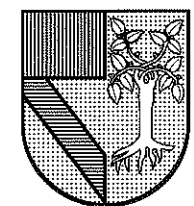


ARS IURIS

NÚMERO

30

2 0 0 3



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®

ARS IURIS

30-2003

**Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas
de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana**

Consejo Editorial

Rafael Márquez Piñero

Presidente

María Reyes Márquez García

Secretaria

Jorge Adame Goddard

Juan Federico Arriola Cantero

Salvador Cárdenas Gutiérrez

Óscar Cruz Barney

Rodolfo Cruz Miramontes

Jaime del Arenal Fenocho

Guillermo Díaz de Rivera Álvarez

Roberto Ibáñez Mariel

Miguel Ángel Lugo Galicia

Alejandro Mayagoitia

Salvador Mier y Terán Sierra

Rigoberto Ortiz Treviño

Horacio Rangel Ortiz

Isaías Rivera Rodríguez

Alberto Said Ramírez

Dora María Sierra Madero

Jacinto Valdés Martínez

Hernany Veytia Palomino

Unidad Guadalajara

Juan de la Borbolla Rivero

José Antonio Lozano Díez

Gerente General

María Fernanda González Ugalde

Asistente

Responsables de cada sección

Estudios Jurídicos

Manuel Morante Soria

Actualidad Académica

Antonio Pérez Fonticoba

Actualidad Legislativa

Gonzalo Uribarri Carpintero

Tradicón Jurídica

Alejandro Mayagoitia

El Foro

Carlos Soriano Cienfuegos

Informes y suscripciones

Mary Pou Bazán

Ventas y suscripciones

Universidad Panamericana

Facultad de Derecho

Augusto Rodin 498

Col. Insurgentes Mixcoac, 03920, México, D. F.

Tel. 54-82-16-00, ext. 5144. Fax 54-82-16-18

e-mail: mpoubaza@mx.up.mx

ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE LAS PARTES

La cuestión en las investigaciones por prácticas desleales del comercio internacional en la República Argentina

Viviana Kluger

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El tratamiento de confidencialidad en la República Argentina.* 1. *Requisitos y procedimiento.* 2. *La confidencialidad a lo largo de la investigación.* III. *Contenido de los resúmenes. La discusión en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.* IV. *Consideraciones finales.*

I. Introducción

Las investigaciones que persiguen la aplicación de derechos antidumping o compensatorios exigen a las autoridades investigadoras el relevamiento de información proveniente de distintas fuentes.

En estas circunstancias, a menudo sucede que hay cierta información que las partes son reticentes en proporcionar, ante el temor de que el acceso a esos datos por las otras partes pueda perjudicarlos o suministrar ventajas competitivas a las otras.

En función de este resquemor es que tanto el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994¹ como el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias² prevén un mecanismo que permite a las partes proporcionar a las autoridades investigadoras esa informa-

¹ En adelante el Acuerdo Antidumping.

² En adelante el Acuerdo sobre Subvenciones.

ción para que puedan formular sus determinaciones, velando al mismo tiempo para que la información no se utilice para otros fines.

Las disposiciones sobre el tratamiento de la información confidencial se encuentran en los arts. 6.5, 6.5.1 y 6.5.2 del Acuerdo Antidumping y 12.4, 12.4.1 y 12.4.2 del Acuerdo sobre Subvenciones.

El texto más importante en materia de confidencialidad es el párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, que estipula: "Toda información que, por su naturaleza, sea confidencial (por ejemplo, porque su divulgación implicaría una ventaja significativa para un competidor o tendría un efecto significativamente desfavorable para la persona que proporcione la información o para un tercero del que la haya recibido) o que las partes en una investigación antidumping faciliten con carácter confidencial será, previa justificación suficiente al respecto, tratada como tal por las autoridades. Dicha información no será revelada sin autorización expresa de la parte que la haya facilitado".³

Por su parte, el art. 6.5.1 enumera los recaudos que deben cumplir las partes para poder solicitar el referido tratamiento, al señalar: "Las autoridades exigirán a las partes interesadas que faciliten información confidencial que suministren resúmenes no confidenciales de la misma. Tales resúmenes serán lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial. En circunstancias excepcionales, esas partes podrán señalar que dicha información no puede ser resumida. En tales circunstancias excepcionales, deberán exponer las razones por las que no es posible resumirla".

El 6.5.2 establece: "Si las autoridades concluyen que una petición de que se considere confidencial una información no está justificada, y si la persona que la haya proporcionado no quiere hacerla pública ni autorizar su divulgación en términos generales o resumidos, las autoridades podrán no tener en cuenta esa información, a menos que se les demuestre de manera convincente, de fuente apropiada, que la información es correcta".

A su vez, los países que integran la Organización Mundial del Comercio han internalizado las disposiciones del Acuerdo Antidum-

ping y del Acuerdo sobre Subsidios, al establecer los recaudos que deben ser cumplidos para que las partes obtengan la concesión del mencionado tratamiento.

Una distinción que es necesario efectuar en primer término consiste en diferenciar entre la *reserva* que es característica de este tipo de investigaciones, y la *solicitud y otorgamiento del tratamiento de confidencialidad*.

La primera es la no publicidad de las solicitudes de investigación hasta que éstas devengan en aperturas publicadas en los correspondientes diarios o registros oficiales. El motivo de este recaudo es el efecto económico que el pedido de investigación pudiera ocasionar a los competidores de la empresa que toma la iniciativa. En este sentido, ambos acuerdos establecen que a menos que se haya adoptado la decisión de iniciar una investigación, las autoridades evitarán toda publicidad acerca de la solicitud de iniciación de una investigación.⁴

Esta reserva no es requerida a partir del momento en el que las autoridades respectivas deciden abrir la investigación; porque lo que hasta ese momento era un pedido sobre cuya viabilidad no había certeza, se convierte en una investigación en la que comenzarán a participar otros productores, importadores y productores extranjeros.

Sin perjuicio de lo señalado, esta reserva no tiene lugar cuando se trata de dar cuenta de la solicitud a los Miembros que pudieran estar eventualmente involucrados, en cuyo caso ambos acuerdos establecen que después de recibir una solicitud debidamente documentada y antes de proceder a iniciar la investigación, las autoridades lo notificarán al gobierno del Miembro exportador interesado.⁵

Distinta es la situación que se plantea con respecto a la *solicitud del tratamiento de confidencialidad*, pedido que las partes generalmente efectúan a las autoridades investigadoras a fin de preservar información que les es sensible por motivos estratégicos y para la cual tanto en los acuerdos como en las legislaciones internas de los Miembros existen disposiciones que se refieren a su tratamiento y otorgamiento.

⁴ Arts. 5.5 y 11.5, respectivamente.

⁵ Arts. 5.5 y 11.5, respectivamente.

³ En el Acuerdo sobre Subvenciones, es el art. 12.4.

No toda la información que eventualmente pudiera llegar a ser considerada confidencial tiene la misma entidad, por lo que el tratamiento que se le dispensa puede diferir en cada caso. En efecto, hay información que es pública y que se encuentra disponible para cualquier parte, mientras que existe otro tipo de material que es exclusivo de las partes que la suministran porque hace al giro de la empresa, por ejemplo, los costos de producción, el *layout*, los secretos empresariales, los nombres de los clientes, distribuidores o proveedores o cualquier otra información específica que en caso de divulgarse, pudiera causar daño a la posición competitiva del que la remite.

II. El tratamiento de confidencialidad en la República Argentina

1. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO

La República Argentina se adhirió al GATT el 19 de julio de 1968, a través de la ley 17.799, por lo que el marco legal en el que se desenvuelven los conflictos suscitados como consecuencia de las prácticas desleales del comercio internacional, lo constituyen el Acuerdo sobre Dumping y el Acuerdo sobre Subvenciones, los que fueron incorporados a la legislación argentina por medio de la ley 24.425 y reglamentados en su aplicación por el decreto 1326/98, así como el Decreto 766/94 de creación de la Comisión Nacional de Comercio Exterior.⁶ Se aplican supletoriamente la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y su Decreto Reglamentario 1759/72, en la medida en que existan lagunas en la legislación específica, y siempre y cuando no estén en contraposición con los principios de la misma.

Son autoridades de aplicación la Subsecretaría de Política y Gestión Comercial⁷ y la CNCE, organismos que actúan en la órbita de la Secretaría de Industria, Comercio y de la Pequeña y Mediana Empresa.⁸

⁶ En adelante CNCE.

⁷ En adelante SSPyGC.

⁸ En adelante SICyPyME.

A la SSPyGC le corresponde el análisis de la existencia de dumping, mientras que la CNCE es la autoridad encargada de la investigación en materia de determinación del daño causado a la producción nacional por importaciones en condiciones de competencia desleal.

Por su parte, el secretario de Industria, Comercio y de la Pequeña y Mediana Empresa es la autoridad competente para el dictado de las resoluciones de apertura de investigación, mientras que el ministro de Economía y Producción tiene a su cargo el dictado de las resoluciones que establezcan medidas provisionales o definitivas y las que determinen el cierre de la investigación.

Las disposiciones sobre confidencialidad están contenidas en los arts. 22 a 24 del Decreto 1326/98 y establecen el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento del referido tratamiento.

Conforme a la legislación mencionada, a efectos de solicitar la confidencialidad, las partes deben:

a) Individualizar la información

Individualizar claramente las piezas documentales para las que requieren dicho tratamiento. Cuando la información que aparentemente es confidencial no estuviera individualizada, se le hace saber esta circunstancia a la parte, a fin de que proceda a individualizarla. Sin embargo, la responsabilidad última de designar la información confidencial es de la parte que la remite. En función de ello, se ha establecido que en el supuesto de que la parte que acompañe información confidencial no hubiese procedido a su correcta individualización, los funcionarios intervinientes están sujetos a las obligaciones relativas al manejo de la información no confidencial.⁹

b) Justificación

Justificar la necesidad del tratamiento de confidencialidad.

c) Presentación de resúmenes no confidenciales

Presentar resúmenes no confidenciales de la información para la cual solicitan el tratamiento o explicar los motivos que le impiden pre-

⁹ Art. 3, Resolución CNCE 02/98.

sentar los mencionados resúmenes. Las partes generalmente elaboran sus resúmenes utilizando números-índice. La experiencia demuestra que son pocas las circunstancias en las que no se pueda confeccionar un resumen no confidencial.

Cuando no se facilite un resumen satisfactorio o no se expongan razones convincentes de la imposibilidad de facilitar dicho resumen, el tratamiento de confidencialidad no será concedido y por lo tanto la parte que adjuntó dicha información puede ejercer la opción de retirarla o dejarla en el expediente, con carácter público. En el primer supuesto no se tendrá en cuenta dicha información.

Independientemente de la concesión o no del tratamiento, desde el momento mismo en el que se somete información con estas características, sólo tienen acceso a la misma los funcionarios asignados a las actuaciones. Por ello, durante la tramitación del referido tratamiento, las páginas pertinentes se desglosan de las actuaciones.

No existe en la legislación argentina ningún mecanismo que permita tener acceso a la información confidencial a quienes no la proporcionaron.

Las autoridades de aplicación disponen de un plazo que no puede exceder de los cinco días contados desde el momento en que se encontraren reunidos todos los requisitos que permitan efectuar un acabado análisis del pedido, para expedirse sobre el tratamiento.¹⁰

La determinación de la confidencialidad se efectúa caso por caso. No existe en la legislación argentina una explicación acerca del tipo de información que pueda ser considerada confidencial por su naturaleza. Generalmente es posible solicitar dicho tratamiento con relación a la siguiente información:

- Estructura de costos.
- Listado de clientes.
- Descuentos y condiciones de pago.
- Determinación del precio de primera venta.
- Existencias.
- Ventas mensuales.
- Procesos de producción.

¹⁰ Art. 24, Decreto 1326/98.

2. LA CONFIDENCIALIDAD A LO LARGO DE LA INVESTIGACIÓN

Las cuestiones de confidencialidad pueden suscitarse a lo largo de toda la investigación.

Durante las verificaciones *in situ*, en el extranjero, cuando la parte investigada alegare que determinada información reviste carácter confidencial, el funcionario a cargo del procedimiento resolverá sobre el trato de confidencialidad *ad referendum* de la declaración que posteriormente efectúe la autoridad competente. En caso de no hacerse lugar al pedido de confidencialidad, la parte investigada podrá retirar tal información.¹¹

En el caso de las investigaciones *in situ*, en el territorio nacional, cuando la parte investigada alegare que determinada información reviste carácter confidencial, la misma se incorporará en acta separada, la que recibirá trato de confidencial hasta que la autoridad de aplicación resuelva conforme el procedimiento previsto en la legislación. Tal como sucede en el resto de los supuestos, en caso de no hacerse lugar al pedido de confidencialidad, la parte investigada podrá retirar tal información.¹²

La confidencialidad puede plantearse tanto con respecto a documentación suministrada por las partes (solicitudes, cuestionarios) como en relación con la elaborada por las autoridades de aplicación, por ejemplo, informes técnicos y actas, e inclusive en determinadas oportunidades tales como en reuniones de partes y audiencias.

Cuando la autoridad de aplicación utiliza información confidencial en sus informes y actas, debe también volcarla en forma confidencial, para lo cual la reemplaza por asteriscos o acude a los resúmenes no confidenciales elaborados por las partes.

De esta forma, habrá siempre dos versiones de dichos informes o actas: una pública, en la que la información confidencial ha sido reemplazada por asteriscos y en la que se han utilizado los resúmenes no confidenciales de la información considerada como tal, y otra versión confidencial, la que se conserva en un único ejemplar origi-

¹¹ Art. 23, Decreto 1326.

¹² Art. 23, Decreto 1326.

nal. Esta última versión se guarda en una instalación ignífuga, y se procede a la destrucción de cualquier otro ejemplar.¹³

La legislación argentina no ha previsto el destino de la información una vez finalizada la investigación. Sin embargo, la confidencialidad de la información aportada continúa en pie aun después de finalizada la investigación, y en el supuesto de que la CNCE decidiera efectuar una publicación vinculada con la investigación llevada a cabo, debe guardar los recaudos pertinentes.¹⁴

La CNCE ha adoptado una serie de medidas para proteger la información confidencial en lo relativo a su manejo y conservación y establecido las responsabilidades y sanciones que corresponden al personal que viola las normas fijadas sobre el particular.¹⁵

En este sentido queda expresamente prohibida la divulgación —ya sea en forma oral o escrita— a persona física o jurídica, pública o privada, de la información cuya confidencialidad hubiera sido solicitada o conferida.

Por su parte, la información confidencial correctamente individualizada por la parte deberá ser inmediatamente desglosada de las actuaciones, guardada en sobre cerrado y depositada en una caja especial bajo llave, en la Sala de Expedientes de la CNCE.

El incumplimiento de estas obligaciones hace pasible al personal del despido con justa causa y en caso que se trate de un vocal del Directorio, dicha situación se considerará causa grave a los fines de su remoción.

En el supuesto en el que sea necesario investigar si un funcionario ha incurrido en la violación de las normas sobre confidencialidad, el Presidente de la CNCE nombra una comisión *ad hoc* que debe llevar adelante una investigación que no puede extenderse más allá de los 30 días corridos, contados a partir de su iniciación.

El funcionario puede ser suspendido en el ejercicio de sus tareas durante la sustanciación de la misma¹⁶ y las obligaciones de aquél siguen vigentes aun después de haberse alejado del cargo, por renun-

cia o despido por cualquier causa, haciéndose responsable el agente de los daños y perjuicios que pudiera irrogar a la CNCE o a la parte interesada, la difusión de la información confidencial.¹⁷

La confidencialidad debe ser preservada durante las audiencias. Puede suceder que en el desarrollo de las mismas, tanto las autoridades de aplicación como las partes hagan referencia a la información que reviste este carácter. En estas circunstancias, deben dar cumplimiento a las normas referidas a la información confidencial y sólo referirse a resúmenes de informaciones confidenciales acompañados por las partes.¹⁸

En el supuesto de que quieran proporcionar nueva información confidencial durante el desarrollo de la audiencia, deben solicitar al Presidente de la Audiencia que habilite un espacio físico reservado para poder suministrarla en privado, circunstancia en la que no se continuará registrando el desarrollo de la audiencia por medios audiovisuales, si éste fuera el caso.

III. Contenido de los resúmenes. La discusión en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio

Los resúmenes deben ser lo suficientemente detallados como para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información suministrada con carácter confidencial.

El tema del contenido de los resúmenes ha sido discutido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

En el caso “ARGENTINA-MEDIDAS ANTIDUMPING DEFINITIVAS APLICADAS A LAS IMPORTACIONES DE BALDOSAS DE CERÁMICA PARA EL SUELO PROCEDENTES DE ITALIA”,¹⁹ Argentina, en respuesta a las preguntas del Grupo Especial,²⁰ sostuvo que los resúmenes presentados no eran lo bastante detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información,

¹³ Arts. 7 y 8, Resolución CNCE 02/98.

¹⁴ Art. 9, Resolución CNCE 02/98.

¹⁵ Resolución CNCE, núm. 2/98.

¹⁶ Arts. 4 y 5, Resolución CNCE 02/98.

¹⁷ Art. 6, Resolución CNCE 02/98.

¹⁸ Art. 13, Resolución CNCE 02/96.

¹⁹ WT/DS189/R.

²⁰ WT/DS189/R, pregunta 3.

por lo que no podían ser utilizados por la DCD²¹ como base de su determinación definitiva.

Argentina alegó: “la confidencialidad limita a la Autoridad porque no le permite basarse en elementos de carácter público oponibles a las partes y a los terceros, más aún si la misma no es acompañada con resúmenes no confidenciales lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con dicho carácter, a fin de respaldar la determinación a la que pueda arribarse, la que necesariamente debe tener carácter público”.

Según la Argentina, los exportadores, al no haber proporcionado resúmenes no confidenciales suficientemente detallados, habían negado el acceso a la información necesaria y entorpecido significativamente la investigación, por lo que la DCD, con arreglo al párrafo 8 del artículo 6, estaba facultada para recurrir a los hechos de que tenía conocimiento.

Para Argentina, la información esencial para determinar el valor normal y el precio de exportación siguió siendo confidencial y además los exportadores no habían proporcionado resúmenes públicos suficientemente detallados por lo que respecta a otros anexos esenciales del cuestionario.

Por su parte, las Comunidades Europeas no aceptaron el argumento de la Argentina de que a falta de un resumen no confidencial detallado las autoridades no debían basar sus determinaciones en la información confidencial facilitada.

Para el Grupo Especial, “el hecho de que el Acuerdo Antidumping consagre la obligación de proteger la información confidencial indica que las autoridades investigadoras pueden tener que apoyarse en esa información para formular las determinaciones previstas en el Acuerdo. A esos efectos, el Acuerdo Antidumping contiene un mecanismo que permite a las partes proporcionar a las autoridades investigadoras esa información para que puedan formular sus determinaciones, velando al mismo tiempo por que la información no se utilice para otros fines”.

En dicha oportunidad, el Grupo Especial sostuvo que “de conformidad con los principios generalmente aceptados en materia de interpretación de los tratados, debemos dar sentido a todos los términos del Acuerdo”, y que “Sería contradictorio sugerir que el Acuerdo Antidumping crea un mecanismo para la protección de la información confidencial y al mismo tiempo impide a las autoridades investigadoras basarse en esa información al formular sus determinaciones”.

Según el Grupo Especial: “Para empezar, si así fuera, no habría razón alguna para que la autoridad investigadora solicitase esa información” y apoyó su conclusión en el artículo 12 del Acuerdo Antidumping, que establece los requisitos aplicables al contenido de los avisos públicos.

El Grupo Especial señaló: “Por consiguiente, el requisito de transparencia, que obliga a la Autoridad a explicar su determinación en un aviso público, está subordinado a la necesidad de satisfacer el requisito de protección de la evaluación confidencial establecido en el párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. Por tanto, lo que la confidencialidad de la información presentada limita es la manera en que la Autoridad explica su decisión y fundamenta su determinación en un aviso público. En suma, a nuestro juicio, el artículo 12 demuestra que una autoridad investigadora puede apoyarse en información confidencial para formular sus determinaciones y cumplir al mismo tiempo su obligación de proteger la confidencialidad de esa información”.²²

El Grupo Especial aclaró: “Somos conscientes de que, a efectos de transparencia, el párrafo 5.1 del artículo 6 obliga a las autoridades a exigir a las partes que proporcionan información confidencial que suministren resúmenes no confidenciales lo bastante detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial. Estimamos que esto es un elemento importante del Acuerdo Antidumping que pone de manifiesto el equilibrio establecido en el Acuerdo entre la necesidad de proteger la confidencialidad de determinada información, por un lado, y la de garantizar que todas las partes tengan plenas posibilida-

²¹ Dirección de Competencia Desleal.

²² Informe del Grupo Especial, párrafo 6.36.

des de defender sus intereses, por otro. Sin embargo, no vemos en el párrafo 5.1 del artículo 6, ni en ninguna otra parte del párrafo 5 de ese artículo, nada que autorice a un Miembro a descartar información confidencial simplemente porque el resumen no confidencial de esa información no sea lo bastante detallado para permitir a las autoridades calcular el valor normal, el precio de exportación y el margen de dumping”.²³

Para el Grupo Especial, “la finalidad de los resúmenes no confidenciales previstos en el párrafo 5.1 del artículo 6 es informar a las partes interesadas para que éstas puedan defender sus intereses” pero no es “permitir a las autoridades llegar a conclusiones públicas”, como lo sostuvo Argentina para justificar la no utilización de esa información para efectuar su determinación.²⁴

Según el Grupo Especial, “no estaría justificado que una autoridad rechazara las respuestas de los exportadores simplemente porque la información contenida en los resúmenes no confidenciales no bastaba para calcular el valor normal, el precio de exportación y el margen de dumping”.²⁵

Algunas conclusiones del Grupo estuvieron basadas en lo sostenido por el Órgano de Apelación en el panel “TAILANDIA-DERECHOS ANTIDUMPING SOBRE LOS PERFILES DE HIERRO Y ACERO SIN ALEAR Y VIGAS DOBLE T PROCEDENTES DE POLONIA”,²⁶ en el que se hizo referencia al uso de información confidencial por la autoridad investigadora como base para su determinación definitiva.

La cuestión jurídica que se debatió en esa oportunidad fue si las expresiones “pruebas positivas” y “examen objetivo”, que figuran en el párrafo 1 del artículo 3, exigen que “la justificación razonada de la determinación esté declarada formal o explícitamente en los documentos que figuran en el expediente de la investigación antidumping al que tienen acceso las partes interesadas (y/o su asesor jurídico) por lo menos desde el momento de la determinación definitiva”, y,

además, que “la base fáctica sobre la que se fundan las autoridades [sea] perceptible a partir de esos documentos”.²⁷

En este caso, el Grupo Especial había concluido: “Nos negamos a basar nuestro examen en razonamientos o análisis confidenciales que pueden haber formado parte del expediente de la investigación antidumping tailandesa, pero a los que las empresas polacas (y/o su asesor jurídico) no tuvieron acceso en el momento de la determinación definitiva. Esto incluiría cualquier razonamiento o análisis que figurara exclusivamente en la prueba documental Tailandia”.²⁸

Tailandia no aceptó esta constatación del Grupo Especial de que el párrafo 1 del artículo 3o. del Acuerdo Antidumping exigiera que los documentos que integran el expediente de la investigación antidumping sólo puedan ser aquellos a los que tienen acceso las partes interesadas (y/o su asesor jurídico), por lo menos a partir del momento de la determinación definitiva.²⁹

Por su parte, Polonia sostuvo que el Grupo Especial no exigía que las pruebas fácticas o la información confidencial fueran perceptibles a partir de los documentos revelados, “sino que en los documentos revelados sea perceptible si las autoridades tailandesas se basaron en esas pruebas fácticas y en qué forma lo hicieron” y que “la decisión del Grupo Especial exige que las autoridades investigadoras revelen de forma adecuada el hecho de que se basaron en esa información confidencial, pero no exige que revelen la información misma”.³⁰

En el mismo caso Japón, como “tercero participante” alegó que “la base fáctica para la medida antidumping debe ser evidente en aquellos documentos que están a disposición de las partes”, y que “No pueden defenderse las medidas antidumping sobre la base de hechos ocultos a las partes bajo el manto de la confidencialidad”. Para este país, con arreglo a la interpretación de Tailandia del párrafo 1 del artículo 3, “las autoridades podrían reunir los hechos alegados por una parte, escuchar los argumentos presentados sobre esos

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.37.

²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.39.

²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.39.

²⁶ WT/DS122/AB/R.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 107.

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.147.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 20.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 36.

hechos por esa parte, no revelar de forma significativa esos hechos a la otra parte y, aun así, formular una determinación”, concluyendo Japón que “Ese proceso es, por definición, no objetivo: ese proceso favorece a una parte con respecto a la otra”.³¹

Las Comunidades Europeas opinaron que, como había sostenido Tailandia, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que podía solamente examinar el asunto sobre la base de las pruebas reveladas a las empresas polacas (y/o a su asesor jurídico) en el momento de la determinación definitiva³² y que “el Grupo Especial no tuvo en cuenta que, como se reconoce en el párrafo 5 del artículo 6, es posible que cierta información confidencial no pueda ser resumida” y, por consiguiente, “nunca pueda ser ‘perceptible’ a partir de la información revelada”.³³

Los Estados Unidos se alinearon del lado de Tailandia, al afirmar que “para que un grupo especial determine de manera adecuada si las autoridades investigadoras han establecido adecuadamente los hechos, debe evaluar todos los hechos que están a disposición de la parte demandada; entre éstos pueden encontrarse hechos confidenciales que formaban parte del expediente administrativo”.³⁴

Por su parte, el Órgano de Apelación afirmó: “Una investigación antidumping involucra el comportamiento comercial de empresas y, en virtud de las disposiciones del Acuerdo Antidumping, la reunión y evaluación de información tanto confidencial como no confidencial. La determinación de la existencia de daño realizada de conformidad con las disposiciones del artículo 3 del Acuerdo Antidumping debe estar basada en la totalidad de esas pruebas. No vemos en el párrafo 1 del artículo 3 ninguna disposición por la cual la autoridad investigadora deba limitarse a basar la determinación de la existencia de daño únicamente en información no confidencial”.³⁵

El Órgano de Apelación sostuvo que el requisito que figura en el párrafo 1 del artículo 3 de que la determinación de la existencia de

daño se base en pruebas “positivas” y comprenda un examen “objetivo” de los elementos de daño requeridos “no implica que la determinación deba basarse solamente en razonamientos o hechos que hayan sido revelados a las partes en la investigación antidumping, o sean perceptibles por ellas”, y que “El párrafo 1 del artículo 3, al contrario, permite que la autoridad investigadora al formular la determinación de la existencia de daño base su determinación en todos los razonamientos y hechos pertinentes que tenga ante sí”.³⁶

De esta manera señaló que el Grupo Especial había incurrido en error al constatar que el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping exige “que la justificación razonada de la determinación [debe estar] declarada formal o explícitamente en los documentos que figuran en el expediente de la investigación antidumping a los que tienen acceso las partes interesadas (y/o su asesor jurídico), por lo menos desde el momento de la determinación definitiva”,³⁷ y que “la base fáctica sobre la que se fundan las autoridades debe ser perceptible a partir de esos documentos”.³⁸

IV. Consideraciones finales

No cabe ninguna duda que todos los Miembros de la Organización Mundial del Comercio están de acuerdo, y así lo han demostrado al suscribir ambos acuerdos y al dictar sus respectivas legislaciones en línea con los acuerdos, que es legítimo preservar la información que las partes someten para ser consideradas en las investigaciones que persiguen la aplicación de derechos antidumping y compensatorio. Razones de estrategia comercial y competitiva apoyan esta inquietud de las partes.

También hay consenso en que la concesión del tratamiento requiere que las partes cumplan con determinados requisitos para que esa información que se suministra bajo tales condiciones, pueda ser analizada por quienes tienen la responsabilidad de tomar determina-

³¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 44.

³² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 52.

³³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 55.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 60.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 107.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 111.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.143.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 112.

ciones, y por quienes eventualmente puedan llegar a considerarse beneficiarios o perjudicados por las medidas que se adopten.

Creemos que del espíritu de ambos acuerdos y de lo dispuesto en las oportunidades en las que se utilizó el mecanismo de Solución de Controversias, surge la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección de la confidencialidad de determinada información por un lado, y la garantía para las partes de defender sus intereses, por el otro.

Estos dos intereses deben confluír necesariamente hacia determinaciones de existencia de daño que estén basadas en la totalidad de la información, conforme lo requerido por los arts. 12 y 22 de ambos acuerdos, sea ésta confidencial o no confidencial.

Más aún, pareciera que la autoridad de aplicación debiera efectuar sus determinaciones independientemente de la calidad de los resúmenes no confidenciales, porque la finalidad de los mismos no es "permitir a las autoridades llegar a conclusiones públicas",³⁹ sino permitir llegar a determinaciones de daño que sean transparentes, fundadas y justas.

³⁹ Informe del Grupo Especial en WT/DS189/R, párrafo 6.39.

DE LA RAZÓN DE ESTADO A LA RAZÓN DE MERCADO

José Antonio Lozano Díez

SUMARIO: I. *El Estado moderno*. II. *La monopolización de lo público*. III. *El nuevo ciudadano*. IV. *La disyuntiva libertad-igualdad*. V. *Burocratización*. VI. *Welfare State: perfeccionamiento del sistema*. VII. *Razón de Estado y sistema jurídico*. VIII. *La razón de mercado*. IX. *Control del sistema macroeconómico*. X. *La tecnocracia*. XI. *Globalización e interdependencia*. XII. *El logos del mercado*. XIII. *La insuficiencia de la razón de mercado*.

I. El Estado moderno

Para desarrollar el tema *razón de Estado*, tal como se entiende aquí, es necesario antes que nada definir con la mayor claridad el supuesto previo —*el Estado*—. La precisión no es vana, ya que tratándose de conceptos polisémicos,¹ es importante indicar a qué nos referimos con el fin de alcanzar de forma adecuada los fines de este trabajo. Así como el artista que pretende dibujar un paisaje requiere fijar su atención en un punto determinado para dar belleza y coherencia a su obra, la delimitación de los términos permite construir una totalidad unitaria y con sentido propio, más aún tratándose de un proyecto en el que se construyen puentes entre la filosofía, la política, el derecho y la economía.

La palabra "Estado" puede ser empleada para referirse a una idea filosófica, a una forma perenne de comunidad humana,² o a un fenómeno específicamente moderno.³ Estas diferentes acepciones, aunque complementarias, precisan ser cuidadosamente distinguidas.

¹ Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15-59.

² Krader, Lawrence, *La formación del Estado*, Nueva Colección Labor, Barcelona, 1972, pp. 25-51.

³ Poggi, Gianfranco, *The Development of the Modern State*, Hutchinson of London, Londres, 1978, pp. 1-15.