha indicado que en un marco multilateral de competencia se podrían prever distintos tipos de mecanismos, empezando por la celebración de consultas periódicas entre los Estados sobre cuestiones concretas de la competencia³⁵. Durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la OMC y en las presentaciones por escrito que se le sometieron, se indicaba también que un acuerdo de la OMC sobre la competencia debería crear un mecanismo general de consultas diferente de las consultas previstas en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD); los miembros podrían así examinar el funcionamiento del acuerdo o la persecución de sus objetivos, en particular toda cuestión bilateral o confidencial, o la opinión de un miembro de que la legislación de otro miembro no observa las normas de un acuerdo de la OMC (en particular los principios básicos de transparencia, no discriminación y equidad en los procedimientos); no obstante, podría plantearse la cuestión de si estaban los sujetos a obligaciones en virtud del acuerdo; los miembros estarían obligados a celebrar consultas cada vez que se hicieran peticiones debidamente notificadas y dichas consultas debían mantenerse separadas de las del mecanismo creado por el ESD; esto constituiría un complemento esencial para los procesos más públicos del examen entre homólogos, entendiéndose que ambos

³⁵ Véase Informe consolidado de los cuatro seminarios regionales sobre el mandato posterior a Doha, (nota 22, *supra*).

procesos se ocupan de problemas concretas de los Miembros y facilitan el intercambio de información, la creación de capacidad, la observancia, la creación de una cultura de la competencia y la convergencia en cuestiones de política de competencia³⁶. Sin prejuzgar esas cuestiones, tal vez sea útil que la secretaría de la UNCTAD elabore una tipología de las diversas formas y objetivos de las consultas, por ejemplo consultas sobre cuestiones (que podrían dividirse en diferentes tipos), casos, intercambio general de experiencias, o la aplicación de las disposiciones, objetivos o principios de los acuerdos, incluidos sus aspectos institucionales, en qué medida es obligatorio celebrar consultas, los posibles resultados contemplados como resultado de ellas y sus posibles vinculaciones con los exámenes por otras entidades de igual nivel, la notificación, la evitación de conflictos, la cortesía internacional o la liberalización del comercio, con comentarios explicativos y casos hipotéticos ilustrativos. Sería conveniente vincular la preparación de esa tipología a la elaboración de otro modelo de disposiciones sobre cooperación en materia de derecho y política de la competencia, como se sugería en un informe anterior de la secretaría de la UNCTAD³⁷. En el curso de los debates sobre el modelo de disposiciones de cooperación en materia de consultas, el Grupo de Expertos podría desear determinar los motivos del reducido uso que se ha hecho de determinados tipos de consultas en el plano multilateral hasta la fecha.

³⁶ Véase WT/WGTCP/W/233 y WT/WGTCP/M/22 (declaración del Canadá, párr. 83).

³⁷ Véase TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.1, en el que se recomienda la elaboración de un modelo alternativo de disposiciones sobre cooperación en materia de derecho y política de la competencia, que abarque la cooperación en materia de procedimiento, las disposiciones sustantivas, los procedimientos para evitar conflictos o solucionarlos, en el que se podría incluir un texto facultativo relativo a un trato preferencial o diferenciado en favor de los países en desarrollo, así como comentarios explicativos y casos hipotéticos ilustrativos.

Capítulo III

CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y BUENOS OFICIOS

A. Mecanismos no multilaterales

23. Ningún acuerdo bilateral de cooperación relativo a la observancia de las leyes de la competencia contiene mecanismos de solución de controversias³⁸. Los acuerdos de libre comercio, unión aduanera o mercado común/mercado único pueden contener mecanismos generales de solución de controversias aplicables a todas las esferas, pero en ninguno de ellos se establecen mecanismos especialmente dedicados a la política de la competencia. No obstante, en algunos acuerdos de libre comercio de las Américas (en particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLC- y los acuerdos de libre comercio suscritos por el Canadá con Chile y Costa Rica) se excluyen específicamente las diferencias en materia de política de competencia de los procedimientos de solución de controversias (sólo se prevén procedimientos obligatorios) o de arbitraje. A nivel plurilateral, en las recomendaciones de la OCDE de 1995 se contempla un mecanismo de conciliación para resolver las diferencias cuando no se pueda llegar a una solución satisfactoria de acuerdo con los procedimientos de consulta descritos en el capítulo anterior; los países miembros interesados que así lo hayan acordado deberán considerar la posibilidad de recurrir a los buenos oficios del Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE con miras a una conciliación. La secretaría de la OCDE elaborará una lista de personas dispuestas a actuar como conciliadores. Los procedimientos a seguir se determinan de acuerdo con los países interesados; las conclusiones derivadas de la conciliación no son vinculantes para ellos y las actuaciones deberán ser confidenciales, salvo que se acuerde otra cosa. Hasta la fecha nunca se ha utilizado este mecanismo de conciliación. En un examen realizado en 1987 de una versión anterior de las recomendaciones de 1995 de la OCDE se consideró que ese hecho se debía fundamentalmente a que los procedimientos de notificación, intercambio de información y consultas previstos en la recomendación habían logrado evitar o resolver los conflictos³⁹.

B. Mecanismos multilaterales

24. A nivel multilateral, el Conjunto de Principios y Normas establece (en el párrafo G.4) que, en el desempeño de sus funciones, el Grupo de Expertos y sus órganos auxiliares no actuarán como un tribunal ni emitirán de otro modo juicio alguno acerca de las actividades o el comportamiento de determinados gobiernos o determinadas empresas en relación con una

³⁸ En el acuerdo de cooperación entre China y la Federación de Rusia se dispone que los Gobiernos respectivos deben hacer esfuerzos razonables para resolver, por medios amistosos, todas las discrepancias y diferencias que puedan surgir en relación con el acuerdo. Véase Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en la lucha contra la competencia desleal y en asuntos antimonopolio, 25 de abril de 1996, art. 6.

³⁹ Véase OECD, *Competition Policy and International Trade: Instruments of Cooperation*, París, 1987.

transacción comercial concreta y deberán evitar toda implicación en cualquier litigio que pudiera surgir entre las empresas en una transacción comercial concreta.

25. El Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC prevé la posibilidad de que las partes en una diferencia, si así lo acuerdan, recurran a los buenos oficios, la conciliación o la mediación para resolver una diferencia; el Director General de la OMC, actuando de oficio, podrá ofrecer sus servicios a esos efectos⁴⁰. No obstante, hasta la fecha nunca se ha hecho uso de esos procedimientos. En un informe de un grupo de reflexión independiente con sede en el Reino Unido se ha recomendado que se hagan más esfuerzos para emplear otros métodos de solución de diferencias o realizar actividades que puedan contribuir mejor a aclarar cuestiones para el propio proceso de solución de diferencias, en la medida en que aceleren y no demoren la solución⁴¹. Varias de las personas entrevistadas para la preparación del presente informe declararon que la mediación (y el arbitraje) eran, en principio, mecanismos ideales a disposición de los países en desarrollo, debido a la limitada capacidad de éstos de participar plenamente en las actuaciones; sin embargo, muchos afirmaron que la realidad política del sistema comercial suponía que, durante cualquier proceso, estos países podrían sufrir presiones y amenazas de los países desarrollados para que retiraran los cargos presentados contra ellos.

C. Consecuencias y recomendaciones

26. Teniendo en cuenta la limitación de la información y los debates sobre este tema, es difícil explicar las razones del reducido número de mecanismos de solución de diferencias existente o el limitado uso que se hace de ellos en relación con la aplicación de acuerdos internacionales sobre política de la competencia o relacionados con ella. Tal vez se deba a: a) la naturaleza voluntaria de los compromisos para cooperar en esta esfera, o el amplio margen que las partes se reservan para cooperar o no y cómo hacerlo en cada caso, lo que puede hacer difícil demostrar el incumplimiento de los acuerdos; b) la preferencia por la solución de diferencias por medio de consultas y negociaciones bilaterales privadas y officiosas, en vez de utilizar los mecanismos plurilaterales más formales, en los que participan terceros; c) la eficacia de esas consultas bilaterales, que eliminaría la causa de la controversia; d) la renuencia de los gobiernos a permitir una supervisión internacional de las decisiones nacionales relativas al cumplimiento -en otras palabras, las preocupaciones con respecto a la soberanía; y/o e) en lo que respecta a la conciliación, la mediación o los buenos oficios, el escepticismo sobre la eficacia de la participación de terceros en recomendaciones no vinculantes para resolver diferencias que las partes no han podido resolver por sí mismas.

27. No obstante, la eficacia de la conciliación, la mediación o los buenos oficios no debe compararse con la solución de diferencias de carácter obligatorio, sino con la situación que se daría si no existiera ningún procedimiento de arreglo en esta esfera. Debe observarse a este respecto que, durante los debates del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia, al parecer todas las partes llegaron a un consenso en el

⁴⁰ Véase el artículo 5 del ESD.

⁴¹ Véase Federal Trust for Education and Research, *Enhancing the WTO's Dispute Settlement Understanding - A Working Group Report*, 2002. Se puede consultar en <http://www.fedtrust.co.uk/Media/>

sentido de que no cabría aplicar los procedimientos obligatorios de solución de diferencias de la OMC a todas las disposiciones de un posible marco multilateral sobre la política de la competencia. A pesar de ello, las opiniones variaban con respecto a la medida en que esto sería así. Algunos países indicaron que la solución de diferencias se limitaría a la existencia de una prohibición de los cárteles y a los principios básicos (salvo la transparencia), mientras que otros pusieron en tela de juicio la propia necesidad de la solución de diferencias, dada la conveniencia de preservar el poder de enjuiciamiento de las autoridades de defensa de la competencia y evitar adelantarse a las decisiones nacionales relativas a la observancia, y teniendo en cuenta que los efectos de las soluciones ofrecidas por un grupo de solución de diferencias de la OMC podrían ser más contrarios a la competencia que favorables a ella⁴².

28. Al mismo tiempo que los gobiernos son renuentes a aceptar que su soberanía sea limitada por un control internacional de sus decisiones relativas a la observancia de la competencia, pueden estar más preparados a admitir procedimientos voluntarios que supongan recomendaciones no vinculantes y que comportarían menos publicidad que los procesos jurisdiccionales; si los gobiernos "perdedores" aceptasen esas recomendaciones no obligatorias, tendrían la oportunidad de demostrar que están dispuestos de buena fe a cooperar, sin posibilidad alguna de crear un precedente. Además, para muchos países, en particular los países en desarrollo, la participación de terceros y el poder que puedan tener los mediadores o conciliadores para formular recomendaciones basadas en la equidad u otras consideraciones podrían contribuir a paliar el hecho de tener una capacidad de negociación, conocimientos especializados o unos recursos relativamente menores, así como el carácter relativamente voluntario o discrecional de los compromisos de cooperación. Se ha indicado también que la mediación es especialmente positiva en el contexto del comercio y la competencia porque su carácter voluntario y oficioso conduce a tener en cuenta los intereses de las partes (en lugar de que imponer derechos) y a mantener la relación de cooperación después de la mediación, habida cuenta de la importancia de la cooperación entre las autoridades nacionales en lo atinente a la aplicación de la legislación en la materia, pero que, al igual que las consultas, tienen la desventaja de que un participante puede en todo momento abandonar el proceso o utilizarlo como "interrogatorio preliminar" para obtener información o como táctica dilatoria, mientras que los resultados del proceso generalmente no serían vinculantes⁴³. En todo caso, los métodos diplomáticos y obligatorios de solución de diferencias no deben considerarse soluciones mutuamente excluyentes, sino dos de las distintas posibilidades (junto con el examen entre homólogos o las consultas) que se podrían ofrecer para facilitar el fortalecimiento de la cooperación multilateral en materia de derecho y política de la competencia que pudieran acordarse.

⁴² Véase WT/WGTCP/M/21.

⁴³ Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia - Comunicación de la OCDE - Panorama general de posibles mecanismos de observancia en un marco multilateral sobre la competencia, WT/WGTCP/W/240.

29. No obstante, teniendo en cuenta el limitado uso que se ha hecho de estos métodos en esta esfera, sería fundamental celebrar amplios debates para determinar por qué no se utilizan actualmente, cómo podrían adaptarse a las especificidades de la política de la competencia (por ejemplo, en relación con la protección de la información confidencial) y cómo podrían tenerse en cuenta las necesidades y preocupaciones de los países en desarrollo a este respecto. Nada de esto impediría adoptar las medidas aún pendientes relativas a la posible adopción o el contenido de un marco multilateral sobre política de la competencia, o respecto de cuáles de sus disposiciones, de haber alguna, podrían someterse a una solución de diferencias de carácter obligatorio. El mecanismo de consultas del Grupo de Expertos constituiría un foro adecuado para esos debates.
