

2008 **LATIN AMERICAN** COMPETITION FORUM

SIXTH MEETING
10-11 SEPTEMBER 2008
PANAMA • PANAMA



DOCUMENTATION

TABLE OF CONTENTS

Agenda [E / S]

SESSION I: COMPETITION PROVISIONS IN REGIONAL TRADE AGREEMENTS

Background Note by Mr. Simon Evenett [E / S]

DAF/COMP/LACF(2008)5

Call for Country Contributions [E / S]

DAF/COMP/LACF(2008)3

Contributions:

- Chile [S]
- Colombia [E / S]
- Costa Rica [S]
- El Salvador [E / S]
- Italy [E / S]
- Mexico [E]
- Panama [E / S]
- United States [E]

SESSION II: PEER REVIEW OF EL SALVADOR'S COMPETITION LAW AND POLICY

Competition Law and Policy in El Salvador: A Peer Review [E / S]

SESSION III: THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN JUDICIAL DECISIONS

Call for Country Contributions [E / S]

DAF/COMP/LACF(2008)1

Contributions:

- Canada [E]
- Colombia [E / S]
- El Salvador [E / S]
- Mexico [E / S]
- Panama [E]
- United States [E]

Presentations:

- Mr. Frédéric Jenny [E]

SESSION IV: UPDATES ON OECD PROJECTS IN LATIN AMERICA

I. Reducing Bid Rigging in Brazil and Chile

Progress Report [E / S]

DAF/COMP/LACF(2008)2

Presentations:

- Brazil [E]
- Chile [E / S]

II. The OECD Competition Assessment Toolkit in Mexico

Presentations:

- Mexico [E / S]



AGENDA

English Version



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
SIXTH ANNUAL MEETING**

10-11 September 2008, Panama City
(as at 5th September 2008)

Chair: Mr. Frédéric Jenny, Chairman, OECD Competition Committee

WEDNESDAY 10 SEPTEMBER 2008	
9:00 pm to 9:30 am	Registration
Opening Ceremony	
9:30 am - 10:30 am	<p><i>Mr. Pedro Meilán</i> ACODECO, Panama</p> <p><i>Mr. Frédéric Jenny</i> Chairman, OECD Competition Committee</p> <p><i>Mr. Marcelo Antinori</i> Representative of Inter-American Development Bank in Panama</p> <p>Mr. Martín Torrijos Espino The President of Panama</p>
SESSION I	COMPETITION PROVISIONS IN REGIONAL TRADE AGREEMENTS
10:30am - 12:30am	<p>Chair: Mr. Enrique Vergara, National Economic Prosecutor, Fiscalía Nacional Económica, Chile</p> <p><u>Background Note:</u> Incorporating Competition Principles into Regional Trade Agreements: Options for Policymakers Presentation by <i>Mr. Simon Evenett</i>, IDB Consultant</p>

	<p>Country Contributions:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Colombia • Costa Rica • El Salvador • Italy • Panama • United States <p>GENERAL DISCUSSION</p>
	LUNCH BREAK
<p>SESSION II</p> <p>2:00 pm -5:00 pm</p>	<p>PEER REVIEW OF EL SALVADOR'S COMPETITION LAW AND POLICY</p> <p>Chair: Mr. Frédéric Jenny</p> <p><u>Background Note:</u> Peer Review of Competition Law and Policy in El Salvador Presentation by <i>Mr. John Clark</i>, OECD-IDB Consultant</p> <p>Examiners: Mexico (<i>Mr. Eduardo Perez-Motta</i>, Head, Federal Competition Commission), and Colombia (<i>Mr. Gustavo Valbuena Quiñones</i>, Superintendent of Industry and Commerce)</p> <p>GENERAL DISCUSSION</p>
THURSDAY 11 SEPTEMBER 2008	
<p>SESSION III</p> <p>9:00am – 12:00am</p>	<p>THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN JUDICIAL DECISIONS</p> <p>Chair: Mr. Luis Berenguer, National Competition Commission, Spain</p> <p>Presentation by <i>Mr. Frédéric Jenny</i></p> <p>Country contributions:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Canada • Colombia • El Salvador • Mexico • Panama • United States <p>GENERAL DISCUSSION</p>
	LUNCH BREAK

<p>SESSION IV</p> <p>1:30pm - 2:30pm</p> <p>2:30pm - 3:15pm</p>	<p>UPDATES ON OECD PROJECTS IN LATIN AMERICA</p> <p>Chair: Mr. Pedro Meilán, ACODECO, Panama</p> <p>I. REDUCING BID RIGGING IN (1) CHILE, AND (2) BRAZIL</p> <p><u>Background Note:</u> The OECD Project to reduce Bid Rigging in Latin America</p> <p><u>Presentations by:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Chile <i>Mr. Fernando Araya J., Project Co-ordinator, Fiscalía Nacional Económica</i> • Canada <i>Mr. Christian Warren, Senior Competition Law Officer, International Affairs Division, Competition Bureau Canada</i> • Brazil <i>Mr. Paulo L. Casagrande, Head, Public Procurement Unit, Competition Division, Secretariat of Economic Law, Ministry of Justice</i> • Portugal <i>Mr. Manuel Sebastião, President, Competition Authority</i> <p>GENERAL DISCUSSION</p> <p>II. THE OECD COMPETITION ASSESSMENT TOOLKIT IN MEXICO</p> <p><u>Background Note</u> Presentation by <i>Mr. Eduardo Perez-Motta, Head, Federal Competition Commission</i></p> <p>GENERAL DISCUSSION</p>
<p>SESSION V</p> <p>3:15pm - 4:00pm</p>	<p>CONCLUSIONS AND FUTURE WORK</p> <p>Chair: Mr. Frédéric Jenny</p> <p>GENERAL DISCUSSION</p> <p>Closing remarks <i>Minister of Trade and Industry, Panama</i></p>



AGENDA

Spanish Version



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

SEXTA REUNIÓN ANUAL

10-11 de septiembre de 2008, Ciudad de Panamá
(al 5º de septiembre de 2008)

Moderador: Sr. Frédéric Jenny, Presidente, Comité de la competencia, OCDE

MIÉRCOLES 10 DE SEPTIEMBRE	
9:00 - 9:30	Registro
Ceremonia de apertura	
9:30 - 10:30	<p><i>Sr. Pedro Meilán</i> ACODECO, Panamá</p> <p><i>Sr. Frédéric Jenny</i> Presidente, Comité de la Competencia, OCDE</p> <p><i>Sr. Marcelo Antinori</i> Representante del Banco Interamericano de Desarrollo en Panamá</p> <p>Sr. Martín Torrijos Espino Presidente de Panamá</p>
PRIMERA SESIÓN	PROVISIONES DE COMPETENCIA EN TRATADOS DE COMERCIO REGIONAL
10:30 - 12:30	Moderador: Sr. Enrique Vergara, Fiscal Nacional Económico, Fiscalía Nacional Económica, Chile

	<p><u>Documento de Base:</u> Integración de los principios de competencia en los acuerdos comerciales regionales: opciones para los diseñadores de políticas Presentación por el Sr. Simon Evenett, Consultor, BID</p> <p>Contribuciones de países:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Colombia • Costa Rica • El Salvador • Italia • Panamá • Estados Unidos <p>DISCUSIÓN GENERAL</p>
	<p>Descanso para almorzar</p>
<p>SEGUNDA SESIÓN</p> <p>2:00 -5:00</p>	<p>EXAMEN INTER-PARES DEL DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL SALVADOR</p> <p>Moderador: Sr. Frédéric Jenny</p> <p><u>Documento de Base:</u> Examen inter-pares del derecho y de la política de la competencia en El Salvador Presentación por el Sr. John Clark, Consultor, OCDE-BID</p> <p>Examinador: México (Sr. Eduardo Pérez-Motta, Presidente de la Comisión Federal de Competencia) y Colombia (Sr. Gustavo Valbuena Quiñones, Superintendente de Industria y Comercio)</p> <p>DISCUSIÓN GENERAL</p>

JUEVES 11 DE SEPTIEMBRE	
<p>TERCERA SESIÓN</p> <p>9:00 - 12:00</p>	<p>EL PAPEL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN DECISIONES JUDICIALES</p> <p>Moderador: Sr. Luis Berenguer, Comisión Nacional de Competencia, España</p> <p>Presentación por el Sr. <i>Frédéric Jenny</i></p> <p>Contribuciones de países:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Canadá • Colombia • El Salvador • México

	<ul style="list-style-type: none"> • Panamá • Estados Unidos <p>DISCUSIÓN GENERAL</p>
	<p>Descanso para almorzar</p>
<p>CUARTA SESIÓN</p>	<p>NOTIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS DE LA OCDE EN AMÉRICA LATINA</p> <p>Moderador: Sr. Pedro Meilán ACODECO, Panamá</p> <p>I. REDUCCIÓN DE LA COLUSIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN EN (1) CHILE Y (2) BRASIL</p> <p><u>Documento de Base:</u> Proyecto de la OCDE para reducir la colusión en procedimientos de licitación en Latinoamérica</p> <p>Presentación por:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Chile Sr. Fernando Araya J., Coordinador de proyectos, Fiscalía Nacional Económica • Canadá Sr. Christian Warren, Oficial Sénior de Competencia, División de Asuntos Internacionales, Agencia de Competencia de Canadá • Brasil <i>Sr. Paulo L. Casagrande, División de Competencia, Secretaria de Derecho Económico, Ministerio de Justicia, Brasil</i> • Portugal Sr. Manual Sebastião, Presidente, Autoridad de competencia <p>DISCUSIÓN GENERAL</p>
<p>1:30 - 2:30</p>	
<p>2:30 - 3:15</p>	<p>II. GUIA DE LA OCDE PARA EVALUAR LA COMPETENCIA EN MÉXICO</p> <p><u>Documento de Base</u> Presentación por <i>Sr. Eduardo Pérez-Motta</i>, Presidente de la Comisión Federal de Competencia de México</p> <p>DISCUSIÓN GENERAL</p>

QUINTA SESIÓN	CONCLUSIONES Y TRABAJO FUTURO
3:15 - 4:00	Moderador: Sr. Frédéric Jenny
	DISCUSIÓN GENERAL
	Comentarios Finales Ministro de Comercio e Industria, Panamá



SESSION I: COMPETITION PROVISIONS IN REGIONAL TRADE AGREEMENTS



BACKGROUND NOTE

English Version



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Incorporating Competition Principles into Regional Trade Agreements: Options for Policymakers

Note by Mr. Simon J. Evenett ¹

Executive Summary

1. Drawing upon the latest research concerning the different ways in which competition-related matters have been incorporated into regional trade agreements, this paper identifies a set of policy options that decision-makers may wish to consider in this regard. This set is richer than many may be aware of and reflects considerable creativity on the part of negotiators. The notion can be set aside that competition principles are entirely subverted to the imperative to liberalise trade, as some in the competition law community fear. Instead, competition principles are being used in numerous chapters of regional trade agreements to improve the economic governance of markets at home and abroad.

1 Professor of International Trade and Economic Development, University of St. Gallen, Switzerland, and Co-Director, International Trade and Regional Economics Programme, Centre for Economic Policy Research, London. Email address: simon.evenett@unisg.ch. Comments on this paper would be gratefully received. Other contact information and writings can be found at www.evenett.com. This paper was prepared entirely under the author's responsibility and the views expressed are not necessarily those of the Inter-American Development Bank or the Organisation for Economic Co-operation and Development. Funding from the Inter-American Development Bank is acknowledged with gratitude.

1. Introduction

2. Whether through cross-border consolidation, "greenfield" foreign direct investment, licensing, or trade, the international integration of markets for goods and services continues apace. Along with this integration have been developments in national and international economic governance, two significant elements of which are the enactment for the first time of competition laws in many jurisdictions and their progressive strengthening in others; and the proliferation of regional trade agreements (RTAs), with dozens coming into force since the turn of the decade. Moreover, RTAs have grown in scope and are now vehicles for advancing state-to-state co-operation and shared values (such as the promotion of competition) across a wide range of commercial, scientific, and social matters of mutual interest, thus having moved well beyond the original goal of such RTAs, namely the mercantilistic exchange of access to the signatories' markets. Indeed, such is the expansion in scope of RTAs that referring to them as "trade agreements" risks being more and more misleading over time. However labels matter to some, especially to those who fear that the imperatives of trade negotiations might colour the manner in which cooperation between state bodies is codified in RTAs.

3. The purpose of this paper is, on the basis of recent, detailed extensive research into the various ways in which competition-related matters and principles have been incorporated into regional trade agreements, to identify and describe a set of policy options available to decision-makers as they contemplate their priorities for future international initiatives on competition law and policy. At this time these policy options may be of particular interest to countries in Latin America and the Caribbean. A number of Central and Southern American countries are engaged in, or are about to start, RTA negotiations with the European Commission, representing as it does in many policy areas the member states of the European Union. The question arises as to whether these RTA negotiations can be used to advance the specific interests of countries in the region. In contrast, many of the Caribbean nations have initialled and are considering ratification of an Economic Partnership Agreement with the EC. That agreement included specific provisions on competition law and policy and no doubt some will want to make an assessment of the final agreed text, especially in the light of the considerable controversy surrounding the negotiation of this accord.² (Of course, these are not the only RTA negotiations that the countries in Latin America and the Caribbean are engaged in and similar comments could apply to other initiatives.)

4. It is also important to state what this paper is not about. On the basis of the available evidence it is simply too early to come to a definitive judgment as to the efficacy of the different types of competition-related provision found in RTAs. As the next section makes clear, to the best of my knowledge there is only one econometric study of the impact of such provisions (Anderson and Evenett 2006). The absence of a body of quantitative findings on these matters must surely qualify any qualitative assessment of the merits of competition provisions in RTAs and it is for this reason that the emphasis here is on the options available to policymakers, rather than on recommendations. Moreover, there is simply not enough known about the relative merits of measures to promote competition law and principles in trade agreements and in other international accords, such as bilateral agreements between competition agencies, for a definitive view to be advanced here--or, in the author's opinion, anywhere else. Readers may wish to bear these points in mind.

5. The remainder of this paper is organised as follows. In the next section the main findings of recent analyses of the competition-related provisions in RTAs are summarised. This summary is useful as a number of initial conceptions about RTAs have been subsequently amplified and, in some cases, clarified. This account provides the basis for the description, in section three, of the various options for policymakers that are interested in including competition principles and measures into regional trade agreements.

2 Dawar and Evenett (2008) is such an assessment.

As indicated earlier, this set of policy options is considerably richer than some might appreciate. Some concluding remarks are offered in section four of this paper.

2. Summary of recent analyses of competition-related provisions in RTAs.

6. Unlike the investment and certain other provisions of RTAs, only in recent years have analysts begun to document and assess the different competition-related provisions found in RTAs.³ Silva (2004) provided an early discussion of these provisions; the contributions to Brusick, Alvarez, and Cernat (2005) are another source of information, especially on the experience with respect to certain RTAs. During 2004 and 2005 this author commissioned a number of studies of the competition provisions of specific RTAs (namely, MERCOSUR, ANZCERTA, Canada-Chile, Canada-Costa Rica, EU-Mexico, and EU-South Africa) as part of a larger project titled "Competition Policy Foundations for Trade Reform, Regulatory Reform and Sustainable Development."⁴ Before these analyses and their successors⁵ there was little information concerning the extent to which trade agreements had furthered, or even conflicted with, the proper enforcement of competition law and the advancement of sound competition principles.⁶

7. The first significant comparative analysis of competition-related provisions of RTAs was undertaken by two OECD staff members, Solano and Sennekamp (2006). These authors sought, amongst other goals, to "create a taxonomy to collect and classify existing agreements and the type of competition provision they contain" (page 5). To do so they carefully examined the competition law chapters of 86 RTAs, 59 percent of which had only developing country signatories and a further 27 percent of which involved at least one developing country signatory and one industrialised country signatory. Without in any way implying that each RTA included every single type of competition-related provision, Solano and Sennekamp found that the competition chapters they analysed included provisions on:

1. Adopting, maintaining and applying competition measures,
2. Coordination and co-operation provisions, specifically, general co-operation provisions, notification provisions, provisions relating to exchange of evidence and/or information, provisions relating to competition policy and enforcement, and provisions relating to negative and positive comity.
3. Provisions addressing anti-competitive behaviour including anti-competitive agreements (horizontal and vertical), abuse of dominance or monopolization, state aids or subsidies, anti-competitive mergers and acquisitions, and provisions relating to the potential for anti-competitive behaviour by state enterprises or state monopolies,
4. Competition-specific provisions concerning the principles of non-discrimination, due process, and transparency,

3 In this paper the term "regional trade agreement" is used rather than "free trade agreement" or "bilateral trade agreement." The former term is the official term used at the World Trade Organization for this type of international agreement.

4 Copies of these studies are available from this author upon request.

5 One such recent qualitative analysis of competition provisions in a selected number of RTAs can be found in Bourgeois, Dawar, and Evenett (2007).

6 That is not to say that there was no information available about the form and consequences of cross-border anti-competitive practices (of which the evidence on international cartels is probably the strongest) or about the ways in which national enforcement of competition law can result in sub-optimal outcomes (from the perspective of the global allocation of resources), both of which provide in principle a rationale for further international measures on competition law and cooperation between enforcement agencies.

5. Provisions not to apply so-called trade remedies (anti-dumping measures, countervailing duties, and safeguards),
6. Provisions to limit the recourse to trade remedies,
7. Provisions concerning dispute settlement that arise with respect to the application of the competition provisions within a RTA, and,
8. Provisions that offer flexibility and progressivity, two forms of special and differential treatment, to developing country signatories to a RTA.

8. On the basis of this taxonomy, and analysis thereof, Solano and Sennekeamp made a number of observations. The first observation concerns the rationale for including competition provisions in the RTAs. These authors argue that "Trade is the overriding principle," by which they mean:

"While some agreements have more explicit language than others, in most of the analysed agreements the parties emphasise that anti-competitive practices can undermine the trade objectives of the agreement. As such, parties express that measures adopted to combat anti-competitive behaviour will enhance the trade objectives of the agreement" (pages 8 and 9).

9. With respect to the relative frequency of different types of competition provisions being included in RTAs, Solano and Sennekamp note:

"A first general observation is that RTAs take different approaches as to substantive competition rules and setting up of mechanisms on competition-related matters. Thus it is notable that agreements which contain more provisions addressing anticompetitive behaviour tend to have fewer provisions concerning coordination and cooperation between national competition entities and visa versa.

"Most of the agreements containing provisions addressing anticompetitive behaviour have been concluded by the EC or among non-EC European countries in (South-) Eastern Europe. On the other hand, agreements that focus more on coordination and cooperation provisions have been concluded in the Americas (or involving a North- or South-American party) and with some Asian countries. Therefore, it is appropriate to distinguish between two "families" of agreements, the EC-style agreements and the US-style agreements." (pages 14 and 15).⁷

10. These authors note that relatively few RTAs contain competition provisions on anti-competitive mergers, due process, the elimination or application of trade defence measures, and flexibility and non-reciprocity towards developing countries. The authors further note that RTAs differ markedly in the manner in which disputes that arise from the application of competition provisions are taken forward, and in some cases the competition chapter is excluded from the application of any RTA-wide dispute settlement mechanism.

11. The study by Solano and Sennekamp broke important ground and helped identify a number of important matters that they authors themselves did not make much of. First, their study showed that competition provisions need not target only private anti-competitive practices, but also state measures that

7 In fairness to these authors, they go on to argue "Furthermore it should be noted that, the denominations EC-style and US-style do not imply that the EC or US are a member of every agreement in that category. It rather describes the agreement as oriented either towards cooperation or towards substantive rules. While this distinction is true for many of the analysed agreements it is not the case for all of the agreements in this study. There is overlap between these two "families," especially in cross-regional agreements such as Chile-Korea, EC-Chile, EC-Mexico, EFTA-Mexico, or Korea-Singapore. Nevertheless, this categorisation can provide a useful structure for further analysis" (page 15).

can distort market outcomes. Those state measures can include direct steps, such as subsidisation, but also indirect state influence over state-controlled enterprises and state monopolies. For this reason it would be incorrect to conclude that competition provisions ostensibly target the private sector or are necessarily opposed to private sector development. It is perfectly possible to construct a set of competition provisions that "**tame the state**" or the application of state power.

12. Second, their study demonstrates that competition provisions in RTAs be create obligations to both enact competition law and implementing legislation and to effectively enforce competition law. The impact of such provisions then is not just on international commerce and on domestic firms that face international competition as a national competition law can apply to commercial transactions that involve only domestic (ie. non-foreign) parties. To the extent, that promoting competition in national markets is an ingredient for private sector development and for nurturing internationally competitive firms, then, RTAs can be an instrument for **improving the domestic governance of markets**--even if the apparent motivation initially was trade-related. Moreover, an obligation to effectively enforce competition law could be drafted in such a way as to have implications for the powers, human resources, and budget of a competition authority. In addition, nothing prevents competition provisions being drafted to as to mandate the legal independence of a competition authority (it being recognised that there are many different facets to the independence of regulatory agencies). In which case, competition provisions in RTAs can have **institution-building and institution-protecting** components.

13. Third, Solano and Sennekamp's study shows that there are a number of different ways in which competition provisions in RTAs can be used to influence the form and extent of **cross-border co-operation** between competition authorities. Such cooperation need not be confined to discussions of general approaches to competition law and policy and, as a logical possibility, co-operation on the enforcement of competition law is possible. (Indeed, the positive comity provisions of some RTAs would suggest that some negotiating parties are open to certain types of enforcement-related cooperation.) Care is needed here as some feel it is impossible to mandate the degree of voluntary cooperation between enforcement agencies. However, mandating co-operation may not be the only option available to RTA signatories. The question arises as to whether non-cooperation could be discouraged, perhaps through unfulfilled requests for co-operation triggering a public written explanation from the unco-operative party or a party forgoing some other benefits of the RTA as a result of the denial of co-operation by an enforcement body. More generally, further attention could be given to the practicalities of strengthening co-operation between competition authorities on enforcement and non-enforcement matters and to the subtle incentives that could promote such cooperation.

14. An assessment of Solano and Sennekamp's study can be found in Anderson and Evenett (2006). While recognising the breakthrough that this study represented, especially for those analysts and policymakers seeking a comprehensive overview of what might be called the landscape of competition provisions in RTAs, Anderson and Evenett expressed three reservations concerning both the approach taken and the conclusions drawn. Anderson and Evenett contend that the earlier study's focus on the provisions in the competition chapters of RTAs may omit important ways in which competition principles and pro-competitive logic are incorporated into RTAs. Examples of competition-related provisions found in non-competition chapters of RTAs were provided, in particular examples drawn from chapters on certain service sectors (typically telecommunications and financial services), government procurement, and intellectual property. Moreover, it was pointed out that a number of RTAs include provisions that restrict state aid or restrict the behaviour of state-owned or state-controlled enterprises in chapters other than the competition chapter. Overlooking the former may downplay the role that RTAs can play in "taming the state" or as some prefer to put it "levelling the playing field."

15. The second reservation is that in some RTAs agreement-wide obligations on non-discrimination, procedural fairness, and transparency apply to the provisions of the competition chapter without the former

being mentioned in the latter chapter. Therefore, a general obligation not to discriminate against foreign commercial entities could limit the ability of a competition authority, that may have been established under legislation following commitments made in a competition chapter of a RTA, to treat a merger or acquisition that involved a foreign firm any differently than a combination involving only domestic firms. A RTA, then, may have implications for the enforcement of competition law whether or not a RTA has a separate chapter on competition law and policy. Review of the general or horizontal principles included in a RTA and in the provisions for a RTA to come into force is required to determine if this reservation applies to a particular accord.

16. Anderson and Evenett's third reservation concerns the general conclusion that "trade is the overriding principle" in shaping the competition provisions of RTAs. It is true that many competition chapters of RTAs state, as Solano and Sennekamp argue, that preventing the erosion by anti-competitive acts of the potential benefits created by trade liberalisation is an objective. However, Anderson and Evenett provide examples of RTAs that refer directly to the goals of promoting competition, consumer welfare, and economic efficiency. This is not a quibble as a growing number of the stated objectives in RTAs have nothing to do with trade liberalisation *per se*, mercantilism and its associated rhetoric (that many outside of the field of trade negotiations object to.) Perhaps, then, it is better to characterise RTAs as state-to-state instruments to promote a number of common or shared goals and values, including those relating to competition.

17. Anderson and Evenett's critique was taken on board by Teh in his very recently completed analysis of the competition-related provisions of 74 RTAs (Teh 2008). Therefore, Teh's analysis can shed light on whether the examples provided in and the considerations raised by Anderson and Evenett (2006) are special cases or of more general relevance. Teh devised a "mapping" of the many different ways in which competition-related provisions could enter a RTA and systematically applied it, in so doing compiling a large table that may be a useful reference guide for policy-makers and analysts.⁸ Teh's paper contains a number of important findings including:

"Whereas the OECD study suggests that competition provisions in RTAs are all about trade, the mapping suggests a much more nuanced relationship between trade and competition. While the competition principles are embedded in trade agreements, they are not necessarily subordinated to trade tests or concerns. This paper also emphasises the non-preferential nature of a significant number of competition rules that are included in regional trade agreements, a feature that sharply distinguishes them for example from traditional RTA provisions on market access." (page 3).

18. With respect to prominence given to competition principles in the general objectives of RTAs, Teh notes:

"While one expects that removing obstacles to trade or expansion of trade would be universal, a surprisingly large proportion of the RTAs (42 percent of the sample) see the promotion and advancement of 'conditions of competition' between the RTA partners as one of the principal objectives of the trade agreement. In addition, a number of RTAs (EU-Chile, Mexico-Japan, and Japan-Singapore) explicitly refer to the establishment of cooperation in the field of competition as an objective of the agreement. This appears to demonstrate that many RTAs place an intrinsic or independent value on the promotion of competition and do not consider it as necessarily subordinate to the trade goals of the agreement" (page 18).

8 Specifically Table 2 of Teh (2008).

19. Moreover, Teh found that over half of the RTAs examined contained a general obligation of transparency (that must be applied to all laws covered by the agreement) or a specific obligation relating to transparency in the competition chapter of the agreement. More generally, agreement-wide provisions on transparency were more prevalent than those relating to procedural fairness and far more prevalent than those relating to non-discrimination.

20. With respect to the inclusion of competition-related provisions in sectoral chapters of RTAs, Teh finds that 15 RTAs (accounting for just over 20 percent of his sample) had investment chapters containing such provisions. Interestingly, in 12 RTAs the very concept of National Treatment in chapters on trade in services is defined in terms of the "conditions of competition" facing domestic firms and their foreign rivals. Appeal then is made to a competition-based metric to interpret a major concept in international trade law; here, the competition horse then pulls the trade cart and not the other way around! Teh also found that the telecommunications chapters of 20 RTAs contained a number of provisions that seek to deter anti-competitive conduct by incumbent firms and to ensure that public obligations in this sector (such as Universal Service obligations) do not have the effect of unduly limiting competition. Competition-related provisions were found in the maritime transport chapters of six RTAs and in the financial services chapters of five RTAs. Last but not least, Teh also describes a number of ways in which competition-related provisions enter into the government procurement chapters of 17 RTAs.

21. Taken together, Teh's findings imply that it is misleading to view RTAs entirely through a mercantilist lens. For sure, today it is still possible to draft RTA provisions that seek only to liberalise trade between signatories. However, it ought to be recognised that many RTAs have gone beyond this point and other considerations have been invoked either as distinct objectives of RTAs or employed in the interpretation of trade concepts, such as National Treatment. Moreover, Teh's paper also identifies circumstances when discrimination against a firm is permitted if a competition-related concern is present; that is, circumstances are envisaged when the objective of limiting discrimination in international commerce is subordinated to competition principles. In the light of these findings, no overarching conclusion about the prominence given to any one objective in RTAs seems tenable.

22. In addition to a discussion of Solano and Sennekamp's taxonomy of RTA provisions, Anderson and Evenett (2006) also contained an empirical analysis of the effects of different types of competition provisions on the total value of cross-border mergers and acquisitions flowing into 116 countries during the years 1989 to 2004. To the best of this author's knowledge, this is the only attempt to quantify the effect of competition-related RTA provisions. Countries that already have a merger review law on the statute books were conservatively estimated to receive 43 percent more inward mergers and acquisitions if they signed a RTA with a transparency-related provision in a competition chapter. Countries that signed RTA provisions on transparency, non-discrimination, due process, and on anti-competitive mergers were estimated (again conservatively) to receive 19 percent more inward mergers and acquisitions. These findings suggest that certain competition-related provisions influence the pace of cross-border corporate consolidation, that tends to be triggered by trade liberalisation and by international market integration more generally. Some caution, though, is needed as it would be unwise to base policy recommendations on one empirical study. Moreover, while this study examined the impact of certain competition-related provisions (and controlled for other plausible determinants of the total value of inward mergers and acquisitions), it did not compare the impact of these provisions with other international initiatives that might improve the enforcement of competition law in a given jurisdiction. Policymakers may well be interested in the differential impact of international initiatives and not just the effects of any one instrument to promote inter-state co-operation. This preference may be perfectly reasonable, unfortunately the paucity of empirical studies on related matters implies that it cannot be satisfied at present.

23. The last piece of very recent evidence that will be discussed in this section relates to the spread of certain competition-related RTA provisions throughout the Americas and beyond. Baldwin, Evenett and

Low (2007) examined five areas of government policy covered by RTA provisions to see if more non-discriminatory norms were being adopted over time. One of the five areas of policy was competition law and particular attention was given to three NAFTA provisions, one of which was found in the competition chapter and two that were not. The latter two (specifically, Articles 1305.1 and 1305.2) proscribe anti-competitive conduct by state monopolies in the telecommunications sector and commit signatories to take steps to tackle anti-competitive conduct in that sector. Baldwin, Evenett, and Low found that in the 10 years after the signing of NAFTA identical or similar provisions had been incorporated into plenty of other RTAs. The figures at the end of this paper summarise the spread of these two telecommunications-related provisions in the Americas and into East Asia. Provisions identical or very similar to Article 1305.2 were found in 16 subsequent RTAs, demonstrating that a non-discriminatory competition-related norm can spread through regional trade agreements. It would seem that some degree of learning or benchmarking across agreements has taken place and that RTAs can be a vehicle for advancing non-mercantilist norms. Further research may wish to examine the extent to which other competition principles have been adopted in RTAs, there being no reason to believe *a priori* that the NAFTA agreement is exceptional in this regard.

24. The purpose of this section has been to summarise the main findings of a number of recent analyses of the content and spread of competition-related provisions in RTAs. While the recent uptick of research on these matters has added considerably to our understanding of the options available to policymakers and qualified some earlier perceptions of these RTA provisions, readers were cautioned that the evidential base is not sufficient to definitively rank the various ways in which international accords can strengthen national competition law and enforcement and cross-border co-operation. Clearly, this is an area of substantial innovation, and perhaps even experimentation, by policymakers and hopefully future analysis will shed better light on the relative merits of alternative state initiatives in this field.

3. Options for policy-makers

25. Reflection upon the above advances in our understanding of competition matters and RTAs yielded the following options for policy-makers as they consider ways in which competition principles and related matters might be incorporated into RTAs:

1. The objectives of competition law (promoting efficiency, consumer welfare, and improvements in the allocation of resources) could be included in the overall goals of the RTA.⁹
 - a. To the extent that a social or economic objective is stated as "trumping" competition-related objectives, then the state measures taken should be those that do the least harm to those competition objectives. Provisions could be included to ensure that such competition considerations be taken into account when those state measures are designed, when they are reviewed, revised, or challenged before any official body.
 - b. The desire to enhance the welfare of RTA signatories could manifest itself in bans on provisions (including exemptions) from competition law and other economic laws that promote or facilitate anti-competitive practices in the jurisdiction of another party. Exemptions for competition law for export cartels could, thus, be banned.
2. The general principles of non-discrimination, transparency, and due process could apply to the content and enforcement of the signatories' competition law.

9 This option plus the option described in point 1a. below could applied to each chapter that relates to a specific economic sector (e.g. telecommunications, financial services) or to specific government policies (e.g. government policy, investment policies, and intellectual property right policies.)

3. With respect to the RTA's dispute settlement provisions:
 - a. Matters relating to the contents of a signatories' competition law and its enforcement could fall under the provisions of the RTA's dispute settlement provisions.
 - b. Consistent with entrenching competition law objectives, a competition-related defence of any measure would be admissible in an otherwise trade-related dispute settlement proceeding and would, if established, take precedence over violations of national treatment or other pertinent non-discrimination clause.
4. Provisions in a RTA could be included that mandate that, over a specified period of time, signatories will adopt competition laws that can tackle the full range of private and state-created anti-competitive practices and outcomes.
 - a. Signatories could be required to consider established international best practice with respect to investigative measures, transparency, due process, and sanctions before drafting of a competition law, or revising such a law. The competition authorities of RTA partners could be given rights to comment upon drafts of a signatory's competition law before submission is made to a legislature.
5. Provisions in a RTA could be included that mandate signatories to empower at least one national competition authority with powers relating to competition advocacy, including possibly the right to comment upon any governmental regulation that may have consequences for conditions of competition.
6. Provisions could be included in RTAs that strengthen the agencies responsible for enforcing national competition law, including provisions that each signatory must at all times provide:
 - a. Each competition agency with independence, taken to be at least the right to independently open an investigation and close an investigation without interference.
 - b. Each competition agency with the human resources and budget to undertake the agency's stated functions by employing international best practices. Insufficient human and budgetary resources could be a matter for state-to-state dispute settlement and comparisons with the resources received by peer agencies perceived to be operating at international best practices in comparable economic circumstances could be allowed.
7. Provisions in a RTA could be included that state the importance the signatories attach to co-operation between competition authorities, and between other state bodies that a competition authority chooses to seek assistance from. Furthermore, it could be specified that:
 - a. Co-operation on the enforcement of competition law is as important as co-operation between competition authorities.
 - b. Notification requirements and penalties could be triggered if a signatory fails to certify that a competition authority in another party has not undertaken co-operation consistent with the goals of the RTA. Such failure to certify could be taken to dispute settlement.
8. Review procedures could be incorporated into a RTA whereby reports are prepared by the competition authorities of the signatories on the degree to which experience since the RTA came into force has attained the specific and overall competition-related goals of the RTAs. Potential future reforms could be identified, including the negotiation of stronger inter-agency or inter-governmental accords. Such reviews could occur at regular intervals, such as every five years.

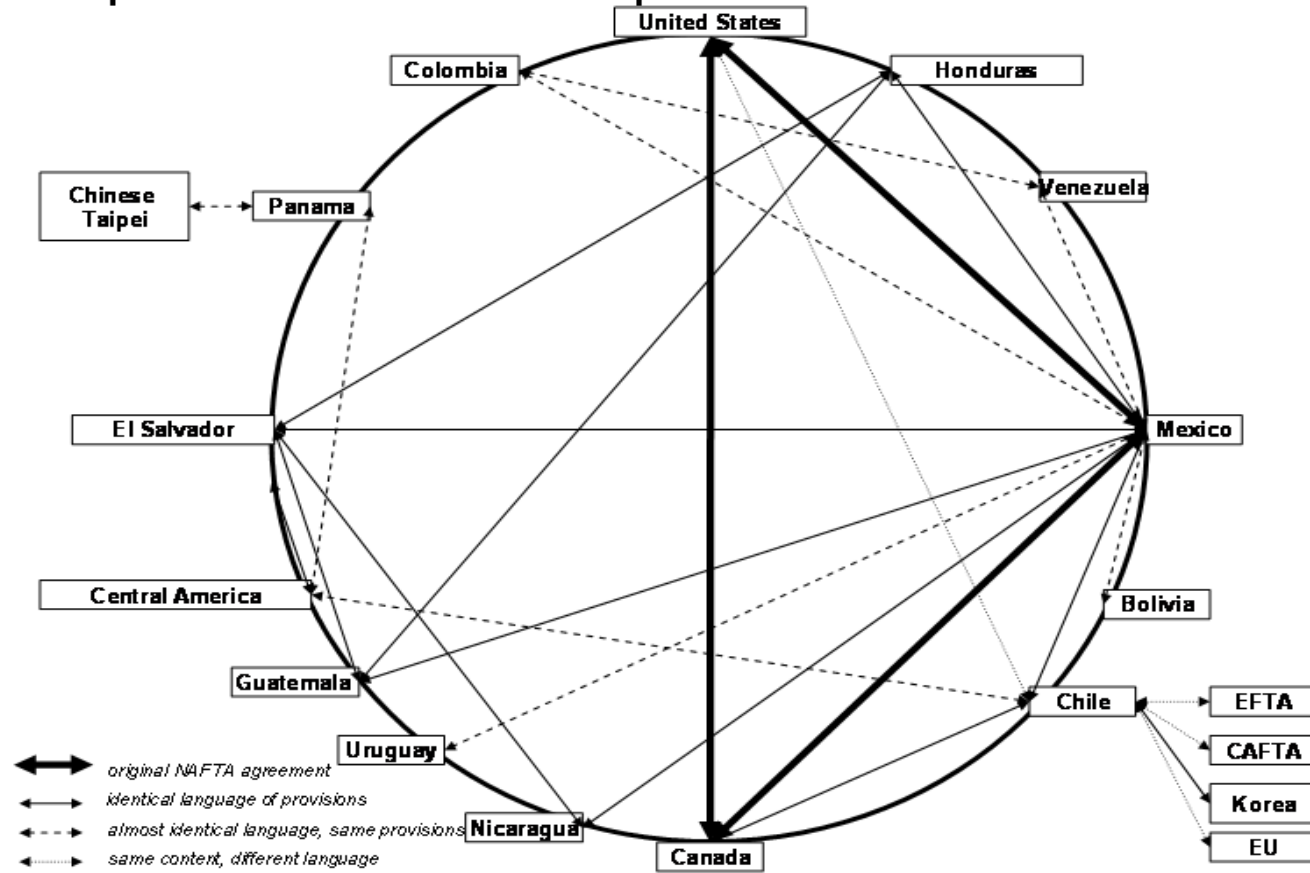
4. Concluding remarks

26. Regional trade agreements are not what they used to be. Their scope, the values advanced, and the measures and sectors covered have broadened considerably in recent years, so much so that characterising RTAs as mercantilistic accords is incomplete and ultimately misleading. Why does any of this matter for competition authorities and associated practitioners? It transpires that many RTAs now include not just chapters devoted to competition law and its enforcement, but have sought to entrench competition principles in the overall objectives of such accords and in the implementation of a number of laws with potentially significant economic impact. Establishing what opportunities are afforded by the recent proliferation of RTAs--and therefore what opportunities could be missed--requires appreciation of the options available to policymakers. The purpose of this paper, therefore, was to summarise the latest findings of analyses of RTAs that contain competition-related provisions and to present a broad range of measures that could inform priority setting in RTA negotiations and in other international initiatives pertaining to competition law and its enforcement.

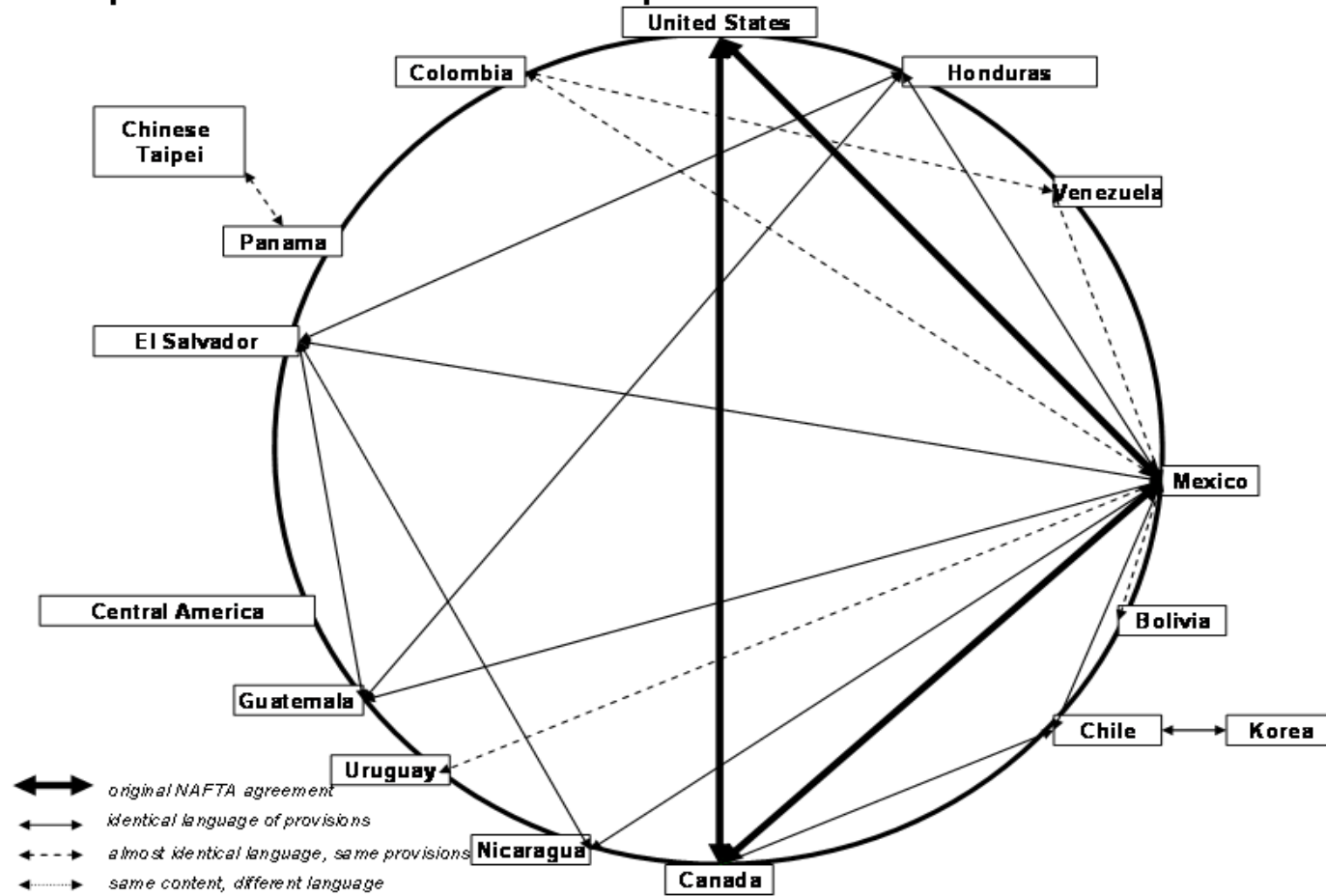
References

- Anderson, Robert D. and Simon J. Evenett (2006), Incorporating competition elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis, Internet: <http://www.evenett.com/working/CompPrincInRTAs.pdf> (as of June 27, 2008).
- Baldwin, Richard, Simon J. Evenett, and Patrick Low (2007), Beyond Tariffs: Multilaterising Deeper RTA Commitments, Paper presented at WTO-HEI Conference on "Multilateralising Regionalism", 10-12 September 2007, Conference Room II, WTO, Geneva, Switzerland.
- Bourgeois, Jacques, Kamala Dawar, and Simon J. Evenett (2007), A Comparative Analysis of Selected Provisions In Free Trade Agreements, Report prepared for DG TRADE, European Commission.
- Brusick, Philippe, Ana Maria Alvarez, and Lucian Cernat (2005), editors, Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. United Nations Conference for Trade and Development. Geneva.
- Dawar, Kamala, and Simon J. Evenett (2008). The CARIFORUM-EC EPA: An Analysis of its Government Procurement and Competition Law-Related Provisions. Report prepared for GTZ. June.
- Solano, Oliver and Andreas Sennekamp (2005), Competition Provisions in Regional Trade Agreements, OECD Trade Policy Working Paper No. 31, COM/DAF/TD(2005)3/FINAL.
- Silva, Vernoica. (2004). Cooperation on Competition Policy in Latin America and Caribbean Bilateral Trade Agreements, document presented at the APEC 2004 Economic Outlook Symposium, Santiago, Chile, 12-13 August.
- Teh, Robert. (2008). Competition Provisions in Regional Trading Agreements. Mimeo. World Trade Organization. April.

Adoption of common/similar rules: Spread of NAFTA Art. 1305.1



Adoption of common/similar rules: Spread of NAFTA Art. 1305.2





BACKGROUND NOTE

Spanish Version



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA 10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

-- Sesión I: Provisiones de Competencia en Tratados de Comercio Regional --

Integración de los principios de competencia en los acuerdos comerciales regionales: opciones para los diseñadores de políticas

Nota del Sr. Simon J. Evenett¹

Resumen ejecutivo

1. Tomando como referencia las últimas investigaciones sobre los distintos modos en los que las cuestiones relativas a la competencia se han incluido en los acuerdos regionales de comercio, en el presente documento se identifican diversas opciones políticas que pueden interesar a los responsables de la toma de decisiones al respecto. Estas cuestiones son más amplias de lo que muchos pueden pensar y revelan una creatividad considerable por parte de los negociadores. Se puede dejar a un lado la idea de que los principios de la competencia están totalmente trastornados por el imperativo de liberalizar el comercio, como pueden temer algunas personas de la comunidad del derecho de la competencia. Antes bien, los

1 Profesor de Comercio Internacional y Desarrollo Económico, Universidad de St. Gallen (Suiza) y codirector del programa Comercio Internacional y Economía Regional (*International Trade and Regional Economics*) del Centro para la investigación de la política económica de Londres. Dirección de correo electrónico: simon.evenett@unisg.ch. Se agradecerán los comentarios sobre este documento. En www.evenett.com, figuran otros datos de contacto y documentos. El autor asume la total responsabilidad de la elaboración del presente documento y las opiniones manifestadas no tienen que coincidir necesariamente con las del Banco de Desarrollo Interamericano, ni con las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Manifestamos nuestro agradecimiento por la financiación del Banco de Desarrollo Interamericano.

principios de la competencia se utilizan en numerosos capítulos de los acuerdos regionales de comercio para mejorar la gobernanza económica de los mercados, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero.

1. Introducción

2. Ya sea mediante la consolidación de las fronteras, la inversión extranjera directa para nuevas instalaciones, las licencias o el comercio, la integración internacional de los mercados de mercancías y servicios continúa avanzando a un ritmo acelerado. Esta integración se ha visto acompañada de avances en la gobernanza económica en el ámbito nacional e internacional. En estos avances se incluyen dos elementos significativos: la promulgación por primera vez de leyes de competencia en numerosas jurisdicciones y el fortalecimiento progresivo en otras; y la proliferación de acuerdos regionales de comercio (ARC), muchos de los cuales han entrado en vigor en la última década. Asimismo los ARC han ampliado su alcance y en la actualidad se han convertido en vehículos para avanzar en la cooperación entre estados y en el establecimiento de valores compartidos (como la promoción de la competencia) en una amplia variedad de cuestiones comerciales, científicas y sociales de interés mutuo; ello supone un paso más allá respecto al objetivo original de dichos ARC, esto es, el intercambio mercantilista de acceso a los mercados de los signatarios. De hecho, tal es la expansión del alcance de los ARC que al referirse a ellos como “acuerdos de comercio” se corre el riesgo de que, con el paso del tiempo, esta denominación resulte cada vez más desorientadora. No obstante, las etiquetas son importantes para algunas personas, sobre todo para aquellas que temen que los imperativos de las negociaciones comerciales definan el color con el que se codifica la cooperación entre organismos estatales en los ARC.

3. El objetivo de este documento es, partiendo de la base de una reciente investigación amplia y pormenorizada sobre los diversos modos en que las cuestiones y los principios relativos a la competencia se han incluido en los acuerdos regionales de comercio, identificar y describir una serie de opciones políticas a disposición de los responsables de la toma de decisiones, ya que contemplan sus prioridades para las futuras iniciativas internacionales sobre la legislación y la política de la competencia. En este momento, estas opciones políticas pueden resultar de especial interés para los países de América Latina y del Caribe. Diversos países de Centroamérica y de Sudamérica han iniciado, o están a punto de hacerlo, negociaciones de ARC con la Comisión Europea, que representa, como es habitual en numerosos ámbitos políticos, a los estados miembros de la Unión Europea. Aquí se plantea la pregunta de si se pueden utilizar estas negociaciones de ARC para promover los intereses específicos de los países de la región. Por el contrario, muchos países del Caribe han aprobado y están considerando la ratificación del Acuerdo Económico de Asociación con la CE. Este acuerdo incluía disposiciones específicas sobre legislación y política de competencia y no cabe duda de que muchas personas querrán que se realice una evaluación del texto final acordado, especialmente a la luz de la enorme controversia que rodea la negociación de este acuerdo.² (Claro está, estas no son las únicas negociaciones de ARC en las que participan los países de Latinoamérica y del Caribe y comentarios similares se podrían aplicar a otras iniciativas.)

4. También es importante especificar de qué no trata este documento. Con las pruebas disponibles, es sencillamente demasiado pronto para emitir un juicio definitivo sobre la eficacia de los diferentes tipos de disposiciones relativas a la competencia que se encuentran en los ARC. Como queda claro en la siguiente sección, que a mí me conste sólo existe un estudio econométrico del impacto de dichas disposiciones (Anderson y Evenett 2006). La ausencia de un organismo con conclusiones cuantitativas sobre estas cuestiones debe matizar con total seguridad cualquier evaluación cualitativa de los méritos de las disposiciones sobre competencia de los ARC y, por este motivo, se debe hacer hincapié en las opciones que existen a disposición de los responsables políticos, en lugar de las recomendaciones. Asimismo, no existe suficiente información sobre los relativos méritos de las medidas para promocionar el derecho y los

2 Dawar y Evenett (2008) es una evaluación de este tipo.

principios de la competencia en los acuerdos comerciales y en cualquier otro acuerdo internacional, como los acuerdos bilaterales entre los organismos de competencia, para que se pueda adelantar una visión definitiva en este documento o, según la opinión del autor, en cualquier otro lugar. A los lectores quizá les interese tener presentes estos aspectos.

5. El resto del presente documento se organiza como se indica a continuación. En la siguiente sección, se resumen las principales conclusiones de los análisis recientes de las disposiciones relativas a la competencia de los ARC. Este resumen resulta útil ya que con posterioridad se ampliaron, y en algunos casos se aclararon, varias de las concepciones iniciales sobre los ARC. Esta explicación constituye la base para describir, en la sección tres, las diversas opciones de los responsables políticos interesados en incluir principios y medidas de competencia en los acuerdos regionales de comercio. Tal como se indicó anteriormente, estas opciones políticas son mucho más amplias de lo que algunas personas puedan pensar. En la sección cuatro de este documento, se proporcionan algunas observaciones a modo de conclusión.

2. Resumen de los análisis recientes de las disposiciones relacionadas con la competencia en los acuerdos regionales de comercio

6. A diferencia de las disposiciones sobre inversión y algunas otras disposiciones de los ARC, ha sido en los últimos años cuando los analistas han comenzado a documentar y evaluar las diferentes disposiciones relativas a la competencia que se incluyen en los ARC.³ Silva (2004) ofreció un análisis inicial sobre estas disposiciones; las contribuciones a Brusick, Alvarez, y Cernat (2005) constituyen otra fuente de información, principalmente sobre la experiencia al respecto de algunos ARC. Durante 2004 y 2005, este autor dirigió una serie de estudios sobre las disposiciones de competencia de ARC específicos (a saber, MERCOSUR, ANZCERTA, Canadá-Chile, Canadá-Costa Rica, UE-México y UE-Sudáfrica) dentro de un proyecto de más envergadura titulado "Competition Policy Foundations for Trade Reform, Regulatory Reform and Sustainable Development" (Bases de la política de la competencia para la reforma comercial, reforma reguladora y desarrollo sostenible)⁴. Antes de estos análisis y de otros posteriores⁵ existía muy poca información acerca de la medida en que estos acuerdos comerciales habían favorecido, o la medida en que habían entrado en conflicto con la correcta aplicación del derecho de la competencia y el avance de los principios sólidos de competencia.⁶

7. El primer análisis comparativo relevante de las disposiciones relativas a la competencia de los ARC partió de dos miembros del personal de la OCDE, Solano y Sennekamp (2006). Estos autores perseguían, entre otros objetivos "la creación de una taxonomía para recopilar y clasificar los acuerdos existentes y el tipo de disposiciones de competencia que contenían" (página 5). Para ello, examinaron minuciosamente los capítulos de derecho de la competencia de 86 ARC, de los cuales el 59% sólo tenía

3 En este documento, se utiliza el término "acuerdo regional de comercio" en lugar de "acuerdo de libre comercio" o "acuerdo bilateral de comercio". El primer término es la denominación oficial que emplea la Organización Mundial del Comercio para este tipo de acuerdos internacionales.

4 Este autor puede proporcionar copias de estos estudios previa petición.

5 En Bourgeois, Dawar y Evenett (2007) se puede encontrar uno de estos análisis cualitativos recientes de las disposiciones de competencia en un conjunto seleccionado de ARC.

6 Con ello no se pretende afirmar que no hubiese información disponible sobre la forma y las consecuencias de las prácticas transfronterizas contrarias a la competencia (la prueba más sólida de ello son los cárteles internacionales) ni sobre los modos en que la aplicación nacional de la ley de competencia puede conducir a resultados que no sean los óptimos (desde la perspectiva de la asignación global de los recursos), ambas cuestiones proporcionan, en principio, argumentos para posteriores medidas internacionales sobre leyes de competencia y cooperación entre organismos de aplicación.

como firmantes a países en vías de desarrollo y en un 27% participaba, como mínimo, un país en vías de desarrollo y un país industrializado. Sin afirmar, en modo alguno, que cada ARC incluía todos los tipos de disposición relativa a la competencia, Solano y Sennekamp observaron que los capítulos sobre competencia que analizaron incluían disposiciones sobre:

1. Adopción, mantenimiento y aplicación de medidas de competencia;
2. Disposiciones de coordinación y cooperación, concretamente, disposiciones generales de cooperación, disposiciones de notificación, disposiciones relacionadas con el intercambio de pruebas y/o información, disposiciones relacionadas con la política de competencia y su aplicación y disposiciones relacionadas con la cortesía negativa y positiva;
3. Las disposiciones que trataban el comportamiento contrario a la competencia, incluidos los acuerdos contrarios a la competencia (horizontales y verticales), el uso indebido del dominio y la monopolización, las ayudas estatales o subsidios, las fusiones y adquisiciones contrarias a la competencia y las disposiciones relativas al potencial para un comportamiento contrario a la competencia por parte de empresas estatales o monopolios estatales;
4. Disposiciones específicas de competencia relativas a los principios de no discriminación, jurisdicción y transparencia;
5. Disposiciones para no aplicar los denominados recursos comerciales (medidas antidumping, derechos compensatorios y protecciones);
6. Disposiciones para limitar la utilización de recursos comerciales;
7. Disposiciones relativas a la resolución de conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones de competencia dentro de un ARC y
8. Disposiciones que ofrecen flexibilidad y progresividad, dos formas de trato especial y diferencial, a países en vías de desarrollo firmantes de un ARC.

8. Basándose en esta taxonomía y en el análisis de la misma, Solano y Sennekeamp realizaron una serie de observaciones. La primera observación hace referencia a los argumentos para incluir disposiciones de competencia en los ARC. Los autores defienden que "El comercio es el principio superior" y con ello quieren decir que:

"Aunque algunos acuerdos tienen un lenguaje más explícito que otros, en la mayor parte de los acuerdos analizados, las partes hacen hincapié en que las prácticas contrarias a la competencia pueden minar los objetivos comerciales del acuerdo. Y así, las partes expresan que las medidas adoptadas para combatir el comportamiento contrario a la competencia mejoran los objetivos comerciales del acuerdo" (páginas 8 y 9).

9. Con relación a la frecuencia relativa de los diferentes tipos de disposiciones de competencia incluidas en los ARC, Solano y Sennekamp comentan:

"Una primera observación general es que los ARC adoptan planteamientos diferentes con relación a las normas sustantivas de competencia y el establecimiento de mecanismos sobre cuestiones relacionadas con la competencia. De este modo, es evidente que los acuerdos que contienen más disposiciones que tratan el comportamiento contrario a la competencia suelen tener menos disposiciones relativas a la coordinación y la cooperación entre las entidades nacionales de competencia y viceversa.

La mayor parte de los acuerdos que contienen disposiciones que tratan el comportamiento contrario a la competencia se han formalizado entre países europeos que pertenecen a la CE y que no pertenecen a esta comunidad del sur y el este de Europa. Por otra parte, los acuerdos que se centran más en las disposiciones de coordinación y cooperación se han formalizado en América (o incluyendo una parte de Norteamérica o Sudamérica) y con algunos países asiáticos. Por lo tanto, resulta conveniente distinguir entre dos “familias” de acuerdos, los acuerdos del tipo de la CE y los acuerdos del tipo de EE.UU. " (Páginas 14 y 15).⁷

10. Estos autores comentan que relativamente pocos ARC contienen disposiciones de competencia en fusiones contrarias a la competencia, jurisdicción, la eliminación o aplicación de medidas en defensa del comercio y flexibilidad y no reciprocidad hacia los países en vías de desarrollo. Los autores exponen, asimismo, que los ARC poseen notables diferencias en la forma en que se resuelven las controversias que surgen de la aplicación de las disposiciones de competencia y, en algunos casos, el capítulo de competencia se excluye de la aplicación de cualquier mecanismo de resolución de conflictos de todos los ARC.

11. El estudio de Solano y Sennekamp abrió un importante camino y ayudó a identificar una serie de cuestiones importantes a las que los propios autores no concedieron demasiada relevancia. En primer lugar, su estudio demostró que es necesario que las disposiciones de competencia no se orienten sólo a prácticas contrarias a la competencia, sino también a medidas estatales que puedan alterar los resultados del mercado. Dichas medidas estatales pueden incluir pasos directos, como los subsidios, pero también una influencia estatal indirecta sobre las empresas controladas por el estado y los monopolios estatales. Por este motivo, sería incorrecto concluir que las disposiciones de competencia están destinadas ostensiblemente al sector privado o que son necesariamente contrarias al desarrollo del sector privado. Es totalmente posible elaborar un conjunto de disposiciones de competencia que "**domen al estado**" o a la aplicación del poder estatal.

12. En segundo lugar, su estudio demuestra que las disposiciones de competencia de los ARC crean obligaciones tanto para promulgar leyes de competencia e implantar la legislación como para aplicar con eficacia las leyes de competencia. Por lo tanto, el efecto de estas disposiciones no se limita al comercio internacional y a las empresas nacionales que hacen frente a la competencia internacional, ya que la ley nacional de competencia se puede aplicar a las transacciones comerciales en las que sólo participan partes nacionales, esto es, no extranjeras. En la medida en que la promoción de la competencia en los mercados nacionales es un ingrediente para el desarrollo del sector privado y para ayudar a crecer a empresas competitivas en el ámbito internacional, los ARC pueden ser un instrumento para **mejorar la gobernanza nacional de los mercados**, incluso si la aparente motivación inicial estaba relacionada con el comercio. Asimismo, una obligación para aplicar con eficacia una ley de competencia se podría elaborar de tal modo que tuviese implicaciones para los poderes, los recursos humanos y el presupuesto de una autoridad en materia de competencia. Además, no existe nada que impida que las disposiciones de competencia se elaboren de forma que obliguen a la independencia jurídica de una autoridad de competencia (reconociendo que existen numerosas facetas en la independencia de los organismos de control). En este

7 Para hacer justicia a estos autores, añadir que continúan con el argumento "Asimismo se debe tener en cuenta que, las denominaciones del tipo de la CE y del tipo de EE.UU, no implican que la CE o EE.UU sean miembros de todos los acuerdos de esta categoría. Sino que describen el acuerdo como más orientado hacia la cooperación o hacia las normas sustantivas. Aunque esta distinción sea cierta en muchos de los acuerdos analizados, no se cumple en todos los acuerdos de este estudio. Existe un solapamiento entre estas dos "familias," sobre todo en los acuerdos entre regiones como AELC-México, CE-Chile, CE-México, Chile-Corea o Corea-Singapur. No obstante, esta categorización puede proporcionar una estructura útil para posteriores análisis" (página 15).

caso, las disposiciones de competencia de los ARC pueden tener componentes de **creación de instituciones** o de **protección de instituciones**.

13. En tercer lugar, el estudio de Solano y Sennekamp revela que existen modos diferentes de utilizar las disposiciones de competencia de los ARC para influir en la forma y el alcance de la **cooperación transfronteriza** entre autoridades en materia de competencia. No es necesario confinar dicha cooperación a los debates de planteamientos generales de leyes y políticas de competencia y, como una posibilidad lógica, es posible la cooperación para la aplicación de las leyes de competencia. (De hecho, las disposiciones de cortesía positiva de algunos ARC sugieren que algunas partes negociadoras están abiertas a ciertos tipos de cooperación relacionada con la aplicación). Aquí es necesaria cierta precaución ya que algunas personas consideran que es imposible imponer el grado de cooperación voluntaria entre organismos de aplicación. No obstante, la imposición de la cooperación puede no ser la única opción disponible para los firmantes de los ARC. La pregunta surge sobre si se podría disuadir la no cooperación, quizá mediante el hecho de que las solicitudes incumplidas de cooperación desencadenasen una explicación pública por escrito de la parte no cooperadora o que un organismo de aplicación privase a una parte de algunos beneficios del ARC a consecuencia de haber negado la cooperación. De forma más general, se podría prestar más atención a los resultados prácticos del fortalecimiento de la cooperación entre autoridades de competencia en cuestiones de aplicación y en otras cuestiones y a sutiles incentivos que pudiesen promocionar dicha cooperación.

14. En Anderson y Evenett (2006), se puede consultar una evaluación del estudio de Solano y Sennekamp. Aunque reconocen el importante avance que ha supuesto este estudio, sobre todo para aquellos analistas y responsables políticos que necesitaban una visión general y completa de lo que se podría llamar el panorama de las disposiciones de competencia en los ARC, Anderson y Evenett manifiestan tres reservas relativas al planteamiento adoptado y a las conclusiones extraídas. Anderson y Evenett argumentan que el estudio anterior, que se centraba en las disposiciones de los capítulos de competencia de los ARC, puede omitir modos importantes con los que los principios de competencia y la lógica favorable a la competencia se incluyen en los ARC. Se proporcionaron algunos ejemplos de disposiciones relativas a la competencia incluidas en capítulos de algunos ARC que no trataban sobre competencia, en concreto en algunos sectores de servicios, normalmente telecomunicaciones y servicios financieros, aprovisionamiento gubernamental y propiedad intelectual. Asimismo, se señaló que varios ARC incluían disposiciones que restringían la ayuda estatal o el comportamiento de las empresas controladas por el estado o de su propiedad en capítulos cuyo tema central no era la competencia. Al pasar por alto el primero, se puede minimizar el papel que los ARC pueden desempeñar en la tarea de “domar al estado” o, como algunos prefieren, “equilibrar el terreno de juego.”

15. La segunda reserva es que algunas obligaciones de todo el acuerdo que se recoge en los ARC sobre la no discriminación, la justicia de los procesos y la transparencia se aplican a las disposiciones del capítulo de competencia, sin que el primero se mencione en el capítulo del segundo. Por lo tanto, una obligación general de no discriminar a las entidades comerciales extranjeras podría limitar la capacidad de una autoridad de competencia que puede haberse establecido en virtud de la legislación tras los compromisos adquiridos en un capítulo de competencia de un ARC, para tratar una fusión o adquisición en la que participa una empresa extranjera de forma distinta que en el caso de una combinación de dos empresas nacionales. Por lo tanto, un ARC puede tener implicaciones para la aplicación de la ley de competencia tanto si un ARC cuenta con un capítulo independiente sobre legislación y política de competencia, como si no lo incluye. A fin de determinar si esta reserva se aplica a un acuerdo concreto, es necesario revisar los principios generales u horizontales incluidos en un ARC y en las disposiciones relativas a la entrada en vigor de un ARC.

16. La tercera reserva de Anderson y Evenett hace referencia a la conclusión general de que “el comercio es el principio superior” a la hora de dar forma a las disposiciones de competencia de los ARC.

Es cierto que numerosos capítulos de competencia de los ARC afirman, como defienden Solano y Sennekamp, que existe el objetivo de prevenir la erosión que los actos contrarios a la competencia causan en los posibles beneficios creados por la liberalización del comercio. Sin embargo, Anderson y Evenett proporcionan ejemplos de ARC que hacen referencia directa a los objetivos de la promoción de la competencia, el bienestar de los consumidores y la eficacia de la economía. No se trata de una objeción sin relevancia, ya que un creciente número de los objetivos fijados en los ARC no tiene nada que ver con la liberalización en sí, el mercantilismo y su retórica asociada (a lo que se oponen muchas personas que no pertenecen al ámbito de las negociaciones comerciales). Por lo tanto, quizá sea mejor caracterizar los ARC como instrumentos entre estados para promocionar una serie de objetivos y valores comunes o compartidos, incluidos aquellos relacionados con la competencia.

17. La crítica de Anderson y Evenett fue aceptada por Teh en su análisis recientemente finalizado de las disposiciones relativas a la competencia de 74 ARC (Teh 2008). Por lo tanto, el análisis de Teh puede arrojar luz sobre si los ejemplos y las consideraciones planteadas por Anderson y Evenett (2006) son casos especiales o su relevancia es más general. Teh trazó una correlación de los diversos modos en que las disposiciones relativas a la competencia pasan a formar parte de un ARC y lo aplicó de forma sistemática; para ello, confeccionó una gran tabla que puede resultar una guía de consulta útil para los responsables políticos y los analistas.⁸ El documento de Teh contiene varias conclusiones importantes:

"Mientras que el estudio de la OCDE sugiere que todas las disposiciones de competencia de los ARC hacen referencia al comercio, la correlación sugiere una relación mucho más matizada entre el comercio y la competencia. Si bien los principios de la competencia se incluyen en los acuerdos comerciales, no tienen por qué estar necesariamente subordinados a pruebas o preocupaciones comerciales. En este documento también se pone de relieve la naturaleza no preferencial de un gran número de normas de competencia que se incluyen en acuerdos regionales de comercio, una característica que los diferencia inequívocamente de, por ejemplo, las disposiciones tradicionales de los ARC en el acceso al mercado." (Página 3).

18. Con respecto a la prominencia otorgada a los principios de la competencia en los objetivos generales de los ARC, Teh comenta:

"Mientras que uno espera que la eliminación de obstáculos para el comercio o la expansión del comercio sea universal, una sorprendente proporción de los ARC (42% de la muestra) contempla la promoción y la mejora de las "condiciones de la competencia" entre los socios de los ARC como algunos de los objetivos principales del acuerdo de comercio. Asimismo, diversos ARC (México-Japón, Japón-Singapur y UE-Chile) mencionan explícitamente el establecimiento de la cooperación en el ámbito de la competencia como un objetivo del acuerdo. Esto parece demostrar que muchos ARC conceden un valor intrínseco o independiente a la promoción de la competencia y no consideran que deba estar necesariamente subordinada a los objetivos comerciales del acuerdo." (página 18).

19. Asimismo, Teh observó que más de la mitad de los ARC examinados contenían una obligación general de transparencia, que se debe aplicar a todas las leyes que cubre el acuerdo, o una obligación específica relacionada con la transparencia en el capítulo de competencia del acuerdo. De forma más general, las disposiciones de todo el acuerdo sobre transparencia eran más frecuentes que aquellas relacionadas con la justicia procesal y mucho más frecuentes que aquellas relacionadas con la no discriminación.

8 Concretamente la Tabla 2 de Teh (2008).

20. Con respecto a la inclusión de las disposiciones relacionadas con la competencia en los capítulos sectoriales de los ARC, Teh observa que 15 ARC, que representan sólo el 20% de la muestra, contenían capítulos de inversión que incluían dichas disposiciones. Resulta interesante que en 12 ARC el propio concepto de Trato Nacional en capítulos en los que el comercio son los servicios se define en términos de las “condiciones de la competencia” a las que se enfrentan las empresas nacionales y sus rivales extranjeras. A continuación, se apela a una métrica basada en la competencia para interpretar un concepto importante en el derecho mercantil internacional; aquí, el caballo de la competencia tira del carro y no al revés. Teh también observó que los capítulos de telecomunicaciones de 20 ARC contenían una serie de disposiciones cuya finalidad era disuadir el comportamiento contrario a la competencia de empresas preexistentes y garantizar que las obligaciones públicas de este sector (como las obligaciones de servicio universal) no causasen el efecto de limitar indebidamente la competencia. En los capítulos de transporte marítimo de seis ARC y en los capítulos de servicios financieros de cinco ARC, se encontraron disposiciones relacionadas con la competencia. Por último, pero no por ello menos importante, Teh también describe diversos modos de incluir las disposiciones relativas a la competencia en los capítulos de aprovisionamiento gubernamental de 17 ARC.

21. En conjunto, las observaciones de Teh implican que resulta desorientador observar los ARC desde una perspectiva completamente mercantilista. Sin duda, en la actualidad se pueden redactar disposiciones de los ARC cuya única finalidad sea liberalizar el comercio entre los signatarios. No obstante, se debe reconocer que en muchos ARC se ha rebasado este punto y que se han invocado otras consideraciones como objetivos distintivos de los ARC o se han utilizado en la interpretación de los conceptos comerciales, como el Trato Nacional. Asimismo, el documento de Teh también identifica las circunstancias en las que se permite la discriminación de una empresa si existe preocupación con relación a la competencia, esto es, se prevén las circunstancias en las que el objetivo de limitar la discriminación en el comercio internacional está subordinado a los principios de la competencia. A la luz de estas observaciones, no parece defendible ninguna conclusión global acerca de la prominencia otorgada a cualquier objetivo concreto de los ARC.

22. Además de un debate acerca de la taxonomía de Solano y Sennekamp de las disposiciones de los ARC, Anderson y Evenett (2006) también incluían un análisis empírico de los efectos de los diferentes tipos de disposiciones de competencia en el valor total de las fusiones y adquisiciones transfronterizas que se produjeron en 116 países entre 1989 y 2004. Según mi información, este es el único intento de cuantificar el efecto de las disposiciones de los ARC relacionadas con la competencia. Se ha calculado, de modo conservador, que los países que ya cuentan con una ley que revise las fusiones en su corpus de derecho reciben un 43% más de fusiones y adquisiciones de entrada si han firmado un ARC con una disposición relativa a la transparencia en un capítulo sobre competencia. También se ha calculado, de nuevo de forma conservadora, que los países que han firmado disposiciones de los ARC sobre transparencia, no discriminación, jurisdicción y fusiones contrarias a la competencia reciben un 19% más de fusiones y adquisiciones de entrada. Estas conclusiones sugieren que algunas disposiciones relativas a la competencia influyen en el ritmo de la consolidación corporativa transfronteriza, que suele desencadenarse por la liberalización comercial y, de un modo más general, por la integración del mercado internacional. No obstante, es necesaria cierta precaución ya que no sería deseable basar las recomendaciones políticas en un estudio empírico. Además, aunque este estudio examinó el impacto de algunas disposiciones relacionadas con la competencia (y controladas para otros factores determinantes verosímiles del valor total de las fusiones y adquisiciones de entrada), no comparó el impacto de estas disposiciones con otras iniciativas internacionales que podrían mejorar la aplicación de la ley de competencia en una jurisdicción determinada. Puede resultar muy interesante para los responsables políticos el diferente efecto de las iniciativas internacionales y no sólo los efectos de cualquier instrumento aislado para promocionar la cooperación interestatal. Esta preferencia puede ser perfectamente razonable, pero lamentablemente la escasez de estudios empíricos sobre asuntos relacionados implica que no se puede satisfacer en la actualidad.

23. El último elemento de pruebas muy recientes que se analizará en esta sección está relacionado con la divulgación de ciertas disposiciones de los ARC relativas a la competencia en toda América y en otros lugares. Baldwin, Evenett y Low (2007) examinaron cinco áreas de la política gubernamental que cubrían las disposiciones de los ARC para averiguar si con el tiempo se habían adoptado más normas no discriminatorias. Una de las cinco áreas políticas era el derecho de competencia y se prestó especial atención a tres disposiciones del TLCAN, una de las cuales se encontraba en el capítulo de competencia y otras dos en otros capítulos. Las dos últimas (en concreto, los artículos 1305.1 y 1305.2) proscriben el comportamiento contrario a la competencia por parte de los monopolios estatales en el sector de las telecomunicaciones y obligan a los signatarios a tomar medidas para atajar este comportamiento en dicho sector. Baldwin, Evenett y Low averiguaron que en los 10 años posteriores a la firma del TLCAN, se incluyeron disposiciones idénticas o similares en numerosos ARC. Los datos que figuran al final de este documento resumen la difusión de estas dos disposiciones relacionadas con las telecomunicaciones en América y en Asia Oriental. En 16 ARC posteriores se encontraban disposiciones idénticas o muy similares al artículo 1305.2, lo cual demuestra que una norma no discriminatoria relativa a la competencia se puede difundir en acuerdos regionales de comercio. Se podría decir que existe cierto grado de aprendizaje o referencia entre los acuerdos y que los ARC pueden constituir un vehículo para avanzar en las normas no mercantilistas. En investigaciones posteriores puede ser interesante examinar la medida en que se han adoptado otros principios de competencia en los ARC, ya que no existe ningún motivo para creer, *a priori*, que el acuerdo del TLCAN es excepcional en este sentido.

24. El objetivo de esta sección es resumir las principales averiguaciones de una serie de análisis recientes del contenido y la divulgación de las disposiciones relacionadas con la competencia de los ARC. Aunque el reciente aumento de la investigación sobre estas cuestiones ha ampliado considerablemente nuestro conocimiento de las opciones a disposición de los responsables políticos y ha matizado percepciones previas sobre estas disposiciones de los ARC, se advierte a los lectores que la base probatoria no es suficiente para clasificar definitivamente los diversos modos en que los acuerdos internacionales pueden reforzar la ley nacional de competencia, su aplicación y la cooperación transfronteriza. Claro está que se trata de un área de importante innovación, y quizá incluso de experimentación, por parte de los responsables políticos y esperamos que los análisis futuros arrojen luz sobre los méritos relativos de las iniciativas estatales alternativas en este sentido.

3. Opciones para los responsables políticos

25. La reflexión sobre los avances comentados en nuestra comprensión de las cuestiones de competencia y los ARC dio pie a las siguientes opciones para los responsables políticos, ya que estudian los modos en los que los principios de competencia y las cuestiones relacionadas se pueden incluir en los ARC:

1. Los objetivos del derecho de la competencia (promoción de la eficacia, bienestar del consumidor y mejoras en la asignación de recursos) se pueden incluir entre la finalidad principal de los ARC.⁹
 - a. En la medida en que el objetivo social o económico triunfa sobre los objetivos relacionados con la competencia, las medidas estatales tomadas deben ser aquellas que vulneren lo menos posible los objetivos en materia de competencia. Se pueden incluir disposiciones que garanticen que dichas consideraciones sobre competencia se tengan en cuenta a la hora de

⁹ Esta opción más la opción descrita en el punto 1a siguiente se podrían aplicar a todos los capítulos relacionados con un sector económico específico (por ejemplo telecomunicaciones, servicios financieros) o con políticas gubernamentales específicas (por ejemplo, política gubernamental, políticas de inversión y políticas de derechos de propiedad intelectual.)

diseñar las medidas estatales, o durante su revisión, corrección y objeción ante cualquier organismo oficial.

- b. El deseo de mejorar el bienestar de los firmantes de los ARC podría manifestarse en prohibiciones en las disposiciones (incluidas excepciones) derivadas de la ley de competencia y otras leyes económicas que promuevan o faciliten las prácticas contrarias a la competencia en la jurisdicción de otra parte. De este modo, se podrían prohibir excepciones de la ley de competencia para cárteles de exportación.
2. Los principios generales de no discriminación, transparencia y jurisdicción podrían aplicarse al contenido y a la aplicación de la ley de competencia de los signatarios.
3. Con relación a las disposiciones de resolución de conflictos de los ARC:
 - a. Las cuestiones relativas al contenido de la ley de competencia de los signatarios y su aplicación podrían incluirse en las disposiciones de resolución de conflictos de los ARC.
 - b. De forma coherente con el afianzamiento de los objetivos de las leyes de competencia, sería admisible una defensa relativa a la competencia de cualquier medida en un procedimiento de resolución de conflictos relacionado con alguna otra cuestión comercial y tendría prioridad, si está establecido, sobre violaciones del trato nacional u otras cláusulas de no discriminación pertinentes.
4. En un ARC se podrían incluir disposiciones que obligasen a los signatarios, durante un período de tiempo especificado, a adoptar leyes de competencia que hiciesen frente a toda una serie de prácticas y resultados contrarios a la competencia cuyo origen fuese tanto privado como estatal.
 - a. Se podría exigir a los signatarios que analizaran las buenas prácticas internacionales establecidas con relación a las medidas de investigación, la transparencia, la jurisdicción y las sanciones antes de elaborar un borrador de una ley de competencia o revisar dicha ley. Se podría conceder el derecho a las autoridades de competencia de los socios de un ARC para realizar valoraciones de los borradores de la ley de competencia de un signatario antes de su presentación ante la asamblea legislativa.
5. Se podrían incluir disposiciones en un ARC que obligasen a los signatarios a habilitar a, como mínimo, una autoridad nacional en materia de competencia con facultades relativas a la defensa de la competencia, incluido el posible derecho de realizar valoraciones de cualquier reglamento gubernamental que pudiese tener consecuencias para las condiciones de la competencia.
6. Se podrían incluir disposiciones en los ARC que reforzasen a los organismos responsables de la aplicación de la ley nacional de competencia, incluidas disposiciones que establezcan que los signatarios deben ofrecer en todo momento:
 - a. A cada organismo de competencia independencia para, como mínimo, disponer del derecho a abrir de forma independiente una investigación y a cerrarla sin interferencias.
 - b. A cada organismo de competencia, recursos humanos y presupuesto para desempeñar las funciones que le han sido asignadas aplicando las buenas prácticas internacionales. Los recursos humanos y presupuestarios insuficientes podrían plantear un problema en la resolución de conflictos entre estados y se podrían establecer comparaciones de los recursos recibidos por organismos homólogos que se considere que actúan según las buenas prácticas internacionales en circunstancias económicas similares.

7. Se podrían incluir en un ARC disposiciones que establezcan la importancia que los signatarios conceden a la cooperación entre autoridades de competencia y entre otros organismos estatales a los que una autoridad de competencia pueda solicitar asistencia. Asimismo, se podría especificar que:
 - a. La cooperación en la aplicación de la ley de competencia es tan importante como la cooperación entre las autoridades de competencia.
 - b. El hecho de que un signatario no certifique que una autoridad de competencia de otra parte no ha proporcionado una cooperación coherente con los objetivos del ARC podría dar lugar a requisitos de notificación y a sanciones. Dicha ausencia de certificación podría generar una resolución de conflicto.
8. Se podrían incluir procedimientos de revisión en un ARC mediante los cuales las autoridades de competencia de los signatarios elaborasen informes sobre el grado en que se han alcanzado los objetivos generales y específicos relacionados con la competencia de los ARC desde su entrada en vigor. Se podrían identificar posibles reformas futuras, incluida la negociación de acuerdos más sólidos entre organismos o entre gobiernos. Dichas revisiones podrían llevarse a cabo con una frecuencia establecida, por ejemplo cada cinco años.

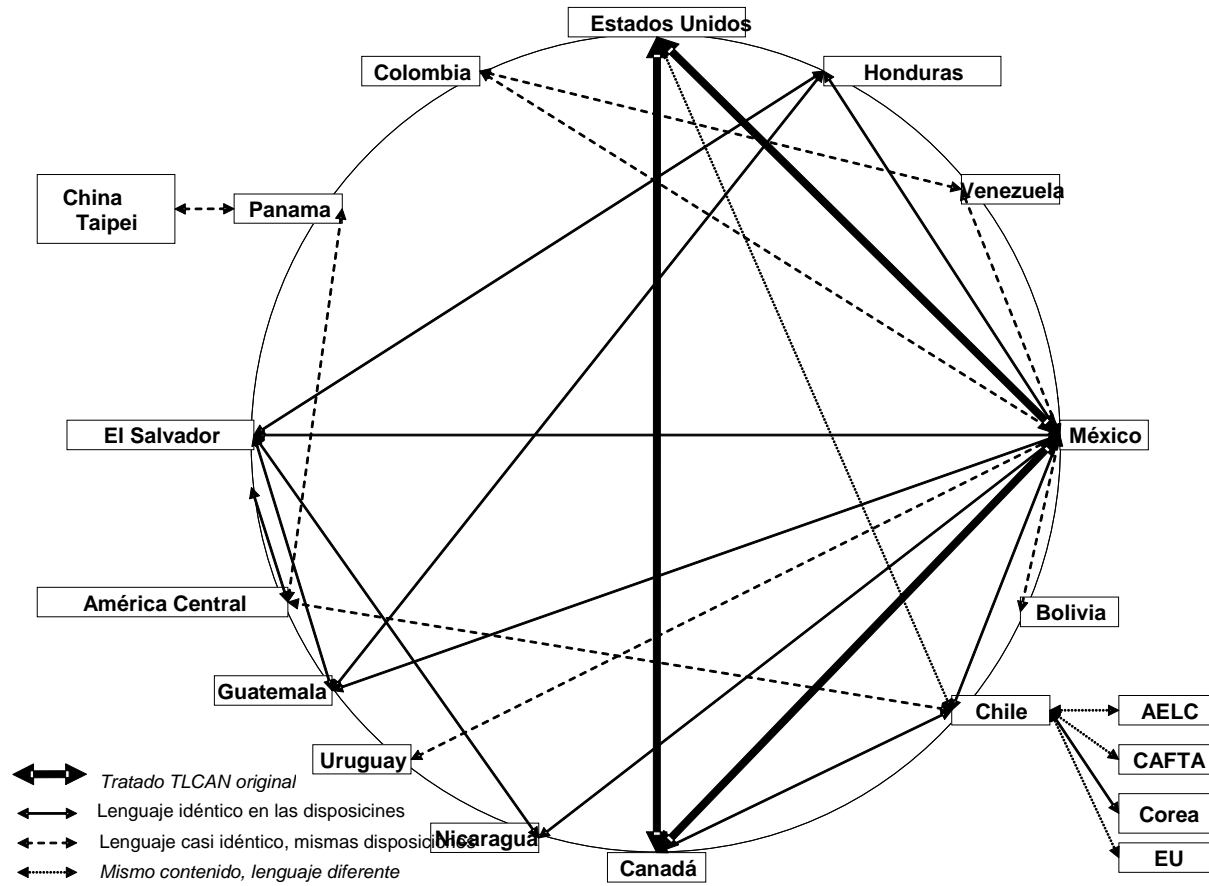
4. Conclusiones

26. Los acuerdos regionales de comercio ya no son lo que eran. Su alcance, los valores avanzados y las medidas y los sectores cubiertos se han ampliado considerablemente en los últimos años; tanto es así que definir a los ARC como acuerdos mercantilistas es incompleto y, en última instancia, desorientador. ¿Por qué afecta esto a las autoridades de competencia y a los profesionales asociados? Lo que ocurre es que en la actualidad numerosos ARC no incluyen únicamente capítulos dedicados a la ley de competencia y a su aplicación, sino que han intentado afianzar los principios de la competencia en los objetivos generales de dichos acuerdos y en la implantación de una serie de leyes con un posible impacto económico significativo. Para determinar qué oportunidades proporciona la reciente proliferación de ARC y, por lo tanto, qué oportunidades se podrían dejar pasar, es necesario evaluar las opciones de las que disponen los responsables políticos. Por consiguiente, el objetivo de este documento fue resumir las últimas conclusiones de los análisis de los ARC que contienen disposiciones relativas a la competencia y presentar una amplia variedad de medidas que podrían ayudar al establecimiento de prioridades en las negociaciones de los ARC y en otras iniciativas internacionales relacionadas con la ley de competencia y su aplicación.

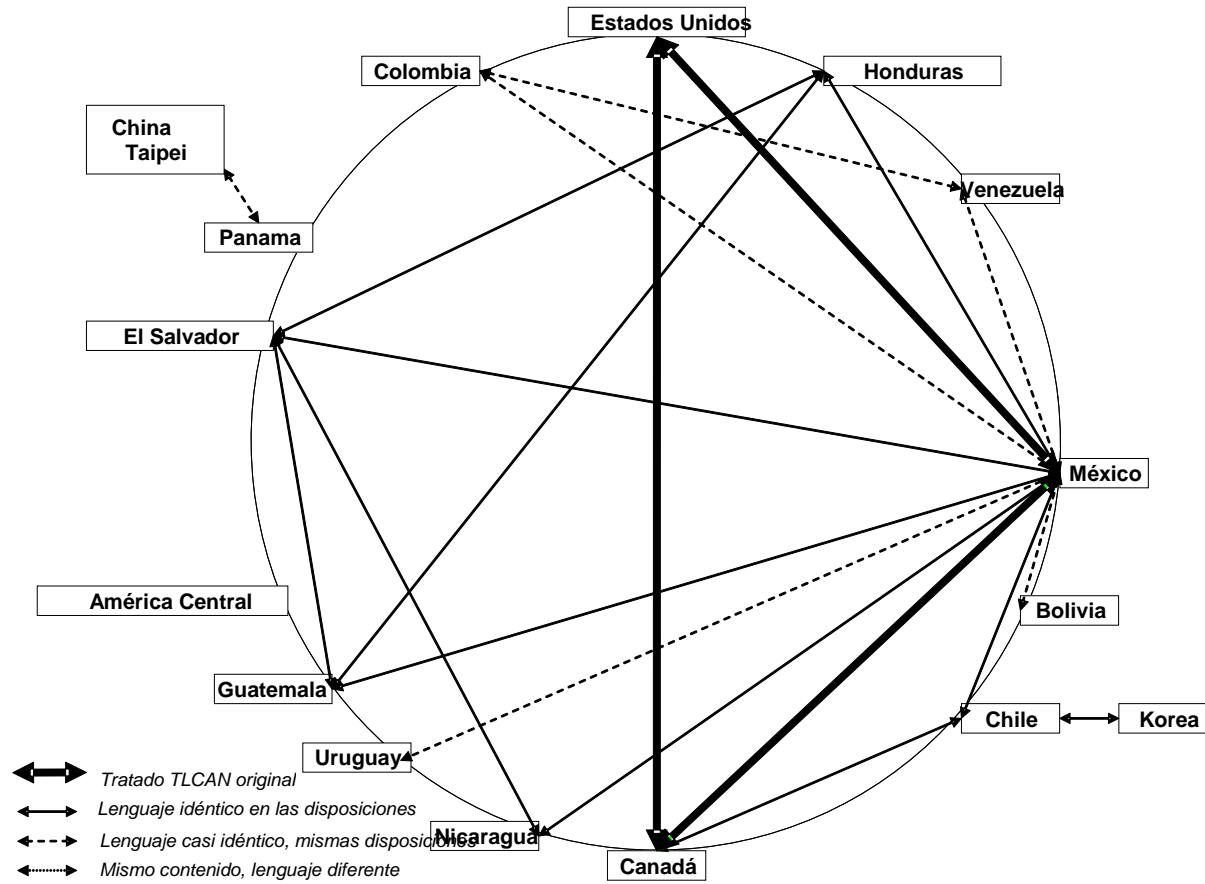
Referencias

- Anderson, Robert D. y Simon J. Evenett (2006), Incorporating competition elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis, Internet: <http://www.evenett.com/working/CompPrincInRTAs.pdf> (del 27 de junio de 2008).
- Baldwin, Richard, Simon J. Evenett y Patrick Low (2007), Beyond Tariffs: Multilaterising Deeper RTA Commitments, documento presentado en la Conferencia OMC-HEI sobre "Multilateralising Regionalism", 10-12 de septiembre de 2007, Sala de conferencias II, OMC, Ginebra (Suiza).
- Bourgeois, Jacques, Kamala Dawar y Simon J. Evenett (2007), A Comparative Analysis of Selected Provisions In Free Trade Agreements, informe elaborado por DG Comercio, Comisión Europea.
- Brusick, Philippe, Ana Maria Alvarez y Lucian Cernat (2005), editores, Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Ginebra.
- Dawar, Kamala y Simon J. Evenett (2008). CARIFORUM-EC EPA: An Analysis of its Government Procurement and Competition Law-Related Provisions. Informe elaborado por GTZ. Junio.
- Solano, Oliver y Andreas Sennekamp (2005), Competition Provisions in Regional Trade Agreements, OECD Trade Policy Working Paper No. 31, COM/DAF/TD(2005)3/FINAL.
- Silva, Vernoica. (2004). Cooperation on Competition Policy in Latin America and Caribbean Bilateral Trade Agreements, documento presentado en APEC 2004 Economic Outlook Symposium, Santiago (Chile) 12-13 de agosto.
- Teh, Robert. (2008). Competition Provisions in Regional Trading Agreements. Mimeo. Organización Mundial del Comercio. Abril.

Adopción de normas comunes/similares: divulgación del art. 1305.1 del TLCAN



Adopción de normas comunes/similares: divulgación del art. 1305.2 del TLCAN





CALL FOR CONTRIBUTIONS

English Version



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
-- 10-11 September, Panama City--**

Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements

CALL FOR COUNTRY CONTRIBUTIONS

This paper is circulated in preparation for the roundtable discussion to be held in Session I of the Latin American Forum on Competition (10-11 September 2008 in Panama).

During this session participants will discuss the purpose, design, negotiation, and subsequent use of competition-related provisions in Regional Trade Agreements (RTAs). There will be a particular focus on Latin American and Caribbean experience and on the ways in which current and future negotiations of RTAs can be used to advance the region's interests. Those interests include not just enhanced international cooperation on competition law and its enforcement but also the strengthening of both competition authorities and pro-competition principles within Latin America and the Caribbean.

This session's discussion will not be confined to the competition chapters of RTAs but also to those other provisions in such agreements that promote adherence to competition principles in the design of government regulation and in the behavior of the private sector, in particular, formerly state-owned enterprises, utilities, and monopolies. Presenters will be selected on the basis of the written contributions submitted to the Secretariat in response to this call. All participating countries are invited to prepare such contribution. The papers should be submitted **by 20 August 2008 at the latest** in electronic versions (5 pages maximum in Spanish or English to lydia.anthenor@oecd.org with a copy to helene.chadzynska@oecd.org). They will be circulated to other participants through the OECD and Panama's websites (respectively: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica> and <http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>).

Participants in the session are invited to respond to the questions below:

I. For those participants whose governments have signed RTAs that include competition provisions:

1. What types of competition provisions were included in the RTAs that your country has signed?
2. Which negotiating party or parties have sought the inclusion of these provisions and why?
3. What position, if any, did your country's competition authority take as to the merits of different types of competition provisions? What process, if any, was used to determine this position? Has this position changed over time?
4. What process, if any, was used by your government to consider the merits of including competition principles in RTAs? Did that process change over time? Such a process could, but need not, have involved consultation with a national competition authority.
5. Did officials from the competition authority negotiate directly the text on competition-related matters in RTAs? If not, to what extent was the competition authority kept informed of these particular negotiations? Did the level of consultation and cooperation between the competition authority and national trade negotiators deepen over time? If so, to what effect?
6. Once the RTAs with competition provisions that your country is a party to have come into force, in what ways (if at all) were those provisions used subsequently by competition authorities or by national governments? What costs and benefits were associated with the use of such provisions? If these provisions were not used, what factors accounted for their non-use?
7. Given the experience of your country what advantages, if any, do competition provisions in RTAs have over other international instruments to promote cooperation on competition law and its enforcement? What are the disadvantages of the former compared to the latter?
8. On the basis of your country's and others' experience what, if any, types of competition provision in RTAs should be sought in future RTA negotiations?

II. For those participants whose governments have not signed RTAs that include competition provisions, the following questions seek to understand the factors behind the decision not to include these provisions in RTAs.

1. Has your country's government negotiated a RTA in the last 10 years?
2. Was any consideration given to the inclusion of competition provisions in a RTA negotiation? If not, why not? If so, what process was used? Was the competition authority consulted? What arguments were considered important and influential during that process? Ultimately what, if any, priority was attached to the negotiation of these provisions?
3. Did a trading partner reject your country's proposals for the inclusion of competition provisions in a RTA? If so, what reasons (if any) were given for the rejection?
4. To what extent, if at all, has the failure to include competition provisions in RTAs adversely affected the influence of the competition authority within government (for example, in the design of pro-competitive regulation) and the ability of that authority to effectively pursue its enforcement and other functions? (It being borne in mind here that there may be other instruments available to a competition authority than competition provisions in RTAs.)
5. On the basis of your country's and others' experience what, if any, types of competition provision in RTAs should be sought in future RTA negotiations?



CALL FOR CONTRIBUTIONS

Spanish Version



**BANCO DE DESARROLLO
INTERAMERICANO**



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA -- 10-11 de septiembre Ciudad de Panamá--

Sesión I: Disposiciones sobre competencia de los acuerdos comerciales regionales

SOLICITUD DE APORTACIONES DE LOS PAÍSES

El presente documento se distribuye en preparación de la mesa redonda que se celebrará en la Sesión I del Foro Latinoamericano de Competencia (10-11 de septiembre de 2008 en Panamá).

Durante dicha sesión, los participantes tratarán sobre la finalidad, diseño, negociación y posterior uso de disposiciones relacionadas con la competencia en acuerdos comerciales regionales (Regional Trade Agreements o RTA). Se hará especial hincapié en la experiencia de Latinoamérica y el Caribe y en las formas en las que se pueden emplear las negociaciones actuales y futuras de los RTA para lograr avances en cuanto a los intereses de la región. Entre estos intereses se encuentra no sólo aumentar la cooperación internacional sobre derecho de competencia y sobre su aplicación, sino también reforzar las autoridades de defensa de la competencia y los principios en favor de ésta dentro de Latinoamérica y el Caribe.

El debate de esta sesión no se limitará a los capítulos de los RTA en materia de competencia sino que se extenderá a otras disposiciones de dichos acuerdos que promuevan el respeto de los principios en dicha materia al diseñar las normativas gubernamentales y en el comportamiento del sector privado, en concreto, en empresas, servicios públicos y monopolios que antes pertenecían al estado. Se seleccionará a los participantes en función de las aportaciones por escrito presentadas a la Secretaría como respuesta a esta solicitud. Se invita a todos los países participantes a preparar una aportación de este tipo. Los documentos deberían presentarse **hasta el 20 de agosto de 2008 como máximo** en versión electrónica (5 páginas como máximo en español o inglés a lydia.anthenor@oecd.org con copia a helene.chadzynska@oecd.org). Se distribuirán entre los demás participantes a través de las páginas web de la OCDE y Panamá (respectivamente: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica> y <http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>).

Se invita a los participantes de la sesión a responder a las siguientes preguntas:

I. Para participantes cuyos gobiernos hayan firmado RTA que incluyan disposiciones sobre competencia:

1. ¿Qué tipos de disposiciones sobre competencia se han incluido en los RTA firmados por su país?
2. ¿Qué parte o partes de la negociación solicitaron la inclusión de dichas disposiciones y por qué?
3. ¿Qué posición, en su caso, adoptó la autoridad de defensa de la competencia de su país en cuanto a las ventajas de diferentes tipos de disposiciones sobre competencia? ¿Qué proceso, en su caso, se utilizó para decidir dicha posición? ¿Ha cambiado esta posición con el paso del tiempo?
4. ¿Qué proceso, en su caso, utilizó su gobierno para considerar las ventajas de incluir principios sobre competencia en los RTA? ¿Cambió ese proceso con el paso del tiempo? Dicho proceso podría haber implicado (aunque no necesariamente) la consulta con una autoridad nacional de defensa de la competencia.
5. ¿Negociaron los funcionarios de la autoridad de defensa de la competencia directamente el texto sobre cuestiones relativas a la competencia de los RTA? De no ser así, ¿en qué medida se mantuvo informada a la autoridad de defensa de la competencia de esas negociaciones concretas? ¿Se ha incrementado el nivel de consulta y cooperación entre la autoridad de defensa de la competencia y los encargados de negociar acuerdos comerciales nacionales con el paso del tiempo? De ser así, ¿con qué efecto?
6. Una vez que entraron en vigor los RTA con disposiciones sobre competencia de los que es parte su país, ¿de qué forma (en su caso) utilizaron dichas disposiciones posteriormente las autoridades de defensa de la competencia o los gobiernos nacionales? ¿Qué costes y qué beneficios se asociaron con el uso de dichas disposiciones? Si no se utilizaron dichas disposiciones, ¿a qué factores se debió?
7. Dada la experiencia de su país, ¿qué ventajas, en su caso, tienen las disposiciones sobre competencia de los RTA respecto a otros instrumentos internacionales para promover la cooperación sobre derecho de competencia y sobre la aplicación de éste? ¿Cuáles son las desventajas de las primeras en comparación con éstos últimos?
8. Basándose en la experiencia de su país y de otros, ¿qué tipos (en su caso) de disposiciones sobre competencia de los RTA deberían perseguirse en futuras negociaciones de RTA?

II. En el caso de participantes cuyos gobiernos no hayan firmado RTA que incluyan disposiciones sobre competencia, las siguientes preguntas tratan de comprender los factores que han llevado a la decisión de no incluir dichas disposiciones en los RTA.

1. ¿Ha negociado el gobierno de su país un RTA en los últimos 10 años?
2. ¿Se consideró en algún momento la inclusión de disposiciones sobre competencia en la negociación de un RTA? De no ser así, ¿por qué no? De ser así, ¿qué proceso se utilizó? ¿Se consultó a la autoridad de defensa de la competencia? ¿Qué argumentos se consideraron importantes e influyeron durante dicho proceso? En última instancia, ¿qué prioridad (en su caso) se dio a la negociación de dichas disposiciones?
3. ¿Se negó algún socio comercial a las propuestas de su país para incluir disposiciones sobre competencia en un RTA? De ser así, ¿qué motivos (en su caso) se dieron para tal negativa?
4. ¿En qué medida (en su caso) ha perjudicado la no inclusión de disposiciones sobre competencia en los RTA la influencia de la autoridad de defensa de la competencia dentro del gobierno (por ejemplo, en el diseño de normativas que favorezcan la competencia) y la capacidad de tal

autoridad para realizar una aplicación eficaz y otras funciones? (Teniendo en cuenta que puede haber otros instrumentos a disposición de una autoridad de defensa de la competencia, aparte de las disposiciones sobre competencia de los RTA.)

5. Basándose en la experiencia de su país y de otros, ¿qué tipos (en su caso) de disposiciones sobre competencia de los RTA deberían perseguirse en futuras negociaciones de RTA?



CONTRIBUTIONS



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA 10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

-- Sesión I: Provisiones de Competencia en Tratados de Comercio Regional --

Contribución de Chile

Sistematización de Capítulos de Competencia en TDLC y otros compromisos internacionales

1. La Política de Competencia y objetivo de este informe

1. La Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales de Chile (en adelante DIRECON), define la **Política de Competencia** como “el conjunto de normas y disciplinas que regulan la cantidad de competidores que existen en un mercado determinado”.¹ Según señala la DIRECON, la creciente importancia que esta materia ha tenido a nivel internacional se debe a que “este tipo de regulaciones puede convertirse en barreras al acceso en el sector servicios e inversiones o puede permitir prácticas monopólicas en el sector de los bienes”.²

2. Respecto de esta materia, los tratados de libre comercio y otros acuerdos internacionales que Chile ha firmado en los últimos años (ver Anexo 1) incluyen, en su gran mayoría, capítulos relacionados con el área de

1 Glosario de Comercio Internacional y Definiciones contenidas en los TLCs, www.direcon.cl/documentos/glosario.pdf

2 Op. cit.

la competencia (ver Cuadro 1). En estos capítulos se definen las acciones que las partes involucradas en la materia (por lo general los organismos que componen la institucionalidad antimonopolio de los respectivos países) deben adoptar o mantener a fin de prohibir y corregir prácticas anticompetitivas, al tiempo de desarrollar y establecer mecanismos que faciliten y promuevan las políticas de competencia, y así promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

3. Este informe recoge los capítulos de competencia a los que se hace alusión en el párrafo anterior. El objetivo que ha motivado la realización de este catastro ha sido la necesidad de contar con información de las disposiciones que vinculan el accionar de la Fiscalía Nacional Económica (FNE en adelante) en términos de las materias de competencia que se han comprometido en los acuerdos de comercio de Chile con el resto del mundo.

Cuadro 1. Listado de Acuerdos Internacionales

Tratado de Libre Comercio	Acuerdos de Asociación
Panamá* Japón China* EE.UU. Canadá México Corea Centro América EFTA	Unión Europea P4 – Nueva Zelanda, Singapur, Brunei Darussalam, Chile
Acuerdos de Complementación	Acuerdos de Alcance Parcial
Argentina Bolivia Colombia* Ecuador* MERCOSUR Perú* Venezuela*	India *

* Estos tratados o acuerdos no incluyen capítulos de competencia.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de información obtenida de la DIRECON (www.direcon.cl)

4. La información para realizar este catastro proviene de lo que la DIRECON mantiene en su página web. La FNE también mantiene un registro de Capítulos de Competencia en su página web, en la sección dedicada a temas internacionales,³ pero la información mantenida por este organismo es parcial ya que sólo considera cinco tratados: Canadá, Unión Europea, Estados Unidos, EFTA (Asociación Europea de Libre Comercio) y Corea.

3 Ver http://www.fne.cl/?content=tlc_capitulos.

2. Obligaciones de la FNE en materia de acuerdos comerciales internacionales

5. En los Capítulos de Competencia, contenidos en los distintos tratados comerciales que Chile ha firmado con otros países –los cuales se resumen en el Anexo 1 de este informe-, se vislumbran las obligaciones que los organismos de competencia de los países involucrados (las Partes) deben cumplir en virtud de tales acuerdos. En tal sentido, y aún cuando no siempre se define explícitamente en los tratados, la contraparte técnica para Chile corresponde a la FNE.

6. En esta sección se citan las obligaciones que, en virtud de tales tratados de comercio, involucran a la Fiscalía. Cabe notar que, aún cuando se trate de “obligaciones”, éstas corresponden a oportunidades de cooperación en materia de competencia, tanto en aspectos técnicos como legales, lo cual es un incentivo adicional para ponerlas en práctica.

7. A continuación se presentan los extractos de los Capítulos de Competencia que guardan relación con las obligaciones anteriormente señaladas. Los extractos son presentados de acuerdo al tipo de tratado comercial, según la clasificación de la DIRECON, a saber: Tratado de Libre Comercio (TLC), Acuerdos de Asociación (AA), Acuerdos de Complementación (AC) y Acuerdos de Alcance Parcial (AAP). En el Anexo 2 de este informe se transcriben íntegramente los Capítulos de Competencia para los acuerdos comerciales que consideran esta materia, y los extractos presentados a continuación incluyen, al final de cada uno, el artículo y el numeral (cuando corresponda) dentro de dichos capítulos.

TLC con Centro América

8. “Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabadas por prácticas comerciales anticompetitivas” (Nº1, Art. 15.01)

9. “Las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes”. (Nº2, Art. 15-01)

10. “Cada Parte deberá ajustarse a las disposiciones de este Tratado a fin de que cualquier monopolio y empresa del Estado que se establezca o mantenga, actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de una Parte en virtud de este Tratado y otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, mercancías y a los proveedores de servicios de otra Parte.” (Nº3, Art. 15-02)

TLC con Canadá

11. “Cada Parte adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este Tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.” (Art. J-01)

12. “Las Partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia, incluyendo la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio”. (Art. J-01)

TLC con Corea

13. “Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas”. (Nº1, Art. 15.01)

14. “Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio”. (Nº2, Art. 15.01)

TLC con Estados Unidos

15. “Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”. (Nº1, Art. 16.1)

16. “Cada Parte mantendrá una autoridad responsable de hacer cumplir sus leyes nacionales de competencia. La política de aplicación de la ley de competencia por parte de las autoridades nacionales de competencia de las Partes, no discriminará sobre la base de la nacionalidad de los sujetos que son objeto de sus procedimientos. Cada Parte garantizará que:

- (a) antes de imponer una sanción o una medida en contra de cualquier persona por haber violado sus leyes de competencia, permitirá a la persona el derecho a ser escuchada y de presentar evidencia, salvo en caso de imposición de una sanción interina o de una medida provisional, pudiendo otorgar tales derechos dentro de un plazo razonable con posterioridad a su imposición; y
- (b) una corte o un tribunal independiente imponga o, a solicitud de la persona, revise dicha sanción o medida”. (Nº2, Art. 16.1)

17. “Las Partes acuerdan cooperar en el área de la política de competencia. Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para profundizar el cumplimiento efectivo de las leyes de competencia en el área de libre comercio. En consecuencia, las Partes cooperarán en asuntos relativos a actividades tendientes a hacer cumplir las leyes de competencia, incluidas notificaciones, consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las leyes y políticas de competencia de las Partes.” (Art. 16.2)

18. “Cada Parte, a solicitud de la otra Parte, pondrá a su disposición información pública concerniente a sus:

- (a) actividades tendientes a hacer cumplir sus leyes de competencia; y
- (b) empresas del Estado y monopolios designados, públicos o privados, en cualquier nivel de gobierno.

19. Las solicitudes de conformidad con el subpárrafo (b) indicarán las entidades o localidades involucradas, especificará las mercancías y mercados particulares concernidos, e incluirá indicios de prácticas que pudieren restringir el comercio o la inversión entre las Partes.” (Art. 16.6)

20. “Con el propósito de fomentar el entendimiento entre las Partes, o para abordar materias específicas que pudieren surgir de conformidad con este Capítulo, cada Parte deberá, a solicitud de la otra Parte, iniciar consultas relativas a las presentaciones que pudiere formular la otra Parte”. (Art. 16.7)

TLC con EFTA

21. “Las Partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes en materia de competencia, de un modo compatible con este Capítulo, con el objeto de evitar que los beneficios del proceso de liberalización de mercancías y servicios, contemplados en el presente Tratado, puedan verse reducidos o anulados por prácticas de negocios contrarias a la competencia. Para ello, las Partes convienen en cooperar y coordinarse en virtud de las disposiciones de este Capítulo. Esta cooperación incluye notificaciones, consultas e intercambio de información”. (Nº2, Art. 72)

22. “Cada Parte, a través de la autoridad que haya designado, deberá notificar a las otras Partes sobre cualquier actividad de aplicación de la ley respecto de una práctica de negocios contraria a la competencia, relacionada con mercancías y servicios, que pudiese afectar significativamente a los intereses importantes de otra Parte, o bien, si la práctica de negocios contraria a la competencia pudiese tener una incidencia directa y sustancial en el territorio de dicha otra Parte, o si principalmente tiene lugar en el territorio de esa otra Parte”. (Nº1, Art. 73)

23. “En relación con las materias contempladas en los párrafos 1 y 2, cada Parte se compromete a intercambiar información sobre las sanciones y medidas correctoras aplicadas y a proporcionar los fundamentos sobre los cuales se adoptaron las medidas, si así lo requiriese otra Parte” (Nº3, Art. 75)

TLC con Japón

24. “Las Partes deberán, de acuerdo a sus respectivas leyes y regulaciones, cooperar para el control de actividades anticompetitivas de acuerdo a sus respectivas disponibilidades de recursos.” (Art. 167)

TLC con México

25. “Cada Parte reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Asimismo, las Partes cooperarán en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia, incluyendo la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.”. (Nº2, Art. 14-02)

26. “La Comisión establecerá un Comité de Comercio y Competencia, integrado por representantes de cada Parte, que se reunirá por los menos una vez al año. El Comité informará y hará las recomendaciones que procedan a la Comisión referentes a las cuestiones acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia, y el comercio en la zona de libre comercio.” (Art. 14-05)

AA con la Unión Europea

27. “Las Partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes en materia de competencia de modo compatible con esta Parte del Acuerdo con el objeto de evitar que los beneficios del proceso de liberalización del comercio de bienes y servicios puedan verse reducidos o anulados por prácticas contrarias a la

competencia. Para ello, las Partes convienen en establecer una cooperación y coordinación entre sus autoridades de competencia en virtud de las disposiciones del presente Título.” (Nº1, Art. 172)

28. “Las Partes convienen en cooperar y coordinar sus actuaciones para la aplicación de las leyes en materia de competencia. Esta cooperación incluirá la notificación, la consulta, el intercambio de información no confidencial y la asistencia técnica. Las Partes reconocen la importancia de adoptar unos principios en materia de competencia que puedan ser aceptables para ambas Partes en los foros multilaterales, incluida la OMC.” (Nº3, Art. 172)

29. “La autoridad de competencia de una Parte podrá notificar a la autoridad de competencia de la otra parte su deseo de coordinar las actividades de aplicación de la ley respecto a un caso concreto. Esta coordinación no impedirá que las Partes tomen decisiones autónomas.” (Art. 175)

30. “Para mejorar la transparencia, y sin perjuicio de las reglas y normas de confidencialidad aplicables en cada una de las Partes, éstas se comprometen a intercambiar información relativa a las sanciones y medidas correctoras aplicadas en los casos que, según la autoridad de competencia de que se trate, estén afectando de forma significativa a intereses importantes de la otra Parte, y a proporcionar los fundamentos sobre los que se adoptaron esas acciones, cuando lo solicite la autoridad de competencia de la otra Parte.” (Nº2, Art. 177)

31. “Las Partes podrán prestarse asistencia técnica mutua a fin de aprovechar sus experiencias y reforzar la aplicación de su legislación y política de competencia.” (Art. 178)

AA con P4 (Nueva Zelanda, Singapur, Brunei Darussalam, Chile)

32. “Con el objeto de evitar distorsiones o restricciones a la competencia las Partes prestarán particular atención a los acuerdos anti-competitivos, prácticas concertadas o arreglos hechos entre competidores y comportamientos abusivos que resulten de posiciones dominantes únicas o conjuntas en un mercado. Estas prácticas se refieren a mercancías y servicios y pueden ser ejecutadas por cualquier empresa, con prescindencia de la propiedad de dicha empresa.” (Nº2, Art. 192)

33. “1. Las Partes acuerdan cooperar y coordinarse en el área de la política de competencia a través del intercambio de información sobre el desarrollo de la política de competencia. Las Partes también reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades de competencia para un mayor cumplimiento efectivo de la legislación de competencia en sus respectivas jurisdicciones. En consecuencia, las Partes cooperarán en asuntos sobre cumplimiento de legislación de competencia, incluyendo notificación, consultas e intercambios de información.

34. 2. Las Partes, a través de su autoridad de competencia respectiva, procurarán celebrar un acuerdo de cooperación una vez que haya entrado en vigencia este Acuerdo.” (Art. 9.3)

AC con MERCOSUR

35. “Las Partes Contratantes promoverán acciones para acordar, a la brevedad, un esquema normativo basado en disposiciones y prácticas internacionalmente aceptadas, que constituya el marco adecuado para disciplinar eventuales prácticas anti competitivas.” (Art. 18)

36. “Las Partes Contratantes desarrollarán acciones conjuntas tendientes al establecimiento de normas y compromisos específicos, para que los productos provenientes de ellas gocen de un tratamiento no menos

favorable que el que se concede a los productos nacionales similares, en aspectos relacionados con la defensa de los consumidores.” (Art. 19)

37. “Los organismos competentes en estas materias en las Partes Signatarias implementarán un esquema de cooperación que permita alcanzar a corto plazo un primer nivel de entendimiento sobre estas cuestiones y un esquema metodológico para la consideración de situaciones concretas que pudieran presentarse.” (Art. 20)

Anexo 1. Resumen De Acuerdos De Libre Comercio Vigentes Para Chile

País o Grupo de Países	Tipo de Acuerdo	Fecha Firma	Entrada en Vigencia
P-4 (1)	Acuerdo de Asociación Económica	18 de julio de 2005	08 de noviembre de 2006
Unión Europea (2)	Acuerdo de Asociación Económica	18 de noviembre de 2002	01 de febrero de 2003
Canadá	Acuerdo de Asociación Económica	05 de diciembre de 1996	05 de julio de 1997
Corea	Tratado de Libre Comercio	15 de febrero de 2003	01 de abril de 2004
China	Tratado de Libre Comercio	18 de noviembre de 2005	01 de octubre de 2006
Costa Rica (TLC Chile-Centroamérica)	Tratado de Libre Comercio	18 de octubre de 1999	14 de febrero de 2002 (protocolo bilateral)
El Salvador (TLC Chile-Centroamérica)	Tratado de Libre Comercio	18 de octubre de 1999	03 de junio de 2002 (protocolo bilateral)
Guatemala (TLC Chile-Centroamérica)	Tratado de Libre Comercio	18 de octubre de 1999	próximo iniciar tramitación parlamentaria
Honduras (TLC Chile-Centroamérica)	Tratado de Libre Comercio	18 de octubre de 1999	Tramitación parlamentaria concluida
Nicaragua (TLC Chile-Centroamérica)	Tratado de Libre Comercio	18 de octubre de 1999	Bilateral en negociación
Estados Unidos	Tratado de Libre Comercio	06 de junio 2003	01 de enero de 2004
México	Tratado de Libre Comercio	17 de abril de 1998	01 de agosto de 1999
EFTA (3)	Tratado de Libre Comercio	26 de junio de 2006	01 de diciembre de 2004
Panamá	Tratado de Libre Comercio	27 de junio de 2006	07 de marzo de 2008
Perú	Tratado de Libre Comercio	22 de agosto de 2006	Falta concluir tramitación parlamentaria
Colombia	Tratado de Libre Comercio	27 de noviembre de 2006	Falta concluir tramitación parlamentaria
Japón	Tratado de Libre Comercio	27 de marzo de 2007	03 de septiembre de 2007
Ecuador	Acuerdo de Complementación Económica N° 32	20 de diciembre de 1994	01 de enero de 1995
Mercosur (4)	Acuerdo de Complementación Económica N° 35	25 de junio de 1996	01 de octubre de 1996

País o Grupo de Países	Tipo de Acuerdo	Fecha Firma	Entrada en Vigencia
Bolivia	Acuerdo de Complementación Económica N° 22	06 de abril de 1993	07 de julio de 1993
Venezuela	Acuerdo de Complementación Económica N° 23	02 de abril de 1993	01 de julio de 1993
India	Acuerdo de Alcance Parcial	08 de marzo de 2006	17 de agosto de 2007
Cuba	Acuerdo de Alcance Parcial	21 de agosto de 1998 (5)	Falta tramitación parlamentaria

Notas: (1) Pacífico-4, integrado por Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam. (2) Los países miembros de la Unión Europea son: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia y desde el 1° de mayo de 2004, los 10 nuevos países miembros son: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa. A partir de enero de 2007 son miembros: Rumania y Bulgaria. (3) La Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) está integrada por: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. (4) El Mercado Común del Sur está Integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Chile participa como país asociado. (5) La fecha sólo se refiere al cierre de las negociaciones. -

Fuente: DIRECON, www.direcon.cl/cuadro_resumen.html

Anexo 2. Capítulos de competencia contenidos en los Acuerdos y Tratados Comerciales vigentes de Chile con otros países

I. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO	
Tratado	Capítulos de Competencia: Título y Artículos
Centro América	<p>QUINTA PARTE. POLÍTICAS DE COMPETENCIA CAPÍTULO 15. POLÍTICAS DE COMPETENCIA</p> <p>Artículo 15.01 Cooperación 1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas.</p> <p>2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.</p> <p>Artículo 15.02 Monopolios y empresas del Estado 1. Para efectos de este artículo, se entenderá por: monopolio: una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en territorio de una Parte, ha sido designada según su legislación, si ésta así lo permite, proveedor o comprador único de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento; y trato no discriminatorio: el mejor trato entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p> <p>2. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte mantener o establecer monopolios y empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita.</p> <p>3. Cada Parte deberá ajustarse a las disposiciones de este Tratado a fin de que cualquier monopolio y empresa del Estado que se establezca o mantenga, actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de una Parte en virtud de este Tratado y otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, mercancías y a los proveedores de servicios de otra Parte.</p> <p>4. Este artículo no se aplicará a la adquisición de mercancías o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de mercancías o en la prestación de servicios para su venta comercial.</p>
Canadá	<p>Tercera Parte. Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados. Capítulo J. Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado.</p> <p>Artículo J-01: Derecho en materia de competencia Cada Parte adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este Tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la</p>

eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte. Cada Parte reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las Partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia, incluyendo la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio. Ninguna de las Partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo.

Artículo J-02: Monopolios y empresas del Estado

Ninguna disposición de este Tratado se interpretará para impedir a una Parte designar un monopolio. Cuando una Parte pretenda designar un monopolio, y esta designación pueda afectar los intereses de personas de la otra Parte, la Parte:

- siempre que sea posible, notificará la designación a la otra Parte, previamente y por escrito; y al momento de la designación, procurará introducir en la operación del monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de beneficios, en el sentido del Anexo N-04 (Anulación y menoscabo). Cada Parte se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que cualquier monopolio de propiedad privada que la Parte designe, o gubernamental que mantenga o designe:
- actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos; excepto cuando se trate del cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los incisos (c) o (d), actúe solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, incluso en lo referente a su precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones para su compra y venta; otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de la otra Parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente; y no utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado en su territorio que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de la otra Parte, de manera directa o indirecta, inclusive a través de las operaciones con su matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común, incluyendo el suministro discriminatorio del bien o servicio monopolizado, del otorgamiento de subsidios cruzados o de conducta predatoria. El párrafo 3 no se aplica a la adquisición de bienes o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales, y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de bienes o en la prestación de servicios para su venta comercial. Para los efectos de este artículo, "mantener" significa establecido antes de la entrada en vigor de este Tratado y su existencia en esa fecha.

Artículo J-03: Empresas del Estado

Nada de lo dispuesto en este Tratado se interpretará para impedir a una Parte mantener o establecer empresas del Estado. Cada Parte se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras

	<p>medidas, de que toda empresa del Estado que la misma mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con el Capítulo G (Inversión), cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos. Cada Parte se asegurará de que cualquier empresa del Estado, que la misma mantenga o establezca, otorgue trato no discriminatorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, en lo referente a la venta de sus bienes y servicios.</p> <p>Artículo J-04: Definiciones Para efectos de este capítulo: designar significa establecer, designar, autorizar o ampliar el ámbito del monopolio para incluir un bien o servicio adicional, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado; empresa del Estado significa, salvo lo dispuesto en el Anexo J-04, una empresa propiedad de una Parte o bajo control de la misma, mediante derechos de dominio; mercado significa el mercado geográfico y comercial para un bien o servicio; monopolio significa una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en el territorio de una Parte, ha sido designado proveedor o comprador único de un bien o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento; monopolio gubernamental significa un monopolio de propiedad o bajo control, mediante derechos de dominio, del gobierno nacional de una Parte o de otro monopolio de esa índole; según consideraciones comerciales significa consistente con las prácticas normales de negocios que lleven a cabo las empresas privadas que conforman ese negocio o industria; suministro discriminatorio incluye: trato más favorable a la matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común que a una empresa no afiliada; o trato más favorable a un tipo de empresa que a otro, en circunstancias similares; y trato no discriminatorio significa el mejor trato, entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p> <p>Anexo J-04 Definiciones específicas de los países sobre empresas del Estado Para efectos del Artículo J-03(3), "empresa del Estado", respecto a Canadá, significa una Crown Corporation en el sentido que la define la Financial Administration Act o una Crown Corporation en el sentido que la define la legislación provincial comparable, o entidad equivalente, o que se haya constituido conforme a cualquier otra legislación provincial.</p>
China	No tiene Capítulo de Competencia
Corea	<p>QUINTA PARTE. POLÍTICAS DE COMPETENCIA CAPÍTULO 1. POLÍTICAS DE COMPETENCIA</p> <p>Artículo 15.01 Cooperación 1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas.</p>

	<p>2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.</p> <p>Artículo 15.02 Monopolios y empresas del Estado</p> <p>1. Para efectos de este artículo, se entenderá por: monopolio: una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en territorio de una Parte, ha sido designada según su legislación, si ésta así lo permite, proveedor o comprador único de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento; y trato no discriminatorio: el mejor trato entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p> <p>2. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte mantener o establecer monopolios y empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita.</p> <p>3. Cada Parte deberá ajustarse a las disposiciones de este Tratado a fin de que cualquier monopolio y empresa del Estado que se establezca o mantenga, actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de una Parte en virtud de este Tratado y otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, mercancías y a los proveedores de servicios de otra Parte.</p> <p>4. Este artículo no se aplicará a la adquisición de mercancías o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de mercancías o en la prestación de servicios para su venta comercial.</p>
Estados Unidos	<p>Capítulo Dieciséis. Política de competencia, monopolios designados y empresas del Estado</p> <p>Artículo 16.1: Prácticas de negocios anticompetitivas</p> <p>1. Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas.</p> <p>2. Cada Parte mantendrá una autoridad responsable de hacer cumplir sus leyes nacionales de competencia. La política de aplicación de la ley de competencia por parte de las autoridades nacionales de competencia de las Partes, no discriminará sobre la base de la nacionalidad de los sujetos que son objeto de sus procedimientos. Cada Parte garantizará que:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) antes de imponer una sanción o una medida en contra de cualquier persona por haber violado sus leyes de competencia, permitirá a la persona el derecho a ser escuchada y de presentar evidencia, salvo en caso de imposición de una sanción interina o de un medida provisional, pudiendo otorgar tales derechos dentro de un plazo razonable con posterioridad a su imposición; y (b) una corte o un tribunal independiente imponga o, a solicitud de la persona, revise dicha sanción o medida.

3. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de infringir la autonomía de cada Parte en el desarrollo de sus políticas de competencia o en la decisión de cómo hacer cumplir sus leyes de competencia.

Artículo 16.2: Cooperación

Las Partes acuerdan cooperar en el área de la política de competencia. Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para profundizar el cumplimiento efectivo de las leyes de competencia en el área de libre comercio. En consecuencia, las Partes cooperarán en asuntos relativos a actividades tendientes a hacer cumplir las leyes de competencia, incluidas notificaciones, consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las leyes y políticas de competencia de las Partes.

Artículo 16.3: Monopolios designados

1. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte designe un monopolio.

2. Cuando una Parte designe un monopolio y dicha designación pueda afectar los intereses de personas de la otra Parte, la Parte deberá:

- (a) al momento de la designación, procurar introducir condiciones tales al 16-2 funcionamiento del monopolio, que permitan minimizar o eliminar toda anulación o menoscabo de beneficios en el sentido del Anexo 22.2 (Anulación o menoscabo); y
- (b) notificar por escrito, y por anticipado cuando sea posible, a la otra Parte acerca de la designación y de cualquiera de dichas condiciones.

3. Cada Parte garantizará que cualquier monopolio de propiedad privada que se designe después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y que cualquier monopolio gubernamental que designe o haya designado:

- (a) opere de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con este Tratado, en los casos en que dicho monopolio ejerza cualquiera facultad regulatoria, administrativa u otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado en conexión con la mercancía o servicio monopólico, como por ejemplo el poder de otorgar licencias de importación y exportación, aprobar transacciones comerciales, imponer cuotas, derechos y otros cobros;
- (b) actúe exclusivamente de acuerdo con consideraciones comerciales en sus adquisiciones o ventas de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante incluso en lo relativo al precio, la calidad, la disponibilidad, la comercialización, el transporte y demás términos y condiciones de compra y venta, salvo en lo referente al cumplimiento de los términos de su designación que no sean incompatibles con los subpárrafos (c) o (d);
- (c) otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, a las mercancías de la otra Parte y a los proveedores de servicios de la otra Parte en su adquisición o venta de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante; y
- (d) no utilice su posición monopólica para incurrir, en un mercado no monopolizado en su territorio, ya sea directa o indirectamente, en prácticas anticompetitivas que afecten negativamente a las inversiones cubiertas, incluso a través de transacciones con su casa matriz, subsidiarias, u otras empresas de propiedad común.

4. Este artículo no se aplica a la contratación pública.

Artículo 16.4: Empresas del Estado

1. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir que una Parte establezca o mantenga una empresa del Estado.

2. Cada Parte deberá garantizar que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga o actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con este Tratado, cada vez que dicha empresa ejerza cualquiera facultad regulatoria, administrativa, o cualquier otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado, tales como el poder de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales, o imponer cuotas, derechos u otros cargos.

3. Cada Parte deberá garantizar que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga, otorgue trato no discriminatorio en la venta de sus mercancías o servicios a las inversiones cubiertas.

Artículo 16.5: Diferencias de precios

El cobro de diferentes precios en diferentes mercados, o dentro del mismo mercado, cuando dichas diferencias se basen en consideraciones comerciales normales, como el hecho de tomar en cuenta las condiciones de la oferta y la demanda, no serán en sí mismas, incompatibles con los artículos 16.3 y 16.4.

Artículo 16.6: Transparencia y solicitudes de información

1. Las Partes reconocen el valor de la transparencia en las políticas de competencia gubernamentales.

2. Cada Parte, a solicitud de la otra Parte, pondrá a su disposición información pública concerniente a sus:

- (a) actividades tendientes a hacer cumplir sus leyes de competencia; y
- (b) empresas del Estado y monopolios designados, públicos o privados, en cualquier nivel de gobierno.

Las solicitudes de conformidad con el subpárrafo (b) indicarán las entidades o localidades involucradas, especificará las mercancías y mercados particulares concernidos, e incluirá indicios de prácticas que pudieren restringir el comercio o la inversión entre las Partes.

3. Cada Parte, a solicitud de la otra Parte, pondrá a su disposición información pública concerniente a las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia. Las solicitudes especificarán las mercancías y los mercados particulares de interés, e incluirán indicios de que la excepción pudiere restringir el comercio o la inversión entre las Partes.

Artículo 16.7: Consultas

Con el propósito de fomentar el entendimiento entre las Partes, o para abordar materias específicas que pudieren surgir de conformidad con este Capítulo, cada Parte deberá, a solicitud de la otra Parte, iniciar consultas relativas a las presentaciones que pudiere formular la otra Parte. En su solicitud, la Parte indicará, si es relevante, en qué forma esta materia afecta el comercio o la inversión entre las Partes. La Parte aludida deberá otorgar la mayor consideración a las inquietudes de la otra Parte.

Artículo 16.8: Controversias

Ninguna Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme a este Tratado, respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con los

	<p>artículos 16.1, 16.2, ó 16.7.</p> <p>Artículo 16.9: Definiciones Para los efectos de este Capítulo: de acuerdo con consideraciones comerciales significa que sea compatible con las prácticas normales de negocios de empresas privadas en el negocio o industria relevante;</p> <p>una delegación incluye un otorgamiento legislativo y una orden, instrucción u otro acto gubernamental, mediante el cual se transfiere al monopolio o a la empresa del Estado, o se autoriza al monopolio o a la empresa del Estado, el ejercicio de una facultad gubernamental;</p> <p>designar significa el establecimiento, designación o autorización, formal o de hecho, de un monopolio, o la extensión del ámbito de un monopolio para cubrir una mercancía o servicio adicional;</p> <p>mercado significa el mercado geográfico y comercial para una mercancía o un servicio;</p> <p>monopolio significa una entidad incluido un consorcio o una agencia de gobierno, que en cualquier mercado relevante en el territorio de una Parte sea designado como el proveedor o comprador exclusivo de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual únicamente en virtud de tal otorgamiento;</p> <p>monopolio gubernamental significa un monopolio que es de propiedad, o se encuentra controlado a través de intereses de dominio, por el gobierno nacional de una Parte o por otro monopolio gubernamental; y</p> <p>trato no discriminatorio significa el mejor entre el trato nacional y el trato de nación más favorecida, según lo establecido en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p>
EFTA	<p>CAPÍTULO VI. POLÍTICA DE COMPETENCIA</p> <p>ARTÍCULO 72 Objetivos</p> <p>1. Las Partes reconocen que una práctica de negocios contraria a la competencia podría frustrar los beneficios que surgen del presente Tratado.</p> <p>2. Las Partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes en materia de competencia, de un modo compatible con este Capítulo, con el objeto de evitar que los beneficios del proceso de liberalización de mercancías y servicios, contemplados en el presente Tratado, puedan verse reducidos o anulados por prácticas de negocios contrarias a la competencia. Para ello, las Partes convienen en cooperar y coordinarse en virtud de las disposiciones de este Capítulo. Esta cooperación incluye notificaciones, consultas e intercambio de información.</p> <p>3. Para los fines del presente Tratado, el término “prácticas de negocios contrarias a la competencia” incluye, pero no está limitado a , acuerdos anticompetitivos, las prácticas o acuerdos concertados por parte de los competidores, el abuso de una posición dominante única o conjunta en un mercado y las fusiones que tengan efectos anticompetitivos importantes. Estas prácticas se refieren a mercancías y servicios, las que podrían ser ejercidas por empresas privadas o públicas.</p>

4. Las Partes reconocen la importancia de los principios sobre competencia aceptados en los correspondientes foros multilaterales de los cuales las Partes son miembros o en los cuales han participado como observadores, incluida la no discriminación, el debido proceso y la transparencia.

ARTÍCULO 73

Notificaciones

1. Cada Parte, a través de la autoridad que haya designado, deberá notificar a las otras Partes sobre cualquier actividad de aplicación de la ley respecto de una práctica de negocios contraria a la competencia, relacionada con mercancías y servicios, que pudiese afectar significativamente a los intereses importantes de otra Parte, o bien, si la práctica de negocios contraria a la competencia pudiese tener una incidencia directa y sustancial en el territorio de dicha otra Parte, o si principalmente tiene lugar en el territorio de esa otra Parte.

2. Siempre que no sea contraria a las leyes de competencia de las Partes ni afecte a ninguna investigación en curso, la notificación se realizará en una fase temprana del procedimiento.

3. Las notificaciones contempladas en el párrafo 1 deberán ser lo suficientemente detalladas, de modo que permitan una evaluación a la luz de los intereses de las otras Partes.

ARTÍCULO 74

Coordinación de las actividades de aplicación de la ley

Una Parte, a través de la autoridad designada por ella, podrá notificar a otra Parte respecto de su intención de coordinar las actividades de aplicación de la ley en relación con un caso concreto. Esta coordinación no impedirá a las Partes tomar decisiones en forma autónoma.

ARTÍCULO 75

Consultas

1. Cada Parte, de conformidad con su legislación, tomará en consideración los intereses importantes de las otras Partes en el curso de sus actividades de aplicación de la ley, respecto a prácticas de negocios contrarias a la competencia relacionadas con mercancías y servicios. Si una Parte considera que una investigación o procedimiento que se esté realizando por otra Parte puede tener un efecto adverso sobre sus intereses importantes, dicha Parte podrá enviar sus observaciones sobre el asunto a la otra a través de su autoridad designada. Sin perjuicio de la continuación de cualquier acción que emprendiere en virtud de sus leyes sobre competencia, y de su plena libertad para adoptar una decisión definitiva, la Parte requerida deberá considerar en su totalidad y en debida forma las observaciones manifestadas por la Parte requirente.

2. Si una Parte estima que sus intereses están siendo afectados en forma adversa por prácticas de negocios contrarias a la competencia en el territorio de otra Parte, la Parte afectada podrá, a través de su autoridad designada, solicitar que dicha otra Parte inicie las correspondientes actividades de aplicación de la ley. La solicitud deberá ser lo más específica posible respecto a la naturaleza de las prácticas de negocios contrarias a la competencia y a su efecto sobre los intereses de la Parte requirente, e incluirá una oferta de aquella información adicional y otra colaboración suplementaria que la Parte requirente pueda proporcionar. La Parte requerida deberá considerar cuidadosamente si debe iniciar las actividades de aplicación de la ley, o bien ampliar las actividades de aplicación de la ley que ya estuviese llevando a cabo respecto de las prácticas de negocios contrarias a la

competencia, identificadas en la solicitud.

3. En relación con las materias contempladas en los párrafos 1 y 2, cada Parte se compromete a intercambiar información sobre las sanciones y medidas correctoras aplicadas y a proporcionar los fundamentos sobre los cuales se adoptaron las medidas, si así lo requiriese otra Parte.

4. Una Parte podrá solicitar al Comité Conjunto la celebración de consultas en relación con las materias contempladas en los párrafos 1 y 2, como también respecto de cualquier otra materia contemplada en este Capítulo. Dicha solicitud deberá indicar los motivos en los que se basa la solicitud y si existe cualquier plazo u otra limitación que requiera que dichas consultas se deban realizar en forma expedita.

ARTÍCULO 76

Intercambio de información y confidencialidad

1. Con el fin de facilitar la aplicación efectiva de sus respectivas leyes sobre competencia para eliminar los efectos negativos de las prácticas de negocios contrarias a la competencia, en cuanto a mercancías y servicios, las Partes se comprometen a intercambiar información.

2. Todo intercambio de información estará sujeto a las reglas y normas de confidencialidad que se aplican en el territorio de cada Parte. Ninguna Parte estará obligada a proporcionar información, si ello es contrario a sus leyes sobre divulgación de información. Cada Parte mantendrá la confidencialidad de cualquier información que se le proporcione, en conformidad con las limitaciones de uso que imponga la Parte que entregue la información. Cuando la legislación de una Parte así lo disponga, la información confidencial podrá ser proporcionada a sus respectivos tribunales de justicia.

ARTÍCULO 77

Empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados

1. En relación con las empresas públicas y las empresas a las cuales se les han otorgado derechos especiales o exclusivos, las Partes se asegurarán que no se adopte o mantenga ninguna medida que distorsione el comercio de mercancías o servicios entre las Partes, de forma contraria a los intereses de las Partes y que tales empresas estén sujetas a las normas de competencia, en la medida que la aplicación de tales normas no obstaculice la realización, de hecho o de derecho, de las tareas particulares que les hayan sido asignadas.

2. Las Partes confirman sus derechos y obligaciones conforme al Artículo XVII del GATT de 1994 y el Artículo VIII del AGCS respecto de las empresas señaladas en el párrafo 1.

ARTÍCULO 78

Solución de controversias

Ninguna Parte podrá recurrir a un procedimiento de solución de controversias en virtud del presente Tratado, en relación con ningún asunto derivado de este Capítulo.

ARTÍCULO 79

Autoridades designadas

Para la aplicación de los Artículos 73, 74 y 75, cada Parte designará a su autoridad competente o a otra entidad pública e informará de su decisión a las demás Partes en la primera reunión del Comité Conjunto, pero en todo caso dentro de los 60

	<p>días siguientes a la entrada en vigor del presente Tratado.</p> <p>ARTÍCULO 80 Definiciones Para los efectos de este Capítulo se entenderá por:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) “leyes sobre competencia”: (i) para Chile, el Decreto Ley N° 211 de 1973 y la Ley N° 19.610 de 1999 y sus reglamentos de aplicación o modificaciones, como también las demás leyes que rijan las materias relacionadas con la competencia; (ii) para la República de Islandia, la Ley sobre Competencia N° 8/1993, modificada por las Leyes N° 24/1994, 83/1997, 82/1998 y 107/2000, como también las demás leyes que rijan las materias sobre competencia; (iii) para el Principado de Liechtenstein, todas las normas sobre competencia que Liechtenstein reconoce o se comprometa a aplicar en su territorio, incluidas aquellas contempladas en otros acuerdos internacionales, tales como el Acuerdo sobre la Zona Económica Europea; (iv) para el Reino de Noruega, la Ley N° 65 del 11 de junio de 1993 relacionada con la Competencia en las Actividades Comerciales, como también las demás leyes que rijan las materias sobre competencia; (v) para la Confederación Suiza, la Ley Federal sobre Carteles y Otras Restricciones a la Competencia del 6 de octubre de 1995 y el Decreto sobre el Control de la Concentración Comercial del 17 de junio de 1996, como también los reglamentos contemplados en las mismas, y cualesquiera otras leyes que rijan las materias sobre competencia, y cualquiera de las modificaciones de las legislaciones antes citadas que puedan producirse después de la entrada en vigor del presente Tratado; <p>“actividad de aplicación de la ley”, incluye cualquier medida de aplicación de las leyes sobre competencia mediante investigaciones o procedimientos realizados por una Parte, que pueda originar la imposición de sanciones o medidas correctoras.</p>
<p>Japón</p>	<p>Capítulo 14. Competencia</p> <p>Artículo 166 Disposición General Cada Parte deberá, en concordancia con sus leyes y regulaciones de una manera consistente con este Capítulo, adoptar medidas que considere apropiadas contra actividades anticompetitivas para así evitar que los beneficios de la liberalización del comercio y de las inversiones puedan verse disminuidos o anulados por esas actividades.</p> <p>Artículo 167 Cooperación para el Control de Actividades Anticompetitivas Las Partes deberán, de acuerdo a sus respectivas leyes y regulaciones, cooperar para el control de actividades anticompetitivas de acuerdo a sus respectivas disponibilidades de recursos.</p> <p>Artículo 168 No Discriminación Cada Parte aplicará sus leyes de competencia y regulaciones en una manera que no discrimine entre personas, en las mismas circunstancias, en base a su</p>

	<p>nacionalidad.</p> <p>Artículo 169 Debido Proceso Cada Parte implementará procedimientos administrativos y judiciales de manera justa con el objeto de controlar actividades anticompetitivas, de acuerdo a sus leyes y regulaciones relevantes.</p> <p>Artículo 170 Transparencia Cada Parte promoverá la transparencia en la implementación de sus leyes y regulaciones de competencia, así como en su política de competencia.</p> <p>Artículo 171 No Aplicación del Capítulo 16 Los procedimientos de solución de controversias establecidos en el Capítulo 16 no se aplicarán a este Capítulo.</p>
<p>México</p>	<p>Capítulo 14. Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado</p> <p>Artículo 14-01: Definiciones Para efectos de este capítulo, se entenderá por:</p> <p>consideraciones comerciales: consistente con las prácticas normales de negocios que lleven a cabo las empresas privadas que conforman esa industria;</p> <p>designar: establecer, designar, autorizar o ampliar el ámbito del monopolio para incluir un bien o servicio adicional, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado;</p> <p>empresa del Estado: “empresa del Estado”, tal como se define en el artículo 2-01 (Definiciones de aplicación general), salvo lo dispuesto en el anexo 14-01;</p> <p>mercado: el mercado geográfico y comercial para un bien o servicio;</p> <p>monopolio: una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en el territorio de una Parte, ha sido designado proveedor o comprador único de un bien o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento;</p> <p>monopolio gubernamental: un monopolio propiedad o bajo el control, mediante derechos de dominio, del gobierno de una Parte o de otro monopolio de esa índole;</p> <p>suministro discriminatorio incluye:</p> <p>a) trato más favorable a la matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común que a una empresa no afiliada; o</p> <p>b) trato más favorable a un tipo de empresas que a otro, en circunstancias similares;</p> <p>y trato no discriminatorio: el mejor trato, entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p>

Artículo 14-02: Legislación en materia de competencia

1. Cada Parte adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este Tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.

2. Cada Parte reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Asimismo, las Partes cooperarán en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia, incluyendo la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.

3. Ninguna Parte podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo.

. Ningún inversionista de una Parte podrá someter una controversia conforme a la sección C (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte) del capítulo 9 (Inversión) para cualquier cuestión que surja conforme a este artículo.

Artículo 14-03: Monopolios y empresas del Estado

1. Para efectos de este artículo, se entenderá por:

delegación: incluye una concesión legislativa y una orden, instrucción u otro acto de gobierno que transfiera al monopolio facultades gubernamentales o autorice a éste el ejercicio de las mismas; y

mantener: establecido antes de la entrada en vigor de este Tratado y su existencia en esa fecha.

2. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte designar un monopolio.

3. Cuando una Parte pretenda designar un monopolio, y esta designación pueda afectar los intereses de personas de la otra Parte, la Parte:

- a) siempre que sea posible, notificará la designación a la otra Parte, previamente y por escrito; y
- b) al momento de la designación, procurará introducir en la operación del monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de beneficios, en el sentido del anexo 18-02 (Anulación y menoscabo).

4. Cada Parte se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que cualquier monopolio de propiedad privada que la Parte designe, o gubernamental que mantenga o designe:

- a) actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros

	<p>cargos;</p> <p>b) excepto cuando se trate del cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los literales c) o d), actúe solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, incluso en lo referente a su precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones para su compra y venta. La diferencia en la fijación de precios entre tipos de clientes, entre empresas afiliadas y no afiliadas, y el otorgamiento de subsidios cruzados, no son por sí mismos incompatibles con esta disposición y estas conductas están sujetas a este literal cuando sean usadas como instrumento de comportamiento contrario a las leyes en materia de competencia;</p> <p>c) otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de la otra Parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente; y</p> <p>d) no utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado en su territorio que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de la otra Parte, de manera directa o indirecta, inclusive a través de las operaciones con su matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común, incluyendo el suministro discriminatorio del bien o servicio monopolizado, del otorgamiento de subsidios cruzados o de conducta predatoria.</p> <p>5. El párrafo 4 no se aplica a la adquisición de bienes o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales, y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de bienes o en la prestación de servicios para su venta comercial.</p> <p>6. Nada de lo establecido en este artículo se interpretará en el sentido de impedir que un monopolio fije precios en diferentes mercados geográficos, cuando esas diferencias estén basadas en consideraciones comerciales normales tales como considerar las condiciones de oferta y demanda en esos mercados.</p> <p>Artículo 14-04: Empresas del Estado</p> <p>1. Nada de lo dispuesto en este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte mantener o establecer empresas del Estado.</p> <p>2. Cada Parte se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que toda empresa del Estado que la misma mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con el capítulo 9 (Inversión), cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.</p> <p>3. Cada Parte se asegurará de que cualquier empresa del Estado, que la misma mantenga o establezca, otorgue trato no discriminatorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, en lo referente a la venta de sus bienes y servicios.</p>
--	---

	<p>Artículo 14-05: Comité de Comercio y Competencia La Comisión establecerá un Comité de Comercio y Competencia, integrado por representantes de cada Parte, que se reunirá por los menos una vez al año. El Comité informará y hará las recomendaciones que procedan a la Comisión referentes a las cuestiones acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia, y el comercio en la zona de libre comercio.</p> <p>Anexo 14-01 Definiciones específicas sobre empresas del Estado Para efectos del artículo 14-04(3), respecto de México, empresa del Estado, no incluye la Compañía Nacional de Subsistencias Populares y sus filiales, o cualquier empresa sucesora o sus filiales, para el propósito de venta de maíz, frijol y leche en polvo.</p>
Panamá	No tiene Capítulo de Competencia

II. ACUERDOS DE ASOCIACIÓN	
Tratado	Capítulos de Competencia: Título y Artículos
Unión Europea	<p>TÍTULO VII COMPETENCIA ARTÍCULO 172</p> <p>Objetivos</p> <p>1. Las Partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes en materia de competencia de modo compatible con esta Parte del Acuerdo con el objeto de evitar que los beneficios del proceso de liberalización del comercio de bienes y servicios puedan verse reducidos o anulados por prácticas contrarias a la competencia. Para ello, las Partes convienen en establecer una cooperación y coordinación entre sus autoridades de competencia en virtud de las disposiciones del presente Título.</p> <p>2. Para prevenir distorsiones o restricciones de la competencia que puedan afectar al comercio de bienes o servicios entre ellas, las Partes prestarán una especial atención a los acuerdos contrarios a la competencia, a las prácticas concertadas y al comportamiento abusivo resultante de posiciones dominantes individuales o conjuntas.</p> <p>3. Las Partes convienen en cooperar y coordinar sus actuaciones para la aplicación de las leyes en materia de competencia. Esta cooperación incluirá la notificación, la consulta, el intercambio de información no confidencial y la asistencia técnica. Las Partes reconocen la importancia de adoptar unos principios en materia de competencia que puedan ser aceptables para ambas Partes en los foros multilaterales, incluida la OMC.</p> <p>ARTÍCULO 173 Definiciones</p> <p>A los efectos del presente Título:</p> <p>1) las "leyes de competencia" incluyen:</p> <ol style="list-style-type: none"> para la Comunidad, los artículos 81, 82 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reglamento (CEE) n° 4064/89 y sus reglamentos de aplicación o modificaciones; para Chile, el Decreto Ley N° 211 de 1973 y la Ley N° 19.610 de 1999 y sus reglamentos de aplicación o modificaciones, y todas las modificaciones de la legislación antes citada que puedan producirse tras la entrada en vigor del presente Acuerdo; <p>2) "autoridad de competencia" significa:</p> <ol style="list-style-type: none"> para la Comunidad Europea, la Comisión de las Comunidades Europeas, y para Chile, la Fiscalía Nacional Económica y la Comisión Resolutiva; <p>3) por "actividad de aplicación de la ley" se entenderá cualquier medida de aplicación de las leyes de competencia mediante investigaciones o procedimientos efectuados por la autoridad de competencia de una Parte, que pueda resultar en la imposición de sanciones o medidas correctoras.</p> <p>ARTÍCULO 174 Notificaciones</p> <p>1. Cada autoridad de competencia notificará a la autoridad de competencia de la</p>

	<p>otra Parte una actividad de aplicación de la ley si la medida:</p> <ul style="list-style-type: none">a) puede afectar de manera sustancial a intereses importantes de la otra Parte;b) se refiere a restricciones de la competencia que puedan tener una incidencia directa y sustancial en el territorio de la otra Parte; oc) se refiere a actos anticompetitivos que se producen principalmente en el territorio de la otra Parte. <p>2. Siempre que no sea contraria a las leyes de competencia de las Partes ni afecte a ninguna investigación en curso, la notificación se realizará en una fase temprana del procedimiento. La autoridad de competencia de la otra Parte podrá tomar en consideración las observaciones recibidas en su toma de decisiones.</p> <p>3. Las notificaciones previstas en el párrafo 1 deberán ser lo suficientemente detalladas para permitir una evaluación a la luz de los intereses de la otra Parte.</p> <p>4. Las Partes se comprometen a hacer todo lo posible para asegurar que las notificaciones se realicen en las circunstancias antes descritas, teniendo en cuenta los recursos administrativos de los que dispongan.</p> <p>ARTÍCULO 175 Coordinación de las actividades de aplicación de la ley</p> <p>La autoridad de competencia de una Parte podrá notificar a la autoridad de competencia de la otra parte su deseo de coordinar las actividades de aplicación de la ley respecto a un caso concreto. Esta coordinación no impedirá que las Partes tomen decisiones autónomas.</p> <p>ARTÍCULO 176 Consultas cuando intereses importantes de una de las Partes se vean afectados adversamente en el territorio de la otra Parte</p> <p>1. Cada Parte, de conformidad con su legislación, tomará en consideración cuando sea necesario los intereses importantes de la otra Parte en el curso de sus actividades de aplicación de la ley. Cuando la autoridad de competencia de una Parte considere que una investigación o un procedimiento que esté llevando a cabo la autoridad de competencia de la otra Parte pueda afectar adversamente a sus intereses importantes, podrá enviar sus observaciones sobre el asunto a la otra autoridad de competencia o solicitarle la celebración de consultas. Sin perjuicio de la continuación de cualquier acción emprendida en virtud de sus leyes de competencia y de su plena libertad para adoptar una decisión definitiva, la autoridad de competencia que haya sido requerida deberá considerar en su totalidad y de manera favorable las observaciones manifestadas por la autoridad de competencia requirente.</p> <p>2. La autoridad de competencia de una Parte que considere que sus intereses están siendo afectados sustancial y adversamente por prácticas contrarias a la competencia, cualquiera que sea su origen, emprendidas por una o más empresas situadas en la otra Parte podrá solicitar la celebración de consultas con la autoridad de competencia de esa Parte. Tales consultas se celebrarán sin perjuicio de la plena libertad de la autoridad de competencia de que se trate para adoptar una decisión definitiva. La autoridad de competencia así consultada podrá adoptar las medidas correctoras en virtud de sus leyes de competencia que considere adecuadas, coherentes con su propio ordenamiento jurídico nacional y sin perjuicio de su total discrecionalidad en materia de aplicación de la ley.</p>
--	---

ARTÍCULO 177

Intercambio de información y confidencialidad

1. Para facilitar la aplicación efectiva de sus leyes de competencia respectivas, las autoridades de competencia podrán intercambiar información no confidencial.
2. Para mejorar la transparencia, y sin perjuicio de las reglas y normas de confidencialidad aplicables en cada una de las Partes, éstas se comprometen a intercambiar información relativa a las sanciones y medidas correctoras aplicadas en los casos que, según la autoridad de competencia de que se trate, estén afectando de forma significativa a intereses importantes de la otra Parte, y a proporcionar los fundamentos sobre los que se adoptaron esas acciones, cuando lo solicite la autoridad de competencia de la otra Parte.
3. Cada Parte proporcionará a la otra Parte información de carácter anual sobre ayudas estatales, incluida la cuantía global de ayuda y, de ser posible, el desglose por sectores. Cada Parte podrá solicitar información sobre casos particulares que afecten al comercio entre las Partes. La Parte requerida hará todo lo posible para facilitar información no confidencial.
4. Todos los intercambios de información estarán sujetos a las normas de confidencialidad aplicables en cada Parte. No se podrá facilitar información confidencial cuya divulgación esté expresamente prohibida o que, de divulgarse, pudiere afectar adversamente al interés de las Partes sin el consentimiento expreso de quien suministra la información.
5. Cada autoridad de competencia mantendrá la confidencialidad de cualquier información que la otra autoridad de competencia le suministre en confidencia, y se opondrá a toda solicitud de divulgación de esa información realizada por un tercero que no esté autorizado por la autoridad de competencia que proporcionó la información.
6. En particular, cuando así lo disponga la legislación de una Parte, se podrá facilitar información confidencial a sus respectivos tribunales de justicia, a reserva de que estos últimos mantengan su confidencialidad.

ARTÍCULO 178

Asistencia técnica

Las Partes podrán prestarse asistencia técnica mutua a fin de aprovechar sus experiencias y reforzar la aplicación de su legislación y política de competencia.

ARTÍCULO 179

Empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados

1. Ninguna de las disposiciones del presente Título impedirá que una Parte designe o mantenga monopolios públicos o privados con arreglo a su legislación.
2. Respecto de las empresas públicas y las empresas a las que se les hayan concedido derechos especiales o exclusivos, el Comité de Asociación asegurará que, a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, no se adopte ni mantenga ninguna medida que distorsione el comercio de bienes o servicios entre las Partes en una medida contraria a los intereses de las Partes y que tales empresas estén sujetas a las normas de competencia en la medida en que la aplicación de tales normas no obstaculice la realización, de hecho o de derecho, de las tareas particulares que les hayan sido asignadas.

	<p>ARTÍCULO 180 Solución de controversias Ninguna de las Partes podrá recurrir a un procedimiento de solución de controversias en virtud del presente Acuerdo para ningún asunto derivado del presente Título.</p>
<p>P4 (Nueva Zelanda, Singapur, Brunei Darussalam, Chile)</p>	<p>CAPITULO 9. POLITICA DE COMPETENCIA</p> <p>Artículo 9.1: Objetivos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las Partes reconocen la importancia estratégica de crear y mantener mercados abiertos y competitivos que promuevan la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. 2. Con este propósito, cada Parte se compromete a reducir y remover obstáculos al comercio y la inversión incluyendo entre otros: <ol style="list-style-type: none"> (a) la aplicación de los estatutos de la competencia a toda forma de actividad comercial, incluyendo las actividades de negocios privada y pública; y (b) la aplicación de los estatutos de la competencia de un modo que no discrimine entre entidades económicas, ni entre origen y destino de la producción. 3. Las Partes reconocen que una práctica de negocios contraria a la competencia puede frustrar los beneficios que surgen de este Acuerdo. Las Partes se comprometen a aplicar sus legislaciones en materia de competencia de un modo compatible con este Capítulo, con el objeto de evitar que los beneficios de este Acuerdo desde la perspectiva del proceso de liberalización en mercancías y servicios puedan verse reducidos o anulados por prácticas de negocios contrarias a la competencia. <p>Artículo 9.2: Legislación de la Competencia y su Cumplimiento</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cada Parte adoptará o mantendrá legislaciones en materia de competencia que proscriban prácticas de negocios contrarias a la competencia con el objetivo de promover la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. 2. Con el objeto de evitar distorsiones o restricciones a la competencia las Partes prestarán particular atención a los acuerdos anti-competitivos, prácticas concertadas o arreglos hechos entre competidores y comportamientos abusivos que resulten de posiciones dominantes únicas o conjuntas en un mercado. Estas prácticas se refieren a mercancías y servicios y pueden ser ejecutadas por cualquier empresa, con prescindencia de la propiedad de dicha empresa. 3. La legislación de competencia se aplicará a todas las actividades comerciales. No obstante, cada Parte podrá eximir medidas o sectores específicos de la aplicación de su legislación general de competencia, a condición de que tales exenciones sean transparentes y se basen en una política de carácter público o en el interés público. A la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, las exenciones de las Partes se incluyen en el Anexo 9.A. Esas exenciones no tendrán por objeto afectar el comercio entre las Partes. En caso que una Parte considere incluir adiciones a su lista de exenciones que estime pueda afectar el comercio con otra Parte, informará a esa Parte, la que puede solicitar consultas de conformidad con el Artículo 9.5. La Comisión implementará cualesquiera adiciones o retiros de la lista de exenciones a través de un Instrumento de Implementación. 4. Cada Parte establecerá o mantendrá una autoridad de competencia responsable del cumplimiento de sus medidas para proscribir las prácticas de negocios

contrarias a la competencia. La política de cumplimiento de la autoridad de competencia de cada Parte no discriminará sobre la base de la nacionalidad de las personas sujetas a proceso en la medida que mantengan un negocio en el territorio de esa Parte.

5. Cada Parte se asegurará que una persona que esté sujeta a la imposición de una sanción o medida por causa de una violación de la legislación de competencia se le otorgue la oportunidad de ser escuchada, de entregar pruebas y de solicitar que esa sanción o medida vuelvan a ser vistos en un tribunal local o en otro distinto igualmente independiente.

Artículo 9.3: Cooperación

1. Las Partes acuerdan cooperar y coordinarse en el área de la política de competencia a través del intercambio de información sobre el desarrollo de la política de competencia. Las Partes también reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades de competencia para un mayor cumplimiento efectivo de la legislación de competencia en sus respectivas jurisdicciones. En consecuencia, las Partes cooperarán en asuntos sobre cumplimiento de legislación de competencia, incluyendo notificación, consultas e intercambios de información.

2. Las Partes, a través de su autoridad de competencia respectiva, procurarán celebrar un acuerdo de cooperación una vez que haya entrado en vigencia este Acuerdo.

Artículo 9.4: Notificaciones

1. Cada Parte notificará a las otras Partes sobre una actividad de cumplimiento relativa a una práctica de negocios contraria a la competencia si:

- (a) considera que la actividad de cumplimiento es susceptible de afectar significativamente los intereses importantes de otra Parte;
- (b) se relaciona con restricciones a la competencia que son susceptibles de tener un efecto directo y substancial en el territorio de otra Parte; o
- (c) se refiere a actos contrarios a la competencia que principalmente tengan lugar en el territorio de otra Parte.

2. A condición de que no sea contrario con la legislación de competencia de las Partes y que no afecte ninguna investigación que se esté llevando a cabo, la notificación tendrá lugar en una fase temprana del procedimiento.

Artículo 9.5: Consultas e Intercambio de Información

1. A requerimiento de cualquier Parte, las Partes se consultarán sobre cualquier asunto que les afecte de manera adversa los intereses competitivos en comercio o inversión entre las Partes dentro de los objetivos de este Capítulo.

2. La información o documentos intercambiados entre las Partes relativos a cualquier consulta celebrada de conformidad con las disposiciones de este Capítulo, se mantendrán confidenciales. Ninguna Parte divulgará o librará, excepto para cumplir con sus requerimientos legales internos, dicha información o documentos a ninguna persona sin el consentimiento escrito de la Parte que entregó esa información o documentos. En caso que la divulgación de dicha información o documentos sea necesaria para cumplir con exigencias legales internas de una Parte, esa Parte notificará a las otras Partes antes de entregar dicha información. Las Partes pueden acordar la divulgación pública de la información que no consideren confidencial.

Artículo 9.6: Empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados

1. Ninguna disposición de este Capítulo impide a una Parte de designar o mantener monopolios públicos o privados de conformidad con sus respectivas legislaciones.

2. En relación con las empresas públicas y las empresas a las cuales se hayan otorgado derechos especiales o exclusivos, las Partes se asegurarán que, una vez que este Acuerdo haya entrado en vigencia, no se adopte o mantenga ninguna medida que distorsione el comercio de mercancías o servicios entre las Partes, que sea contraria a este Acuerdo y contraria a los intereses de las Partes y que dichas empresas estén sujetas a las normas de la competencia en la medida que la aplicación de tales normas no obstaculice la realización, de hecho o de derecho, de las tareas particulares asignadas a ellas.

Artículo 9.7: Solución de Controversias

1. Ninguna disposición de este Capítulo permite a una Parte cuestionar ninguna decisión de una autoridad de competencia de otra Parte en el cumplimiento de la legislación de competencia aplicable.

2. Ninguna Parte recurrirá a los procedimientos de solución de controversias de este Acuerdo respecto de cualquier asunto que tenga relación o que surja de este Capítulo.

Annex 9.A

This Annex lists exemptions from the application of competition law to all commercial activities in accordance with Article 9.2 and which may affect the benefits arising from this Agreement. It does not include exemptions from the application of competition law that are within the scope of other Chapters of this Agreement.

New Zealand

Specific exemptions from New Zealand Commerce Act

1. *Pharmaceuticals subsidies by Pharmac* (Section 53 of *New Zealand Public Health and Disability Act 2000*) – The Act exempts certain agreements relating to the purchase and subsidising of pharmaceuticals from Part II of the Commerce Act (restrictive trade practices).

2. *Export arrangements* (Section 44(1)(g)) - "Export arrangements" that relate exclusively to the export of goods from New Zealand or exclusively to the supply of services wholly outside New Zealand are exempt from the Commerce Act (Part II on restrictive trade practices), under conditions of due notification to the Commerce Commission.

3. *Agricultural Producer Boards* – Limited exemptions from Part II of the Commerce Act (restrictive trade practices) are contained in the *Meat Board Act 2004* and the *Pork Industry Board Act 1997*. These exemptions relate to arrangements for setting levies by the Boards for the purpose of funding their industry-good activities (e.g. market promotion and research). In the case of the Meat Board, the exemption extends to the Board's administration of export tariff quota arrangements.

III. ACUERDOS DE COMPLEMENTACION

Tratado	Capítulos de Competencia: Título y Artículos
Argentina	<p data-bbox="453 394 1345 454">CAPÍTULO III. Normas de acceso a los mercados y prácticas leales de competencia</p> <p data-bbox="453 488 587 517">Artículo 12</p> <p data-bbox="453 517 1345 730">Los países signatarios se comprometen a dismantelar, gradualmente, las restricciones existentes al comercio exterior y a adoptar regímenes tendientes a eliminar toda norma, legal o administrativa, que impida o dificulte el acceso a los mercados con prohibiciones, licencias, permisos de importación y cualquier otra traba al libre comercio, incompatibles con las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y del Código sobre Subsidios y Derechos Compensatorios.</p> <p data-bbox="453 763 1345 943">En notas complementarias que deberán incorporarse al presente Acuerdo antes del 31 de diciembre de 1991, se identificarán las restricciones existentes. El Consejo de Complementación Económica, previsto en el artículo 28 propondrá las medidas necesarias que permitan ejecutar el gradual dismantelamiento de estas medidas. Asimismo, los países signatarios se comprometen a no introducir nuevas restricciones al comercio recíproco.</p> <p data-bbox="453 976 587 1005">Artículo 13</p> <p data-bbox="453 1005 1345 1128">Los países signatarios se comprometen a investigar y a adoptar las medidas correctivas pertinentes, ante la presentación de denuncias de dumping y toda práctica desleal de comercio, como el otorgamiento de subvenciones a la exportación y otros subsidios internos de efectos equivalentes.</p> <p data-bbox="453 1162 1345 1223">En caso de presentarse en el comercio recíproco situaciones de esta naturaleza, el país afectado aplicará las medidas previstas en su legislación interna.</p> <p data-bbox="453 1256 1345 1346">Sobre esta materia los países signatarios se comprometen a seguir los criterios y procedimientos que estipula el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y sus Códigos.</p> <p data-bbox="453 1379 1345 1440">Sin perjuicio de lo anterior, simultáneamente se realizará un intercambio de información, con el fin de agilizar la resolución definitiva sobre la materia.</p> <p data-bbox="453 1473 587 1503">Artículo 14</p> <p data-bbox="453 1503 1345 1626">Los países signatarios se comprometen a otorgar a las importaciones originarias del territorio de los países miembros, un tratamiento no menos favorable que el que apliquen a productos nacionales similares en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos.</p> <p data-bbox="453 1659 1345 1749">La percepción de los impuestos a las importaciones originarias del otro país signatario deberá hacerse con base en el valor CIF, más los derechos arancelarios aplicables.</p> <p data-bbox="453 1783 1345 1933">Las situaciones que no se encuadren en lo dispuesto en este artículo serán identificadas en Notas Complementarias, que deberán incorporarse al presente Acuerdo antes del 31 de diciembre de 1991 y serán consideradas, para su solución, por el Consejo de Complementación Económica previsto en el artículo 28.</p>

Bolivia	<p>CAPITULO V: PRACTICAS DESLEALES DE COMERCIO Y CONDICIONES DE COMPETENCIA</p> <p>Artículo 10 Los países signatarios condenan el "dumping" y toda práctica desleal de comercio, así como el otorgamiento de subvenciones a la exportación y otros subsidios internos de efecto equivalente.</p> <p>Artículo 11 En caso de presentarse en el comercio recíproco situaciones de "dumping" o distorsiones en la competencia como consecuencia de la aplicación de subvenciones a las exportaciones y otros subsidios de efecto equivalente, tanto de productos amparados en los beneficios del Programa de Liberalización del presente Acuerdo como de productos que no están amparados en tales beneficios, el país signatario afectado aplicará las medidas correctivas previstas en su legislación interna.</p> <p>Al respecto, los países signatarios se comprometen a seguir los criterios y procedimientos que se estipulan en el ámbito del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), a la fecha de suscripción del presente Acuerdo.</p>
Colombia	No tiene capítulo de competencia.
Ecuador	No tiene capítulo de competencia.
MERCOSUR	<p>TÍTULO VI: DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR</p> <p>Artículo 18: Las Partes Contratantes promoverán acciones para acordar, a la brevedad, un esquema normativo basado en disposiciones y prácticas internacionalmente aceptadas, que constituya el marco adecuado para disciplinar eventuales prácticas anti competitivas.</p> <p>Artículo 19: Las Partes Contratantes desarrollarán acciones conjuntas tendientes al establecimiento de normas y compromisos específicos, para que los productos provenientes de ellas gocen de un tratamiento no menos favorable que el que se concede a los productos nacionales similares, en aspectos relacionados con la defensa de los consumidores.</p> <p>Artículo 20: Los organismos competentes en estas materias en las Partes Signatarias implementarán un esquema de cooperación que permita alcanzar a corto plazo un primer nivel de entendimiento sobre estas cuestiones y un esquema metodológico para la consideración de situaciones concretas que pudieran presentarse.</p>
Perú	No tiene capítulo de competencia.
Venezuela	No tiene capítulo de competencia.

IV. ACUERDOS DE ALCANCE PARCIAL	
Tratado	Capítulos de Competencia: Título y Artículos
India	No tiene capítulo de competencia.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM 10-11 September 2008, Panama City

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Note by Colombia

1. What types of competition provisions were included in the RTAs that your country has signed?

The Andean Community of Nations, of which Colombia is a member, adopted Decision 608 of 2005 which revoked Decision 285, its purpose being to define a set of substantive and procedural rules relating to protection of competition in the Andean countries (Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru) through mechanisms which envisage actions against anti-competitive practice by agents operating in the region affecting one or more member countries of the Community.

In addition, Colombia is a member of CARICOM and other Regional Trade Agreements (RTAs) which do not contain provisions on restrictive practices.

It should also be noted that last year Colombia signed a Free Trade Agreement with the United States which includes certain provisions on competition such as: competition policy, state designated monopolies and enterprises, free competition legislation and anti-trust practices, designated monopolies, differences in pricing, among others¹.

2. Which negotiating party or parties have sought the inclusion of these provisions, and why?

The Decision mentioned in answer to the previous question was proposed by the Andean Parliament which has autonomous powers to propose decisions for the region on its own initiative.

1 <http://www.tlc.gov.co>

3. What position, if any, did your country's competition authority take as to the merits of different types of competition provisions? What process, if any, was used to determine this position? Has this position changed over time?

The Superintendency of Industry and Trade as the technical advisory body to the national Government on promotion of competition² and the Colombian authority responsible for monitoring compliance with the provisions on promotion of competition and restrictive trade practices in national markets³, in the course of negotiation of Regional Trade Agreements, provides technical support in the form of comments and principles while the negotiations themselves are headed by the Ministry of Trade, Industry and Tourism which is responsible for formulating policy in this area.

4. What process, if any, was used by your government to consider the merits of including competition principles in the RTAs? Did that process change over time? Such a process could, but need not, have involved consultation with a national competition authority.

As explained in the previous reply, the decision to include competition issues in regional agreements is a matter for the Ministry of Trade, Industry and Tourism which is responsible for formulating competition policy in Colombia. Consequently, the Superintendency of Industry and Trade in accordance with its functions is consulted on technical aspects relevant to the negotiations.

5. Did officials from the competition authority negotiate directly the text on competition-related matters in RTAs? If not, to what extent was the competition authority kept informed of these particular negotiations? Did the level of consultation and cooperation between the competition authority and national trade negotiators deepen over time? If so, to what effect?

As indicated above, officials of the Superintendency of Industry and Trade were certainly involved in Regional Trade Agreements, which in Colombia's case is Decision 608 of 2005, specifically in the consolidation and organisation of the text. However, the negotiations were headed by the Ministry of Trade, Industry and Tourism.

As a consequence of this, and given the functional organisation of this subject in Colombia, the level of consultation and cooperation between the Superintendency of Industry and Trade and officials of the Ministry of Trade, Industry and Tourism, as national negotiators, has indeed deepened.

Under legislative procedures, the policy-making body always requires the technical body to submit opinions and principles in the framework of negotiations. This results in efficiencies, since transaction costs are reduced by strengthening relations which in turn facilitate communication between departments.

2 Article 2 paragraph 20 of Decree 2153 of 1992, concerning the reorganisation of the Superintendency of Industry and Trade and other provisions

3 Article 2 paragraph 20 of Decree 2153 of 1992, concerning the reorganisation of the Superintendency of Industry and Trade and other provisions

6. Once the RTAs with competition provisions that your country is a party to have come into force, in what ways (if at all) were those provisions used subsequently by competition authorities or by national governments? What costs and benefits were associated with the use of such provisions? If these provisions were not used, what factors accounted for their non-use?

Decision 608, the only Regional Trade Agreement in Colombia's case, was applied in the case of palm oil⁴, where the action began during the term of application of Decision 285 which was revoked by Decision 608 in 2005.

In terms of the question, it could be said that the cost to the national Government of submitting the palm oil case to the Andean Community of Nations was that it gave rise to a process which cut across national barriers. However, the cost did not exceed the benefits which arise from legislative unity – harmonisation – and the consequent legal certainty for operators in member countries of Regional Trade Agreements

7. Given the experience of your country, what advantages, if any, do competition provisions in RTAs have over other international instruments to promote cooperation on competition law and its enforcement? What are the disadvantages of the former compared to the latter?

Added to the fact that having similar and harmonised competition policies strengthens a region, the possibility of including *positive comity* in these treaties gives a degree of comfort to the organisations involved since the symmetry of legislative frameworks means legal certainty for them.

8. On the basis of your country's and others' experience what, if any, types of competition provision in RTAs should be sought in future RTA negotiations?

The Andean Parliament designated the Andean Competition Protection Committee as the responsible authority in the Community. This Committee has traditionally had the power to accept guarantees in order to end the process. The possibility of endowing the Committee with functions related to leniency programmes and review of transnational integration could be considered.

4 Resolution 984, Andean Community of Nations



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA **10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá**

-- Sesión I: Provisiones de Competencia En Tratados y Comercio Regional --

Contribución de Colombia

1. ¿Qué tipos de disposiciones sobre competencia se han incluido en los RTA firmados por su país?

En el marco de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual Colombia es miembro, se profirió la Decisión 608 de 2005, que derogó la Decisión 285, y tuvo por finalidad definir un conjunto de reglas sustantivas y de procedimiento, en relación con la protección de la competencia en los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) mediante mecanismos que prevén acciones en contra de prácticas anticompetitivas ejecutadas por los agentes que intervienen en la región en busca de efectos en una o más naciones miembros de la comunidad.

De otra parte, Colombia es miembro de CARICOM y otros Acuerdos Regionales de Comercio RTAs, los cuales no contienen provisiones en temas de prácticas restrictivas de la competencia.

Adicionalmente es preciso señalar que Colombia suscribió el año pasado un Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos el cual incluye algunas provisiones en materia de Competencia, como lo son: Política de Competencia, Monopolios designados y empresas del Estado, Legislación de libre Competencia y practicas de negocios anticompetitivos, Monopolios designados, Diferencias de Precios, entre otros¹.

1 <http://www.tlc.gov.co>

2. ¿Qué parte o partes de la negociación solicitaron la inclusión de dichas disposiciones y por qué?

La Decisión a la que hace mención el punto anterior fue propuesta por el Parlamento Andino, el cual tiene autonomía e iniciativa para proponer decisiones para la región.

3. ¿Qué posición, en su caso, adoptó la autoridad de defensa de la competencia de su país en cuanto a las ventajas de diferentes tipos de disposiciones sobre competencia? ¿Qué proceso, en su caso, se utilizó para decidir dicha posición? ¿Ha cambiado esta posición con el paso del tiempo?

La Superintendencia de Industria y Comercio como organismo técnico asesor del gobierno nacional en materia de promoción de la competencia² y autoridad en Colombia encargada de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales³, en el desarrollo de los procesos de negociación de Acuerdos Regionales de Comercio, presta apoyo técnico mediante la formulación de comentarios y conceptos quedando la negociación en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a quien corresponde la formulación de las políticas en la materia.

4. ¿Qué proceso, en su caso, utilizó su gobierno para considerar las ventajas de incluir principios sobre competencia en los RTA? ¿Cambió ese proceso con el paso del tiempo? Dicho proceso podría haber implicado (aunque no necesariamente) la consulta con una autoridad nacional de defensa de la competencia.

Como se explicó en la respuesta anterior, la decisión de incluir asuntos de competencia en acuerdos regionales, es un asunto que corresponde al Ministerio de Comercio Industria y Turismo, organismo encargado de la formulación de las políticas de competencia en Colombia. En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus funciones es consultada en los aspectos técnicos que dichos procesos de negociación demanden.

5. ¿Negociaron los funcionarios de la autoridad de defensa de la competencia directamente el texto sobre cuestiones relativas a la competencia de los RTA? De no ser así, ¿en qué medida se mantuvo informada a la autoridad de defensa de la competencia de esas negociaciones concretas? ¿Se ha incrementado el nivel de consulta y cooperación entre la autoridad de defensa de la competencia y los encargados de negociar acuerdos comerciales nacionales con el paso del tiempo? De ser así, ¿con qué efecto?

En los términos antes señalados, en los Acuerdos Regionales de Comercio, que para el caso colombiano es la Decisión 608 de 2005, sí hubo participación de funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual se enmarcó en la consolidación o estructuración del texto referido. No obstante, quien se encargó de la dirección de la negociación fue el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2 Artículo 2 numeral 20 del decreto 2153 de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”

3 Artículo 2 numeral 1 del decreto 2153 de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”

Como consecuencia de lo anterior, y dada la estructura funcional de esta materia en Colombia, el nivel de consulta y cooperación entre la Superintendencia de Industria y Comercio y funcionarios del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, como negociadores nacionales, sí se ha incrementado..

Bajo los lineamientos estructurados en la normatividad, el organismo político siempre requiere del organismo técnico para efectos de presentar las posiciones y criterios en el marco de las negociaciones. Ahora bien, los efectos se traducen en eficiencias, toda vez que los costos de transacción se ven reducidos mediante el fortalecimiento de las relaciones, que a su vez, facilitan la comunicación entre dependientes.

6. Una vez que entraron en vigor los RTA con disposiciones sobre competencia de los que es parte su país, ¿de qué forma (en su caso) utilizaron dichas disposiciones posteriormente las autoridades de defensa de la competencia o los gobiernos nacionales? ¿Qué costes y qué beneficios se asociaron con el uso de dichas disposiciones? Si no se utilizaron dichas disposiciones, ¿a qué factores se debió?

La Decisión 608, único Acuerdo Regional de Comercio para el caso Colombiano, fue aplicada en el caso de palma de aceite⁴, en el cual la actuación se inicio durante la vigencia y aplicación de la Decisión 285, que fuera derogada por la Decisión 608 en el año 2005.

En los términos de la pregunta, podría decirse que el costo que implicó para el gobierno nacional someter el caso palmero ante la Comunidad Andina de Naciones, fue aquel que genera un proceso que atraviese las barreras nacionales. Sin embargo, el referido costo no supera los beneficios que sobrevienen de una unidad normativa –armonización- y la consecuente seguridad jurídica para los operadores de los países miembros de los Acuerdos Regionales de Comercio.

7. Dada la experiencia de su país, ¿qué ventajas, en su caso, tienen las disposiciones sobre competencia de los RTA respecto a otros instrumentos internacionales para promover la cooperación sobre derecho de competencia y sobre la aplicación de éste? ¿Cuáles son las desventajas de las primeras en comparación con éstos últimos?

Aunado al fortalecimiento que implica para una región tener políticas de competencia similares y armonizadas, la posibilidad de incluir en estos tratados el *Positive comity*, da un parte de tranquilidad a los organismos involucrados, toda vez que la simetría en las estructuras normativas implica seguridad jurídica para los involucrados en los mismos.

8. Basándose en la experiencia de su país y de otros, ¿qué tipos (en su caso) de disposiciones sobre competencia de los RTA deberían perseguirse en futuras negociaciones de RTA?

El Parlamento Andino designó al Comité Andino de Defensa de la Competencia, como la autoridad de la competencia en la Comunidad. Dicho Comité tiene tradicionalmente el poder de una autoridad de competencia en investigaciones preliminares, etapa de instrucción y la posibilidad de aceptar garantías con el fin de terminar el proceso. Podría evaluarse la posibilidad de dotar al comité de funciones relacionadas con programas de leniency-(clemencia) y revisión de integraciones transnacionales.

4 Resolución 984, Comunidad Andina de Naciones



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA 10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

Sesión I: Provisiones de Competencia en Tratados y Comercio Regional

Contribución de Costa Rica

1. ¿Qué tipo de disposiciones sobre competencia se han incluido en los RTA firmados en su país?

Costa Rica ha logrado negociar en bloque con el resto de Centroamérica, Tratados de Libre Comercio con Chile, República Dominicana y recientemente con Estados Unidos. Como resultado de este último proceso Costa Rica en lo particular, a diferencia de los países centroamericanos, enfrentó un proceso de consulta popular – *referendum*– para el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, cuya experiencia resultante involucró a diferentes sectores y muy especialmente a la sociedad civil.

Por otra parte, Costa Rica suscribió a nivel individual el Tratado de Libre Comercio con México, Canadá, la Comunidad del Caribe¹ y Panamá. Asimismo, actualmente se está negociando un Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea (AACAE). Esta negociación, a diferencia de otros procesos, tiene la particularidad de ser una negociación que se da entre dos regiones y que además, comprende tres pilares: Diálogo Político, Cooperación y Comercio. Dentro de este último componente el tema de competencia. A partir del lanzamiento de las negociaciones se inicia un proceso de trabajo que permite definir la estructura de negociación y coordinación; los principios orientadores y los niveles de coordinación nacional y regional y la forma de participar de la empresa privada y la sociedad civil.

¹ En representación de los Gobiernos de Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominicana, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vincent y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago.

También recién se inician las negociaciones a nivel de agenda, para un posible Tratado de Libre Comercio con China.

En cada uno de estos Tratados se han incluido disposiciones referidas a la Política de Competencia, a excepción del TLC con México, el cual se suscribió previo a que en Costa Rica se aprobara la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley No.7472). Sin embargo, el tratamiento que se dio al tema en este instrumento multilateral de comercio, se limitó a disposiciones de buenos oficios en los que se reconocía la importancia de procurar que los beneficios del Tratado no se vieran menoscabados por prácticas anticompetitivas sin profundizar en el tema y sin hacer referencia explícita a mecanismos de cooperación y coordinación, entre otros.

Específicamente en los Tratados de Libre Comercio con Chile, Panamá, República Dominicana y la Comunidad del Caribe (CARICOM) se establece un "Capítulo de Competencia", tal como se indica en el cuadro anexo. En estos Tratados se enfatiza el interés por mejorar el nivel de desarrollo de los países, eliminar barreras al comercio, promover las condiciones de libre competencia y proteger las inversiones de las partes.

Es importante aclarar que el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá representó desde el inicio la mayor oportunidad para Costa Rica, en términos de una mayor profundización en los temas de competencia.

2. Que parte o partes de la negociación solicitaron la inclusión de dichas disposiciones y por que?

El Gobierno de Costa Rica ante el aumento acelerado en el comercio internacional busca a través de la normativa de competencia evitar la posibilidad de que se den conductas anticompetitivas y de garantizar seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros. Así en razón de una tutela y aplicación efectiva del proceso de competencia y libre concurrencia se ha incorporado el tema de competencia, por cuanto constituye un componente esencial en las negociaciones, que contribuye a un mayor dinamismo de los mercados; permitiendo incluso que en éstos interactúen las fuerzas de oferta y demanda, libres de toda conducta anticompetitiva o de otras restricciones y barreras que afectan el acceso de nuevos competidores.

3. Que posición, en su caso, adoptó la autoridad de defensa de la competencia en su país en cuanto a las ventajas de diferentes tipos de disposiciones sobre competencia? ¿Qué proceso en su caso, se utilizó para decidir dicha posición? ¿Ha cambiado esta posición con el paso del tiempo?

La Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) como ente encargado de aplicar la normativa de competencia y encargado de asesorar al Gobierno y de emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia ha brindado apoyo técnico al Ministerio de Comercio Exterior, ente encargado del proceso de negociación de Acuerdos de Comercio, en la inclusión y negociación de disposiciones en materia de competencia.

- 4. Que proceso, en su caso, utilizó su gobierno para considerar las ventajas de incluir principios sobre competencia en los RTA? ¿Cambio ese proceso con el paso del tiempo? Dicho proceso podría haber implicado (aunque no necesariamente) la consulta con una autoridad nacional de defensa de la competencia.**

En el caso de Costa Rica si se ha dado un cambio importante en este campo, como se puede ver en la negociación de Tratado de Libre Comercio con México no se hizo una inclusión explícita de los términos de competencia; por el contrario en los demás acuerdos comerciales citados en la pregunta No. 1 se incluye todo un capítulo de competencia y en el caso del Tratado de Libre Comercio con Canadá no solamente se incluyen disposiciones de competencia, sino que además se establecen mecanismos de intercambio de información, consulta, tal como se observa en el cuadro anexo.

En ese sentido, el Capítulo de Competencia del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá representa una opción o modelo a seguir entre dos países con niveles de desarrollo institucional, económico y sistemas jurídicos totalmente diferentes, que surgió como una iniciativa tendiente a asegurar que los procesos de liberalización comercial, no se vean perjudicados por conductas anticompetitivas.

- 5. Negociaron los funcionarios de la autoridad de defensa de la competencia directamente el texto sobre cuestiones relativas a la competencia de los RTA? De no ser así, ¿en que medida se mantuvo informada a la autoridad de defensa de la competencia en esas negociaciones concretas? ¿Se ha incrementado el nivel de consulta y cooperación entre la autoridad de defensa de la competencia y los encargados de negociar acuerdos comerciales nacionales con el paso del tiempo? De no ser así, ¿con qué efecto?**

Como se menciona en las respuestas anteriores, los funcionarios de la CORPOCOM han participado como asesores técnicos en materia de Competencia, en el caso del Tratado de Libre Comercio con Canadá se participó en la mesa de negociación junto con el Ministerio de Comercio Exterior sobre este tema.

Igualmente, en las discusiones del CAFTA y más recientemente en el Acuerdo que se está negociando con la Unión Europea, donde COPROCOM tiene una participación activa, tanto en las Rondas de Coordinación a nivel Centroamericano como en las Rondas de Negociación con la contraparte europea. Claro está siempre como asesor técnico.

- 6. Una vez que entraron en vigor los RTA con disposiciones sobre competencia de los que es parte su país, ¿de que forma (en su caso) utilizaron dichas disposiciones posteriormente las autoridades de defensa de la competencia o los gobiernos nacionales? ¿Qué costes y qué beneficios se asociaron con el uso de dichas disposiciones? Si no se utilizaron dichas disposiciones, ¿a qué factores se debió?**

A pesar de que los acuerdos comerciales ya tienen varios años de vigencia, a la fecha no se ha presentado ningún caso en que se haya requerido su aplicación para menoscabar prácticas anticompetitivas contempladas en dichos acuerdos. No obstante la experiencia nos indica que son mecanismos que facilitan la coordinación,

armonización, convergencia y la unificación de las políticas competencia económica entre las Partes involucradas, que aseguran mayor entendimiento y deliberaciones frente a situaciones de mercado que atenten contra los principios de competencia y muy especialmente contra las relaciones multilaterales de comercio. En ese sentido, tenemos el caso de Canadá donde si se ha tenido colaboración de parte de ellos en lo que es asistencia técnica mediante la capacitación suministrada a funcionarios de COPROCOM, quiénes han realizado pasantías en esa agencia y para que consultores canadienses nos visiten y nos hagan recomendaciones en los procedimientos de trabajo.

7. Dada la experiencia de su país, ¿qué ventajas, en su caso, tienen las disposiciones sobre competencia de los RTA respecto a otros instrumentos internacionales para promover la cooperación sobre derecho de competencia y sobre la aplicación de éste? ¿Cuáles son las desventajas de las primeras en comparación con éstos últimos.

El incluir disposiciones de competencia en los instrumentos multilaterales de comercio (Acuerdos, Tratados, otros) podría facilitar la labor de COPROCOM en el siguiente sentido.

1. Permiten establecer relaciones multilaterales de comercio que contribuyen con una mayor eficiencia y productividad de la economía nacional, de cara a las nuevas corrientes internacionales.
2. Fortalecen el proceso de competencia y libre concurrencia; y su inserción en el desarrollo productivo del país, dentro del comercio internacional.
3. Se logra una mayor capacidad de gestión de la institución; así como la búsqueda de mejores prácticas que armonicen la aplicación de las normas, en torno a los problemas y situaciones de mercado en aquellos sectores de mayor vulnerabilidad entre las partes involucradas.

Además de lo anterior, en lo que es la investigación de prácticas anticompetitivas, podría facilitar la labor de COPROCOM en la recolección de información. Lo anterior es especialmente importante cuando existen empresas transnacionales, ya que muchas veces la información ni siquiera existe en el país. También, podría facilitar la investigación de aquellos casos que estén fuera de la jurisdicción costarricense. Es decir, algunas prácticas podrían ser originadas por sujetos domiciliados fuera del territorio costarricense y sin representación alguna en el país.

También, es igualmente importante destacar la relevancia que tienen para las agencias pequeñas los programas de cooperación técnica que normalmente van asociados a los acuerdos de cooperación entre las agencias.

8. Basándose en la experiencia de su país y de otros, ¿qué tipos (en su caso) de disposiciones sobre competencia de los RTA deberían perseguir en futuras negociaciones de RTA?

En primer lugar es necesario definir posiciones armoniosas y concensuadas en cuanto al enfoque del Capítulo de Competencia entre las partes involucradas, entre otros aspectos. En ese sentido, los temas a incluir en cada Capítulo depende del contexto

de la negociación, de la visión y compromisos que quieran asumir las Partes, no obstante como mínimo debe contener disposiciones sobre las definiciones, los principios comunes sobre prácticas anticompetitivas, concentraciones con efectos anticompetitivos, disposiciones relativas al ámbito de aplicación del Capítulo, procedimientos y/o mecanismos de coordinación e intercambio de información y la asistencia técnica como herramienta de cooperación entre las autoridades de competencia, entre otros elementos esenciales.

De acuerdo con la experiencia de Costa Rica consideramos que las secciones incluidas en el capítulo de competencia del Tratado de Libre Comercio con Canadá puede ser un modelo a seguir, pero que para tener éxito en su definición y posterior implementación es necesario una estrecha coordinación entre las agencias de competencia.

Anexo No. 1

Tratados de Libre Comercio suscritos por Costa Rica

Tratado de Libre Comercio	Disposiciones de Competencia
<p>Tratado de Libre Comercio Centroamérica - República Dominicana (marzo 2002)</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO XV POLÍTICA DE COMPETENCIA</p> <p>Artículo 15.01.—Aplicación</p> <p>1.- Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas empresariales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas.</p> <p>2.- Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de la política de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.</p> <p>Artículo 15.02.—Comité de Comercio y Libre Competencia</p> <p>Se crea el Comité de Comercio y Libre Competencia, integrado por dos miembros de cada una de las Partes. El Comité tendrá como función principal buscar los medios más apropiados para aplicar lo estipulado en los párrafos 1 y 2, así como cualquier otra tarea que le sea asignada por el Consejo.</p>
<p>Tratado de Libre Comercio entre el Gobiernos de la República de Costa Rica y la Comunidad del Caribe (2005)</p>	<p style="text-align: center;">QUINTA PARTE: OTRAS DISPOSICIONES</p> <p style="text-align: center;">Capítulo XIV: Política de Competencia</p> <p>Artículo XIV.01 Cooperación</p> <p>1. Las Partes procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar que los beneficios de este Tratado sean menoscabados por actividades anticompetitivas.</p> <p>2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de la política de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes en la zona de libre comercio.</p>

Tratado de Libre Comercio	Disposiciones de Competencia
<p>Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Centroamérica y el Gobierno de la República de Chile (febrero 2002)</p>	<p style="text-align: center;">QUINTA PARTE POLÍTICAS DE COMPETENCIA</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO 15 POLÍTICAS DE COMPETENCIA</p> <p>Artículo 15.01 Cooperación</p> <p>1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas.</p> <p>2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.</p> <p>Artículo 15.02 Monopolios y empresas del Estado</p> <p>1. Para efectos de este artículo, se entenderá por:</p> <p>monopolio: una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en territorio de una Parte, ha sido designada según su legislación, si ésta así lo permite, proveedor o comprador único de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento; y</p> <p>trato no discriminatorio: el mejor trato entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p> <p>2. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte mantener o establecer monopolios y empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita.</p> <p>3. Cada Parte deberá ajustarse a las disposiciones de este Tratado a fin de que cualquier monopolio y empresa del Estado que se establezca o mantenga, actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de una Parte en virtud de este Tratado y otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, mercancías y a los proveedores de servicios de otra Parte.</p> <p style="text-align: center;">15 - 1</p> <p>4. Este artículo no se aplicará a la adquisición de mercancías o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de mercancías o en la prestación de servicios para su venta comercial.</p>

Tratado de Libre Comercio	Disposiciones de Competencia
<p>Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá (agosto 2007)</p>	<p style="text-align: center;">QUINTA PARTE POLÍTICA DE COMPETENCIA</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO 15 POLÍTICA EN MATERIA DE COMPETENCIA, MONOPOLIOS Y EMPRESAS DEL ESTADO</p> <p style="text-align: center;">Sección A - Política en materia de competencia</p> <p>Artículo 15.01 Cooperación</p> <p>1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas.</p> <p>2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.</p> <p>Artículo 15.02 Programa de trabajo futuro</p> <p>Dentro del plazo de dos (2) años a partir de la entrada en vigencia de este Tratado, las Partes analizarán, de acuerdo con su legislación específica sobre la materia, la posibilidad de desarrollar y ampliar el contenido de este Capítulo dentro de los límites establecidos en dicha legislación. En ese sentido, el desarrollo y ampliación del contenido de este Capítulo se realizará haciendo especial referencia a prácticas cuyo objeto o efecto sea cualquier acto que indebidamente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.</p> <p style="text-align: center;">Sección B - Monopolios y empresas del Estado</p> <p>Artículo 15.03 Monopolios y empresas del Estado</p> <p>1. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a las Partes designar o mantener un monopolio o empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita.</p> <p>2. Si su legislación así lo permite, cuando una Parte pretenda designar un monopolio y esta designación pueda afectar los intereses de personas de la otra Parte, la Parte:</p> <p style="padding-left: 40px;">a) siempre que sea posible, notificará la designación a la otra Parte, previamente y por escrito; y</p> <p style="text-align: center;">15 - 1</p>

Tratado de Libre Comercio	Disposiciones de Competencia
	<p>b) al momento de la designación, procurará introducir en la operación del monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de beneficios.</p> <p>3. Si su legislación así lo permite, cada Parte se asegurará que cualquier monopolio que la Parte designe o mantenga o cualquier empresa del Estado:</p> <p>a) actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado en relación con el bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos;</p> <p>b) otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de la otra Parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente; y</p> <p>c) no utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de la otra Parte, de manera directa o indirecta.</p> <p>4. El párrafo 3 no se aplica a la adquisición de bienes o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de bienes o en la prestación de servicios para su venta comercial.</p>

Tratado de Libre Comercio	Disposiciones de Competencia
<p>Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá (abril 2001)</p>	<p style="text-align: center;">QUINTA PARTE: POLÍTICA DE COMPETENCIA</p> <p style="text-align: center;">Capítulo XI: Política de Competencia</p> <p>Artículo XI.1 Objetivos</p> <p>Los objetivos de este Capítulo son asegurar que los beneficios de la liberalización comercial no se vean menoscabados por actividades anticompetitivas y promover la cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia de las Partes.</p> <p>Artículo XI.2 Principios Generales</p> <p>1. Cada Parte adoptará o mantendrá medidas para proscribir actividades anticompetitivas y aplicará los mecanismos de observancia apropiados conforme a esas medidas, y reconociendo que dichas medidas contribuirán al cumplimiento de los objetivos de este Tratado.</p> <p>2. Cada Parte se asegurará que las medidas referidas en el párrafo 1 y los mecanismos de observancia que se apliquen conforme a dichas medidas, se ejecuten de manera no discriminatoria.</p> <p>3. Para los efectos de este Capítulo, actividades anticompetitivas incluyen, pero no se limitan a, las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) acuerdos anticompetitivos, prácticas concertadas anticompetitivas, o esquemas anticompetitivos entre competidores para fijar precios; coordinar ofertas en procesos de licitaciones (ofertas colusorias); establecer cuotas o restricciones a la producción; o distribuir o dividir mercados a través de la asignación de clientela, proveedores, territorios o líneas de comercio; (b) prácticas anticompetitivas de una empresa o grupo de empresas que tiene poder de mercado en un mercado relevante o grupo de mercados; y (c) fusiones o adquisiciones con efectos anticompetitivos significativos; <p>a menos que dichas actividades estén excluidas, directa o indirectamente, del ámbito de aplicación de las leyes de la Parte o que estén autorizadas de conformidad con esas leyes. Todas estas exclusiones y autorizaciones deberán ser transparentes y deberían evaluarse periódicamente por cada Parte para determinar si las mismas son necesarias para lograr sus objetivos de política general.</p> <p>4. Cada Parte se asegurará que:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) las medidas que adopte o mantenga para prohibir las actividades anticompetitivas que ejecuten las obligaciones estipuladas en este Capítulo, ya sea que ocurran antes o después de la entrada en vigor de este Tratado, sean publicadas o de otra manera estén disponibles al público; y (b) cualquier modificación a tales medidas que ocurra después de la entrada en vigor de este Tratado, se notificará a la otra Parte dentro de 60 días, con notificación previa cuando sea posible. <p>5. Cada Parte establecerá o mantendrá una autoridad de competencia imparcial que:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) esté autorizada a abogar por soluciones pro-competitivas en el diseño, desarrollo y ejecución de políticas gubernamentales y legislación; y (b) sea independiente de interferencia política en la aplicación de sus <p>(...)</p>



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Note by El Salvador

1. GENERAL LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR TRADE AGREEMENTS IN EL SALVADOR

1. The 1983 Constitution of the Republic of El Salvador (article 168) establishes, among the principal functions of the Executive Branch and specifically of the President of the Republic, that of negotiating international treaties and conventions, submitting them to the Legislative Assembly for ratification, and seeing to their enforcement, as well as directing foreign relations.

2. Executive Decree 24 of 18 April 1989, constituting the Internal Regulations of the Council of Ministers, establishes (article 37.7) that the Ministry of Economy is responsible for developing domestic, regional and international trade and the opening and the expansion of markets for national products.

3. The Internal Regulations of the Ministry of Economy, issued via Executive Order 1347 of 19 October 2006, distribute responsibilities as follows:

1) Vice Ministry of Economy:

- Cooperate with the Minister in strengthening regional and international trade through the adoption of a trade policy and strategies for its development, and in coordinating international trade negotiations and the administration of trade agreements signed by the

country, so as to contribute to the opening and expansion of new markets and to strengthen existing markets in the interest of the country's productive activities.

2) Trade Policy Directorate:

- Provide the Ministry with the technical fundamentals required to define and implement the country's trade policy.
- Ensure that trade policy is consistent with other policies contained in government programmes.
- Coordinate and maintain constant communication with public and private institutions involved in the country's trade policy, in order to provide information and receive observations.
- Define, design and carry out strategies for El Salvador's participation in regional and international trade negotiations.
- Coordinate, conduct and monitor regional trade negotiations in the context of Central American economic integration.
- Coordinate consultations with other offices, entities and sectors involved in the trade negotiation process.

3) Trade Agreements Administration Directorate

- Direct and supervise the administration of agreements, conventions, treaties and other trade instruments in force, in coordination with this Ministry's representative to the World Trade Organisation (WTO) and the World Intellectual Property Organisation (WIPO).

4. The Competition Law of El Salvador, approved by Legislative Decree 528 of 26 November 2004 and in force since 1 January 2006, includes (article 13.(m)) among the responsibilities of the Superintendent: to participate in the negotiation and discussion of international treaties or agreements relating to competition policy. Consequently, since it began operations on 1 January 2006, the Superintendency of Competition has worked with the Ministry of Economy in negotiating trade agreements and in the process of Central American integration.

5. The Legislative Assembly is not directly involved in formulating trade policy, but it nevertheless plays an important role in that it must ratify the bilateral, regional and multilateral trade agreements signed by El Salvador in order for them to become the law of the land.

2. FREE-TRADE AGREEMENTS

6. The Superintendency of Competition recognises that the thrust of the country's trade policy is to strengthen and diversify trade relations with countries and economic blocs, as platforms for achieving more effective integration into the globalisation process. Trade agreements and treaties seek to eliminate tariff and non-tariff barriers in order to make trade flows smoother and more transparent, and to reduce the impact of non-tariff measures that constitute obstacles to market entry or exit, as well as administrative procedures that affect imports and exports, including customs formalities, permits, licenses and phytosanitary requirements.

7. This means that, with the trade liberalisation created by trade agreements and treaties, the private sector now has the potential to substitute tariff and nontariff barriers with restrictive trade practices that limit competition, with the result that the benefits of trade liberalisation are not passed on to the domestic market and the consumer.

8. For this reason, some countries have opted to include provisions or chapters relating to competition, in trade agreements and treaties, as mechanisms to prevent and correct such conduct. They are also pursuing efforts to standardise the obligations of economic agents in the markets covered by such an agreement or treaty.

2.1. FREE-TRADE AGREEMENT WITH COMPETITION PROVISIONS

9. To date, El Salvador has signed seven free-trade agreements, five of which have a chapter on competition policy.

A) Free-trade agreements signed and in force:

- The Free Trade Agreement between Central America and the Dominican Republic, ratified by the Legislative Assembly of El Salvador on 27 May 1999 and by the Dominican Republic on 15 March 2001, came into force for both countries on 4 October 2001;
- The Free-Trade Agreement between Central America and Chile, ratified by the Legislative Assembly of El Salvador on 4 October 2001 and by Chile on 24 January 2002, came into force on 1 June 2002.

B) Free-trade agreements signed:

- The Free-Trade Agreement between Central America and Panama was ratified by the Legislative Assembly of El Salvador on 3 October 2002;
- The Free-Trade Agreement between Guatemala, Honduras, El Salvador and Colombia was signed on 9 August 2007.

10. The trade agreements and free-trade treaties that El Salvador has signed were negotiated before the Competition Act came into force, and consequently there was no competition authority to back up those efforts. As noted earlier, the Ministry of Economy is responsible for trade negotiations on behalf of the Government of El Salvador. In addition, before the Competition Act came into force and the Superintendency of Competition began operations, it was the Ministry that was charged with promoting the adoption of a competition law in El Salvador, an effort that was achieved in November 2004.

11. It is also important to note that Honduras, Nicaragua and Guatemala were in the same situation as El Salvador: only Costa Rica had a competition law, approved in 1995. The free-trade treaties now in force that contain competition provisions were negotiated jointly by the five Central American countries. Yet because most Central American countries had no competition legislation at the time, they decided to negotiate general provisions, which include the following:

- ✓ Countries that have not yet adopted national legislation in this area committed themselves to make the necessary efforts to adopt a competition law in order to prevent anticompetitive conduct from impairing the benefits of the Agreement.
- ✓ To create a cooperation mechanism among the parties to facilitate and promote the development of competition policy and guarantee the enforcement of free competition rules between and within the parties to the free-trade area.
- ✓ To establish future work programs in which parties to the treaty or agreement would analyze, in light of their specific legislation in this area, the possibility of developing and expanding the content of this chapter, within the limits established in such legislation.

12. In the specific case of the Free Trade Agreement signed with Panama, in addition to its general provisions, it went a step further by introducing provisions on monopolies, which in El Salvador have their legal basis in article 110 of the Constitution. The commitments on monopolies and state-owned enterprises can be summarised as follows:

- ✓ States parties to the trade agreement are free to designate or maintain a monopoly or state-owned enterprise, provided their legislation so permits.
- ✓ The designation of monopolies and state-owned enterprises is to be transparent in cases where the national legal framework so permits.
- ✓ In designating a monopoly or state enterprise, states must endeavour to introduce such conditions on the operation of the monopoly as will minimise or eliminate any nullification or impairment of the benefits of the trade agreement.

Comparative Table of Competition Policy Provisions in Free-Trade Agreements

Chile	Dominican Republic	Panama
<p>Part V Competition Policy Chapter 15 Competition Policy</p>	<p>Chapter XV Competition Policy</p>	<p>Part V Competition Policy Chapter 15 Competition policy, monopolies and state enterprises</p>
<p>Article 15.01 Cooperation 1. The parties shall endeavour to ensure that the benefits of this Agreement are not impaired by anticompetitive business conduct. They shall also endeavour to further the adoption of common measures to avoid such conduct.</p> <p>2. The parties shall also endeavour to establish mechanisms that will facilitate and promote the development of competition policies and guarantee the enforcement of free competition rules between and within the parties, in order to avoid the adverse effects of anticompetitive business conduct in the free-trade area.</p>	<p>Article 15.01 Enforcement 1. The parties shall endeavour to ensure that the benefits of this Agreement are not impaired by anticompetitive business conduct. They shall also endeavour to further the adoption of common measures to avoid such conduct.</p> <p>2. The parties shall also endeavour to establish mechanisms that will facilitate and promote the development of competition policies and guarantee the enforcement of free competition rules between and within the parties, in order to avoid the adverse effects of anticompetitive business conduct in the free-trade area.</p>	<p>Section A - Competition policy Article 15.01 Cooperation 1. The parties shall endeavour to ensure that the benefits of this Agreement are not impaired by anticompetitive business conduct. They shall also endeavour to further the adoption of common measures to avoid such conduct.</p> <p>2. The parties shall also endeavour to establish mechanisms that will facilitate and promote the development of competition policies and guarantee the enforcement of free competition rules between and within the parties, in order to avoid the adverse effects of anticompetitive business conduct in the free-trade area.</p>

Chile	Dominican Republic	Panama
	<p>Article 15.02 Free Trade and Competition Committee The Free Trade and Competition Committee shall be created, comprising two members of each party. The committee shall, as its principal function, seek the most appropriate means to enforce the provisions of paragraphs 1 and 2, and shall perform any other task assigned to it by the Council.</p>	
		<p>Article 15.02 Future work program Within two years after the entry into force of this Agreement, the parties shall examine, in accordance with their specific legislation on the matter, the possibility of developing and expanding the contents of this chapter, within the limits of that legislation..</p> <p>In this respect, the development and expansion of the contents of this chapter shall be done with special reference to conduct the purpose or effect of which would unduly damage or impede the process of free economic competition and free competition in the production, processing, distribution, supply or marketing of goods and services.</p>
<p>Article 15.02 Monopolies and state enterprises 1. For purposes of this Article: Monopoly means an entity, including a consortium or government agency, that in any relevant market in the territory of a Party is designated as the sole provider or purchaser of a good or service, but does not include an entity that has been granted an exclusive intellectual property right solely by reason of such grant; and Non-discriminatory treatment means the better of national treatment and most-favoured-nation treatment, as set out in the relevant provisions of this Agreement.</p>		<p>Section B – Monopolies and state enterprises</p> <p>Article 15.03 Monopolies and state enterprises</p>

Chile	Dominican Republic	Panama
<p>2. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from maintaining or establishing monopolies and state enterprise, where their legislation so permits.</p>		<p>1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from maintaining or establishing monopolies and state enterprise, where their legislation so permits.</p>
<p>3. Each party shall adapt to the provisions of this Agreement to ensure that any monopoly or state enterprise established or maintain acts in a manner compatible with the party's obligations under this Agreement and grants and non-discriminatory treatment to the investments of investors, to goods and to service providers of the other Party. .</p>		<p>2. If its legislation so permits, where a Party intends to designate a monopoly and the designation may affect the interests of persons of the other Party, the Party shall:</p> <p>(a) wherever possible, provide prior written notification to the other Party of the designation; and</p> <p>(b) endeavour to introduce at the time of the designation such conditions on the operation of the monopoly as will minimise or eliminate any nullification or impairment of benefits.</p> <p>3. If its legislation so permits, Each Party shall ensure that any monopoly that it maintains or designates, or any state enterprise:</p> <p>(a) acts in a manner consistent with the Party's obligations under this Agreement wherever such a monopoly exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it in connection with the monopoly good or service, such as the power to grant import or export licences, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges</p> <p>b) provides non-discriminatory treatment to investments of investors, to goods and to service providers of the other Party in its purchase or sale of the monopoly good or service in the relevant market; and</p> <p>(c) does not use its monopoly position to engage, either directly or indirectly, in anticompetitive practices that adversely affect an investment of an investor of the other Party.</p>
<p>4. This Article does not apply to procurement by governmental agencies of goods or services for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods or the provision of services for commercial sale</p>		<p>4. Paragraph 3 does not apply to procurement by governmental agencies of goods or services for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods or the provision of services for commercial sale</p>

C) Free-trade treaties are agreements in the process of negotiation

- Free-trade agreement between CA4 and Canada

13. These negotiations have stalled, but among the issues that have been discussed is a chapter on competition, which focuses on a mechanism for cooperation between competition authorities for the effective enforcement of the law, including the exchange of information. While the process was active, El Salvador did not yet have a competition authority. If the negotiations resume, the Superintendency of Competition will participate actively, defending the position on the inclusion of a competition chapter in a free-trade agreement, as set forth in section 2.2 of this paper.

- Agreement of Association with the European Union

14. The negotiation of the Agreement of Association between the European Union and Central America is now underway. It establishes a region-to-region approach, within which Central American competition rules and the Central American Competition Authority, which is in the process of construction, are the focus of discussion. We may say that the chapter is based on a model of specific rules, as one of the articles lists the practices that the parties must monitor to avoid distortion in their trade. In addition, the chapter makes provision for establishment of a cooperation and coordination mechanism among competition authorities.

3. ECONOMIC INTEGRATION IN CENTRAL AMERICA

15. The trade policy that the Central American region has adopted since the 1990s, whereby countries of the region have negotiated trade agreements and treaties as a bloc and have been deepening Central American integration, has focused on promoting access to new technologies and productive processes, eliminating barriers to trade, expanding opportunities for trade at the regional and world levels, and fostering a climate attractive for investment. This policy is changing internal market conditions in each of the region's member countries: it is driving them to diversify their products, to make their economic agents more competitive and, most importantly, to ensure that their markets are efficient and that the benefits are passed on to consumers. This last objective can only be achieved through a regional competition policy.

16. At the present time, four countries of the region have special competition laws in place and one country, while it does not have special legislation, has various provisions relating to competition within its national legal framework. All these countries are thus able to apply principles in favour of free competition. At the request of the competition authorities, the Central American Working Group on Competition Policy has been established, by mandate of the Vice Ministers of Foreign Trade. That group comprises the competition authorities of the countries of the region. Its objectives include the adoption of Central American competition regulations and the creation of an independent authority with the power to investigate and punish anticompetitive conduct that has a regional dimension, i.e. that produces cross-border effects among the countries of the Isthmus. The process is just beginning, but it is part of a series of measures that will be adopted to conform with the realities of international trade.

17. This process of negotiating Central American rules should not be confused with the work underway in the negotiations with the European Union. The difference lies in the fact that the regional effort involves reinforcing competition rules so that countries of the region can move toward the long-awaited consolidation of the customs union. On the other hand, the negotiations with the European Union are based on the determination of the five Central American countries to adopt a regional authority and rules.

18. The progress that is being made towards consolidating a customs union in the context of Central American integration is visible and reaffirms the fact that borders between countries of the region are disappearing, and national markets are expanding into a regional market. There is now a clear need to complement the legal instruments of integration with a legal framework governing competition, so that the benefits won to date are not impaired by anticompetitive conduct in any country of the region.

4. POSITION OF THE SUPERINTENDENCY OF COMPETITION WITH RESPECT TO THE NEGOTIATION OF TRADE AGREEMENTS AND TREATIES

19. Since it began operations on 1 January 2006, the Superintendency of Competition has participated in the competition aspects involved in the negotiation of trade agreements and treaties, together with the Ministry of Economy, and has sat at the negotiating table on that issue. For these purposes, the Executive Council of the Superintendency of Competition, by means of Resolution RC-AG-06/2006 of 26 July 2006, adopted a position on this topic, known as the "Competition Policy with Respect to a Competition Chapter in Trade Agreements or Treaties to be Signed by the Republic of El Salvador".

20. That Resolution recognised the fact that the exclusions that trade agreements and treaties may contain, relating for example to export cartels and government subsidies designed to enhance the country's competitiveness, may have an impact on competition in a given market or sector.

21. There are normally two ways to address the competition issue in a trade treaty or agreement. A chapter can be drafted referring to substantive rules or to specific conduct:

1. Competition chapter with substantive rules:

The substantive rules model is intended to define whether the obligation is limited to ensuring the effective enforcement of national regulations or whether, within the free-trade area, there will be room for substantive international regulation, or only for positive comity. Whatever the option selected, the essential basis of the agreement is cooperation between the competition authorities.

2. Competition chapter targeting specific conduct:

The specific-conduct model is intended to define clearly what are the prohibited anticompetitive practices. If this model is adopted, there must be a prior analysis, beginning with verification as to whether the states parties to the trade agreement or treaty have a competition law and an operational enforcement authority. Indeed, the essential point of the specific-conduct model is that there must be similarity in the conduct regulated by the competition laws of the states parties. Nevertheless, the analysis begins by identifying the types of conduct. This analysis must take into account the exclusions contained in the different laws, and determine whether there is asymmetry among them.

22. Regardless of the approach taken, the range of potential obligations may be binding to varying degrees. These commitments range from the least binding, which may take the form of a commitment to best efforts in the enforcement of competition legislation and cooperation, to legally mandatory cooperation provisions, positive and negative comity, dispute settlement mechanisms, and compulsory consultation.

23. There are other important elements that each country must address internally, in advance of negotiating trade agreements or treaties, if a competition chapter is to be incorporated in the outcome.

24. That evaluation must begin with a decision as to whether the chapter is to be covered or not by the dispute settlement mechanism of the agreement. Dispute settlement chapters are applicable across the entire spectrum of disciplines regulated by the agreement, and because the competition chapter is an integral part of the agreement it would be covered as well. Any breach of the provisions in the competition chapter could trigger the state-to-state dispute settlement mechanism, and would be resolved through commercial arbitration. Yet the procedures for settling competition cases entail a technical, economic and legal analysis as required in national laws.

25. The decision to include the chapter under the dispute settlement mechanism must consider the approach taken in the competition chapter, evaluating the type of sanctions to be imposed (administrative or criminal) and whether it is the national competition rule that is to be enforced or rather a substantive international rule. In addition, due attention must be paid to the human and financial resources and the time needed to defend cases arising from treaty application.

26. One element that is commonly overlooked in the analysis is the level or degree of understanding of competition issues on the part of economic agents and civil society in general.

27. Because competition laws are of territorial applicability in the State party to the trade agreement, specific definitions must be considered for the chapter, relating primarily to market, economic agent, measures, connected person [*persona vinculada*], etc., but this will always depend on the model adopted for the chapter.

28. A crucial element for effective enforcement of competition rules and the development and implementation of competition policies in states parties, in connection with trade agreements or treaties, is cooperation and coordination between competition authorities. Any commitment between authorities must contain provisions for dealing with indications of anticompetitive conduct with a cross-border impact, allowing the parties involved to cooperate in the investigation and, if feasible, to conduct joint investigations and adopt the necessary measures.

29. In this respect, the Executive Council of the Superintendency of Competition considers that the best way to ensure the proper functioning of markets and the effective enforcement of competition legislation and policies is to negotiate bilateral cooperation arrangements between the competition authorities of the states parties, which could take the form of parallel accords to the main agreements. This would make it possible to address cases of anticompetitive conduct that threaten to impair the benefits of trade agreements, by providing clear procedures for the competition authorities to coordinate their treatment of connected [*vinculados*] economic agents and the market, and by retaining clarity in the enforcement of the law with respect to the territories involved.

4. CONCLUSION

30. An essential condition for the success of competition legislation and policy in any country is to create awareness among the various economic players and participants, i.e. to create, foster and consolidate a culture of competition. The Superintendency of Competition has been working and continues to work toward this goal.

31. With respect to progress in Central American integration, there is a need to promote and secure approval of competition laws in those countries that still do not have them, and to provide technical support for creating and developing the authority responsible for competition law enforcement in countries that have no such body. It is also essential to have a regional legal framework regulating economic concentrations that can affect trade in the Isthmus and proscribing collusive cross-border behaviour,

particularly of the kind that can spread into the Central American Customs Union space, and to create an independent regional competition authority with budgetary and financial autonomy.

32. As mentioned above, the inclusion of competition provisions in trade agreements and treaties is a viable alternative. However, the best route, and one of undeniable importance, is to negotiate bilateral cooperation and coordination arrangements between the competition authorities, which can serve as parallel instruments to the regional or international agreements signed.



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA **10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá**

-- Sesión I: Provisiones de Competencia En Tratados y Comercio Regional --

Contribución de El Salvador

1. MARCO GENERAL JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS COMERCIALES EN EL SALVADOR

1. La Constitución de la República de El Salvador de 1983, en su artículo 168, establece entre las principales funciones del Órgano Ejecutivo, específicamente al Presidente de la República: celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa y vigilar su cumplimiento, así como dirigir las relaciones exteriores.

2. El Consejo de Ministros, por medio del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo Decreto Ejecutivo No. 24, del 18 de abril de 1989, en su artículo 37 numeral 7, establece que compete al Ministerio de Economía promover el desarrollo del comercio interno, regional e internacional y la apertura o expansión de mercados para los productos nacionales.

3. El Reglamento Interno del Ministerio de Economía, emitido por medio del Acuerdo Ejecutivo del Ramo de Económica No. 1347, de fecha 19 de octubre de 2006, establece que le corresponde al:

1) Viceministerio de Economía:

- Colaborar con el Ministro en el fortalecimiento del comercio regional e internacional a través de la formulación de la política comercial y las estrategias para su desarrollo; así como en la coordinación de las negociaciones comerciales internacionales y la administración de instrumentos comerciales suscritos por el país, de forma tal que contribuyan a lograr la apertura y expansión de nuevos mercados y a fortalecer los existentes en beneficio de las actividades productivas del país.

2) Dirección de Política Comercial:

- Proporcionar al Despacho los fundamentos técnicos que se requieran para definir y ejecutar la política comercial del país.
- Compatibilizar la política comercial con el resto de las políticas contenidas en los programas.
- Coordinar y mantener constante comunicación con las instituciones públicas y privadas relacionadas con la política comercial del país, con el fin de informar y conocer sus observaciones.
- Definir, diseñar e impulsar estrategias para la participación de El Salvador en las negociaciones comerciales regionales e internacionales.
- Coordinar, conducir y dar seguimiento a las negociaciones comerciales de carácter regional en el marco de la integración económica Centroamericana.
- Coordinar las consultas con otras dependencias, entidades y con los sectores involucrados en el proceso de negociación comercial.

3) Dirección de Administración de Tratados Comerciales

- Dirigir y supervisar la administración de los acuerdos, convenios, tratados y otros instrumentos en materia de comercio en vigor; lo anterior en coordinación con la Representación de este Ministerio ante la Organización Mundial Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

4. Por su parte, la Ley de Competencia de El Salvador, aprobada por medio del Decreto Legislativo No. 528 del 26 de noviembre de 2004 y en vigencia a partir del 01 de enero de 2006, incluye en su artículo 13 letra m) dentro de las atribuciones del Superintendente: participar en la negociación y discusión de tratados o convenios internacionales en materia de políticas de competencia. Es así como desde el inicio de sus operaciones el 01 de enero de 2006, la Superintendencia de Competencia ha trabajado con el Ministerio de Economía en las negociaciones de tratados comerciales y en el marco del proceso de la Integración Centroamericana.

5. Cabe señalar, que la Asamblea Legislativa no interviene directamente en la formulación de la política comercial; sin embargo, juega un papel determinante al tener que ratificar los tratados bilaterales, regionales y multilaterales comerciales que suscriba El Salvador para que los mismos se conviertan en leyes de la República y entren en vigencia.

2. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

6. La Superintendencia de Competencia reconoce que la orientación de la política comercial del país se concentra en el fortalecimiento y diversificación de las relaciones comerciales con países y bloques económicos, plataformas para lograr una incorporación más efectiva al proceso de globalización. Los acuerdos y tratados comerciales buscan la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, a fin de imprimir transparencia y agilidad en los flujos comerciales, así como reducir la incidencia de medidas no arancelarias que se constituyen en obstáculos de entrada o salida al mercado, trámites administrativos que afectan las importaciones y exportaciones, incluyendo los trámites aduaneros, permisos, licencias y requisitos fitozoosanitarios.

7. Es así como, con la liberalización comercial creada mediante los acuerdos y tratados comerciales surge la potencialidad de sustitución, por parte del sector privado, de barreras arancelarias y no arancelarias por prácticas restrictivas de comercio que limitan la competencia, con lo que los beneficios de una apertura comercial no se trasladan al mercado interno y al consumidor.

8. Por esta razón algunos Estados optan por incluir disposiciones o capítulos relativos a la competencia en los acuerdos y tratados comerciales, como mecanismos tendientes a prevenir y remediar la presencia de dichas conductas. Adicionalmente, se persigue la homogenización en las obligaciones que al respecto enfrentan los agentes económicos que actúan en los mercados que abarcan el acuerdo o tratado.

2.1 TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON DISPOSICIONES DE COMPETENCIA

9. En la actualidad, El Salvador ha suscrito siete (7) tratados de libre comercio de los cuales cinco cuentan con un capítulo sobre política de competencia.

A) TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS Y VIGENTES:

- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, ratificado por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 27 de mayo de 1999 y por República Dominicana, el 15 de marzo de 2001; entró en vigencia en ambos países el 4 de octubre de 2001;
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile, ratificado por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 4 de octubre de 2001 y por Chile, el 24 de enero de 2002; entró en vigencia el 01 de junio de 2002.

B) TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS:

- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá, ratificado por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 3 de octubre de 2002;
- Tratado de Libre Comercio entre Guatemala, Honduras, El Salvador y Colombia, suscrito el 9 de agosto de 2007.

10. Los acuerdos comerciales y tratados de libre comercio suscritos por el Gobierno de El Salvador se celebraron previo a la entrada en vigencia de la Ley de Competencia y, por ende, se carecía de autoridad de competencia que acompañara en el referido esfuerzo. Como se mencionó anteriormente, la entidad encargada de las negociaciones comerciales del el Gobierno de El Salvador es el Ministerio de Economía, institución que, adicionalmente, previo a la entrada en vigencia de la ley e inicio de operaciones de la Superintendencia de Competencia, tenía bajo su cargo impulsar la adopción de una ley de competencia en El Salvador; esfuerzo que se alcanzó en noviembre de 2004.

11. Asimismo es importante mencionar que Honduras, Nicaragua y Guatemala se encontraban en la misma situación que El Salvador, sólo Costa Rica había aprobado, en 1995, una ley de competencia. Los tratados de libre comercio suscritos y en vigencia que cuentan con disposiciones en materia de competencia fueron negociados de manera conjunta por los cinco (5) países de la región centroamericana. En tal virtud, al no contar mayoría de los países centroamericanos con una legislación de competencia, éstos decidieron negociar disposiciones generales entre las que se encuentran las siguientes:

- ✓ Los países que aun no habían adoptado una legislación nacional en la materia adquirieron el compromiso de realizar los esfuerzos necesarios para la adopción de una ley sobre la materia para evitar que las prácticas anticompetitivas menoscaben los beneficios del tratado;
- ✓ Crear un mecanismo de cooperación entre las partes que facilite y promueva el desarrollo de la política de competencia y garantice la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las partes en la zona de libre comercio;

- ✓ Establecer de programas de trabajo a futuro en los cuales las partes del tratado o acuerdo analizarán, de acuerdo con su legislación específica sobre la materia, la posibilidad de desarrollar y ampliar el contenido de este capítulo, dentro de los límites establecidos en dicha legislación.

12. Para el caso específico del Tratado de Libre Comercio suscrito con Panamá, además de incluir las disposiciones generales, se dio un paso más allá, contemplando disposiciones sobre monopolios, las cuales tienen El Salvador, su base legal en el artículo 110 de la Constitución de la República. Los compromisos sobre monopolios y empresas estatales se pueden resumir en:

- ✓ No impedir a las partes del tratado comercial designar o mantener un monopolio o empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita;-
- ✓ Transparentar la designación de los monopolios y empresas estatales en los casos que el marco legal nacional así lo permita;
- ✓ Al designar un monopolio o empresa estatal, procurar introducir en la operación de monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de los beneficios del tratado comercial.

Cuadro Comparativo sobre Disposiciones Relativas a la Política de Competencia en los Tratados de Libre Comercio

Chile	República Dominicana	Panamá
Quinta Parte Política de Competencia Capítulo 15 Política de Competencia	Capítulo XV Política de competencia	Quinta Parte Política de competencia Capítulo 15 Política en materia de competencia, monopolios y empresas del estado
Artículo 15.01 Cooperación 1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas. 2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.	Artículo 15.01 Aplicación 1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas empresariales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas. 2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de la política de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.	Sección A - Política en materia de competencia Artículo 15.01 Cooperación 1. Las Partes procurarán que los beneficios de este Tratado no sean menoscabados por prácticas comerciales anticompetitivas. De igual manera, procurarán avanzar hacia la adopción de disposiciones comunes para evitar dichas prácticas. 2. Asimismo, las Partes se esforzarán por establecer mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de las políticas de competencia y garanticen la aplicación de normas sobre libre competencia entre y dentro de las Partes, a fin de evitar efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas en la zona de libre comercio.

	<p>Artículo 15.02 Comité de Comercio y Libre Competencia Se crea el Comité de Comercio y Libre Competencia, integrado por dos miembros de cada una de las Partes. El Comité tendrá como función principal buscar los medios más apropiados para aplicar lo estipulado en los párrafos 1 y 2, así como cualquier otra tarea que le sea asignada por el Consejo.</p>	
		<p>Artículo 15.02 Programa de trabajo futuro Dentro del plazo de dos (2) años a partir de la entrada en vigencia de este Tratado, las Partes analizarán, de acuerdo con su legislación específica sobre la materia, la posibilidad de desarrollar y ampliar el contenido de este Capítulo dentro de los límites establecidos en dicha legislación.</p> <p>En ese sentido, el desarrollo y ampliación del contenido de este Capítulo se realizará haciendo especial referencia a prácticas cuyo objeto o efecto sea cualquier acto que indebidamente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.</p>
<p>Artículo 15.02 Monopolios y empresas del Estado 1. Para efectos de este artículo, se entenderá por: monopolio: una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en territorio de una Parte, ha sido designada según su legislación, si ésta así lo permite, proveedor o comprador único de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento; y trato no discriminatorio: el mejor trato entre trato nacional y trato de</p>		<p>Sección B – Monopolios y empresas del Estado Artículo 15.03 Monopolios y empresas del Estado</p>

<p>nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.</p>		
<p>2. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte mantener o establecer monopolios y empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita.</p>		<p>1. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de impedir a las Partes designar o mantener un monopolio o empresas del Estado, siempre y cuando su legislación así lo permita.</p>
<p>3. Cada Parte deberá ajustarse a las disposiciones de este Tratado a fin de que cualquier monopolio y empresa del Estado que se establezca o mantenga, actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de una Parte en virtud de este Tratado y otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, mercancías y a los proveedores de servicios de otra Parte.</p>		<p>2. Si su legislación así lo permite, cuando una Parte pretenda designar un monopolio y esta designación pueda afectar los intereses de personas de la otra Parte, la Parte:</p> <p>a) siempre que sea posible, notificará la designación a la otra Parte, previamente y por escrito; y</p> <p>b) al momento de la designación, procurará introducir en la operación del monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de beneficios.</p> <p>3. Si su legislación así lo permite, cada Parte se asegurará que cualquier monopolio que la Parte designe o mantenga o cualquier empresa del Estado:</p> <p>a) actúe de manera que sea compatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado en relación con el bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos;</p> <p>b) otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de la otra Parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente; y</p> <p>c) no utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas</p>

		contrarias a la competencia que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de la otra Parte, de manera directa o indirecta.
4. Este artículo no se aplicará a la adquisición de mercancías o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de mercancías o en la prestación de servicios para su venta comercial.		4. El párrafo 3 no se aplica a la adquisición de bienes o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de bienes o en la prestación de servicios para su venta comercial.

C) TRATADOS O ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO EN PROCESO DE NEGOCIACIÓN

- Tratado de Libre Comercio entre CA4 y Canadá

13. Este proceso de negociación se encuentra detenido pero dentro de la temática que se discutió se encuentra un capítulo de competencia que se centra en un mecanismo de cooperación entre autoridades de competencia para la efectiva aplicación de la ley, incluyendo el intercambio de información. Cuando este proceso estaba activo, El Salvador aún no contaba con una autoridad de competencia. De continuarse con el proceso de negociación, la Superintendencia de Competencia participará activamente, manteniendo la posición sobre la inclusión de un capítulo de competencia en un tratado de libre comercio, que se expone en el numeral 2.2 de este documento.

- Acuerdo de Asociación con la Unión Europea

14. La negociación del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica se encuentra en proceso. Esta negociación establece un enfoque de región a región dentro del cual la normativa y autoridad centroamericana de competencia, que está en proceso de construcción, es el punto central de la discusión. Se puede decir que el capítulo está basado en un modelo de normas específicas puesto que dentro de uno de los artículos se listan las prácticas que las partes deberán vigilar para evitar distorsiones en el comercio entre las mismas. Adicionalmente, el establecimiento de un mecanismo de cooperación y coordinación entre autoridades de competencia se encuentra recogido dentro del capítulo.

3. PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA

15. La política comercial que adoptó la región centroamericana desde los años noventas, en la cual los países de la región han negociado los acuerdos y tratados comerciales en bloque y han venido profundizando en la integración centroamericana, está enfocada a promover el acceso a nuevas tecnologías y procesos productivos, la eliminación de obstáculos al comercio, la ampliación de los espacios comerciales en el ámbito regional y mundial, así como propiciar un clima atractivo para la inversión. Dicha política cambia las condiciones del mercado interno de cada uno de los países que integran la región siendo necesario la diversificación de los productos, la competitividad en los agentes económicos y, lo más importante, velar por la eficiencia de los mercados y que los beneficios sean trasladados al consumidor. Esto último sólo se puede lograr aplicando una política de competencia regional.

16. Actualmente, cuatro de los países de la región centroamericana cuentan con leyes especiales en materia de competencia vigentes y uno que, a pesar de no contar con ley especial en la materia, cuenta con disposiciones en materia de competencia dispersas en el marco legal nacional sobre competencia, permitiéndoles aplicar principios en pro de la libre competencia. Es así como, a petición de las autoridades de competencia se estableció, por mandato de los Viceministros de Comercio Exterior, el Grupo de Trabajo Centroamericano de Política de Competencia. Dicho grupo se encuentra conformado por las autoridades de competencia de los países de la región, figurando dentro de sus objetivos la adopción de un reglamento centroamericano de competencia y la creación de una autoridad independiente con facultades de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas con dimensión regional; es decir, con efectos transfronterizos dentro de los países del istmo. El proceso es incipiente pero forma parte del conjunto de normas que se debe adoptar para la adecuación a las realidades del comercio internacional.

17. Cabe señalar que este proceso de negociación de una normativa centroamericana se pudiese confundir con el trabajo en el marco de la negociación con la Unión Europea. La diferencia se centra en que el trabajo regional lleva a una profundización en una normativa de competencia que les permita a los países de la región un avance más en la consolidación de la tan añorada unión aduanera. En cambio, la negociación con la Unión Europea se basa en la voluntad que los cinco países centroamericanos tienen en la adopción de una normativa y autoridad regionales.

18. Todo el avance alcanzado dentro del proceso de integración centroamericana hacia la consolidación de una unión aduanera es visible y reafirma que las fronteras entre los países de la región van desapareciendo, expandiendo los mercados nacionales a un mercado regional. Dicho esto, se puede percibir la necesidad de complementar los instrumentos jurídicos de la integración con un marco legal sobre competencia, a fin que los beneficios alcanzados no sean menoscabados por prácticas anticompetitivas en alguno de los países de la región centroamericana.

4. POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA CON RELACIÓN A LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS Y TRATADOS COMERCIALES

19. La Superintendencia de Competencia desde el inicio de sus operaciones el 01 de enero de 2006, ha participado en los procesos de negociación de acuerdos y tratados comerciales en materia de competencia, junto con el Ministerio de Economía, en la mesa sobre dicho tema. Para estos efectos, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia mediante resolución RC-AG-06/2006, de fecha 26 de julio de dos mil seis adoptó una posición con relación al tema en comento denominada ***“Política De Competencia Con Relación A Un Capítulo De Competencia En Acuerdos O Tratados Comerciales A Ser Suscritos Por La República De El Salvador”***.

20. Dentro de la resolución se consideró que no se puede dejar a un lado el hecho que las exclusiones que pueden contener los acuerdos y tratados comerciales, tales como carteles de exportación y las ayudas estatales, que bajo el supuesto de aumentar la competitividad del país, pueden tener un impacto en la competencia de un mercado o sector determinado.

21. Usualmente existen dos maneras de abordar el tema de competencia en un tratado o acuerdo comercial. Se puede redactar un capítulo con normas sustanciales o conductas específicas, a saber:

1. Capítulo de Competencia con Normas Sustanciales:

El modelo de normas sustanciales tiene el objetivo de definir si la obligación se limita a velar por la aplicación efectiva de la regulación nacional o bien si dentro del área de libre comercio se permite una regulación sustancial internacional o posiblemente se limite a una cortesía positiva.

Para cualquiera que fuera la opción seleccionada, la base fundamental del acuerdo es la cooperación entre las autoridades encargadas de aplicar la ley de competencia.

2. Capítulo de Competencia con Conductas Específicas:

El modelo de conductas específicas tiene el objetivo de definir claramente cuáles son las prácticas anticompetitiva prohibidas. De adoptar este modelo se debe realizar un análisis previo comenzando por la verificación si los Estados partes del acuerdo o tratado comercial cuentan con una ley vigente y autoridad de competencia en operación. Esto se debe a que el punto fundamental para poder utilizar el modelo de conductas específicas es la similitud de las conductas reguladas por las leyes de competencia de los Estados partes. No obstante, el análisis inicia con la identificación de los tipos de conductas. Este análisis debe tomar en cuenta las exclusiones contenidas en las diferentes leyes y determinar si existe una asimetría entre las mismas.

22. No importando cuál sea el enfoque que se tome, el espectro de posibles obligaciones a ser adquiridas puede tener una gradualidad en la vinculación de los compromisos a adquirir. Estos compromisos transitan desde lo menos vinculantes, que adoptan formas como el compromiso de realizar el mejor esfuerzo en aplicación de la legislación de competencia y cooperación, a disposiciones jurídicamente obligatorias de cooperación, provisiones de cortesía positiva y negativa, mecanismos de solución de controversia y consultas obligatorias.

23. Existen otros elementos importantes a ser abordados previamente a lo interno de los países en una negociación de acuerdos o tratados comerciales, para valorar la incorporación de un capítulo en materia de Competencia.

24. La evaluación deberá de iniciar con la decisión si el capítulo debe de estar cubierto o no por el mecanismo de solución de controversias del acuerdo o tratado. Los capítulos de solución de controversias son de aplicación horizontal a todas las disciplinas reguladas en el mismo y por ser el capítulo de Competencia parte integrante del acuerdo o tratado estaría cubierto por el mismo. Cualquier incumplimiento a las disposiciones recogidas en el capítulo de competencia puede activar el mecanismo de solución de controversias Estado – Estado, que se resuelve a través de un arbitraje comercial. Sin embargo, los procedimientos para la solución de casos en materia de competencia, llevan un análisis técnico, económico y jurídico recogido en las leyes nacionales.

25. La decisión de incluir el capítulo bajo el mecanismo de solución de controversias debe tomar en cuenta el enfoque que se le dé al capítulo de competencia, evaluando el tipo de sanciones a ser impuestas, sean estas sanciones administrativas o penales, así como si se trata de una aplicación de la norma de competencia nacional o, si bien, se trata de una regulación sustancial internacional. En adición, no se puede dejar a un lado, los recursos tanto humanos, financieros y de tiempo necesarios para la defensa de casos surgidos en la aplicación de los tratados.

26. Un elemento, que la mayor parte del tiempo se deja por un lado a la hora de realizar el análisis, es el nivel o grado de comprensión en materia de competencia que los agentes económicos y la sociedad civil en general puedan tener.

27. Debido a que las legislaciones de competencia son de aplicación territorial al Estado parte del acuerdo o tratado comercial, se debe contemplar definiciones específicas para el capítulo, principalmente para mercado, agente económico, medidas, persona vinculada, entre otros términos; pero esto siempre dependerá del modelo de capítulo adoptar.

28. Un elemento crucial para la aplicación efectiva de las normas de competencia y el desarrollo e implementación de políticas de competencia en los Estados Parte establecida en los acuerdos o tratados comerciales es la cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia. Este compromiso entre autoridades debe contener disposiciones de cómo atender indicios que se están ejecutando prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo y, de esta forma, las partes involucradas cooperarán en la investigación, pudiendo, de ser factible, realizar investigaciones conjuntas y adoptar las medidas adecuadas.

29. En ese sentido, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia considera que para velar por el buen funcionamiento de los mercados y la aplicación efectiva de las legislaciones y políticas de competencia, lo óptimo es celebrar acuerdos o convenios de cooperación bilaterales entre la autoridades de competencia de los Estados parte, los cuales pudiesen ser acuerdos paralelos a los acuerdos o tratados. De esta manera, permite atender los casos de prácticas anticompetitivas que pretendan menoscabar los beneficios obtenidos en los tratados o acuerdos comerciales, a través de la coordinación de las autoridades de competencia bajo procedimientos claros del tratamiento de los agentes económicos vinculados, el mercado y conservando claridad en la aplicación de la ley respecto a los territorios involucrados.

4. CONCLUSIÓN

30. La sensibilización de los diferentes actores y participantes de la economía de cualquier país, es decir, la creación, fomento y consolidación de una cultura de competencia, es condición *qua non* para el éxito de una legislación y política de competencia. Y en tal sentido ha trabajado y sigue trabajando la Superintendencia de Competencia.

31. Ahora bien, en lo referente a los avances del proceso de integración centroamericana, es necesario promover y lograr la aprobación de leyes de competencia en aquellos países que aún no la tienen, apoyando técnicamente la creación y desarrollo de la autoridad encargada de aplicar la ley de competencia en los países que no cuentan con esta instancia. Es imprescindible, además, contar con un marco jurídico regional que regule las concentraciones económicas que afecten el comercio del istmo, así como las prácticas colusorias transfronterizas, principalmente aquéllas cuyos efectos puedan trasladarse al espacio de la Unión Aduanera Centroamericana y que cree una autoridad de competencia regional e independiente, con autonomía presupuestaria y financiera.

32. Como se ha mencionado en párrafos precedente, la inclusión de disposiciones de competencia en acuerdos y tratados comerciales es una alternativa viable. Sin embargo, el camino óptimo y de insoslayable importancia es la suscripción de acuerdos o convenios de cooperación y coordinación bilaterales entre las autoridades de competencia, los cuales pueden ser instrumentos paralelos a los acuerdos y tratados regionales o internacionales que se celebren.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Competition policy as a tool of EU Foreign Policy: multilateralism, bilateralism and soft convergence

**Mr. Alberto Heimler
Director of Autorità garante della concorrenza e del mercato (Italy)**

Within the group of existing and prospective EU members, competition policy has been the driver of EC integration. Furthermore, the EC approach represents the standard by which prospective members are evaluated. Required institutional changes are negotiated bilaterally country by country. Technical assistance is provided to help compliance and the system has proved to be quite effective. With respect to developing countries a multilateral approach on competition was launched in 1996 at the Singapore WTO intergovernmental meeting, following a proposal by the EC Commission. A WTO working group was created. After five years of study, there was no consensus for starting negotiations on an international agreement on competition. The issue is now suspended. A softer approach is now providing good results in terms of convergence. Best practice recommendations are more and more adopted by the international competition network, the virtual network of competition authorities founded in 2001 by a group of leading jurisdictions, including the European Commission. These are influencing legislation and enforcement practices worldwide. However for many relevant issues, like multi-jurisdictional mergers or abuse of dominance with respect to conduct that produces its effects in a number of jurisdictions, some binding multilateral instrument might be needed, should diverging decisions become more common.

1. Introduction

1. The Treaty establishing the European Economic Community, signed in Rome on March 25th 1957, was designed to achieve a unified market across the six founding member countries, on the belief that, after two world wars, both of them originated in Europe, economic integration would represent the most effective solution in order to avoid wars and conflicts. Instead of forcing Germany to become an agricultural country, a solution that was briefly discussed after the end of the war, the influence of Kelsen (1944)¹ led to the construction of a system that was pursuing integration with a combination of political and legal instruments. A free trade zone was not considered sufficient. The ambition of the founding fathers of the European Communities was to create an institutional setting governed by the rule of law, so as to constrain member countries and make sure that the objectives of the Treaty would not be set aside. According to the Treaty, the Commission was the guardian of the Treaty and the European Court of Justice the supreme court of the unified market.

2. This articulated institutional setting was necessary because, together with the elimination of tariff and non-tariff barriers², the Treaty introduced a system of legal obligations, especially designed to discipline the regulatory power of Member States, that would accompany trade liberalization, ensuring that the objective of market integration would be achieved. Competition rules were meant to impede private restraints aimed at segmenting national markets, thus preventing the creation of the common market. Additional provisions prevented governments from maintaining or introducing protectionist regulations insulating national markets or from benefiting firms with anticompetitive State subsidies. No other international organization (or for that matter no other country) had a similar portfolio of instruments aimed at achieving an integrated and unified market.

3. Indeed, one of the objectives of the Treaty, together with the creation of the internal market, was maintaining a fair and undistorted competition in Europe (article 2f of the Rome Treaty and article 3g of the Maastricht Treaty). This is no longer so. According to the recent deliberation of the Council of Lisbon in December 2007, competition has been downgraded and is no longer explicitly cited among the objectives of the Treaty. This downgrading has been justified by the desire of creating greater clarity and a better articulation between objectives and instruments. The problem is that other objectives have been maintained in the Treaty that, like competition, are clearly not final objectives. For example, the creation of the internal market cannot be considered a final objective either.

4. The argument that competition was downgraded because it was an instrument rather than an objective proves too much. There must be other justifications. Indeed the revision of the Treaty started from the question 'what has competition done for Europe?' posed by the newly elected French president Sarkozy³. The elimination of competition from article 3 originates from a negative implicit judgement on the role of competition in Europe. That judgement seems to be shared by the majority of the Council. It is true that Protocol 27 on the internal market and competition acknowledges that "the internal market includes a system ensuring that competition is not distorted", but politically, the fact that competition is no longer in Article 3, but in Protocol 27, must have an effect. Which one is yet to be seen. Legally nothing has changed.

1 See Hans Kelsen (1944) *Peace through law*, Chapel Hill: the University of North Carolina press. Kelsen proposed for the whole world a very similar system to the one adopted in Europe.

2 Non tariff barriers were eliminated with the completion of the internal market in January 1993.

3 For example, at the EC Summit in June 2007, the newly elected President of France, NICHOLAS SARKOZY, reportedly asked "Competition as an ideology, as a dogma, what has it done for Europe?". See FINANCIAL TIMES (2007).

5. Competition has been the driving force of European integration, but it also had a foreign policy dimension, as a standard to be imposed on candidate countries and on the world at large. With respect to new members, competition has been a discipline imposed on them and an important chapter over which to decide whether membership was appropriate. As for international antitrust, the Commission attempted first to suggest a multilateral approach to antitrust enforcement, but the international community was not ready. The Commission then contributed to the founding of the international competition network, a soft convergence exercise. This paper will first very briefly address the role of competition internally and then it will describe the major initiatives the Commission took internationally.

2. The role of competition in the EC

6. Although, the development of Europe was driven by a market integration objective, this does not imply that the usual benefits of competition (lower prices, increased quantities, enhanced technical progress, wider product differentiation etc.) were disregarded. Indeed internal market and competition have been interpreted as being one and the same thing, as reflected, by the way, in the wording of Protocol 27 to the Lisbon Treaty where it is mentioned that “the internal market includes a system ensuring that competition is not distorted”.

7. Certainly the important role competition has played in the Treaty was not expected. Like the internal market, also a competition regime is hampered by protectionist regulation and by private restrictive conduct. The Treaty with its provisions and its institutions has been the right response to these challenges under a political economy perspective. As Mancur Olson argues in 1982⁴ stable societies with unchanged boundaries are particularly prone to accumulate over time protectionist provisions and private associations aimed at promoting collusion. The political process by which such an evolution takes place is strictly dependent on the fact that special interests are concentrated and gain substantially from any restriction of competition. On the other hand, losers from such restrictions are scattered across our societies, each losing a minimal amount, so that, individually, they do not have much incentive to contrast the efforts of special interests organizations. Only by organizing their own coalitions losers might be able to counterbalance the activity of the other lobbies. However such coalitions may be difficult to come about, since participants may change depending on the issue involved, so that the organizational cost of coalition formation may be so burdensome as to make the effort not worthwhile. Furthermore, special interests have a dominant interest in one subject, while the rest of society pursues a number of differentiated goals. This is why the voice of consumers is seldom heard in the political debate and, more importantly, why special interest are listened to with such great attention.

8. In Olson’s analysis, free trade, the opening of markets, thorough changes in the social order, political upheavals, wars and destructions are all events that tend to eliminate existing distributional coalitions, making it easier for competition to operate to the benefit of consumers and of society at large. However, the problem with these structural shocks is that, except for free trade, they are really exceptional and cannot be relied upon as a disciplining device. Furthermore, free trade, which at first glance seems to be quite a general instrument, is not in itself neutral with respect to existing protectionist coalitions. For example, a free trade policy would affect only markets open to import competition, but would not exercise much influence on markets with a local dimension. Therefore, in order to foster and maintain competition in all markets, free trade is actually not enough.

9. Frederick Hilmer, in the 1993 Australian Report on “National competition policy” by the Independent Committee of Inquiry, suggests that the best option for gaining support for competition

4 See Mancur Olson, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation and Social Rigidities*, Yale University Press.

oriented legislation is to adopt a constitutional norm of a general nature. In fact special interests do not find sufficient incentives to organize themselves to fight a general rule that does not seem likely to affect them directly. Indeed, while discussing a constitutional norm that would for example constrain the introduction of any restrictive regulation to be justified by the general interest, special interests are not particularly concerned. In particular, it might astonish even the proponents of such rules that they would then be applied to “minor” issues such as the rules governing the professions, retail trade or other activities generally not considered of primary importance. Furthermore, while everyone would like to become a monopoly seller, at the same time everyone would like to be a customer of a competitive industry. This is why the incentive to form a global alliance against a constitutional constraint based on competition principle is quite weak.

10. At the time of the signing of the Treaty, the only vocal opposition against it was by manufacturers, in some countries protected by tariffs up to 50%. Their consensus was achieved by referring to the larger market that the Treaty was creating and by the greater business opportunities associated with it. Every other category was silent. On the other hand, whenever in the course of the years there was a measure taken against a specific protectionist rule, the affected category protested very vigorously, sometimes successfully. Given the strong opposition on every liberalization measure the Commission undertook, a more realistic explanation for the lack of opposition by the business community to the signing of the Treaty, was that the European Community was an abstract and distant construction and there was a general understanding that it would not have made much difference.

11. Indeed in 1957 competition was not widely considered an important policy tool and it has been so for a number of years afterwards. This is probably the main reason why governments did not find it necessary to strictly control the enforcement of competition rules and left the application of competition rules to the Commission, not the Council of Ministers. The Treaty, probably because the importance of antitrust was not fully appreciated, insulated antitrust enforcement from political control and put the decision making of the Commission under the jurisdictional control of the Court of Justice. As a consequence, the Court took upon itself the task of becoming, through the jurisdictional role it played in the enforcement of competition law, the key player for enhancing European integration. The Court did not limit itself to a narrow view of competition policy. Following the Commission, the Court promoted a very broad interpretation of the rules of the Treaty, setting the foundations for the important developments that competition policy, both with respect to liberalization measures and antitrust enforcement, would have in the Community⁵.

12. Developments at the European level have also influenced the evolution of member States’ institutional settings and fifty years after the signing of the EU Treaty all member States have a competition law and an institutional structure very similar in substance (and procedurally) to the European one. The imitation of a very successful model was the major driving force of such positive developments, with the necessity of better cooperation within the network of European competition authorities playing an additional reinforcing role. In the antitrust field, consensus on substantive provisions and institutional design mainly originated from the deliberate choice of an efficient model. Furthermore member States, equipped with a competition regime aligned to the European one, were able to play a more influential role in European decision making on competition matters, thereby reinforcing the drive to conform to the European model.

5 See on this David Gerber (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press

3. Competition rules, the new member States and the role of the European Commission

13. Right after the fall of communism in 1989, the European Commission started a process of bilateral short-term technical assistance with the former Eastern European countries. The program was quite costly, but was quite ineffective because the Commission relied on outside consultants, most of the times university professors with a vague experience on the working of a State administration. Furthermore, since the projects were short term, consultants had only at best a very general understanding of the specific circumstances of the beneficiary and, as a result, their advices were not very useful. In 1998 as a result of these shortcomings the Commission launched the “twinning projects”. These projects (there were around 1000 of them) covered all areas of Community interest and have addressed sectors like agriculture, customs, police cooperation and of course competition and State aid. Thirteen of these projects have been on competition policy and have benefited Bulgaria, Croatia, Estonia, Lithuania, Macedonia, Malta, Romania, Poland, the Czech Republic. The idea behind these projects was to train the administration of a beneficiary country with the help of an administration of a member State in a long term relations whose aim was to bring the administration in question to the “European standard”. In practice this has not only meant convergence on “hard” law, which was the easier part, but also on soft law, on organizational matters and on the application of the law. While the bilateral short term advices used before 1998 were a one-shot exercise, this long term relationship between sister administrations was quite successful because the assistance was fine tuned to the needs of the beneficiary and policy suggestions were followed up, either by the member State administration or by the Commission itself.

14. My experience with these projects (the Italian Competition Authority actively either led or was responsible of the competition component in four of these thirteen projects) is that their success was related to the fact that they were demand driven. There was a demand for technical supply. Member States would then compete to supply the services that the beneficiary required. A covenant would then be written with all the details of project, including a precise indication of the results to be achieved and be signed by the administrations of the two countries together with the Commission.

15. It is true that the successful conclusions of these projects was quite important for countries that were eager to acquire EU membership, because it signalled to the Commission that in a specific subject matter that country had reached the European standard and therefore was ready for accession. So in a sense there was a risk that demand for technical assistance be driven by a political objective more than by a modernization objective and that the beneficiary would try to comply only formally with the European standards. Sometimes of course this was the case. In many others, and in my experience it was the majority, there was a genuine desire by the beneficiary to modernize, not just to passively comply with EC rules and EC regulations just as to gain the green light for accession.

16. The prime objective of these twinning exercise was to also to promote an effective application of antitrust law, not just that right substantive provisions be in place. This has meant ensuring that legal provisions are interpreted according to the European standard and in a way that would reduce the possibility of mistakes, both wrongly prohibiting behaviour that would not be anticompetitive and wrongly letting anticompetitive practices go. Furthermore, procedural matters were also important, such as guaranteeing the right of defence of companies accused of an antitrust violation and ensuring transparency, as well as organizational issues, like obtaining and maintaining high quality staff, organizing the authority in a way that would guarantee an efficient decision making process, making sure that there were enough resources for the most serious cases, etc.

17. More in general, through partnership and free trade agreements the Commission has encouraged the adoption of competition rules based on the EC approach, not simply for allowing accession to the EU. An OECD survey of 86 regional agreements incorporating provisions on competition policy identified two broad "families" of such agreements, one associated with the EC and one with North American (NAFTA-

style) approaches⁶. While Anderson and Evenett (2006)⁷ suggest that this characterisation is overly simplistic, it is nonetheless clear that the EC has used its partnership and other agreements effectively as a vehicle to promote the adoption of EC-style rules internationally. As a result, the rules encountered by EC businesses operating abroad are more likely to be similar to those with which they are already familiar – an important benefit for European firms in a globalising economy.

4. The WTO effort to incorporate competition in trade agreements

18. In the wider international community, the number of jurisdictions that adopted a competition law rose in recent years quite substantially. The increased importance of antitrust law enforcement worldwide led the European Commission in the mid 1990s to launch a number of initiatives that had the objective to somehow constrain national administrations on their interpretation of their domestic antitrust laws. In particular the 1996 WTO intergovernmental conference of Singapore, picking up on a proposal by the European Commission, created a working group to “study issues raised by Members relating to the interaction between trade and competition policy”. The mandate of the group was very open, but it is clear from a number of speeches of DG Competition representatives that the agenda was very ambitious. Jean-François Pons, deputy director general of DG Competition at the time, in a speech he delivered in Rome in 1995⁸, refers to the possibility that within the WTO a multilateral agreement on competition be negotiated, where countries would commit themselves to adopt a minimum set of antitrust rules and be subject to a dispute settlement mechanism. Pons (1995) does not go further, but in his intervention in Rome he cites several times the 1995 Report on “Competition policy in the new trade order: strengthening international cooperation and rules” drafted by a group of three external⁹ and five Commission¹⁰ experts where clear reference is made to the possibility that the proposed plurilateral agreement on competition would also deal with controversies over the way a jurisdiction would decide on specific antitrust cases, a matter that would raise a lot of concerns over the following years.

19. Indeed a first try in that direction was made by the United States (later joined by the European Commission and Mexico) with the WTO Fuji-Kodak dispute. In that controversy, initiated in 1996 and concluded in 1998¹¹, the United States government alleged that Japan was impeding efficient access of Kodak films in the Japanese market, by failing to enforce Japanese antitrust laws against Fuji and allowing exclusive distribution agreements between Fuji, the Japanese rival of Kodak, and most retail shops in Japan. The criticism was even more fundamental and the US government was arguing that "Japan's entire retail system puts foreign competition at an unfair disadvantage."¹² However the report of the dispute settlement panel is mostly based on fairness and equity considerations and, in particular, on comparisons of

6 See Solano, Oliver and Andreas Sennekamp (2006), *Competition Provisions in Regional Trading Agreements*, OECD Trade Policy Working Paper No. 31.

7 Anderson, Robert D. and Simon Evenett (2006), *Incorporating Competition Elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis*, Internet: <http://www.evenett.com/working/CompPrincInRTAs.pdf>.

8 Jean-François PONS, Règles, Institutions et Relations internationales: Politique de concurrence et développement des échanges : pour un renforcement significatif de la coopération, Rome, 20-21/11/1995

9 Ulrich Immenga, Frédéric Jenny and Ernst-Ulrich Petersmann

10 Claus-Dieter Ehlermann, Roderick Abbott, François Lamoureux, Jean- François Marchipont, Alexis Jacquemin.

11 See http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds44_e.htm

12 Nelson, Emily. *The Wall Street Journal*. "Presentation of Data in Kodak's case against Japan and Fuji delayed by US" Sep. 20, 1996 Sec B, p.4

Kodak market shares in Japan and Fuji market shares in the United States. Antitrust considerations surely entered in the report. In particular, the panel acknowledged that Japanese rules (including its antitrust law) did not discriminate foreign companies and therefore could not be challenged by the United States.

20. The substance of the matter, i.e. whether a nation would violate the GATT/WTO rules because it failed to enforce its antitrust laws against private practices that might foreclose its domestic market, never made it in the Kodak-Fuji dispute. The problem was that exclusive distribution agreements are considered restrictive by modern antitrust only in fact specific circumstances. And indeed it would have been almost impossible for a WTO panel to argue, contrary to the competition agency conclusions, that Japanese consumers were actually hurt by the disputed practice. Unfortunately the WTO panel was not confronted with this issue and therefore did not address it.

21. Nonetheless the debates stirred by the Kodak-Fuji case and, more importantly, the discussions within the WTO Working Group were not able to eliminate all concerns and in the WTO meeting in Doha in 2001, Ministers provided further clarifications on the mandate of the group:

“23. Recognizing the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 24, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations.

24. We recognize the needs of developing and least-developed countries for enhanced support for technical assistance and capacity building in this area, including policy analysis and development so that they may better evaluate the implications of closer multilateral cooperation for their development policies and objectives, and human and institutional development. To this end, we shall work in cooperation with other relevant intergovernmental organisations, including UNCTAD, and through appropriate regional and bilateral channels, to provide strengthened and adequately resourced assistance to respond to these needs.

25. In the period until the Fifth Session, further work in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy will focus on the clarification of: core principles, including transparency, non-discrimination and procedural fairness, and provisions on hardcore cartels; modalities for voluntary cooperation; and support for progressive reinforcement of competition institutions in developing countries through capacity building. Full account shall be taken of the needs of developing and least-developed country participants and appropriate flexibility provided to address them.”

22. As Clarke and Evenett¹³ (2005) recognize, paragraph 25 of the Declaration shifts the focus away from market access issues and requires the WTO's Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to focus on hard-core cartels, an area almost not touched in the early discussions. Indeed, as Pons (1995) had indicated, the original objective of the Commission was directly linked to achieving specific outcomes in domestic antitrust cases, especially in restrictions of competition originating from vertical restraints and from abusive unilateral conduct. In the course of the discussions within the WTO working group and in the OECD it had become clear that such results would have been impossible to achieve, given the judicial nature of antitrust decisions and the case law approach so common in antitrust.

23. Even with this strong reduction in the scope of the objectives to be pursued in a multilateral negotiation, there was not support for it and the WTO General Council "July package" of 2004 put the

13 The State Secretariat of Economic Affairs and Simon Evenett (EDS.), *The Singapore issues and the world trading system: The road to Cancun and beyond*, World Trade Institute, June 2003

whole subject of trade and competition in a limbo. As Anderson and Jenny (2005) suggest, the WTO General Council decision leaves open the possibility of resuming work in this area in the WTO following conclusion of the Doha Round. How likely this will be, it is certainly not clear at this stage.

24. Already in 1948 the Havana Charter would have required nations to address transnational restrictive business practices by authorising the then proposed International Trade Organization to “take every possible remedial action”¹⁴ against them. As is well known, the Havana Charter was never adopted, as a result of the lack of support by the US government. Very similar developments have characterized this most recent attempt to launch negotiations on antitrust matters. As Fox (2006) argues:

“Although strongly supported by the EU, the antitrust proposal lacked support from the United States, which feared a transfer of powers to a global bureaucracy and a lowest-common-denominator law, and it was opposed by developing countries because they feared a Trojan horse that would open floodgates to imports and disarm them from protecting their nations’ interests”

25. What can be concluded is that this result has been a defeat for the Commission, considering all the hopes that had been put in the project. The issue was not so much that the US was not enthusiastic of the original project, because the US criticism was easy to handle and indeed in the course of the years the objectives of the possible negotiations changed considerably, accommodating most of the problems that the US had identified. The major criticism of the US authorities to the original project of the EU was that antitrust laws were enforced by judges and it would have been contrary to any principle of law to make governments responsible, should a judgement (not a legal provision) be considered unsatisfactory by a foreign nation. And indeed the 2001 Doha declaration rightly limits to hard core cartels the possibility to impose that they be prohibited by nations laws. What led to the defeat of the trade and competition dossier was the opposition of developing countries. They argued that any negotiation on antitrust would only help the developed world and their multinationals, a political opposition that could not be solved at a very late stage of the process, i.e. after almost ten years of discussion. If the Commission (and member States as well) had started with a much less ambitious, but feasible agenda, aimed to help developing countries in their efforts to introduce a domestic competition law system (as the Doha declaration implicitly acknowledges), there would have been greater chances for the trade and competition dossier to flourish.

5. The International Competition Network and the cooperation agenda

26. In February 2000 the International Competition Policy Advisory Committee published its final report which sets forth recommendations to competition agencies throughout the world designed to enhance merger enforcement and to improve cooperation to address private restraints of competition that impede market access. On the subject of the intersection of trade and competition policy, as reported in the Department of Justice press release¹⁵,

“the report recommends further development of bilateral agreements with "positive comity" provisions (which allow a nation affected by anticompetitive practices to request that the nation in which the alleged conduct is occurring initiate an appropriate enforcement action) as well as the use of extraterritorial enforcement tools where necessary. Further, the report argues that new multilateral approaches are also needed, although it does not see the WTO as the natural home for all global competition policy initiatives. Instead, it proposes a new Global Competition Initiative for addressing the broad global competition agenda”.

14 See Havana Charter for an International Trade Organization, Chapter 13.

15 See the department of Justice press release available at <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/4272.htm>

27. In particular, the report recommended that “the United States explore the scope for collaborations among interested governments and international organisations to create a new venue where government officials, as well as private firms, non-governmental organisations (NGOs), and others can consult on matters of competition law and policy”¹⁶.

28. In September 2000, Joel Klein, at that time assistant attorney general for antitrust, speaking in Brussels at the 10th anniversary of the EC merger regulation, took the ICPAC recommendations forward, suggesting that “whatever happens on antitrust at the WTO (...), we should move in the direction of a Global Competition Initiative”. More in particular he suggested that “interested jurisdictions along with the international bodies already thinking about these issues e.g., the OECD, WTO, UNCTAD, World Bank, and others might establish a joint working group -- first for exchanging information and views (e.g., about ongoing and planned activities, common challenges, approaches each are taking to support sound enforcement practices, areas that are most vexing, greatest opportunities for cooperation, etc.) and then for fully exploring a Global Competition Initiative along the lines laid out in the ICPAC report”¹⁷. Mario Monti, at the time EC commissioner for competition, speaking at the same conference, endorsed Assistant Attorney General Klein suggestion to create a new forum addressing the international challenges of antitrust enforcement.

29. A year later in October 2001, meeting at the Fordham conference on international antitrust in New York City, a group of top antitrust law officials from 14 jurisdictions¹⁸ created the International Competition Network (ICN), with the objective of becoming “an informal network of antitrust agencies from developed and developing countries that will address antitrust enforcement and policy issues of common interest and formulate proposals for procedural and substantive convergence through a results-oriented agenda and structure”¹⁹. The ICN was quickly going to become the world forum for convergence of antitrust law enforcement practices. Six years after it was founded, the ICN has more than 100 members, a simple sign of its success.

30. Within the ICN there are three working groups whose mandate is to identify best practices in merger control, in the identification of cartel behaviour and in abuse of dominance. Furthermore there is a working group, the competition policy implementation group, that aims to overcome the challenges developing countries face in building up an efficient antitrust authority and an effective enforcement practice.

31. Such good results are mainly due to organizational efficiency. The ICN is a virtual organization that operates without a Secretariat. Every report is written by members or by non-governmental advisors that work for ICN on a voluntary basis. Discussions are held via conference calls and every agency that so desires can participate. Decision making is for members only (i.e. antitrust authorities) and is consensual.

32. Of course the larger agencies, like the US department of Justice, the US Federal Trade Commission and the European Commission, have more resources than the others and therefore can put more people at work on ICN issues than the other agencies. However the fact that decision making is

16 See Icpac report at page 282.

17 See Joel Klein (2000), “Time for a global competition initiative?”, talk at the EC Merger Control 10th Anniversary Conference Brussels, Belgium, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6486.htm>

18 The founding authorities of the ICN originated from Australia, Canada, European Union, France, Germany, Israel, Italy, Japan, Korea, Mexico, South Africa, United Kingdom, United States, and Zambia.

19 See the “[Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn/operational-framework)”, at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn/operational-framework>

consensual represents a very important safeguard that allows even very small agencies to count. And indeed in many instances the veto power of small agencies has been successfully used. Of course as time goes by, more difficult issues will be taken up by the ICN, raising the barriers to entry for small agencies. In this sense the risk of them being excluded increases. However the fact that the ICN was created for ensuring convergence in antitrust enforcement especially in developing countries, will maintain the right incentive on the part of the most developed agencies to engage the smaller one and to make sure that they actively participate.

33. The ICN issued more than 100 recommended practices to member Agencies on issues like merger control, cartels, abuse of dominance, banking, telecommunications, advocacy, etc. These practices are non-binding, and it is left to governments and agencies to implement them as appropriate. Over the past six years since the recommendations were adopted, they have increasingly become the benchmark that agencies and the private sector use to evaluate the appropriateness of laws and policies – and in that respect, there can be pressure for agencies to adopt regimes that conform to them. Three recent examples highlight the influence of the recommended practices on merger procedure and review.

- During the past two years, Korea has made significant changes to its merger notification thresholds and in doing so it indicated publicly its desire to bring national law into line with the Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures.
- In another case, India adopted a merger regime last summer that was at odds with the on of the most important merger procedure recommended practices . Immediately thereafter there was widespread complaint from the private sector, within and outside of India, with the majority using the ICN recommendations as a benchmark for their complaints. Last February, the Indian agency proposed implementing regulations that would bring the regime into greater conformity with the ICN recommendations.
- In countries like China that are just adopting merger control regimes, the ICN has been cited time and again by outside bodies commenting on various proposals. There was considerable interest by the Chinese government to understand and incorporate the ICN recommendations into their merger control regime.

34. As these examples show, the influence of the ICN, in terms of compliance to recommended practices has been so far limited to rules and regulations sometimes being out of line. There is no experience of applying ICN recommendations to actual cases. It might be difficult to do so for a consensual organization.

6. Is the ICN sufficient to guarantee convergence in international antitrust? The Microsoft example

35. The recent flurry of cases in various jurisdictions involving the Microsoft corporation clearly have repercussions for international markets. In such cases, different approaches to the assessment of liability and, particularly, the imposition of different remedies can give rise to spillovers in the sense that measures adopted in one jurisdiction can affect commercial decisions and/or the welfare of consumers in another jurisdiction.

36. In many cases, the spillovers will be positive in the sense that measures taken to protect competition in one market will also benefit consumers in other markets and will have no adverse effects. However, negative spillovers can also arise. To take an extreme example, the breaking up of a large international corporation as a result of a finding of abuse of dominant position in one jurisdiction might be deemed negative in another jurisdiction in which behavioral remedies for the alleged abuses are deemed sufficient. Yet once a corporation is broken up for the sake of one jurisdiction it may well, for practical purposes, be broken up in respect of the rest of the world.

37. The recent example of remedies implemented by various jurisdictions in respect of practices of the Microsoft corporation illustrates the extent of concerns that may arise in transnational abuse or monopolization cases where different jurisdictions impose differing remedies in respect of similar practices. As is well known, in the course of a number of related cases the competition authorities of the United States and the European Communities have taken different positions regarding aspects of Microsoft's conduct. In reviewing the EC decision²⁰, the Antitrust Division of the US Department of Justice issued a press release stating as follows:

“The U.S. experience tells us that the best antitrust remedies eliminate impediments to the healthy functioning of competitive markets without hindering successful competitors or imposing burdens on third parties, which may result from the EC's remedy. [...] Sound antitrust policy must avoid chilling innovation and competition even by 'dominant' companies. A contrary approach risks protecting competitors, not competition, in ways that may ultimately harm innovation and the consumers that benefit from it. It is significant that the U.S. district court considered and rejected a remedy [similar to that imposed by the EC] in the U.S. litigation.” (US Department of Justice, 2004)

38. In a related vein, in early December 2005, the Fair Trade Commission of Korea made public an order requiring Microsoft to sell in Korea a version of its Windows operating system that includes neither Windows Media Player nor Windows Messenger functionality, requiring Microsoft to facilitate consumer downloads of third party media player and messenger products selected by the Commission, and prohibiting Microsoft from selling in Korea a version of its server software that includes Windows Media Services. In response, the Antitrust Division of the US Department of Justice issued a press release stating as follows:

"The Antitrust Division believes that Korea's remedy goes beyond what is necessary or appropriate to protect consumers, as it requires the removal of products that consumers may prefer. The Division continues to believe that imposing 'code removal' remedies that strip out functionality can ultimately harm innovation and the consumers that benefit from it. We had previously consulted with the Commission on its Microsoft case and encouraged the Commission to develop a balanced resolution that addressed its concerns without imposing unnecessary restrictions. Sound antitrust policy should protect competition, not competitors, and must avoid chilling innovation and competition even by 'dominant' companies." (U.S., Department of Justice (2005))

39. Without taking a position on the substantive merits of the approaches taken by the three jurisdictions (the US, the EC and Korea), the foregoing exchanges illustrate clearly the potential for conflicts where different jurisdictions take different approaches in addressing transnational abuses of a dominant position (or monopolization). As emphasized by Campbell et al (1995), a minimum requirement to avoid conflicts in such cases is adherence to the well-known principle of national treatment (one of the founding principles of the WTO), which broadly requires that countries not impose burdens on foreign producers or products that they do not impose on their own firms/products.²¹ However, it is not clear that this, by itself, will answer all possible concerns, particularly where differences in the remedies imposed by particular jurisdictions result not from discrimination as such but from substantive differences in enforcement philosophies and approaches.

40. There are no simple solutions to such issues. It may well be that the answers will be found in further international discussions aimed at fostering intellectual consensus on the substantive issues involved in transnational abuses of a dominant position and related remedies. However, the potential for

20 The decision is briefly described in the paper in the sections on refusal to deal and on tying/bundling.

21 The application of the principle of national treatment in the WTO varies as between relevant agreements. See "The Fundamental WTO Principles of Transparency and Non-discrimination" (WT/WGTCP/W/118).

conflict in cases of abuses of a dominant position affecting multiple jurisdictions at least raises the possibility that something more than this - i.e. a system of international coordination - will eventually be needed.

41. Fox (2004), re-proposing the Draft international antitrust code she had contributed to develop back in 1993²², recalls that together with professor Lawrence Sullivan she had prepared at the time an alternative proposal, setting out 15 principles that would discipline the behaviour and the power of the International Antitrust Authority the Group had proposed. Principle 11 is particularly relevant to the issues raised by the Microsoft case:

“11. Contracting nations should be invited to assert in a proper case, that another nation’s enforcement will impair competition, efficiency or technological progress so as to undermine an important national or world interest. If the complaining nation has been unable to obtain satisfaction from the enforcing nation, it should be entitled to seek an order of non-interference from a panel of the International Antitrust Authority. The enforcing nation should be obliged to respect an order of non-interference.”

Commenting on principle 11, Fox (2004) adds:

“The main aspect of competition policy is: people have the freedom to compete and invent. Overbroad prohibitions can undermine competition. If proscribing jurisdictions always win out over authorizing jurisdictions, competition is impaired. If one jurisdiction proscribes conduct that another determines is good for competition, progress, markets and consumers, this constitutes a clash. ... The proposal is that the IAA (the International Antitrust Authority) resolve the clash ... by reasoned analysis ... Legitimate and respected resolutions will require a panel with expertise, impartiality and credibility.”

42. This is the type of clashes that the ICN might avoid through a process of substantive convergence. Should it fail to do so and should the problem of diverging decisions become serious, the need of a multilateral agreement on competition might well arise again.

7. Conclusions

43. In recent policy debates, the role of competition in economic policy has been widely questioned. In particular the uncertainties associated with competition have taken precedence over the opportunities that competition offers. In this paper I have described the contribution of competition policy to European prosperity and welfare. It all originates from the prominent place that competition had in the 1957 Treaty of Rome. In particular, competition provisions were needed to facilitate efficient market integration and break down barriers to internal trade. From this perspective, competition policy in the Treaty has clearly an international trade origin. However in the course of the fifty years since the Treaty entered into force, the role of competition was greatly enhanced, becoming one of the funding policies of an integrated Europe. And indeed competition policy and related institutions and expertise have played an important role in the accession of central and eastern European States to the European Community, with technical assistance helping to ensure substantive and procedural convergence.

44. Turning to the continuing (present-day) contribution of competition policy in Europe, this has three main dimensions: (i) the role of competition (antitrust) law enforcement in deterring business

22 International Antitrust Code Working Group, Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement (Published on July 10 1993), BNA Antitrust & Trade Regulation Report, Special Supplement, Volume 64, n. 1628 (Aug 19 1993).

practices that thwart competition and harm consumers; (ii) the role of the Commission in addressing government measures that can impede competition, thereby preventing realisation of the full potential benefits of market integration; and (iii) the treatment of state aid to industry (i.e., industrial subsidies). Antitrust enforcement deters cartels, anti-competitive mergers, and other practices that are manifestly harmful to consumer welfare. European membership promotes the adoption of effective antitrust enforcement also by domestic authorities. Regarding liberalization, competition has encouraged reforms that have advanced the interests of consumers and also provided enhanced flexibility for suppliers in key sectors, especially private services and public utilities. To be sure, the process of competition-oriented reforms is not yet complete; continuing efforts and policy adaptation will be needed to realise the full potential benefits for European citizens. In regard to State aid, the enforcement of European provisions has ensured that the use of subsidies does not distort competition in the unified market.

45. Competition policy however was not only an instrument of European integration, but also a strategy for international relations. As is well know the 1948 Havana charter was never completed and the competition discipline that was to accompany trade liberalization never materialized. The Commission pushed very strongly the trade and competition agenda within the WTO, proposing competition as one of the four new issues over which the 1996 WTO Singapore intergovernmental conference decided that there was a prospect for negotiations to start. The Commission strategy, as it had been explained in those years, was clearly to use international constraints on antitrust enforcement to force market access. The opposition to this project by the United States led eventually to the Doha declaration that greatly restricted the scope for negotiations. In 2004 the whole dossier, especially because of the opposition of a number of developing countries, was put in a limbo.

46. In 2000, understanding that the WTO option was difficult or at most slow in leading to positive results, the Commission accepted the US proposal to create the International Competition Network. This virtual organization was going to become in a few years a very important and successful centre for the creation of convergence on substantive and procedural issue in antitrust enforcement worldwide. The need for the adoption of more binding trade instruments has not necessarily been eliminated by the ICN. Soft voluntary convergence may indeed eliminate all the problems of contradictory decisions by several jurisdictions. It is not guaranteed that it will. Should the need come up again, the WTO option will come back from the limbo where it has been parked since 2004.



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA 10 y 11 de septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

-- Sesión I: Disposiciones sobre competencia de los acuerdos comerciales regionales --

Política de competencia como una herramienta de la Política Exterior de la UE: multilateralismo, bilateralismo y convergencia voluntaria

Alberto Heimler

Director de Autorità garante della concorrenza e del mercato (Italia)

En el grupo de los miembros de la UE existentes y futuros, la política de competencia ha sido el hilo conductor de la integración de la CE. Asimismo, el enfoque de la CE representa el estándar por el que se evalúa a los futuros miembros. Los cambios institucionales necesarios se negocian bilateralmente país por país. Se proporciona asistencia técnica para ayudar al cumplimiento y el sistema demostró ser bastante efectivo. Por lo que respecta a los países en desarrollo, en 1996 se ha iniciado un enfoque multilateral sobre competencia en la reunión intergubernamental de la OMC en Singapur. Tras cinco años de estudio, no se consiguió un consenso para iniciar negociaciones sobre un acuerdo internacional sobre competencia. Cada vez más se adoptan las recomendaciones de mejores prácticas en la red de competencia internacional, la red virtual de autoridades de la competencia fundada en 2001 por un grupo de jurisdicciones destacadas, incluyendo la Comisión Europea. Están influenciando la legislación y la aplicación de estas prácticas a escala mundial. Sin embargo, para muchos temas relevantes, como las fusiones multijurisdiccionales o el abuso de posición dominante con respecto a una conducta que produce efectos en varias jurisdicciones, pueden necesitarse algunos instrumentos multilaterales vinculantes, en el caso de que las decisiones discrepantes se vuelvan más comunes.

1. Introducción

1. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, se diseñó para conseguir un mercado unificado a través de los seis países miembros fundadores, con la idea de que, tras dos guerras mundiales, ambas originadas en Europa, la integración económica

representaría la solución más efectiva para evitar guerras y conflictos. En vez de obligar a Alemania a convertirse en un país agrícola, una solución que se debatió brevemente tras el fin de la guerra, la influencia de Kelsen (1944)¹ condujo a la construcción de un sistema que perseguía la integración con una combinación de instrumentos políticos y jurídicos. Una zona de comercio libre no se consideraba suficiente. La ambición de los fundadores de las Comunidades Europeas era crear un escenario institucional gobernado por el estado de derecho para limitar a los países miembros y asegurarse de que los objetivos del Tratado no se dejasen de lado. Según el Tratado, la Comisión era el guardián del Tratado y el Tribunal de Justicia europeo la corte suprema del mercado unificado.

2. Este escenario institucional articulado era necesario porque, junto con la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias², el Tratado introdujo un sistema de obligaciones jurídicas, especialmente diseñado para controlar la potestad reguladora de los Estados miembros, que acompañaría la liberalización del mercado, garantizando que se alcanzase el objetivo de la integración del mercado. Las normas de competencia no estaban hechas para impedir las restricciones privadas dirigidas a segmentar mercados nacionales y, por lo tanto, evitando la creación del mercado común. Algunas disposiciones adicionales evitaron que los gobiernos mantuviesen o introdujesen reglamentos proteccionistas aislando los mercados nacionales o que se beneficiasen de empresas con subvenciones estatales anticompetitivas. Ninguna otra organización internacional (ni ningún otro país) tenía una cartera similar de instrumentos dirigidos a conseguir un mercado integrado y unificado.

3. De hecho, uno de los objetivos del Tratado, junto con la creación del mercado interno, era mantener una competencia leal y no falseada en Europa (artículo 2f del Tratado de Roma y artículo 3g del Tratado de Maastricht). Esto ya no es así. De acuerdo con la reciente deliberación del Consejo de Lisboa en diciembre de 2007, se ha restado importancia a la competencia y ya no se cita explícitamente entre los objetivos del Tratado. Este desinterés se ha justificado con el deseo de crear una mayor transparencia y una mejor articulación entre los objetivos y los instrumentos. El problema es que otros objetivos se han mantenido en el Tratado que, como la competencia, claramente no son objetivos finales. Por ejemplo, la creación de un mercado interno tampoco se puede considerar como un objetivo final.

4. El argumento de que se ha restado importancia a la competencia porque era más un instrumento que un objetivo demuestra muchas cosas. Debe haber otras justificaciones. De hecho, la revisión del Tratado se inició con la pregunta ‘¿Qué ha hecho la competencia por Europa?’ realizada por el recientemente elegido presidente Sarkozy³. La eliminación de la competencia del artículo 3 tiene su origen en un juicio negativo implícito sobre el papel de la competencia en Europa. Este juicio parece ser compartido por la mayoría del Consejo. Es cierto que el Protocolo 27 sobre el mercado interno y la competencia reconoce que “el mercado interno incluye un sistema que garantiza que la competencia no esté falseada”, pero, políticamente, el hecho de que la competencia ya no esté en el artículo 3, sino en el Protocolo 27, debe tener una consecuencia, que aún no se ha visto. Jurídicamente no ha cambiado nada.

5. La competencia ha sido la fuerza motriz de la integración europea, pero también tuvo una dimensión en política exterior, como un estándar que se imponía a los países candidatos y al mundo en general. Por lo que respecta a los nuevos miembros, la competencia ha sido una disciplina que se les ha

1 Ver Kelsen, H.: *La paz por medio del derecho* (trad. Luis Echávarri), Madrid: Trotta Editorial, 2003. [Hans Kelsen (1944) *Peace through law*, Chapel Hill: University of North Carolina press]. Kelsen propuso para todo el mundo un sistema muy similar al adoptado en Europa.

2 Las barreras no arancelarias se eliminaron con la consecución del mercado interior en enero de 1993.

3 Por ejemplo, en la Cumbre de la CE en junio de 2007, el recientemente elegido Presidente de Francia, NICHOLAS SARKOZY, según se dice, dijo “La competencia es como una ideología, como un dogma, ¿qué ha hecho por Europa?”. Ver FINANCIAL TIMES (2007).

impuesto y un capítulo importante con el que evaluar si una adhesión era apropiada. En cuanto al antimonopolio internacional, la Comisión intentó primero sugerir un enfoque multilateral de aplicación de antimonopolios, pero la comunidad internacional no estaba preparada. La Comisión contribuyó a fundar la red internacional de competencia, un ejercicio de convergencia voluntaria. Este ensayo se centra primero muy brevemente en el papel de la competencia de forma interna y luego describirá las iniciativas más importantes que llevó a cabo la Comisión en el ámbito internacional.

2. El papel de la competencia en la CE

6. Aunque el desarrollo de Europa estaba dirigido por un objetivo de integración de mercado, esto no implica que se ignorasen los beneficios normales de la competencia (precios más bajos, mayores cantidades, mejora en el progreso técnico, diferenciación de productos más amplia, etc.). De hecho, se ha interpretado que el mercado interno y la competencia son la misma cosa, como se refleja, por cierto, en la redacción del Protocolo 27 al Tratado de Lisboa donde se menciona que “el mercado interno incluye un sistema que garantiza que la competencia no sea falseada”.

7. Por supuesto, no se esperaba el importante papel que la competencia ha desempeñado en el Tratado. Al igual que el mercado interno, el régimen de la competencia también está obstaculizado por el reglamento proteccionista y una conducta privada restrictiva. El Tratado con sus disposiciones y sus instituciones ha sido la respuesta correcta a estos desafíos desde una perspectiva de economía política. Como argumenta Mancur Olson en 1982,⁴ las sociedades estables con fronteras sin alterar son particularmente propensas a acumular con el tiempo disposiciones proteccionistas y asociaciones privadas dirigidas a promocionar la colusión. El proceso político por el que se produce evolución depende estrictamente del hecho de que se concentran intereses especiales y se benefician sustancialmente de cualquier restricción de la competencia. Por otro lado, los que salen perdiendo con estas restricciones están dispersos por nuestras sociedades, cada uno perdiendo una cantidad mínima, de modo que, individualmente, no tienen muchos incentivos para contrarrestar los esfuerzos de organizaciones con intereses especiales. Sólo mediante la organización de sus propias coaliciones, los que salen perdiendo pueden contrarrestar la actividad de los demás *lobbies*. Sin embargo, puede resultar difícil que tengan lugar estas coaliciones, ya que los participantes pueden cambiar según el tema implicado, del mismo modo que el coste organizativo de formación de una coalición puede ser tan oneroso que haga que no valga la pena el esfuerzo. Asimismo, los intereses especiales tienen un interés dominante en un tema, mientras que el resto de sociedades persiguen varios objetivos diferenciados. Esto es el motivo por el que apenas se oye la voz de los consumidores en el debate político y, lo que es aún más importante, el motivo por el que se escuchan los intereses especiales con tanta atención.

8. En el análisis de Olson, el libre comercio, la apertura de mercados, los cambios exhaustivos en el orden social, las perturbaciones políticas, las guerras y las destrucciones tienden todos ellos a eliminar las coaliciones distributivas existentes, facilitando que la competencia funcione en beneficio de los consumidores y de la sociedad en general. Sin embargo, el problema con estos choques estructurales es que, excepto el libre comercio, son en realidad excepcionales y no pueden ser invocados ante un dispositivo disciplinario. Asimismo, el libre comercio, que a primera vista parece ser un instrumento general, no es en sí mismo neutral con respecto a las coaliciones proteccionistas existentes. Por ejemplo, una política de libre comercio afectaría sólo a mercados abiertos a importar competencia, pero no ejercería mucha influencia en mercados de ámbito local. Por lo tanto, para promover y mantener la competencia en todos los mercados, el libre comercio no es suficiente.

4 Ver Olson, M.: *Auge y decadencia de las naciones: crecimiento económico, estagflación y rigidez social* (trad. Juan Andrés Iglesias), Barcelona: Ariel, 1986. [Mancur Olson, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation and Social Rigidities*, Yale University Press.]

9. Frederick Hilmer, en el Informe Australiano de 1993 sobre “Política nacional de competencia” del Comité Independiente de Investigación, sugiere que la mejor opción para obtener apoyo para la legislación dirigida a la competencia es adoptar una norma constitucional de naturaleza general. En realidad, los intereses especiales no encuentran incentivos suficientes para organizarse y pelear por una norma general que no es probable que les afecte directamente. De hecho, mientras se discute una norma constitucional que, por ejemplo, forzase la introducción de cualquier reglamento restrictivo que se justifica por el interés general, los intereses especiales no se ven particularmente afectados. En concreto, incluso pueden sorprendernos los partidarios de estas normas que se aplicarían a temas “menores”, como es el caso de las normas que regulan las profesiones, el comercio minorista u otras actividades y que, generalmente, no se consideran de importancia primaria. Además, si bien a todo el mundo le gustaría convertirse en un vendedor monopolista, también le gustaría, al mismo tiempo, ser cliente de un sector competitivo. Este el motivo por el cual el incentivo para formar una alianza global frente a una obligación constitucional basada en el principio de competencia es bastante débil.

10. En el momento de firmar el Tratado, la única oposición verbal fue la de los fabricantes, en algunos países protegidos con tarifas de hasta el 50%. Se alcanzó su consenso con la referencia al mercado más amplio que estaba creando el Tratado y con las mayores oportunidades de negocio asociadas a él. Cualquier otra categoría permanecía en silencio. Por otro lado, cuando en el transcurso de los años se tomaba una medida en contra de una norma proteccionista concreta, la categoría afectada protestaba enérgicamente, a veces con éxito. Dada la fuerte oposición frente a cada medida de liberalización que la Comisión emprendía, una explicación más realista de la ausencia de oposición por parte de la comunidad empresarial a la firma del Tratado era que la Comunidad Europea era una construcción abstracta y distante y que había un acuerdo general que no marcaría mucho la diferencia.

11. De hecho, en 1957 la competencia no se consideraba en general como una herramienta importante de política y fue así durante varios años después. Esta es probablemente la razón por la que los gobiernos no consideraron necesario controlar estrictamente la aplicación de las normas de competencia y dejaron la aplicación de dichas normas a la Comisión, no al Consejo de Ministros. El Tratado, probablemente debido a la importancia de antimonopolio no se apreció completamente, aisló la aplicación antimonopolio del control político y situó la toma de decisiones de la Comisión bajo el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Como consecuencia, el Tribunal asumió la tarea de convertirse, a través del papel jurisdiccional que desempeñaba en la aplicación de la ley de competencia, en la clave para mejorar la integración europea. El Tribunal no se limitó a una visión cerrada de la política de competencia. Siguiendo a la Comisión, el Tribunal fomentó cada interpretación amplia de las normas del Tratado, estableciendo los cimientos para los desarrollos importantes que la política de competencia, tanto en cuando a las medidas de liberalización como a la aplicación antimonopolio, tendría en la Comunidad⁵.

12. Los desarrollos a nivel europeo también han influido en la evolución de las características institucionales de los Estados miembros y, cincuenta años después de firmar el Tratado de la UE, todos los Estados miembros tienen una ley de competencia y una estructura institucional muy similar en esencia (y procesalmente) a la europea. La imitación de un modelo con mucho éxito fue la fuerza motriz de estos desarrollos positivos, con la necesidad de una mejor cooperación en la red de autoridades europeas de la competencia que desempeñan papel de refuerzo adicional. En el ámbito antimonopolio, el consenso sobre disposiciones esenciales y diseño institucional tiene su origen principalmente en la elección deliberada de un modelo eficiente. Asimismo, los Estados miembros, equipados con un régimen de competencia alineado con el europeo, podían desempeñar un papel más influyente en la toma de decisión europea sobre asuntos de competencia, reforzando de ese modo el camino para adaptarse al modelo europeo.

5 Consultar David Gerber (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press.

3. Normas de competencia, los nuevos Estados miembro y el papel de la Comisión Europea

13. Justo después de la caída del comunismo en 1989, la Comisión Europea comenzó un proceso de asistencia técnica bilateral a corto plazo con los antiguos países de Europa del Este. El programa fue bastante costoso, pero fue bastante ineficaz porque la Comisión contó con asesores externos, en la mayoría de los casos profesores universitarios con una vaga experiencia en el trabajo de una administración estatal. Asimismo, como los proyectos eran a corto plazo, los asesores sólo tuvieron en los mejores casos una visión general de las circunstancias específicas de los beneficiarios y, como resultado, sus consejos no fueron muy útiles. En 1998, como consecuencia de estas deficiencias, la Comisión inició los “proyectos de hermanamiento”. Estos proyectos (hubo alrededor de unos 1000) cubrieron todas las áreas de interés comunitario y se han dirigido a sectores como la agricultura, aduanas, cooperación de policía y, por supuesto, competencia y ayuda estatal. Trece de estos proyectos han sido sobre política de competencia y de ellos se han beneficiado Bulgaria, Croacia, Estonia, Lituania, Macedonia, Malta, Rumanía, Polonia y la República Checa. La idea que había detrás de estos proyectos era entrenar a la administración de un país beneficiario con la ayuda de una administración de un Estado miembro en relaciones a largo plazo, cuyo objetivo era conducir a la administración en cuestión hacia el “estándar europeo”. En la práctica, eso no sólo significaba convergencia con respecto a la ley “dura”, que era la parte más fácil, sino también a propósito de la ley blanda, sobre asuntos organizativos y sobre la aplicación de la ley. Mientras que los consejos bilaterales a corto plazo utilizados antes de 1998 eran un ejercicio excepcional, esta relación a largo plazo entre administraciones hermanas tuvo bastante éxito debido a que la asistencia se ajustó a las necesidades del beneficiario y se siguieron las sugerencias sobre políticas, tanto por la administración del Estado miembro como por la Comisión.

14. Mi experiencia con estos proyectos (la Autoridad Italiana de Competencia condujo o fue responsable de forma activa del componente de competencia en cuatro de los trece proyectos) es que su éxito estuvo relacionado con el hecho de que estaban dirigidos por la demanda. Había una demanda de suministro técnico. Los Estados miembros compitieron para suministrar los servicios que el beneficiario necesitaba. Se redactaba un convenio con todos los detalles del proyecto, incluyendo una indicación precisa de los resultados que se debían alcanzar y firmar por las administraciones de los dos países junto con la Comisión.

15. Es cierto que la conclusión con éxito de estos proyectos fue bastante importante para los países que deseaban entrar en la UE, porque le indicaba a la Comisión que en un tema específico ese país había alcanzado el estándar europeo y que, por lo tanto, estaba preparado para la adhesión. Por ende, existía en cierto sentido el riesgo de que la demanda de asistencia técnica estuviese conducida por un objetivo político más que por un objetivo de modernización y que el beneficiario intentase cumplir con el estándar europeo sólo formalmente. Por supuesto, a veces, este era el caso. En muchos otros, y según mi experiencia se daba la mayoría de las ocasiones, había un deseo sincero por parte del beneficiario de modernizarse y no sólo para cumplir pasivamente con las normas y los reglamentos de la CE para conseguir luz verde para la adhesión.

16. El principal objetivo de estos ejercicios de hermanamiento era también fomentar una aplicación efectiva de la ley antimonopolio y no sólo que las correctas disposiciones esenciales estuviesen en funcionamiento. Esto ha significado garantizar que las disposiciones jurídicas se interpretasen según el estándar Europeo y de una forma que redujese la posibilidad de errores, tanto prohibiendo indebidamente que no fuese anticompetitivo y dejando pasar incorrectamente prácticas anticompetitivas. Asimismo, los asuntos procesales también eran importantes, como era el caso de garantizar la correcta defensa de empresas acusadas de una violación antimonopolio y garantizando transparencia, así como temas organizativos, como conseguir y mantener personal de alta calidad, organizar la autoridad de forma que

garantizase un proceso de toma de decisiones eficiente, asegurando que existían recursos suficientes para los casos más serios, etc.

17. Más en general, mediante acuerdos de cooperación y libre comercio, la Comisión ha fomentado la adopción de normas de competencia basadas en el enfoque de la CE, no simplemente para permitir la adhesión a la UE. Un estudio de la OECD de 86 acuerdos regionales que incorporaban disposiciones sobre políticas de competencia identificó dos grandes “familias” de estos acuerdos, una asociada a los enfoques de la CE y otra a los norteamericanos (estilo de la NAFTA)⁶. Mientras Anderson y Evenett (2006)⁷ sugieren que esta caracterización es demasiado simplista, sin embargo, está claro que la CE ha utilizado estos acuerdos de cooperación y otros de forma efectiva como un vehículo para fomentar la adopción de normas del estilo de la CE internacionalmente. Como resultado, las normas con las que se encuentran los negocios de la CE que operan en el extranjero son más similares que aquellas con las que ya están familiarizados - un beneficio importante para las empresas europeas en una economía globalizada.

4. El esfuerzo de la OMC para incorporar la competencia en los acuerdos de comercio

18. En la amplia comunidad internacional, el número de jurisdicciones que ha adoptado una ley de competencia aumentó sustancialmente en los últimos años. La creciente importancia de la aplicación de la ley antimonopolio a nivel mundial condujo a la Comisión Europea a mediados de la década de los noventa a lanzar un número de iniciativas que tuvieron el objetivo de limitar de algún modo a las administraciones nacionales en su interpretación de sus leyes internas antimonopolio. En concreto, la conferencia intergubernamental de la OMC en 1996 en Singapur, aprovechando una propuesta de la Comisión Europea, creó un grupo de trabajo para “estudiar temas planteados por los Miembros en relación a la interacción entre comercio y política de competencia”. La misión del grupo era muy abierta, pero está claro a partir de algunos discursos de representantes de la Dirección General de Competencia que la agenda era muy ambiciosa. Jean-François Pons, director general adjunto de la Dirección General de Competencia en ese momento, en un discurso que pronunció en Roma en 1995⁸, se refiere a la posibilidad de que se negocie un acuerdo multilateral sobre competencia en la OMC, en el que los países se comprometan a adoptar un conjunto mínimo de normas antimonopolio y estén sujetos a un mecanismo de solución de diferencias. Pons (1995) no va más allá, pero en su intervención en Roma cita varias veces el Informe de 1995 sobre “Política de competencia en el nuevo orden de comercio: reforzando la cooperación internacional y las normas” redactado por un grupo de tres expertos externos⁹ y cinco expertos de la Comisión¹⁰ en el que se hace una referencia clara a la posibilidad de que el acuerdo plurilateral sobre competencia propuesto también trate las controversias en la forma en la que una jurisdicción decide sobre casos antimonopolio específicos, un tema que suscita muchas preocupaciones en los años siguientes.

6 Consultar Solano, Oliver and Andreas Sennekamp (2006), *Competition Provisions in Regional Trading Agreements*, OECD Trade Policy Working Paper No. 31.

7 Anderson, Robert D. and Simon Evenett (2006), *Incorporating Competition Elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis*, Internet: <http://www.evenett.com/working/CompPrincInRTAs.pdf>.

8 Jean-François PONS, Règles, Institutions et Relations internationales: Politique de concurrence et développement des échanges : pour un renforcement significatif de la coopération, Rome, 20-21/11/1995.

9 Ulrich Immenga, Frédéric Jenny y Ernst-Ulrich Petersmann.

10 Claus-Dieter Ehlermann, Roderick Abbott, François Lamoureux, Jean- François Marchipont y Alexis Jacquemin.

19. De hecho, Estados Unidos hizo un primer intento en esa dirección (al que más tarde se unió la Comisión Europea y México) con el diferendo de Fuji-Kodak de la OMC. En esa controversia, iniciada en 1996 y finalizada en 1998¹¹, el gobierno de Estados Unidos alegó que Japón estaba impidiendo un acceso eficiente de las películas Kodak en el mercado japonés al no aplicar las leyes antimonopolio japonesas frente a Fuji y permitir acuerdos exclusivos de distribución entre Fuji, el rival japonés de Kodak, y las mayoría de las tiendas minoristas en Japón. La crítica fue incluso más fundamental y el gobierno de Estados Unidos argumentaba que "todo el sistema minorista de Japón dejaba a la competencia extranjera con una desventaja injusta"¹². Sin embargo, el informe del grupo especial de solución de diferencias está basado en su mayor parte en consideraciones de justicia y equidad y, en concreto, en comparaciones de las cuotas de mercado de Kodak en Japón y de las cuotas de mercado de Fuji en Estados Unidos. Sin duda, se incluyeron consideraciones antimonopolio en el informe. En concreto, el grupo especial reconoció que las normas japonesas (incluyendo su ley antimonopolio) no discriminaba a las empresas extranjeras y, por lo tanto, Estados Unidos no podía cuestionarlas.

20. La esencia del problema, es decir, si una nación violaba las normas del GATT/OMC porque no aplicaba sus leyes antimonopolio frente a prácticas privadas que pudiesen limitar su mercado interno, no tuvo lugar en el diferendo Kodak-Fuji. El problema era que el antimonopolio moderno sólo considera restrictivos los acuerdos exclusivos de distribución en circunstancias específicas. Y, de hecho, habría sido casi imposible para un grupo especial de la OMC argumentar, contrariamente a las conclusiones de la agencia de la competencia, que los consumidores japoneses realmente sufrían por la práctica objeto del litigio. Por desgracia, el grupo especial de la OMC hizo frente a este tema y no lo trató.

21. Sin embargo, el debate despertado por el caso Kodak-Fuji y, lo que es más importante, las discusiones en el Grupo de Trabajo de la OMC no pudieron erradicar todas las preocupaciones y en la reunión de la OMC en Doha en 2001, los ministros proporcionaron más aclaraciones sobre la misión del grupo:

“23. Reconociendo el caso de un marco multilateral para mejorar la contribución de la política de competencia al comercio y desarrollo internacional y la necesidad de mejorar la asistencia técnica y el desarrollo del potencial en esta área según se indica en el párrafo 24, acordamos que las negociaciones tengan lugar tras la Quinta Sesión de la Conferencia Ministerial a partir de una decisión que se tomará, con consenso explícito, en esta sesión sobre las modalidades de negociación.

24. Reconocemos las necesidades de los países en desarrollo y los países menos desarrollados para mejorar el apoyo de asistencia técnica y de desarrollo de potencial en esta área, incluyendo un análisis y desarrollo de la política para que puedan evaluar mejor las implicaciones de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo y el desarrollo humano e institucional. Con este fin, trabajaremos en cooperación con otras organizaciones intergubernamentales relevantes, incluyendo la UNCTAD, y mediante los canales regionales y bilaterales apropiados, para proporcionar una asistencia fortalecida y con los recursos adecuados para responder a dichas necesidades.

25. En el periodo hasta la Quinta Sesión, el cometido del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre el Comercio y la Política de Competencia se centrará en aclarar: los principios básicos, incluyendo la transparencia, la no discriminación y la justicia procesal, y las disposiciones en los cárteles graves; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el afianzamiento de instituciones de competencia en los países en desarrollo mediante el desarrollo del potencial. Se tendrán muy en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y de los países menos desarrollados participantes, así como la flexibilidad apropiada estipulada para tratarlos.

11 Consultar http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds44_e.htm.

12 Nelson, Emily. *The Wall Street Journal*. "Presentation of Data in Kodak's case against Japan and Fuji delayed by US" Sep. 20, 1996 Sec B, p.4

22. Como reconocieron Clarcke y Evenett¹³ (2005), el párrafo 25 de la Declaración mueve el foco lejos de los temas de acceso al mercado y exige al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre el Comercio y la Política de Competencia de la OMC que se centre en los cárteles graves, un área casi sin tocar en las discusiones iniciales. De hecho, como había indicado Pons (1995), el objetivo original de la Comisión estaba directamente relacionado con alcanzar resultados específicos en los casos antimonopolio internos, especialmente en restricciones de competencia originadas de restricciones verticales y de conductas unilaterales abusivas. En el transcurso de las discusiones en el grupo de trabajo de la OMC y en la OECD se había hecho patente que estos resultados habrían sido imposibles de conseguir, dada la naturaleza judicial de las decisiones antimonopolio y el enfoque de jurisprudencia tan común en antimonopolio.

23. Incluso con esta gran reducción en el ámbito de los objetivos perseguidos en una negociación multilateral, no había apoyo para ello y el "paquete de julio" del Consejo General de la OMC en 2004 puso el asunto entero del comercio y la competencia en un limbo. Como sugirieron Anderson y Jenny (2005), la decisión del Consejo General deja abierta la posibilidad de reanudar el trabajo en esta área en la siguiente conclusión de la OMC de la Ronda de Doha. Cómo de probable es esto, no está claro en este punto.

24. Ya en 1948, la Carta de la Habana habría exigido a los países que se tratasen las prácticas de negocio restrictivas transnacionales autorizando a la entonces propuesta Organización Internacional de Comercio a "tomar todas las acciones correctivas posibles"¹⁴ frente a ellas. Como es sabido, la Carta de la Habana nunca se adoptó, como resultado de la falta de apoyo del gobierno de Estados Unidos. Desarrollos muy similares han caracterizado este intento reciente para iniciar negociaciones sobre asuntos antimonopolio. Como argumenta Fox (2006):

“Aunque contando con muy fuerte apoyo de la UE, la propuesta antimonopolio careció del apoyo de los Estados Unidos, que temía una transferencia de poderes a una burocracia global y una ley de mínimo común denominador, y los países en desarrollo se oponían porque temían un caballo de Troya que abriría las compuertas a importaciones y que los desarmaría para proteger los intereses de sus naciones”.

25. Lo que se puede concluir es que este resultado ha sido una derrota para la Comisión, considerando todas las esperanzas que se habían puesto en el proyecto. El problema no era tanto que Estados Unidos no se entusiasmasen con el proyecto original, porque la crítica estadounidense era fácil de manejar y, de hecho, con el transcurso de los años los objetivos de las posibles negociaciones cambiaron considerablemente, acomodando la mayor parte de los problemas que Estados Unidos había identificado. La principal crítica de las autoridades de Estados Unidos al proyecto original de la UE era que las leyes antimonopolio eran aplicadas por jueces y habría sido contrario a cualquier principio de ley para hacer responsables a los gobiernos, en el caso de que una sentencia (no una disposición jurídica) se considerase insatisfactoria por un país extranjero. Y, de hecho, la declaración de Doha de 2001 limita correctamente a los cárteles fuertes la posibilidad de imponer que estuviesen prohibidos por leyes nacionales. Lo que condujo a la derrota del expediente de comercio y competencia era la oposición de los países en desarrollo. Argumentaban que cualquier negociación sobre antimonopolio sólo ayudaría al mundo desarrollado y a sus multinacionales, una posición política que no se podía solucionar en un punto tardío del proceso, es decir, tras casi diez años de discusión. Si la Comisión (y los Estados miembros) hubiese comenzado con una agenda mucho menos ambiciosa pero factible, dirigida a ayudar a los países en desarrollo en sus esfuerzos para introducir un sistema de ley de competencia interna (como reconoce implícitamente la declaración de Doha), habría habido mayores oportunidades para que floreciese el expediente de comercio y competencia.

13 The State Secretariat of Economic Affairs and Simon Evenett (EDS.), *The Singapore issues and the world trading system: The road to Cancun and beyond*, World Trade Institute, Junio 2003

14 Consultar Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio, Capítulo 13.

5. La Red Internacional de Competencia y la agenda de cooperación

26. En febrero de 2000 el Comité Consultivo de Política de Competencia Internacional publicó su informe final que establece recomendaciones para agencias de competencia de todo el mundo, diseñadas para reforzar la aplicación de fusiones y mejorar la cooperación para tratar las restricciones privadas de competencia que impidan el acceso al mercado. Sobre el tema de la intersección de la política de comercio y competencia, como se indica en el comunicado de prensa del Departamento de Justicia,¹⁵

“el informe recomienda un mayor desarrollo de acuerdos bilaterales con disposiciones de "cortesía positiva" (que permite a un país afectado por prácticas anticompetitivas solicitar que el país en el que la conducta alegada está ocurriendo inicie una acción de aplicación apropiada), así como el uso de herramientas de aplicación extraterritorial cuando sea necesario. Además, el informe argumenta que también se necesitan esos nuevos enfoques multilaterales, aunque no ve a la OMC como el lugar natural para todas las iniciativas de políticas de competencia globales. En su lugar, propone una nueva Iniciativa de Competencia Global para tratar la amplia agenda de competencia global”.

27. En concreto, el informe recomendaba que “Estados Unidos explorase el ámbito para colaboraciones entre los gobiernos y organizaciones internacionales interesados en crear un nuevo punto de reunión donde los funcionarios, al igual que las empresas privadas, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y otros puedan consultar sobre materias relativas a la ley y a la política de competencia”¹⁶.

28. En septiembre de 2000, Joel Klein, en ese momento ayudante del fiscal general para antimonopolio, al hablar en Bruselas en el 10º Aniversario del reglamento de fusiones de la CE, llevó las recomendaciones del ICPAC más allá, sugiriendo que “ocurriese lo que ocurriese con el antimonopolio en la OMC (...), deberíamos movernos en la dirección de una Iniciativa de Competencia Global”. Más concretamente, sugirió que “las jurisdicciones interesadas junto con las entidades internacionales que ya pensaban en estos temas, como por ejemplo la OECD, la OMC, la UNCTAD, el Banco Mundial y otras podían establecer un grupo de trabajo conjunto, primero para intercambiar información y puntos de vista (por ejemplo, sobre actividades en marcha y planeadas, retos comunes, enfoques que cada uno está tomando para fomentar prácticas de aplicación sólidas, las áreas más polémicas, mayores oportunidades de cooperación, etc.) y luego para explorar por completo una Iniciativa de Competencia Global con las directrices establecidas en el informe ICPAC”¹⁷. Mario Monti, en ese momento comisionado de la CE para competencia, al hablar en la misma conferencia, secundó la sugerencia del ayudante del fiscal general Klein de crear un nuevo foro para tratar los retos internacionales de la aplicación antimonopolio.

29. Un año más tarde, en octubre de 2001, al encontrarse en la conferencia de Fordham sobre antimonopolio internacional en la ciudad de Nueva York, un grupo de funcionarios de la ley antimonopolio de 14 jurisdicciones¹⁸ creó la Red Internacional de Competencia (RIC), con el objetivo de convertirse en “una red informal de agencias antimonopolio de países desarrollados y en desarrollo que tratarán temas de política y aplicación antimonopolio de interés común y formularán propuestas para una convergencia

15 Consultar el comunicado de prensa del Departamento de Justicia disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/4272.htm>.

16 Consultar Joel Klein (2000), “Time for a global competition initiative?”, charla en EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Bruselas, Bélgica, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6486.htm>

17 Consultar el informe ICPAC en la página 282.

18 Las autoridades fundadoras de la RIC procedían de Australia, Canadá, la Unión Europea, Francia, Alemania, Israel, Italia, Japón, Corea, México, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos y Zambia.

procesal y esencial mediante una agenda y estructura orientada a los resultados”¹⁹. La RIC se estaba convirtiendo rápidamente en el foro mundial para la convergencia de prácticas de aplicación de la ley antimonopolio. Seis años después de su fundación, la RIC tiene más de 100 miembros, un claro signo de su éxito.

30. En la RIC hay tres grupos de trabajo, cuya misión es identificar las mejores prácticas en el control de fusiones, en la identificación del comportamiento de cártel y en el abuso de posición dominante. Asimismo, hay un grupo de trabajo, el grupo de implementación de la política de competencia, que tiene como objetivo superar los retos a los que los países en desarrollo se enfrentan al construir una autoridad antimonopolio eficiente y una práctica de aplicación efectiva.

31. Estos buenos resultados se deben principalmente a la eficiencia organizativa. La RIC es una organización virtual que funciona sin secretariado. Cada informe es escrito por miembros o asesores no gubernamentales que trabajan para la RIC como voluntarios. Las discusiones se mantienen a través de llamadas de conferencia y cualquier agencia que lo desee puede participar. La toma de decisiones es sólo para miembros (es decir, autoridades antimonopolio) y es consensual.

32. Por supuesto, las agencias más grandes, como el departamento de justicia de Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos y la Comisión Europea, tienen más recursos que el resto y, por lo tanto, puede poner a más gente a trabajar en temas de la RIC que el resto de las agencias. Sin embargo, el hecho de que la toma de decisiones sea consensual representa una salvaguardia muy importante que permite tener en cuenta incluso a agencias muy pequeñas. Y, de hecho, en muchos casos el poder de veto de las agencias pequeñas se ha utilizado con éxito. Por supuesto, según pasa el tiempo, en la RIC se tratan temas más difíciles, estableciendo barreras para el acceso de pequeñas agencias. En este sentido aumenta el riesgo de que sean excluidas. Sin embargo, el hecho de que la RIC fue creada para garantizar la convergencia en la aplicación antimonopolio especialmente en los países en desarrollo mantendrá el incentivo adecuado en la parte de la mayoría de las agencias desarrolladas para atraer a las pequeñas y asegurarse de que participen activamente.

33. La RIC publicó más de 100 prácticas recomendadas a agencias miembros sobre temas como el control de fusiones, cárteles, abuso de posición de poder, banca, telecomunicaciones, defensa, etc. Estas prácticas no son vinculantes y se deja a los gobiernos y agencias que las implementen como consideren apropiado. En los seis últimos años desde que se adoptaron las recomendaciones, se han ido convirtiendo en el punto de referencia que las agencias y el sector privado utilizan al adoptar regímenes para adaptarse a ellas. Tres ejemplos recientes resaltan la influencia de las prácticas recomendadas en un procedimiento y revisión de fusión.

- Durante los dos últimos años Corea ha realizado cambios significativos en sus límites de notificación de fusión y con esto indicaba públicamente su deseo de conciliar la ley nacional con las Prácticas recomendadas para la notificación de fusión y procedimientos de revisión.
- En otro caso, India adoptó un régimen de fusión el pasado verano que estaba en conflicto con una de las prácticas recomendadas más importantes del procedimiento de fusión. Inmediatamente después hubo una queja generalizada del sector privado, dentro y fuera de India, y la mayoría utilizaba las recomendaciones de la RIC como punto de referencia para sus quejas.
- En países como China, que sólo están adoptando regímenes de control de fusiones, la RIC ha sido citada una y otra vez por las entidades externas comentando varias propuestas. Hubo

19 Consultar el “[Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn/operational-framework)”, en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn/operational-framework>

un interés considerable por parte del gobierno chino de entender e incorporar las recomendaciones de la RIC en su régimen de control de fusión.

34. Como muestran estos ejemplos, la influencia de la RIC, en términos de cumplimiento de las prácticas recomendadas, ha estado limitada a las normas y reglamentos a veces inapropiados. No existe experiencia en la aplicación de las recomendaciones de la RIC a casos reales. Puede ser difícil hacerlo en una organización consensual.

6. ¿Es suficiente la RIC para garantizar la convergencia en antimonopolio internacional? El ejemplo de Microsoft

35. La reciente agitación de casos en varias jurisdicciones que involucraban a la corporación Microsoft tuvo repercusiones claras en los mercados internacionales. En estos casos, los diferentes enfoques de la evaluación de responsabilidad y, en particular, la imposición de diferentes remedios puede dar pie a consecuencias en el sentido de que las medidas adoptadas en una jurisdicción pueden afectar a decisiones comerciales y/o al bienestar de los consumidores de otra jurisdicción.

36. En muchos casos las consecuencias serán positivas en el sentido de que las medidas tomadas para proteger la competencia en un mercado también beneficiarán a los consumidores en otros mercados y no tendrá efectos secundarios. Sin embargo, también pueden surgir consecuencias negativas. Cogiendo un ejemplo extremo, la desmonopolización de una gran corporación internacional como resultado de abuso de posición dominante en una jurisdicción puede ser negativa en otra jurisdicción en la que las medidas conductuales de los presuntos abusos se consideran suficientes. No obstante, una vez que una corporación se desmonopoliza por una jurisdicción también se puede desmonopolizar para el resto del mundo, por motivos prácticos.

37. El reciente ejemplo de medidas implementadas por varias jurisdicciones en cuanto a las prácticas de la corporación Microsoft ilustra la magnitud de las preocupaciones que pueden surgir en el abuso transnacional o en los casos de monopolio donde las diferentes jurisdicciones impongan medidas diferentes en relación a prácticas similares. Como es bien sabido, en el transcurso de algunos casos relacionados, las autoridades de competencia de Estados Unidos y las Comunidades Europeas han tomado diferentes posiciones en cuanto a aspectos de la conducta de Microsoft. Al revisar la decisión de la CE²⁰, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió un comunicado de prensa en el que se afirmaba lo siguiente:

“La experiencia de Estados Unidos nos dice que las mejores medidas antimonopolio eliminan los impedimentos para un funcionamiento saludable de los mercados competitivos sin entorpecer a los competidores con éxito ni imponer gravámenes a terceros, lo que puede ser el resultado de la medida de la CE. [...] Una política antimonopolio sólida debe evitar enfriar la innovación y la competencia incluso de empresas ‘dominantes’. Un enfoque contrario se arriesga a proteger a los competidores, no a la competencia, de formas que pueden finalmente dañar la innovación y a los consumidores que se benefician de ella. Es significativo que el tribunal de primera instancia de Estados Unidos considerase y rechazase una... medida [similar a la impuesto por la CE] en un litigio estadounidense.” (Departamento de Justicia de Estados Unidos, 2004).

38. Con un estilo relacionado, a principios de diciembre de 2005, la Comisión de Comercio Justo de Corea hizo pública una orden solicitando que Microsoft vendiese en Corea una versión de su sistema operativo Windows que no incluyese las características de Windows Media Player ni de Windows

20 La resolución se describe brevemente en el artículo en las secciones sobre rechazo a negociar y sobre vinculación/agrupación.

Messenger, solicitando a Microsoft que facilitase al cliente las descargas de productos de reproductores multimedia y mensajería de terceros seleccionados por la Comisión y prohibiendo a Microsoft vender en Corea una versión de su software de servidor que incluyese los Servicios Multimedia de Windows. En respuesta a ello, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió un comunicado de prensa en el que se afirmaba lo siguiente:

"La División Antimonopolio cree que la medida de Corea supera lo que es necesario o apropiado para proteger a los consumidores, ya que solicita la eliminación de productos que el consumidor puede preferir. La División continúa creyendo que imponer soluciones de 'eliminación de código' que quiten características pueden en último lugar perjudicar la innovación y a los consumidores que se benefician de ella. Hemos consultado previamente a la Comisión sobre el caso Microsoft y hemos alentado a que la Comisión desarrolle una resolución equilibrada que trate sus preocupaciones sin imponer restricciones innecesarias. Una política antimonopolio sólida debería proteger la competencia, no a los competidores, y debe evitar que se enfríe la innovación y la competencia incluso por parte de empresas 'dominantes'". (Departamento de Justicia de Estados Unidos (2005))

39. Sin tomar posición sobre los méritos esenciales de los enfoques de las tres jurisdicciones (Estados Unidos, Comisión Europea y Corea), los intercambios anteriores ilustran claramente el potencial para conflictos donde jurisdicciones diferentes tienen enfoques diferentes al tratar abusos transnacionales de posición dominante (o monopolización). Como enfatizó Campbell *et al.* (1995), un requisito mínimo para evitar conflictos en estos casos es adherirse al conocido principio de trato nacional (unos de los principios fundadores de la OMC), que de forma amplia solicita que los países no impongan gravámenes sobre productores o productos extranjeros que no impongan a sus propios productos/empresas²¹. Sin embargo, no está claro que esto, por sí solo, solucione todas las posibles preocupaciones, en concreto donde las diferencias en los remedios impuestos por jurisdicciones particulares resultan no de la discriminación sino de diferencias esenciales en la filosofía y enfoque de aplicación.

40. No hay soluciones simples a estos temas. Puede que se hallen respuestas en futuras discusiones internacionales dirigidas a promover un consenso intelectual sobre los temas esenciales involucrados en los abusos transnacionales de una posición dominante y soluciones relacionadas. Sin embargo, el potencial para conflicto en casos de abusos de posición dominante que afecta a múltiples jurisdicciones al menos plantea la posibilidad de que se necesita algo más que esto, es decir, que un sistema de coordinación internacional.

41. Fox (2004), al volver a proponer el borrador del código antimonopolio internacional que contribuyó a desarrollar en 1993²², recuerda que junto con el profesor Lawrence Sullivan había preparado en ese momento una propuesta alternativa, estableciendo 15 principios que controlarían el comportamiento y el poder de la Autoridad Antimonopolio Internacional que el Grupo había propuesto. El principio 11 es particularmente relevante para los temas planteados en el caso Microsoft:

"11. Los países contratantes debería ser invitados a asegurar en un caso propio que la aplicación de otro país dañaría la competencia, eficiencia o progreso tecnológico para minar un importante interés nacional o mundial. Si el país demandante ha sido incapaz de satisfacer al país aplicador, debería tener derecho a buscar una orden de no interferencia de un grupo especial de la Autoridad

21 La aplicación del principio de trato nacional en la OMC varía entre acuerdos relevante. Consultar "The Fundamental WTO Principles of Transparency and Non-discrimination" (WT/WGTCP/W/118).

22 International Antitrust Code Working Group, Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement (Publicado el 10 de julio 1993), BNA Antitrust & Trade Regulation Report, Suplemento especial, Volumen 64, n. 1628 (19 de agosto de 1993).

Antimonopolio Internacional. El país aplicador debería estar obligado a respetar una orden de no interferencia.”

Comentando el principio 11, Fox (2004) añade:

“El principal aspecto de la política de competencia es: la gente tiene derecho a competir e inventar. Prohibiciones excesivas pueden minar la competencia. Si las jurisdicciones que proscriben siempre ganan a las jurisdicciones que autorizan, la competencia es desigual. Si una jurisdicción proscribe conductas que otra determina como buenas para la competencia, el progreso, los mercados y los consumidores, esto constituye un conflicto. ... La propuesta es que la Autoridad Antimonopolio Internacional resuelva el conflicto ... con un análisis razonado ... Las resoluciones legítimas y respetadas necesitará un grupo especial con experiencia, imparcialidad y credibilidad.”

42. Este es el tipo de conflictos que la RIC puede evitar mediante un proceso de convergencia esencial. Si fallase en esto y el problema de decisiones divergentes se agravase, se plantearía de nuevo la necesidad de un acuerdo multilateral sobre competencia.

7. Conclusiones

43. En recientes debates sobre políticas, el papel de la competencia en política económica se ha cuestionado ampliamente. En concreto, las incertidumbres asociadas con la competencia han tenido prioridad sobre las oportunidades que ofrece la competencia. En este artículo he descrito la contribución de la política de competencia a la prosperidad y bienestar europeos. Todo procede del lugar prominente que la competencia tenía en el Tratado de Roma de 1957. En concreto, se necesitaron disposiciones de competencia para facilitar una integración de mercados eficiente y echar abajo las barreras del mercado interno. Desde esta perspectiva, la política de competencia en el Tratado tenía claramente un origen en el comercio internacional. Sin embargo, en el transcurso de los cincuenta años desde que el Tratado entró en vigor, el papel de la competencia ha mejorado sustancialmente, convirtiéndose en una de las políticas de financiación de una Europa integrada. Y, de hecho, la política de competencia y las instituciones y experiencia relacionadas han desempeñado un papel importante en la adhesión de los Estados de Europa Central y del Este a la Comunidad Europea, con asistencia técnica que ayudó a garantizar una convergencia esencial y procesal.

44. Centrándonos en la contribución continuada (existente) de la política de competencia en Europa, esta tiene tres principales dimensiones: (i) el papel de la aplicación de la ley de competencia (antimonopolio) para disuadir prácticas empresariales que frustren la competencia y perjudiquen a los consumidores; (ii) el papel de la Comisión al tratar medidas gubernamentales que puedan impedir la competencia y, por lo tanto, evitando la realización de beneficios potenciales de la integración de mercados; y (iii) el tratamiento de la ayuda estatal a la industria (es decir, subvenciones industriales). La aplicación antimonopolio disuade cárteles, fusiones anticompetitivas y otras prácticas que son manifiestamente perjudiciales para el bienestar del consumidor. La pertenencia europea fomenta la adopción de una aplicación antimonopolio efectiva también por parte de las autoridades internas. En cuanto a la liberalización, la competencia ha fomentado reformas que han promocionado los intereses de los consumidores y también ha proporcionado una mejora en la flexibilidad para proveedores en los sectores clave, especialmente en los servicios privados y los servicios públicos. Sin duda, el proceso de reformas orientadas a la competencia aún no está completo, se necesitará esfuerzos constantes y una política de adaptación para realizar los beneficios potenciales de los ciudadanos europeos. En cuanto a la ayuda estatal, la aplicación de disposiciones europeas ha garantizado que el uso de subvenciones no falsee la competencia en el mercado unificado.

45. Sin embargo, la política de competencia no es sólo un instrumento de la integración europea, sino también una estrategia para las relaciones internacionales. Como es sabido, nunca se completó la Carta de la Habana de 1948 y nunca se materializó el control de la competencia que acompañaba a la liberalización del comercio. La Comisión fomentó mucho la agenda de comercio y competencia en la OMC, proponiendo la competencia como uno de los nuevos cuatro temas sobre los que la conferencia intergubernamental de la OMC de 1996 en Singapur decidió que había la posibilidad de se iniciasen negociaciones. La estrategia de la Comisión, como se había explicado en esos años, era claramente utilizar los límites internacionales sobre la aplicación antimonopolio para forzar el acceso al mercado. La oposición a este proyecto por parte de Estados Unidos condujo a la declaración de Doha que restringió en gran medida el ámbito de las negociaciones. En 2004 el expediente completo, especialmente debido a la oposición de algunos países en desarrollo, se situó en un limbo.

46. En el año 2000, comprendiendo que la opción de la OMC era difícil o al menos lenta para conducir a resultados positivos, la Comisión aceptó la propuesta de Estados Unidos de crear la RIC. Esta organización virtual se convertía en pocos años en un centro muy importante y de éxito para la creación de convergencia sobre temas esenciales y procesales en la aplicación antimonopolio en todo el mundo. La RIC no eliminó la necesidad de adoptar instrumentos de comercio más vinculantes. De hecho, una convergencia voluntaria puede eliminar todos los problemas de decisiones contradictorias por parte de varias jurisdicciones. No se garantiza que sea así. Si surge la necesidad de nuevo, la opción de la OMC saldrá del limbo donde está aparcada desde 2004.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Note by Mexico

I. Introduction

1. In 1986, Mexico began a process of trade liberalization by joining the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)¹. This process of liberalization was deepened in the 1990's through the negotiation of several regional trade agreements, of which the North American Free Trade Agreement (NAFTA) is the most significant.

2. In this document, the term RTA will refer to Bilateral Agreements, Free Trade Agreements (FTAs), and Economic Integration Agreements (EIAs). The aim of RTAs is to eliminate restraints to trade in goods and services, facilitate foreign direct investment (FDI), as well as strengthening competition conditions, and protecting Intellectual Property Rights (IPR), among other disciplines.

3. Through the negotiation and implementation of RTAs, Mexico has quadrupled its exports, and multiplied by almost a tenfold its yearly attraction of FDI. This is due to the fact that trade liberalization has turned Mexico into a much more attractive center for production, and has helped it become an export platform for the global economy.

4. It is no coincidence that the Mexican Federal Competition Law (LFCE) was approved and entered into force one year before the NAFTA came into effect, as the process of trade liberalization had to be accompanied by the creation of a solid domestic competition framework in order for Mexico to be able to take full advantage of the trade opening and to generate more economic opportunities for its citizens.

1 Currently the World Trade Organization (WTO).

II. Competition provisions

5. Currently, Mexico has 12 RTAs with 44 countries that include competition related matters and principles. These Agreements and their specific provisions are shown in the table below.

TABLE 1²

RTAs	Parties	Year	Chapter	Specific provisions
North America Free Trade Agreement (NAFTA)	United States and Canada	1994	X	Government Procurement
			XI	Non Discriminatory Treatment of Investment
			XIII	Telecommunication Monopoly Treatment
			XV	Competition Policy, Monopolies and State-Owned Enterprises Bilateral Cooperation
			XVII	Intellectual Property Rights & Competition
			Various (VIII, XI, XIV, XVI, XIX, XX)	Dispute Settlement
			Various (III, VII, IX, XIV, XX)	Committee/Working Group
Free Trade Agreement (FTA)	Costa Rica	1994	XIII	Non Discriminatory Treatment of Investment
			XIV	Anti-competitive practices
			XVII	Dispute Settlement
			Various (IV, V, VI, X, XI, XII, XVII)	Committee/Working Groups
Free Trade Agreement (FTA)	Bolivia	1994	X	Monopolies
			XIV	Government Procurement
			XVI	Anti-competitive practices
			XV	Non Discriminatory Treatment of Investment
			Various (VIII, XI, XII, XIV, XV, XIX)	Dispute Settlement

2 List of Regional Trade Agreements notified to the GATT/WTO and in force, August 2008.

G-3 Free Trade Agreement (Colombia and Venezuela)	Colombia ³	1995	XI	Telecommunication Monopoly Treatment
			XVI	Monopolies and State-Owned Companies
			XV	Government Procurement
			Various (IX, XII, XIII, XV, XVII, XIX)	Dispute Settlement
			Various (IV, V, XII, XIV, XV, XVI)	Committee/Working Groups
Free Trade Agreement (FTA)	Chile	1998	IX	Non Discriminatory Treatment of Investment,
			XIV	Competition, Monopolies, and State-Owned companies. Bilateral Cooperation
			Various (IX, XVIII)	Dispute Settlement
			Various (III, VII, VIII, IX, XI, XIII, XIV, XVIII)	Committee/Working Groups
Free Trade Agreement (FTA)	Nicaragua	1998	XI	Telecommunication Monopoly Treatment
			XV	Government Procurement
			XVI	Non Discriminatory Treatment of Investment
			XVII	Intellectual Property & Anti-competitive practices
			Various (V, XII, XIII, XV, XVI, XX)	Dispute Settlement.
			Various (IV, V, VII, XI, XII, XII, XIV, XV)	Committee/Working Groups
Free Trade Agreement (FTA)	Israel	2000	VI	Government Procurement
			VII	Competition, Monopolies, and State-owned Companies
			Various (VII, X)	Dispute Settlement
			Various (II, III)	Committee/Working Groups

³ This FTA only includes Mexico and Colombia since November 19, 2006.

Mexico-European Union Free Trade Agreement (MEX – EU FTA)	The 27 States of EU	2000	Title V	Concessions, Competition, Intellectual Property, and Trade
			Title VII	Committee/Working Groups
			Title VII	Dispute Settlement
			Title IV	Competition
			MEX – EU FTA Facilitation Agreement	For the implementation of the Agreement. Includes a Competition Provision.
Free Trade Agreement between Mexico and the European Free Trade Association (EFTA)	Island, Liechtenstein, Norway y Switzerland	2001	II	Committee/Working Groups
			IV	Anti-competitive conducts
			V	Government Procurement
			VIII	Dispute Settlement
Free Trade Agreement between Mexico and the North's Triangle	El Salvador Guatemala y Honduras	2001	XII	Telecommunication Anti-competitive practices
			XVI	Intellectual Property Anti-competitive practices
			XIV	Non Discriminatory Treatment of Investment
			Various (V, XI, XIII, XIV, XIX)	Dispute Settlement
			Various (III, IV, VI, VII, X, XI, XIII, XV)	Committee/Working Groups
Free Trade Agreement (FTA)	Uruguay	2003	XI	Telecommunication Anti-competitive Practices
			XIV	Competition, Monopolies, and State-owned Companies
			XIII	Non Discriminatory Treatment of Investment
			XX	Government Procurement
			Various (VIII, XII, XIII, XVIII)	Dispute Settlement
			Various (III, IV, VIII, XII, XIV)	Committee/Working Groups

Agreement for the Strengthening of the Economic Partnership	Japan	2004	VII	Non Discriminatory Treatment of Investment
			XI	Government Procurement
			XII	Competition Practices Anti-competitive Bilateral Cooperation
			Various (I, XIII, XVI)	Committee/Working Groups
			Various (VII, X, XV)	Dispute Settlement

6. All 12 RTAs that Mexico has negotiated contain either specific competition chapters or competition-related provisions. In fact, Mexico has seven RTAs with a specific competition chapter. In both cases, the provisions included in these type of chapters seek to deter anti-competitive conduct by incumbent firms, and to ensure that the public provision of services do not limit competition. Most RTAs include a provision that define anti-competitive practices and how to address them, and provisions related to non discriminatory treatment, government procurement, due process, dispute settlement, and transparency.

7. In nearly all of the cases, the provisions contained in the RTAs include specific definitions on State Monopolies and State Enterprises, and competition itself. These provisions also look to promote cooperation on competition issues, and establish the basis for consultations, through the creation of Trade and Competition Committees or Working Groups on Trade and Competition.

8. Internationally, it is believed that RTAs have had a positive impact on bringing to the forefront the importance of establishing effective competition laws by exerting indirect pressure on different governmental authorities to adopt pro-competitive measures that facilitate interaction between trade partners.

9. With the aim of contributing to a stronger competition environment in the North American region, the three NAFTA partners made a commitment to effectively apply their respective competition laws, and established the basis for cooperation on competition enforcement.

III. Bilateral Agreements

10. In addition to the 12 RTAs, Mexico has signed bilateral agreements in relation to the application of competition law. Specifically, there are five agreements of this nature, two of them were signed between governments, and the other three were celebrated between competition agencies. Table 2 shows these agreements:

TABLE 2

Bilateral Agreements		Parties	Year	Framework
Government to Government	Mexico-US	Mexico and the United States	2000	NAFTA
	Mexico-Canada	Mexico and Canada	2001	NAFTA
Agency to Agency	CFC - National Economic Prosecutor's Office	Mexico and Chile	2004	Competition Authorities Initiatives
	CFC- Korea Fair Trade Commission	Mexico and the Republic of Korea	2004	Competition Authorities Initiatives
	CFC - Superintendency of Competition (MOU)	Mexico and El Salvador	2007	Competition Authorities Initiatives

11. In the first case, we note that a major Agreement (NAFTA) preceded the subsequent bilateral effort with the United States and Canada in order to enhance the cooperation and coordination among the competition authorities of these countries, and to strengthen competition law enforcement in the free trade area.

12. In both government to government, or agency to agency agreements, there has been a greater effort to emphasize and describe in more detail the cooperation mechanisms to effectively implement the competition provisions contained in the related RTAs, especially on notification matters, avoidance of conflicts, technical and enforcement cooperation, consultations, transparency and confidentiality of information. We must point out that the interagency agreement with Korea is the only one that has been negotiated with a country with whom we have not concluded an RTA.

13. Mexico has three interagency agreements of this type, one with the Republic of Chile, the other with Korea, and a more recent one with El Salvador. In all of these cases, the positive relationship between the competition agencies has been the key to undertake this sort of formal understanding. This also applies to the agreements we have in place with the US and Canada.

14. All the bilateral agreements signed by Mexico represent important instruments for the promotion of cooperation on competition issues and domestically, have promoted closer interaction between Mexican trade and competition authorities.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Note by Panama

1. What types of competition provisions were included in the RTAs that your country has signed?

Among the bilateral treaties signed by Panama that have included the topic of competition policy we may mention:

- Panama-Central America;
- Panama-Singapore;
- Panama-Taiwan

The provisions in those agreements are intended to ensure that the benefits of trade liberalisation are not undermined by anticompetitive behaviour, and have been designed to promote cooperation and coordination among competition authorities.

2. Which negotiating party or parties have sought the inclusion of these provisions, and why?

The Government of Panama considers competition policy to be vitally important for safeguarding adequate and effective market access, and negotiations for the new generation of trade agreements have therefore included this topic. Generally speaking, our trading partners have shared our interest in including a chapter on competition policy.

3. What position, if any, did your country's competition authority take as to the merits of different types of competition provisions? What process, if any, was used to determine this position? Has this position changed over time?

The Authority has been fully supportive of including provisions relating to the topic of competition, and has generally proposed elements that seek to promote cooperation and coordination among competition policy authorities.

4. What process, if any, was used by your government to consider the merits of including competition principles in the RTAs? Did that process change over time? Such a process could, but need not, have involved consultation with a national competition authority.

The objectives contained in the competition chapters signed bilaterally by Panama have focused on ensuring that the benefits of trade liberalisation are not impaired by anticompetitive behaviour, and have been designed to promote cooperation and coordination between the authorities of the signatory parties. In this framework, the Consumer Protection and Competition Authority (ACODECO) has been consulted and has participated actively in considering the advantages of including competition principles.

5. Did officials from the competition authority negotiate directly the text on competition-related matters in RTAs? If not, to what extent was the competition authority kept informed of these particular negotiations? Did the level of consultation and cooperation between the competition authority and national trade negotiators deepen over time? If so, to what effect?

Panama's legislation provides that the negotiation of trade agreements must be conducted by the Ministry of Trade and Industry, for which reason ACODECO does not negotiate directly the texts on competition-related issues. However, there is constant consultation and cooperation with the authority, and its officials are generally invited to be present as advisers at the negotiating table.

6. Once the RTAs with competition provisions that your country is a party to have come into force, in what ways (if at all) were those provisions used subsequently by competition authorities or by national governments? What costs and benefits were associated with the use of such provisions? If these provisions were not used, what factors accounted for their non-use?

The new-generation bilateral agreements are of recent date in Panama. To date, there has been no call to activate the provisions in the competition chapters.

7. Given the experience of your country, what advantages, if any, do competition provisions in RTAs have over other international instruments to promote cooperation on competition law and its enforcement? What are the disadvantages of the former compared to the latter?

While it is true that cooperation on competition law and its enforcement can be promoted through other instruments, the inclusion of such provisions in trade agreements brings with it effective enforcement of their provisions, through the dispute settlement mechanisms.

8. On the basis of your country's and others' experience what, if any, types of competition provision in RTAs should be sought in future RTA negotiations?

One element that would seem important is to establish principles that foster a competitive climate and ensure trade without distortions, instead of including very general provisions on competition

regulations. Those principles or provisions should cover anticompetitive behaviour, concentrations, and mergers.

In the case of regional agreements, it is frequently the case that the competition legislation of one party will function concurrently with national laws. Unfortunately, in issues where the parties are not bound [*no haya afectación*] or in a case that falls below a certain threshold, the agreement has no jurisdiction to review the case. Small regions' exports may have no impact in large regions, and so the chapters have no effective enforceability. This is an issue that must be addressed in future work.

II. For those participants whose governments have not signed RTAs that include competition provisions, the following questions seek to understand the factors behind the decision not to include these provisions in RTAs.

Reformulate

As mentioned under question 1 in the preceding section, Panama has signed certain agreements that contain provisions relating to competition policy, and consequently the questions in this section are not applicable to our situation.



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

-- Sesión I: Provisiones de Competencia En Tratados y Comercio Regional --

Contribución de Panamá

1. ¿Qué tipo de disposiciones sobre competencia se han incluido en los RTA firmados por su país?

Dentro de los tratados bilaterales suscritos por Panamá donde el tema de Política de Competencia ha sido incluido se puede mencionar:

- Panamá- Centro América
- Panamá-Singapur
- Panamá-Taiwán

Las disposiciones incluidas en dichos acuerdos están encaminadas a velar que los beneficios de la liberalización comercial no se vean menoscabados por las actividades anticompetitivas, y a su vez, las mismas se han dispuesto de modo de promover la cooperación y coordinación entre las autoridades de la materia.

2. ¿Qué parte o partes de la negociación solicitaron la inclusión de dichas disposiciones y por que?

El gobierno de Panamá considera que el tema de Política de Competencia es un área de vital importancia para salvaguardar un adecuado y efectivo acceso a mercados, es por ello que en los tratados comerciales de nueva generación el tema de Política de Competencia ha sido incluido en dichas negociaciones. Generalmente, se ha tenido coincidencia de intereses con nuestros socios comerciales de incluir un capítulo que norme sobre la materia.

3. **¿Qué posición, en su caso, adoptó la autoridad de defensa de la competencia en su país en cuanto a las ventajas de diferentes tipos de disposiciones sobre competencia? ¿Qué proceso en su caso, se utilizó para decidir dicha posición? ¿Ha cambiado esta posición con el paso del tiempo?**

La Autoridad ha estado anuente a la inclusión de normativas relacionadas con el tema de competencia, y generalmente ha propuesto elementos que busquen promover la cooperación y coordinación entre las autoridades de política de competencia.

4. **¿Qué proceso, en su caso, utilizó su gobierno para considerar las ventajas de incluir principios sobre competencia en los RTA? ¿Cambió ese proceso con el paso del tiempo? Dicho proceso podría haber implicado (aunque no necesariamente) la consulta con una autoridad nacional de defensa de la competencia.**

Los objetivos contenidos en los capítulos de competencia suscritos bilateralmente por Panamá, se han centrado en asegurar que los beneficios de la liberalización comercial no se vean menoscabados por las actividades anticompetitivas y a su vez, promover la cooperación y la coordinación entre las autoridades de las Partes. Teniendo este marco de referencia, el proceso de considerar las ventajas de incluir principios de competencia han incluido un marco de consulta y participación activa con la *Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia* (ACODECO).

5. **¿Negociaron los funcionarios de la autoridad de defensa de la competencia directamente el texto sobre cuestiones relativas a la competencia de los RTA? De no ser así, ¿en qué medida se mantuvo informada a la autoridad de defensa de la competencia de esas negociaciones concretas? ¿Se ha incrementado el nivel de consulta y cooperación entre la autoridad de defensa de la competencia y los encargados de negociar acuerdos comerciales nacionales con el paso del tiempo? De ser así, ¿con que efecto?**

La legislación nacional indica que las negociaciones de acuerdos comerciales serán llevadas adelante por el **Ministerio de Comercio e Industrias**, razón por la cual la ACODECO no negocia directamente los textos sobre cuestiones relativas a competencia. No obstante, el nivel de consulta y cooperación con la Autoridad se mantiene en todo momento, lo cual incluye generalmente que se invite a funcionarios a estar presentes en la mesa de negociación para las consultas pertinentes.

6. **Una vez que entraron en vigor los RTA con disposiciones sobre competencia de los que es parte su país, ¿de que forma (en su caso) utilizaron dichas disposiciones posteriormente las autoridades de defensa de la competencia o los gobiernos nacionales? ¿Qué costes y qué beneficios se asociaron con el uso de dichas disposiciones? Si no se utilizaron dichas disposiciones, ¿a que factores se debió?**

Los acuerdos bilaterales de nueva generación son de reciente data en Panamá. A la fecha, no se ha requerido activar las disposiciones contemplada en los capítulos de competencia.

7. **Dada la experiencia de su país ¿que ventajas, en su caso, tienen las disposiciones sobre competencia de los RTA respecto a otros instrumentos internacionales para promover la cooperación sobre derecho de competencia y sobre la aplicación de éste? ¿Cuáles son las desventajas de las primeras en comparación con estos últimos?**

Si bien es cierto, que elementos de cooperación sobre derecho de competencia y su aplicación pueden ser promovidos a través de otros instrumentos, el incluir estas disposiciones a través de acuerdos

comerciales conlleva a una efectiva aplicación de las disposiciones allí contenidas, lo cual se logra a través de los mecanismos de solución de controversias.

8. Basándose en la experiencia de su país y de otros, ¿que tipos (en su caso) de disposiciones sobre competencia de los RTA deberían perseguirse en futuras negociaciones de RTA?

Un elemento que pareciese importante incluir es establecer principios que promuevan un ambiente competitivo y procuren un comercio sin distorsiones, en lugar de incluir disposiciones muy generales sobre regulaciones en materia de competencia. Dichos principios o disposiciones a incluirse serían: prácticas anticompetitivas, concentraciones y fusiones.

En el caso de los acuerdos regionales, muchas veces la legislación de una de las Partes en materia de competencia funciona de manera concurrente con las legislaciones nacionales. Infortunadamente, en temas donde no haya afectación de las Partes o no se opere por encima de ciertos umbrales, el acuerdo no posee jurisdicción para revisar el caso. Las exportaciones de regiones pequeñas podría no tener impacto en regiones grandes y consecuentemente los capítulos carecen de una efectiva aplicabilidad. Como trabajo hacia futuro este deberá ser un tema que se atienda.

II. En el caso de participantes cuyos gobiernos no hayan firmado RTA que incluyan disposiciones sobre competencia, las siguientes preguntas tratan de comprender los factores que han llevado a la decisión de no incluir dichas disposiciones en los RTA.

Reformular

Como se mencionó en la pregunta 1 de la sección anterior, Panamá ha suscrito algunos acuerdos que contienen disposiciones relacionadas con el tema de Política de Competencia, por lo cual las preguntas de esta sección no aplican a nuestra situación.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session I: Competition Provisions in Regional Trade Agreements --

Note by the United States

1. The United States has signed several trade agreements in the Americas that contain competition provisions: the North American Free Trade Agreement (NAFTA), the U.S.-Chile Free Trade Agreement, and Trade Promotion Agreements with Peru and Colombia.¹ While there are some differences between them, the differences are minor and the general themes are quite similar. Another agreement, the Central America Free Trade Agreement, does not contain competition provisions.² This paper will focus primarily on the NAFTA.

2. NAFTA reinforces, but in no way supplants, the national competition laws of Canada, Mexico, and the United States. Chapter 15 of the NAFTA covers competition policy, designated monopolies and state enterprises. The chapter addresses two separate classes of conduct: anticompetitive business conduct and certain governmental conduct that could affect trade. A network of antitrust bilateral cooperation agreements, which are independent of the NAFTA, set forth the working relationships between the four competition authorities in the NAFTA area. With the exception of provisions that address officially designated monopolies and state enterprises, none of these agreements create rights or obligations that are subject to formal dispute settlement, although they are considered binding obligations by the three parties.

¹ At this date, the Colombia agreement (along with the U.S.-Panama free trade agreement, which does not have a competition chapter) have not been ratified by the United States Senate.

² When the negotiations for the Central America Free Trade Agreement were getting started, negotiations for the Free Trade Area of the Americas (FTAA) were underway. The draft of the FTAA contained a competition chapter that covered many of the same topics covered by the competition chapters of other U.S. agreements.

1. The NAFTA Competition Policy Provisions

1.1 Anticompetitive Business Conduct

3. The core of NAFTA's provisions on anticompetitive business conduct is found in Article 1501. That Article requires that each party "shall adopt or maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct and take appropriate action with respect thereto." Article 1501 is silent as to the nature and form of measures required, and Article 201 defines a measure to include "any law, regulation, procedure, requirement or practice." In practice, however, all three parties have complied with Article 1501 through legislation: the Sherman, Clayton, and Federal Trade Commission Acts in the United States; the Competition Act in Canada; and the Federal Law on Economic Competition in Mexico. NAFTA is similarly silent as to what might constitute "appropriate action" with respect to anticompetitive business conduct.

4. NAFTA also provides that the parties will cooperate on issues of competition law enforcement policy, including as examples notification, consultation, and exchange of information. The provision applies at the party level, but does not specifically address cooperation at the level of the parties' competition authorities. As will be discussed, agency to agency cooperation is addressed in a trio of bilateral antitrust cooperation agreements that is separate from the NAFTA framework.

5. Article 1501 provides that no party may have recourse to any NAFTA dispute resolution process for any dispute arising out of that article. Instead, it includes a consultation process to address questions that might arise about the effectiveness of a party's measures to address anticompetitive business conduct.

1.2 Government Conduct Affecting Competition

6. In recognition of the fact that government action can distort competition, NAFTA Articles 1502 and 1503 impose limited disciplines on two situations where governmental conduct could affect competition. The first of these is when the state gives official authorisation to a monopoly; the second is when the state itself operates a commercial enterprise. A state owned enterprise that has an official monopoly would be subject to both disciplines.

7. Both provisions reaffirm the right of any NAFTA country to officially designate monopolies or to establish and operate state enterprises. Indeed, all three countries have them. Canada Post, the United States Postal Service, and Petróleos Mexicanos (PEMEX), for example, are all state-owned enterprises with designated monopolies in certain sectors, but each also has significant operations outside of the designated monopoly markets. The idea of Articles 1502 and 1503 is not to outlaw the monopolies, but to limit the ability of the state to distort trade or hinder investment through state ownership or designation of monopolies.

1.2.1 Officially designated monopolies

8. There is a single discipline that applies to all officially designated monopolies, whether designated at the federal or subfederal (*i.e.*, state, provincial, or territorial) level. Under Article 1502(2), when a party designates a new monopoly, it must if possible notify other parties affected by the designation and try to introduce conditions that will offset any impairment of benefits under the agreement that the designation might create. Whether the remaining disciplines apply depends on who owns the monopoly, who officially designated it, and when it was designated.

Coverage Rules

9. The coverage rules for the other disciplines are complex. They apply to designated monopolies owned by the federal government of one of the NAFTA parties that were in existence on NAFTA's effective date, January 1, 1994, or that were designated after that date. They do not apply to those owned by subfederal entities at all. The coverage rules also apply to private firms that were designated as official monopolies by a federal or sub-federal government after NAFTA's effective date.

10. The Chapter also makes it clear that disciplines on designated monopolies do not apply to situations where the monopoly exists solely by virtue of a grant of intellectual property rights.

11. Although complex, the coverage rules do reflect some logic. First, Canada, the United States, and Mexico are all federal systems in which the subfederal states and provinces have significant constitutional powers. The ability of federal governments to address governmental acts by subfederal governments is correspondingly limited. On the other hand, federal governments can control the monopolies they designate themselves. Second, while the federal governments have the power to alter official monopolies they have granted to themselves, limitation of monopoly rights granted to private entities before NAFTA took effect could be viewed as inappropriately interfering with private property rights. Consequently, the NAFTA parties undertook to discipline designations of monopolies to private parties on a prospective basis only.

Disciplines on covered designated monopolies

12. Article 1503 provides four disciplines on those designated monopolies that are within its coverage rules.

13. First, Article 1502(3)(a) restricts the ability of governments to use officially designated monopolies to circumvent other NAFTA obligations in cases where it delegates governmental powers to them, such as the power to grant import or export licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges.

14. Second, the Article requires designated monopolies to act in accord with commercial considerations with regard to the purchase or sale of the good or service covered by the monopoly, except to the extent needed to comply with the grant of its monopoly. This provision would allow it to trade in its monopoly goods or services at an artificially high or low cost if so required by the terms of its designation (if, for example, a monopoly was designated in order to make basic foodstuffs available at below market costs), but otherwise requires the monopolist to sell in accordance with commercial considerations. "In accordance with commercial considerations" is defined as consistent with "normal" business practices of privately held enterprises in the relevant business or industry.

15. Third, the designated monopolist must provide non-discriminatory treatment to investments of investors, to goods, and to service providers of another Party in its purchase or sale of the monopoly good or service in the relevant market.

16. Fourth, Article 1502 restricts the ability of an officially designated monopolist to leverage its official monopoly in order to gain an anticompetitive advantage in a non-monopolised market. This provision covers the use of a firm's designated monopoly position to engage in anticompetitive practices in a non-monopolised market in its territory that adversely affect an investment of an investor of another Party, including through the discriminatory provision of the monopoly good or service, cross-subsidisation, or predatory conduct.

1.2.2 *State Enterprises*

17. The article on state enterprises is more limited in its reach than its counterpart addressing officially designated monopolies. It has a similar provision that restricts the ability of governments to use state enterprises to circumvent certain NAFTA obligations in cases where they delegate governmental powers to state enterprises, such as the power to grant licenses, expropriate, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges.

18. The only other discipline applicable to state enterprises is that parties must ensure that they afford non-discriminatory treatment in the sale of their goods or services to investments of investors from other NAFTA states.

1.2.3 *Dispute Settlement*

19. Articles 1502 and 1503, concerning designated monopolies and state enterprises, are generally subject to NAFTA's state-to-state dispute settlement mechanism. Certain provisions on state enterprises or official monopolies are also subject to the investor-state dispute settlement mechanism set forth in the investment chapter of NAFTA. An investor may, on its own behalf or on behalf of an enterprise it controls, bring a claim based on a violation of the anti-circumvention provisions applicable to state enterprises and designated monopolies when the violation impairs the investor's rights under the investment chapter of NAFTA. By contrast, Article 1501, concerning antitrust cooperation, is not subject to any kind of dispute settlement.

2. Antitrust Cooperation among the NAFTA Parties

20. The NAFTA obligation that parties cooperate on issues of competition law enforcement policy is written in general terms and speaks primarily to enforcement policy issues. The United States antitrust agencies' day-to-day enforcement cooperation with their Canadian and Mexican counterparts is addressed by bilateral antitrust cooperation agreements with Canada and Mexico. These agreements are independent of NAFTA, and are intended to foster bilateral cooperation rather than to fulfill any obligation imposed by NAFTA. Because of the proximity of the three parties, the close existing cooperation relationships, and the volume of commerce between them, bilateral agreements were thought desirable between these countries.

2.1 *The bilateral agreements*

21. The bilateral agreements are similar. With some variations in wording, the purpose of each is to promote cooperation and coordination among the competition authorities of the parties, to avoid conflicts arising from the application of the parties' competition laws, and to minimise the impact of differences upon their respective important interests.³

22. The agreements have similar provisions with respect to notification. They provide that one party will notify the other with respect to enforcement activities that affect the important interests of the other. These include (i) activities that are relevant to the enforcement activities of the other party; (ii) non-merger anticompetitive activities carried out in substantial part in the territory of the other; (iii) mergers involving an entity from the other party; (iv) conduct believed to have been required, encouraged, or approved by the other party; (v) remedies affecting the other party's territory; and (vi) the seeking of information in the

³ One significant variation is that the US/Canada agreement also contains provisions on deceptive marketing practices, which reflects the common consumer protection/fair business practices jurisdiction shared by the U.S. Federal Trade Commission and the Canadian Competition Bureau.

other party's territory. The agreements also acknowledge that either party's officials may visit the other party's territory in the course of conducting an investigation upon notification and consent.

23. These provisions on cooperation and coordination are subject to two important limitations: no party is required to provide information that is protected by its confidentiality laws, and no party is required to act in a manner inconsistent with its existing law or to require changes in its existing laws. As all three countries have strong confidentiality laws, the practical scope of these provisions reaches only information outside of the protection of those laws. Depending on the country involved, this may include the sharing of publicly available information, information as to which the party submitting the information has waived the protection of confidentiality laws, and a limited class of information that is maintained in confidence as a matter of agency practice but is not protected by confidentiality laws. As most of this information could also be shared in the absence of an agreement, the amount of actual cooperation that can fairly be said to directly derive from this provision is more limited than it might first appear.⁴ The presence of the provisions, however, does serve as a catalyst to increased cooperation.⁵

2.2 Application to actual cases

24. The record of cooperation between the three countries' competition authorities shows that cooperation between Canada, the United States, and Mexico is more than just theoretical. One of the most common areas of cooperation is merger cases. When mergers affect both Canada and the United States, for example, it is routine for the staffs of the agencies to work together and, where indicated, for the parties to execute waivers that permit competition agency staffs to discuss information that they have obtained.⁶ While agencies in different countries will take separate actions in cases where they believe a transaction has disparate effects in two countries, they will generally work together towards a goal of ensuring that the remedies achieved are complementary.

25. A good example of such cooperation is the 2001 acquisition of Blue Circle by Lafarge. The cement acquisition had effects in the Great Lakes region along the U.S./Canada border. Having been granted waivers of confidentiality by the parties, the Federal Trade Commission and the Competition Bureau worked together with the parties to negotiate parallel, complementary orders that achieved relief in both countries.⁷

3. The competition agencies and the negotiating process

26. In recognition of the relationship between trade and competition, the internal governmental process surrounding negotiation of competition chapters of trade agreements is a collaborative one between the U.S. trade and antitrust agencies. Both the FTC and DOJ participate in the internal deliberative process, along with the United States Trade Representative (USTR), the Department of Commerce, the

⁴ Both the United States and Canada have legislation in place that would allow them to enter into agreements that would allow them to provide civil investigational assistance to one another. International Antitrust Enforcement Assistance Act (USA), 15 U.S.C. §6201 et seq.; Competition Act (Canada), Part III, R.S.C. 1985, c. C-34. To date, however, no such agreement has been made.

⁵ See R. Tritell and E. Kraus, The Federal Trade Commission's International Antitrust Program, (April 18, 2007), available at <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/ftcintantiprogram0407.pdf>.

⁶ E.g., International Competition Network, Waivers of Confidentiality, available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/NPWaiversFinal.pdf>.

⁷ Lafarge/Blue Circle, FTC Docket C-4014, available at <http://www.ftc.gov/opa/2001/06/lafarge.htm>; Canadian information available at : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=519&lg=e>.

Department of State, and other interested agencies. Decisions on whether to seek to include a competition chapter are normally taken by inter-agency consensus, subject to the ultimate authority of the President or his designee to resolve any disagreement.

27. There is no clear pattern that would delimit when a competition chapter is included in a trade agreement. In some cases, the impetus comes from the U.S. side, but in others it has come from the other country involved. In some cases, the need for a competition chapter has not been seen as strong enough to justify inclusion of a chapter, and indeed, the CAFTA and draft Panama agreements contain no competition chapter.

28. Once a decision to move forward with a competition chapter has been made, the U.S. antitrust agencies are centrally involved with the negotiation of the text. DOJ or FTC co-chairs, with USTR, the U.S. delegation charged with negotiating the competition chapter, and both agencies participate in all decisions concerning what language should be sought.

4. Conclusions

29. The two types of provisions found in the competition chapters of U.S. trade agreements in the Americas serve two very different purposes. The provisions on designated monopolies and state monopolies are primarily intended to address trade distortions that could be caused by discrimination resulting from a commercial enterprise's holding a state-sanctioned monopoly position or ownership by the state. These provisions have little impact on the enforcement authorities' daily activities. Because the agreements do operate at the conceptual interface between competition and trade, the U.S. antitrust agencies have been integrally involved in both the inter-agency and international negotiations surrounding these agreements.

30. The general provisions relating to anticompetitive business conduct signal a serious commitment by the parties to principles of market competition and to elimination of anticompetitive business conduct. But they have not been used at the level of enforcement cooperation, nor were they intended for that purpose.

31. Bilateral antitrust cooperation agreements have been of substantial utility for promoting bilateral cooperation. Because bilateral antitrust cooperation agreements are designed to foster practical agency to agency relationships rather than the more complex and remote state-to-state relationships that trade agreements create, they are better suited, to the extent that a formal agreement is needed at all, for promoting cooperation between agencies. However, successful bilateral antitrust enforcement cooperation neither has its roots in such agreements nor can it grow from formal agreements alone. These goals can be fostered only by building strong relationships and trust, which in turn can be built only by the experience of working together. Antitrust cooperation instruments are thus best viewed as the formalisation of an existing relationship, rather than as the basis for creating one.



SESSION II: PEER REVIEW OF EL SALVADOR'S COMPETITION LAW AND POLICY

Competition Law and Policy in El Salvador



A Peer Review



2008





**INTER-AMERICAN DEVELOPMENT
BANK**



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**

COMPETITION LAW AND POLICY IN EL SALVADOR

A Peer Review

2008

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Pursuant to Article 1 of the Convention signed in Paris on 14th December 1960, and which came into force on 30th September 1961, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) shall promote policies designed:

- to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.

The original Member countries of the OECD are Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States. The following countries became Members subsequently through accession at the dates indicated hereafter: Japan (28th April 1964), Finland (28th January 1969), Australia (7th June 1971), New Zealand (29th May 1973), Mexico (18th May 1994), the Czech Republic (21st December 1995), Hungary (7th May 1996), Poland (22nd November 1996), Korea (12th December 1996) and Slovak Republic (14th December 2000). The Commission of the European Communities takes part in the work of the OECD (Article 13 of the OECD Convention).

© OECD 2008

Permission to reproduce a portion of this work for non-commercial purposes or classroom use should be obtained through the Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, for every country except the United States. In the United States permission should be obtained through the Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, or CCC Online: <http://www.copyright.com/>. All other applications for permission to reproduce or translate all or part of this book should be made to OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

Foreword

The OECD has been active in promoting competition policy among countries in Latin America and the Caribbean and formed a partnership with the Inter-American Development Bank to further this aim. The principal feature of this partnership has been the annual Latin American Competition Forum (LACF), at which senior officials from countries in the region discuss, in roundtable fashion, issues of competition policy of interest to them.

Each of the first four Forums featured a peer review of one country in the region. At the fifth Forum held in 2007, work focused on the four Latin American peer review reports which had been produced in the framework of the Latin American Competition Forum (Brazil, Chile, Peru and Argentina) as well as the peer review of Mexico held in the OECD Competition Committee. This work assessed the impact that the peer reviews have had on competition policy and on the competition agencies in the countries concerned.

“Peer review” is a core element of OECD work. The mechanisms of peer review vary, but it is founded upon the willingness of a country to submit its laws and policies to substantive questioning by other members of the international community. This process provides valuable insights to the reviewed country and promotes transparency and mutual understanding for the benefit of all.

There is an emerging consensus on best practices in competition law enforcement and in applying competition policy principles to regulatory systems. Countries now co-operate regularly in such areas as anti-cartel enforcement and international mergers. Peer reviews are an important part of this process.

The OECD and the IDB are pleased to have participated in this partnership for the promotion of competition policy in Latin America and the Caribbean. This work is consistent with the policies and goals of both organisations. Sound competition policy will promote economic growth and prosperity, bringing benefits to consumers in the region and substantially improving the business climate.

Both organisations would like to thank the Government of El Salvador for volunteering to be peer reviewed at the sixth LACF meeting, held in Panama, on 10-11 September 2008. Finally, we want to thank Mr. John Clark, the author of the report, and the many competition officials whose written and oral contributions to the Forum have been so important to its success.

Bernard J. Phillips
Head Competition
Division
OECD

Carlos M. Jarque
Representative in Europe
IDB

Table of Contents

Executive Summary	7
1. Foundations and context	9
1.1 The economic and political context	9
1.2 The introduction of competition policy.....	10
1.3 Policy goals.....	11
2. Substantive issues: content and application of the competition law ...	12
2.1 Horizontal agreements	12
2.2 Vertical agreements	14
2.3 Abuse of dominance	16
2.4 Mergers	19
2.5 Unfair competition and consumer protection.....	21
3. Institutional issues: enforcement structure and practices	23
3.1 Competition policy institutions	23
3.2 Enforcement processes and powers	24
3.3 Judicial review	29
3.4 International issues.....	30
3.5 Resources and priorities	31
4. Limits of competition policy: exclusions and sectoral regimes	32
4.1 Electricity.....	33
4.2 Telecommunications	33
4.3 Petroleum.....	33
4.4 Banking.....	34
4.5 Agriculture	34
5. Competition Advocacy	34
5.1 Intra-government advocacy.....	35
5.2 Education: developing a competition culture.....	37

6. Conclusions and recommendations	38
6.1 Cartels	39
6.2 Mergers	40
6.3 Case procedures	42
6.4 Resources	42
6.5 Judicial appeals and final resolution of cases	43
6.6 Competition advocacy and consumer protection	43
6.7 Independence and impartiality of the Board of Directors	44
Notes	45

Boxes

Agricultural Products Brokers.....	13
Wheat Flour	14
Cable Television	17
Electricity Distribution.....	17
Motor Fuels	18

Executive Summary

El Salvador's first competition law took effect on 1 January 2006. The law, following some important amendments in 2007, is sound in most respects. It employs enforcement standards that are consistent with best practices in the worldwide competition community. It provides the new competition agency, La Superintendencia de Competencia (Superintendency) with the powers that it needs to enforce the law effectively. In less than three years El Salvador is off to a good – one might say excellent – start. Its experience can serve, in some ways at least, as an example of an effective way to begin to implement a competition policy.

At the beginning of its work the the competition agency systematically arranged its priorities for its first few years. It initially focused on developing supporting regulations and guidelines to round out the structure provided by the law. Then it concentrated on developing a competition advocacy programme, involving both providing advice to other government bodies on matters of competition policy and educating the public about competition policy and the work of the agency. It has been active on both fronts. There is more to be done in advocacy, however, especially in the educational area. El Salvador still lacks a competition culture – a public understanding of and appreciation for competition policy and the mission of the competition agency.

In years two and three of its existence the Superintendency began to concentrate more heavily on enforcement. Most of its early investigations and cases involved abuse of dominance, which is often true in countries beginning to enforce a competition law. The Superintendency has completed three dominance cases in which sanctions – fines – were imposed. Two were relatively straightforward, in the cable TV and electricity distribution sectors. The third, involving motor fuels, was both more visible and more controversial.

Prosecution of restrictive agreement cases, including hard core cartels, has progressed more slowly. In its first 30 months the Superintendency had only one such case, a so-called naïve cartel, in which the participants were probably unaware that their conduct was unlawful. But in September 2008

the Superintendency's Board of Directors (the final authority in the agency) announced what may be the agency's most important case to date, the sanctioning of a hard core cartel in wheat flour.

The competition law provides for merger control, including pre-merger notification. The notification thresholds were set at high levels, however, which has had the salutary effect of limiting the number of notifications, thus avoiding the situation in which the new agency would have to devote too many resources to reviewing such filings. To date the Superintendency has not opposed any mergers under the new law.

The most serious problem confronting the Superintendency has to do with judicial review of its decisions. Appeal of its cases is made directly to the country's highest court, the Supreme Court. The process there is slow and uncertain. All but one of the Superintendency's decisions in which it imposed sanctions have been appealed, and in none of those has a final decision yet been reached.

The report concludes with several recommendations, relating to, among other things: strengthening anti-cartel enforcement, improving the efficiency and effectiveness of merger review, ensuring adequate resources for the Superintendency, structural changes in the Board of Directors for the purpose of promoting its independence and impartiality (which would require modifications of the law), and consideration of adopting procedures permitting settlement of cases – reaching agreement with respondents on an appropriate remedy, which could reduce the number of judicial appeals.

1. Foundations and context

1.1 The economic and political context

The Republic of El Salvador, situated on the Pacific Ocean and bordered by Guatemala and Honduras, is the smallest country in area in Central America¹. Much of the country is mountainous, featuring many volcanoes. The country is vulnerable to natural disasters, the most serious of which in recent times were a hurricane in 1998 and two earthquakes in 2001. Most of the population lives in a central plateau in which the capital, San Salvador, is located. A narrow coastal plain borders the Pacific Ocean. El Salvador's climate is tropical, with temperatures varying according to altitude. Its population is approximately 6 000 000, which is third largest in the region.

El Salvador, together with Costa Rica, Guatemala, Honduras and Nicaragua, achieved independence from Spain in 1821. The five countries briefly formed the United Central Provinces of Central America, but the federation dissolved in 1838, after which El Salvador became an independent republic. The country's economy coalesced around a coffee monoculture, which in turn resulted in the concentration of economic and political power in a landed elite. This inequality ultimately resulted in a destructive civil war that lasted from 1979 to 1991. Peace was restored in 1992 in the form of the Chapultepec Accords, and with it a democratic form of government.

El Salvador's economy is third largest in Central America. Once relying heavily on agriculture, the economy is now more diverse. Agriculture now accounts for about 10% of GDP, industry about 29% and services about 61%. The country's chief exports are coffee and the output of the maquila industry (factories that import raw materials duty free and export assembled products, often to the originating country). Tourism is a nascent but growing industry. The economy has grown steadily if relatively slowly since 1996, averaging 2.8% annually. GDP grew slightly faster in 2006 and 2007, at 4.2% and 4.7%, respectively. Inflation has been relatively low, compared to other countries in the region. It was estimated to be 4.9% in 2007. Poverty has been reduced, but it is a continuing problem, with about 35% of Salvadorans living below the poverty line. A significant number of Salvadorans live and work abroad, most of them in the United States. Remittances from those workers to family in El Salvador constituted about 16% of the country's GDP in 2006.

The U. S. dollar is the country's official currency, having been made legal tender in 2001. In the years following the civil war the government

introduced several market-based reforms. Price controls were eliminated and several sectors were privatised, including banking, telecommunications, parts of the electricity sector and pensions. Fiscal policy has been conservative; the country's tax burden is among the lowest in the region. El Salvador was the first country to implement the Central American Free Trade Agreement (CAFTA), whose parties are the United States, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua and the Dominican Republic, and it has entered into free trade agreements with other countries in the region. The Salvadoran economy is considered to be one of the most open in Latin America.

El Salvador is divided into 14 departments and 262 municipalities. Nationally, an executive branch is headed by a separately elected President. Legislative power is vested in the Legislative Assembly. The third branch, the judiciary, is independent. Since the restoration of peace in 1992 the presidency has been held by ARENA, the party on the right. FMLN, the leftist party, has slowly gained representation in the Legislative Assembly and in local governments. Currently it and ARENA have roughly equal representation in the legislature (some smaller parties also are represented there), but the FMLN is in effective control. Elections for both the presidency and the legislature will be held in early 2009, and the FMLN is considered to have a good chance to win the presidency for the first time.

1.2 *The introduction of competition policy*

The economic reforms that followed the Chapultepec Accords in 1992 included a commitment to competition and consumers. Within 60 days of the Accords the government presented to the Legislative Assembly a consumer protection law, which included some provisions relating to competition.² At the same time the authorities began to consider a competition law, but these efforts took much longer to come to fruition. The criminal code applied to some types of anticompetitive conduct, but there were no prosecutions under that law. A first draft of a competition law was presented to the Legislative Assembly in 1994, but it was not enacted. Various proposals were made in the ensuing ten years, but none became law.

In 2004 a new president, Antonio Saca, was elected, and he provided new impetus for a competition law. Experts conducted a study of experience with competition law enforcement in other countries, including Spain, Mexico, Brazil and the European Commission. There was a broad consensus, which included the business community and both major political parties, in favour of enacting a law.³ The new law was enacted in November of 2004, to take effect on 1 January 2006. The law was amended in 2007,

providing for important new powers for the Superintendency and for higher maximum fines for especially harmful conduct.⁴

In less than three years El Salvador's competition agency, La Superintendencia de Competencia (Superintendency) has accomplished a great deal. A comprehensive regulation developing the competition law was issued in 2006. A five year operations plan was developed, as were an operations manual and a code of ethics. Guides describing procedures for presenting formal complaints to the Superintendency, for filing merger notifications and a glossary of technical terms have been published. Six sectoral studies, financed by outside sources, have been conducted. A comprehensive web site was created.⁵

Several comments and proposals have been submitted to sector regulators and government ministries, some of which have been implemented. The Superintendency has entered into several co-operation agreements with other Latin American competition agencies and with Salvadoran sector regulators. The Superintendency was assisted in some of these tasks by outside consultants, whose work was funded by outside sources, including the Inter-American Development Bank. Finally, the Superintendency is actively enforcing the law, having begun several investigations and cases, though this important aspect of its responsibilities is progressing more slowly. These developments are described further in the sections that follow.

1.3 Policy goals

Competition policy has its foundation in El Salvador's constitution, which was adopted in 1983. Article 101 requires that the State promote economic and social development by means of, among other things, increasing productivity, the rational use of resources and the defence of consumer interest. Article 102 guarantees economic freedom and Article 110 bans the establishment of private monopolies and monopolistic practices.

The competition law is grounded in what are now universally accepted purposes for competition policy: the enhancement of economic efficiency and consumer welfare. The opening article of the law states:

The objective of this law is to promote, protect and guarantee competition, by preventing and eliminating any anticompetitive practice, regardless of its nature, and that limits or restricts competition in any way, or that impedes the access of any economic agent to the market, in order to increase economic efficiency and consumers' welfare.

2. Substantive issues: content and application of the competition law

In most respects the law is structured like many other competition laws. It addresses the three common forms of anticompetitive conduct: restrictive agreements, abuse of dominance and anticompetitive mergers. It employs the commonly-used substantive tests for each of these three types of conduct. The law creates an independent enforcement agency, the Superintendency, possessing the usual investigatory and advocacy powers. Its recommendations are enforced by an autonomous three person Board of Directors.

2.1 *Horizontal agreements*

Article 25 of the law applies to anticompetitive horizontal agreements. It states: “Anticompetitive agreements among competitors are prohibited. These practices include the following, among others. . . .” The article then lists four traditional types of cartel conduct: fixing prices or other terms of sale, fixing output, bid rigging and market division. Presumably Article 25 is not limited just to cartel conduct, however. The phrase “among others” in the law would encompass non-cartel restrictive agreements. The implementing regulation (hereafter “Regulation”)⁶ provides a lengthy list, not exclusive, of indicators of an anticompetitive agreement.⁷ They include such factors as parallel pricing that cannot be attributed to market conditions, evidence of meetings or communications, anticompetitive practices or recommendations by industry associations, evidence of enforcement mechanisms, a small number of competitors, laws or regulations that facilitate anticompetitive agreements, unexplained differences in domestic and international prices and, in the case of bid rigging, unusually similar offers that cannot be explained by market forces.

By its terms Article 25 appears to apply the per se rule to cartel conduct.⁸ There is some ambiguity as to the standard that is to be applied to other types of horizontal agreements, however. Specifically, it is not clear in the law that the rule of reason would apply to non-cartel conduct.⁹ While the Superintendency has not yet initiated a non-cartel horizontal case, it concludes that the rule of reason is the operative standard in such cases.

The 2007 amendments gave the Superintendency two important new tools for its anti-cartel effort: powers to conduct dawn raids and to create a leniency programme.¹⁰ The law requires the Superintendent (the head of the agency) to apply to a court of first instance for permission to conduct a dawn raid. The petition must describe, among other things, the conduct that is the subject of the investigation, the parties involved and the location of the premises to be searched, the evidence that is expected to exist at the site and

the reasons justifying the need for a search. The court must give its decision within 24 hours after the petition is presented.

The amended law provides that leniency can be granted by the Superintendency only to the first applicant, who must furnish sufficient evidence of a cartel and of the applicant's participation in it and fully cooperate with the Superintendency's investigation. The law exempts a successful applicant from the application of the most severe fines for violating the law, but not from fines altogether. The Superintendency's Board of Directors, which imposes fines, would have the discretion to reduce the fine, however. The Superintendency has not yet formally created a leniency programme.

The Superintendency has prosecuted two cartel cases. Those are described below.

Agricultural Products Brokers

This was what is sometimes called a naive cartel – when the participants may be unaware that their conduct is unlawful and do not attempt to conceal it. In this case, a group of six brokers operating on the country's agricultural products exchange jointly published a notice that they were increasing their commissions for transactions conducted on the exchange. The publication was clear evidence of the agreement, and the Superintendency obtained other evidence, including emails and minutes of meetings, that confirmed it. In their defence the brokers claimed that the agreement had never been put into effect. The Superintendency developed evidence to the contrary, however. The brokers also claimed that the increase was necessary because the existing commissions, especially those paid by large customers, were very small. The Board of Directors rejected these defences and fined each of the brokers approximately USD 5 000. Three of the respondents appealed their fines to the Supreme Court, which has not yet made a decision.

Wheat Flour

This is the Superintendency's most recent case, and possibly its most important. On 5 September 2008 the Superintendency's Board of Directors announced that it had discovered and sanctioned an agreement between the two major producers of wheat flour¹¹ (used in the production of bread and bakery products) to share total sales in the market on a 55%-45% basis.¹² Pursuant to the agreement the parties periodically exchanged sensitive, confidential information on sales and their participation in the market. They also devised a mechanism to compensate one another in situations in which a party did not achieve its allocated share.

The Board imposed fines on the two parties totalling slightly more than USD 4 million. The fines, the highest imposed thus far by the Superintendency, were the first calculated under a new provision in the law, added by the 2007 amendments, authorising higher fines in "particularly grave" offences (described further in Section 3.2 below). The fines were calculated as 3% of the respondents' total sales in 2007. The Board also issued a remedial order requiring the respondents:

- to cease the illegal practices;
- to refrain from exchanging information relating to production, sales, prices and customers;
- for a period of two years, to report to the Superintendency monthly data on imports of wheat, flour production, installed capacity and flour sales.

The Board of Directors especially noted the importance of the case to consumers. Bread, of course, is a staple for all consumers. The decision cited statistics showing that in El Salvador, food and non-alcoholic drinks constitute about 43% of the average household's total consumption, and of that, bread accounts for about 31%. The average household spends about USD 31 per month on bread.

The case is also notable as the first in which the Superintendency conducted dawn raids. In this case there were two premises to be searched, located in different judicial districts, requiring the Superintendency to file two petitions with courts of first instance. Both were granted, and the Superintendency conducted searches of the two premises simultaneously.

2.2 *Vertical agreements*

Articles 26 and 27 of the law apply to "anticompetitive agreements among non-competitors." Two specific types of agreements are referenced in Article 26: tie-ins and exclusive selling agreements.¹³ As with Article 25, horizontal agreements, the list of prohibited agreements is not exclusive. Again like horizontal agreements, the Regulation¹⁴ lists some indicators of an unlawful agreement, including: the restrictions result in exclusion from the market for a longer time than would result from a "legitimate economic explanation;" laws or regulations that facilitate anticompetitive agreements;

and exclusive arrangements that cannot be justified by efficiency gains. The rule of reason applies to vertical restraints under the law. The standard is articulated in Article 27: the practices “. . . have or could produce the effect of limiting competition, impeding or limiting the access or displacing competitors from the market, and in any case, that the interest of consumers has been harmed.”

Resale price maintenance is not explicitly noted in either the law or the Regulation. The practice would no doubt be encompassed in the “among others” category in Article 26 if anticompetitive, but it would seem that the rule of reason would apply to RPM, as to all other types of vertical restraints.

Article 27 imposes an additional, important condition for a finding of illegality of a vertical restraint: the practitioner or practitioners, “. . . acting individually or jointly, hold a dominant position in the relevant market.” Many competition laws do not explicitly require a finding of dominance as a prerequisite to a finding of an unlawful vertical restraint. The rule of reason analysis, however, usually requires a finding that the practitioner has some market power, if not dominance. Also, the language “acting individually or jointly” in Article 27 might permit the application of the law to a situation in which there is no single firm dominance. It is generally accepted that vertical restraints could be anticompetitive when most sellers in a market engage in a practice having the effect of restricting entry or facilitating collusion.¹⁵

Article 28 addresses the concept of relevant market. It focuses on the generally-accepted test for defining a relevant market: substitutability of products or services (product market) or sources of supply (geographic market) for buyers. The Regulation elaborates on this concept.¹⁶ It does not employ the SSNIP test (small but significant and non-transitory increase in price) that some other jurisdictions use, listing instead various qualitative factors, including “the time required for the substitution, prices, characteristics, uses and applications, consumption alternatives, goals, availability, substitution costs, as well as accessibility of the goods or services in question, perceptions of substitution, and market trends.” (The Superintendency does use the SSNIP test, however, in its analysis.) Included as a relevant criterion in the Regulation is the possibility that a supplier not currently serving a market could begin to do so “without significant costs and in a short time period.”

Importantly, Article 14 of the Regulation adds an efficiency defence to these agreements among non-competitors (but not to horizontal agreements prohibited by Article 25). It requires the Superintendency to consider whether the agreement in question allows the participants to “achieve

greater efficiency . . . or promote innovation or foster productive investment, which translates into benefits to consumers in the respective activity.” There follows in the Regulation a non-exclusive list of cognisable efficiencies. In general they refer to production efficiencies of various types.

The Superintendency has not yet brought a vertical case as such, though the motor fuels case, described below as a dominance case, could have been characterised in that manner.

2.3 Abuse of dominance

Article 30 of the competition law prohibits abuse of dominance. As in the law’s other substantive provisions, this article enumerates certain types of conduct that could constitute violations, including inhibiting entry or expansion, predatory pricing and various forms of price discrimination. The Regulation¹⁷ lists some indicators of abusive conduct, including increasing costs of entry or exit, creating difficulty of access to inputs, cross-subsidisation and price discrimination not apparently justified by cost differences.

Article 29 of the law lists factors relevant to a determination of dominance. They include the ability of a firm unilaterally to raise prices or restrict output, the “existence of competitors” (presumably, market structure), the existence of entry barriers and conditions of access to necessary inputs by a firm and its competitors. The Regulation elaborates on these provisions, describing factors relevant to market structure and entry barriers.

Neither Articles 29 and 30 nor their corresponding regulations specifically refer to joint dominance. As noted above, that reference is in Article 27, which refers to vertical restraints. Still, the Superintendency has concluded that the concept applies to dominance cases as well. There must be more than mere parallel conduct between jointly dominant firms, however. They must be joined by some specific link. This concept is relevant to the motor fuel case, described below.

The bulk of the investigations and cases instituted by the Superintendency so far have been dominance cases. This is often the case in countries in the initial stages of enforcing a competition law. Three of the investigations have led to a finding of abuse, with fines having been assessed. The three are described below.

Cable Television

In El Salvador home builders sometimes undertake to construct new communities of many homes; in the process they build in infrastructure for such services as electricity, telephone and cable television. In one case, a builder formed an affiliate company that would provide cable TV service in a community that it was building. Competing cable providers also desired to provide service in the community, but the construction company physically prevented the competitors from entering the premises to install equipment. In some instances the builder destroyed competitive equipment that had already been installed.

The respondent claimed that if it were to permit other entities to enter the construction zone it could cause damage to the properties. Another defence was that security was an important consideration to homeowners in the community, and that it would compromise security to permit others to enter. The Board of Directors rejected these arguments. Regarding the security argument, the Superintendency showed that the competing providers had specific permission of property owners to enter. The Board fined the builder and its affiliate a total of approximately USD 34 000 and ordered them to cease the offending practices. The fines have been paid.

Electricity Distribution

B&D, an electricity distributor, attempted to enter an industrial zone in San Bartolo, in southern El Salvador, by constructing a new distribution network. The incumbent, CAESS, a member of a group of companies that controls close to 70% of electricity distribution nationwide, held a 100% share in this area. For B&D to construct its facilities it was necessary for CAESS to provide some minimal co-ordination, such as cutting power at agreed times to permit B&D to complete its network. CAESS refused to do so, despite receiving proposals from B&D for procedures to facilitate the process. In addition, CAESS obstructed B&D's entry by erecting utility poles at points at which B&D intended to erect its own.

CAESS offered various justifications for its refusal to cut service, including safety considerations. The Superintendency showed, however, that CAESS had cut service for others at their request, without objecting. B&D even tried to conduct its work at times when CAESS was planning to cut service for other reasons, but in these instances CAESS cancelled the cut at the last minute. Regarding its blocking of locations for utility poles, CAESS argued that B&D had other options for its network, including underground installations. With the help of an expert witness, an employee of SIGET, the electricity regulator, the Superintendency showed that these alternatives were more expensive for B&D. Finally, CAESS argued that it had no duty to deal with a competitor as demanded by B&D.

The Board rejected CAESS' arguments and found that it had abused its dominant position. It fined CAESS USD 170 000 and ordered it to cease its obstruction and to co-ordinate with B&D. CAESS has appealed the result to the Supreme Court, and has neither paid the fine nor begun co-operating with B&D. Recently the Superintendency asked the Attorney General to institute a criminal action against CAESS for its failure to comply.

Motor Fuels

This is the most important and the most publicised dominance case brought by the Superintendency to date. It was initiated in April 2006 by a complaint lodged with the Superintendency by an association of gasoline dealers. The Superintendency issued its decision in October 2007. The respondents in the case were three multinational oil companies, Exxon (doing business in El Salvador as Esso), Shell and Chevron (doing business in El Salvador as Texaco). The central element of the case was the practice, in which all three engaged, of creating geographic zones within which the retail prices of motor fuel were almost identical. Prices varied as between zones, however.¹⁸

There is one oil refinery in El Salvador, which is jointly owned by Esso and Shell. This same entity also imports refined oil products and stores them at the facility. Texaco separately imports and distributes refined products, as does a fourth entity. Esso, Shell and Texaco account for more than 90% of wholesale distribution of motor fuels; their branded gasoline stations also have large shares of the retail sector.

In a long and carefully written decision, the Superintendency's Board of Directors determined that there were three separate product markets: premium gasoline, regular gasoline and diesel fuel. The Board concluded that there were 15 relevant geographic markets, consisting of the seven largest cities and metropolitan areas (of which the San Salvador metro area was by far the largest) and eight highway corridors linking the major cities. The theory behind this construction was that of "linked markets." While many buyers in an area or neighbourhood find it convenient to purchase their fuel only from local stations, other buyers, because of commuting or personal driving patterns, may also find convenient sources of supply in an adjacent area, and some buyers in the second area also shop in a third, and so on. In this way, sellers in one area may be influenced by pricing decisions of sellers located some distance away.

Esso and Shell together had retail sales exceeding 50% in several of these markets. Because they jointly owned and operated the refinery and storage facility, the Board concluded that it could consider them as a single entity for purposes of the dominance analysis. The Board concluded that Esso and Shell were dominant, given their large joint market share and high entry barriers, among other things. Texaco, on the other hand, operated separately from the other two, and for that reason the Board concluded that Texaco could not be considered dominant.

Esso and Shell could effectively control the retail prices charged by their station operators by adjusting, in various ways, the dealers' wholesale prices. The pricing systems were not identical, however, and there was no evidence that the two firms had colluded in setting these prices. The same was true of the zoning systems of the two firms; while they both engaged in the practice, the zones that they created were not coterminous, and there was no evidence of collusion in this regard. Thus, the Board concluded that it could not find an unlawful horizontal agreement between the two.

It did conclude that the firms' zoning practices were an abuse of their dominant position, however. The zones that the companies established were much smaller than the relevant geographic markets determined by the Board. (Esso had 15-20 zones in the San Salvador metropolitan area, for example, and Shell had even more.) The effect, said the Board, was to

inhibit price competition. A station could not respond to a lower price charged by stations in an adjacent zone by lowering its price, because of its supplier's control over its prices. In this way, concluded the Board, competition offered by a discounter in one zone "will not be transferred . . . to nearby zones, or to the rest of the relevant geographic market." The Board also concluded that the zoning system had the effect of raising barriers to entry in the retail market.

The Board of Directors fined each of the two firms the maximum fine then available, 5000 monthly minimum monthly salaries in the industrial sector, which translated into USD 852 000. It also ordered the firms to cease the pricing and zoning practices that were the subject of the case. Esso and Shell immediately appealed to the Salvadoran Supreme Court. (The relevant appellate procedures are described below in Section 3.3) In an interim decision rendered a few weeks after the appeal the Court suspended the remedial order. It did not suspend the fines, but the companies have not yet paid them. The Court has not ruled further on the case.

Until the wheat flour case this case was the most visible of any brought by the Superintendency. It received a significant amount of public attention, involving as it did a common consumer product, well known multinational companies and the imposition of large fines. There was criticism of the case in some quarters, however. The theory of the case was novel and complex, seeming to involve in some form the concept of joint dominance, though that term was not used by the Board. Also, the respondents voiced objections about certain procedures, which are discussed in Section 3.2 below. Finally, the case highlighted issues relating to the judicial appeals process, which are also discussed below.

2.4 *Mergers*

The Salvadoran law, unlike those of some of its Latin American neighbours, includes merger control. The relevant legal standard is "significantly limit competition."¹⁹ The Regulation contains several articles expanding on various substantive and procedural aspects of the merger review.²⁰ The Superintendency has not yet published guidelines describing its method of analysis of mergers, but the Superintendency states that it employs a methodology like that used in many countries today. It begins with market definition and an assessment of concentration. Conditions of entry are then determined, after which the probable competitive effects of the proposed merger are considered. The law and the Regulation require that the Superintendency consider, among other things, possible efficiencies generated by the proposed transaction. The fact that a party may be insolvent or in danger of failing is also relevant.

Importantly, the merger control provisions extend to mergers in regulated sectors. The Superintendency's decision is binding upon the sector regulator, though the regulator may also have the power to prevent a merger on regulatory grounds.

2.4.1 *Notification and review procedures*

El Salvador requires pre-merger notification. Article 33 states:

Concentrations whose combined total assets exceed fifty thousand minimum urban annual wages in the industrial sector or whose total income exceeds sixty thousand minimum urban annual wages in the industrial sector should request [from] the Superintendency their prior authorization.

Currently these asset and revenue size thresholds translate into USD 112 860 000 and 135 432 000, respectively, relatively high for a small economy like El Salvador. Neither the law nor the Regulation state specifically that the relevant assets or revenues be located in or derived from El Salvador. The Superintendency has concluded that a requirement of “local nexus” does exist, however, and is operating on the assumption that the relevant assets or revenues must be local. Also, the terms of the law and Regulation require only that the combined assets or revenues of the merging parties reach the specified levels; there is no minimum requirement for one party, creating the possibility that a merger involving one very large entity and another of de minimus size would have to be notified, notwithstanding that such a transaction would be unlikely to have any significant anticompetitive effects.²¹

The law provides that the Superintendency has 90 calendar days after notification to issue a decision. If no decision is issued within that period, the merger is deemed to have been approved. If the Superintendency requires additional information about the transaction or it considers that the notification is deficient in some respect, it must make its request to the parties within 15 days after notification. The running of the 90 day period is suspended by such a request, resuming when the information requested is supplied.

The Superintendency does not assess notification fees.

2.4.2 *Investigations and cases*

The Superintendency has not denied or conditioned any merger to date. It received 16 notifications through May of 2008, but nine of these were not required to be notified for various reasons. One was abandoned and the remaining six were approved. The Superintendency almost always exercised its option to request additional information within 15 days, but most of these requests had to do with deficiencies in the notification. Five of the six relevant notifications involved firms in the financial sector,

perhaps not surprising given the high notification thresholds and the relatively large size of financial enterprises.²²

It is obvious that the business community and the corporate bar have had little experience with the notification procedures thus far. The Superintendency has published a guide to merger control, but it is relatively general, and does not deal with the intricacies that inevitably arise in the merger notification context. The Regulation (Art. 78) created a procedure by which parties, including government agencies, could apply in writing to the Superintendency for a consultation or opinion. The procedure was employed a total of 15 times through the first quarter of 2008, five of which were for the purpose of determining whether a merger had to be notified. The consultation procedure can no longer be employed for this purpose, however, because the 2007 amendments limit its use to two circumstances: comments on proposed legislation and on procedures for public procurement.

It appears that so far the high thresholds established in the law have served their purpose – that of limiting the number of notifications that the new competition agency has to review. It can happen in countries just beginning merger control that the competition agency is swamped with merger notifications, most or all of which present no competitive problem but which divert the agency's scarce resources away from more important matters. Another useful provision in the law is that the thresholds are effectively indexed to inflation, by means of a link to a minimum annual wage. This obviates the problem of having to raise the thresholds in the future because inflation has rendered them too small.²³

Of course, it is possible that mergers that fall below the notification thresholds could still harm competition, and the Superintendency might want to control these, if necessary. It seems that the merger control provisions of the law would not apply to such mergers, but by their terms the articles prohibiting anticompetitive agreements and abuse of dominance could. The Superintendency has not yet had occasion to consider this question.

2.5 Unfair competition and consumer protection

The Superintendency has no enforcement responsibility for unfair competition or consumer protection. The Salvadoran commercial code has provisions prohibiting various types of unfair competition, including bribery, providing false information about the origin or quality of products or about a competitor and misuse of intellectual property. These laws are enforced in civil court.

Consumer protection is robust in El Salvador. As noted above, a consumer protection law was enacted well before the competition law. The current consumer protection law, enacted in 2005, is a lengthy and comprehensive document. It addresses a wide range of practices, including the sale of unhealthful or dangerous products, toxic substances, various contractual provisions, the sale of defective goods, providing false and misleading information and other advertising practices. The law is enforced by an independent consumer protection agency, La Defensoría del Consumidor (Defensoría). The Defensoría has broad investigatory and enforcement powers. Through a three person tribunal it can impose fines of up to USD 940 500, depending upon the severity of the offence and the magnitude of its effect.

The 2005 law created what is called the National System for Consumer Protection, composed of the Defensoría and representatives of the executive branch and other government institutions. The Superintendency is not represented in this body, apparently because it does not have a specific sectoral responsibility. Co-ordinated by the Defensoría, the National System has responsibility for strategic planning and other co-ordinating activities in the field. Further, the law created a Consultative Council to advise the Defensoría (Consejo Consultivo de la Defensoría del Consumidor). Members of the Council include the Superintendent of Competition and representatives of Salvadoran consumer NGOs.

Consumer protection is popular and has a high profile in El Salvador. The public understands the actions taken on its behalf by consumer agencies; such cases are relatively numerous and can be resolved quickly. The Defensoría is well funded; its budget is substantially larger than the Superintendency's. Consumer NGOs are also active in El Salvador, the largest of which is the Center for the Defence of the Consumer. The Superintendency could benefit from this good will by associating more closely with the Defensoría. Similarly, the Defensoría would benefit from the Superintendency's participation on the National System for Consumer Protection. The two agencies could also co-operate in appropriate cases, to good effect.²⁴ The Superintendency has proposed to the Defensoría that the agencies enter into a co-operation agreement, much like those that the Superintendency has concluded with other government agencies (described further below in Section 4). Thus far the Defensoría has not responded, however. It has also been invited to participate in some of the Superintendency's cases, but it usually has not done so.

3. Institutional issues: enforcement structure and practices

3.1 Competition policy institutions

The Superintendency of Competition is one of several independent superintendencies in El Salvador.²⁵ Some sector regulators take that form, as do other public institutions such as hospitals. The Superintendency is part of the executive branch; it has a separate budget, which is submitted through the Ministry of the Economy to the Ministry of Finance.

The Superintendent of Competition, currently Lic. Celina Escolán Suay, is the head of the agency. She directs a staff of lawyers, economists and administrative personnel. The professional members of the staff are organised into two “intendencias,” legal and economic. Other offices within the Superintendency include a Secretary General, internal and external auditors, and international, communications, information, financial and administration units.

The Superintendent, with the assistance of her staff, makes enforcement recommendations to a three person Board of Directors. The Board makes the final enforcement decisions and imposes sanctions, if any. Article 9 of the competition law sets out the necessary qualifications for a board member:

The Superintendent and the Directors should be Salvadorian nationals, over thirty years of age, with a diploma in economy, law, business administration or other related professions, well known for his or her honorability, notorious probity and knowledge and experience on issues related to his /her job, in full enjoyment of all citizen rights in the last five years before being appointed for the job.

The Superintendent is *ex officio* a member of the Board. The other directors serve part time. The Superintendent and the Board members are appointed by the Salvadoran President for terms of five years. They can be reappointed. In addition to the three voting members of the Board, three alternate members are also appointed, to serve when a voting member cannot. The alternate members also attend the meetings of the Board. The terms of all of the Board members expire at the same time.²⁶ This could create a problem at the time of the turnover. There would be a sudden loss of expertise and continuity, and the opportunity to appoint an entire new Board could invite political intervention into the Superintendency’s work.²⁷

The Board is required by law to meet at least once a month. In practice it meets more often, usually once a week. Meetings typically take three to four hours. Directors often have to spend extra time preparing for

meetings - reviewing files, and so forth. The Ministry of Finance sets the compensation rates for the directors other than the Superintendent.²⁸ Here the fees seem quite low. In 2006 the directors' fees were set at \$45.72 per meeting, not to exceed \$182.88 per month (four meetings). In 2007 they were raised to \$75 per meeting, maximum \$300 per month.²⁹

These rates compare unfavourably with those in other superintendencies; board members of the financial system superintendency receive \$320 per meeting, for example; the Central Bank, \$250, and the securities industry, \$225. Moreover, the directors of the Competition Superintendency point out that they have a comprehensive role in the operation of the agency, approving all official actions of the agency. Some of the other superintendencies apparently have more of an oversight or appellate function, and consequently their work requires less time.

Because the directors serve part time, except for the Superintendent, they of course have other full time employment. To date the five directors have come either from the academic community or from other government agencies. Currently, one member is from a university, two from the Technical Secretariat, which performs oversight and advisory functions for the President, one is from the Central Bank and one is from the Ministry of Economy. This raises potential issues relating both to the independence of the agency and to possible conflicts of interest.

The fact that a majority of the Board could come from another branch of government could compromise the Board's independence. There is no indication that this has occurred, however; the Board's decisions seem to have been reached without any outside interference. The outside directors say that their agency has never attempted to exert any influence on them in a case. They point out that it can be an advantage for their agencies' perspective to be represented. Still, it would seem that in different circumstance outside influence might be exerted. A related issue is potential conflicts of interest. A case or investigation could involve a matter that is also before a ministry or agency for which a Board member works full time. This problem could probably be addressed by means of a rigorous set of rules governing disqualification from a given case.

3.2 *Enforcement processes and powers*

The procedures relating to merger notification and review are described in section 2.4.1 above. Procedures relating to conduct cases are set forth in articles 40-49 of the law and articles 24-77 of the Regulation.

Conduct investigations can be initiated either by a formal complaint filed with the Superintendency by a private party or by the Superintendency

ex officio. If the Superintendency determines that a private complaint does not comply with the information requirements set forth in the law and Regulation it must notify the complainant of that fact within 15 days of the filing of the complaint. The complainant has five business days to remedy the problem. Also, within the 15 day period the Superintendency can determine that the complaint does not describe a possible violation of the law and declare it improper.

If the complaint is considered valid, the Superintendency may conduct a preliminary investigation to determine if a full investigation is warranted. If it is not, the complaint is dismissed. If the preliminary investigation indicates that there is sufficient evidence of a possible anticompetitive practice the Superintendency initiates a formal investigation. (A preliminary investigation is not required; the Superintendency can proceed directly to a full investigation if the facts warrant.) The party or parties that were the subject of the complaint are given formal written notice of the investigation; the notice includes a summary of the relevant facts, the type of infraction that may have occurred and the sanctions that could be imposed.

This triggers the beginning of a 30 calendar day period within which the Superintendency and the respondent gather evidence. Following that, the respondent has a period of 20 business days within which to present its evidence and arguments to the Superintendency. At this stage all proceedings are in writing. The Superintendency then prepares its report and recommendation to the Board of Directors. The respondent also has the opportunity to present its arguments to the Board in writing.

After deliberation the Board makes its decision and directs the Superintendency to draft its resolution, which is made public. The resolution describes fully the relevant facts and the Board's analysis.³⁰ The respondent has a period of five working days within which to request a review by the Board of its decision.³¹ The Board then has ten business days within which to make its decision on the review. The law requires the Board to issue a decision within 12 months from the date that a complaint was filed or an *ex officio* investigation was begun. This period can be extended once, for a maximum of 12 months. In only one case, the motor fuels case, has the 12 month period been extended, that for an additional seven months.

The Superintendent has the authority to classify information or documents that the Superintendency has obtained as confidential, and to restrict access to that information as she considers appropriate. Any party providing information can make such a request. A respondent has access to the Superintendency's evidentiary file but not to the Superintendency's report to the Board.

The motor fuels case generated some discussion about the procedures employed in the decision making process. The respondents in that case acknowledge that they had sufficient access to the Superintendency's evidentiary file and there were no restrictions on their ability to present evidence and arguments to the Board. They complain, however, that they were not fully aware of the Superintendency's theory of the case, and hence were not able to address it completely, until the Board issued its decision. Following that they had the opportunity to request a review by the Board of its decision, which they did, but they would have preferred to have been able to address the issues more specifically in the first stage.

Another criticism of the decision making process has been voiced: that the Superintendency's prosecutorial and adjudicative functions are insufficiently separated. The Superintendent supervises the preparation of cases and is also one of three voting members of the Board (unless she is disqualified because of a personal conflict). Critics say that the Superintendent would not be wholly impartial and that she might have undue influence on the Board. Competition agencies in many countries are structured similarly to El Salvador's, however, employing a system in which an independent commission both develops cases and is the decision maker of first instance. El Salvador's is somewhat unique in that there are only three voting members on the Board – most countries have five or more – and there are three additional members who participate fully in reviewing cases but who do not vote on them, unless one or more of the voting members is disqualified. Of course, the fact that the Board's decisions can be appealed to the courts is an important factor in securing due process.

Apart from these procedures that govern contested cases, there are currently no procedures in place through which the Superintendency could "settle" cases, that is, reach agreement with the parties on an appropriate remedy. Settling cases in some fashion would obviate the need for appeal to the courts. As discussed in Section 3.3 below, the appeals process is slow and uncertain, creating a significant impediment to final resolution of the Superintendency's cases. The original law included a provision permitting a party to provide a guarantee to the Superintendent that it would cease or modify the allegedly anticompetitive conduct sufficiently to restore competition in the relevant market, in exchange for which it would receive no penalty. There was one case in which this procedure was used successfully. The procedure was eliminated by the 2007 amendments, however. The Board can take any voluntary modification of conduct by a respondent into account in assessing fines.

There is no provision for private parties to pursue remedies for a violation of the competition law apart from their right to petition the Superintendency to conduct an investigation. Thus far it seems that the rules governing this

procedure are appropriately balanced, avoiding the possible situation in which the Superintendency might have to devote too many resources to processing meritless private complaints. The Superintendent has the power, as described above, to summarily declare a complaint as inadmissible or improper. To date there have been 20 private complaints lodged with the Superintendency. Of the 18 that have been finally resolved, ten were summarily dismissed by the Superintendent. One complainant appealed that decision to the Board of Directors, which upheld the Superintendent.

The Superintendency has all of the investigatory powers that are normally given to a competition agency.³² It can request any party, including any government agency or body, to provide information and documents. It can issue summons for witnesses. It can carry out inspections at the premises of a person, examining documents and taking statements. These inspections, which require the Superintendency to give advance notice of 24 hours, are apart from the power to conduct dawn raids, which must be authorised by a court. As noted above, the 2007 amendments provided the Superintendency with the power to conduct dawn raids and to implement a leniency programme. They also gave to the Superintendent the power to issue preliminary orders, temporarily suspending an activity or impose other conditions,

. . . when an imminent risk to the market exists which may limit competition, the access of an economic agent to the market, or the movement of an economic agent, or that the detected conduct may result in damages to third parties or in damages to public or collective interests.³³

Such an order can be appealed to the Supreme Court, but appeal rights are limited because the order is not a final one. No such orders have yet been issued.

These powers collectively are not unusual for competition agencies, but they are not common in El Salvador. Perhaps no other superintendency has such an array.

The Superintendency's fining power is also significant.³⁴ Before the 2007 amendments it could impose a maximum fine of 5 000 minimum monthly urban wages in the industrial sector, which currently translates to USD 940 500. The amendments added higher fines for "particularly grave" offences. The Superintendency can impose the greater of

- up to 6% of a firm's total annual sales in El Salvador;
- up to 6% of a firm's total assets in El Salvador;
- between two times and ten times the estimated gain resulting from the unlawful practice.

In calculating fines the Superintendency must take into account:

... the severity of the infringement, and also the damage caused, the effect on third parties, the duration of the anticompetitive practice, the size of the market, and whether it is dealing with a repeat offender.³⁵

As noted above, the largest fines imposed by the Superintendency so far were those in the wheat flour case, about USD 4 million. They were also the first under the new particularly grave provision. When assessing fines the law requires that all fines be paid within eight days of the issuance of the Board's final resolution. As described below in Section 3.3, however, most of the fines assessed to date have not been paid because of judicial appeals.

These same maximums, including the alternative higher fines, also apply to situations in which the parties to a merger that should have been notified consummate their merger without having notified, and in which a complainant files a complaint containing false information "with the purpose to limit, restrict or impede competition." Also, a party who does not comply with a final resolution of the Board in a merger case can be fined up to 5 000 minimum monthly urban wages for each day that it is in non-compliance, and a party who fails to supply information requested by the Superintendency or intentionally or negligently provides false or incomplete information can be fined up to ten minimum monthly urban wages for each day that it is non-compliance.

In one case the Superintendency imposed fines for failure to supply requested information. In connection with a study of the pharmaceutical industry the Superintendency requested information from several laboratories. Some of the respondents did not respond, while others claimed that the Superintendency did not have legal authority to request such information. To the latter the Superintendency responded with citations to the applicable provisions of the competition law. Five respondents persisted in not supplying the information, however, and the Superintendency initiated procedures under another law to require the respondents to provide the information.³⁶ The five ultimately did so, but the Board assessed fines based upon the length of time that the respondents were not in compliance totalling approximately USD 52 500. Three respondents have paid their fines; two have appealed.

In addition to its fining powers the Superintendency can issue remedial orders requiring the cessation of the unlawful practices and/or imposing other terms or obligations, both behavioural and structural. This ability to impose behavioural and structural remedies, in addition to simple prohibitions, was another addition provided by the 2007 amendments. The order in the wheat flour case was the first issued under this new provision.

3.3 *Judicial review*

There are four levels in Salvadoran judicial system: justices of the peace, courts of first instance, intermediate appellate courts and the Supreme Court. The Supreme Court is structured into four chambers: Constitutional, Civil, Criminal and Administrative. There are 15 justices on the Supreme Court, each assigned to one of the chambers (they can also meet in plenary session). Justices are appointed by the Legislative Assembly for terms of nine years (one-third of the justices are appointed every three years).

Appeals of decisions of the Superintendency, and of all administrative bodies, are made directly to the Administrative Chamber of the Supreme Court (specifically, Sala de lo Contencioso Administrativo). There are four justices in this Chamber. In a case against a government institution, such as the Superintendency, the Attorney general participates as the representative of the state and of the public; the institution is represented by its own attorneys. In general the Chamber's procedures are as follows: upon receipt of the petition it conducts a preliminary study to determine if the appeal satisfies the requisite procedural requirements. Upon admitting the case, the Chamber can issue an interim or preliminary order if necessary. Then follows consideration of the merits of the case, which includes reports from both sides and, if necessary, the gathering of new evidence. The Chamber then reaches its decision.

The Chamber's decision cannot be appealed to the plenary Court, but if there is a constitutional issue raised in the case it could be appealed to the Constitutional Chamber, under a procedure known as amparo.

As noted above, the Superintendency has issued sanctions in only a few cases thus far, but in all but one, the television cable case, at least some of the respondents have appealed. None of those cases has been finally decided. Most of the cases have been accepted for review by the Court; in the others, acceptance is pending. In one case a petition to suspend the fine that was imposed, pending review, has been granted. In the others, however, including the motor fuels case, the fines have not been suspended, but they have not yet been paid. The Superintendency has requested the Attorney General to proceed against the parties to collect the fines. The Attorney General has not yet begun that process.

Thus, judicial appeals have thus far frustrated the Superintendency's efforts to finally resolve its cases. The appeals process is slow. It can take a year or more for the Court to accept a case. Reaching a final decision can take two years from the date of the appeal, sometimes longer, and then there is the possibility of an amparo appeal.³⁷

3.4 *International issues*

As a small economy and one whose markets are relatively open, competition in El Salvador is inevitably affected by international forces. The law and Regulation are silent on this topic, but there does not seem to exist any restriction on the Superintendency's ability to give full effect to foreign influences in its competitive analysis. So far the issue has not arisen directly in the Superintendency's cases.

The Superintendency has no role in the implementation of trade policy, including anti-dumping measures.

The Superintendency has been active since the beginning in building relations with other competition agencies and international competition policy organisations. It has signed co-operation agreements with competition agencies in Chile, Costa Rica, Honduras, Mexico, Panama, Peru and Spain. Three of the agreements – those with Chile, Mexico and Spain – focus on technical assistance – the exchange of personnel and sponsorship of conferences and seminars. The others also address co-operation and information exchanges. The Superintendency regularly communicates with its counterparts in other countries in the region on specific matters or issues. Brazil and Chile have provided technical assistance on conducting dawn raids, and Chile has provided technical assistance in two of the Superintendency's cases.

The Superintendent is adept at attracting funding from outside sources for special projects.³⁸ The agency participates, for example, in COMPAL, a project that provides technical assistance in competition and consumer protection policies for the countries of Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua and Peru, financed by the government of Switzerland and administered by UNCTAD. Through COMPAL, Superintendency staff has participated in internships at competition agencies in other countries. The Superintendency also participates in the technical assistance programme offered by Spain and Portugal through the Ibero American Competition Forum.

The Superintendency also participates actively in international competition organisations, including the OECD (through its Global Forum on Competition), the ICN and UNCTAD. In its brief history it has already acted as host of the fourth meeting of the Latin American Competition Forum and of an ICN cartel workshop.

There is a broad diplomatic effort underway to integrate the economies in the region. Currently there are negotiations underway to create a Central American customs union. All countries in the region except Guatemala now have competition laws. In 2006 the Central American Competition Forum was created. El Salvador recently acted as host for the second meeting of that group.

3.5 *Resources and priorities*

One of the Superintendency's first tasks in 2006 was to prepare a five-year plan for the period 2006-11.³⁹ The plan articulated strategic objectives for the agency and it set out specific, numerical goals for various types of activities, for example, "number of cases on anticompetitive practices resolved," and "reports containing recommendations on laws and regulations." The shape of the plan was to emphasise competition advocacy, especially that relating to educating the public about competition policy, in the first years, while increasing the output of enforcement actions in the later years. The agency has followed this plan, though in some cases the numerical goals proved to be too ambitious.

The following table describes the output of the Superintendency in enforcement actions for the first 33 months of its existence.

	Horizontal Agreements	Vertical Agreements	Abuse of Dominance	Mergers	Failure to Supply Information
Files Opened	4	3	13	18	6
Orders or Sanctions Imposed	2	-	3	-	6
Fines Imposed (USD)	4 063 093.36	-	1 985 160	-	52 714

In the Superintendency's first two years its staff averaged 25 persons. Currently its staff numbers 30, including 6 lawyers and 7 economists. The agency's budget in 2006 and in 2007 was USD 1 500 000.⁴⁰ It was increased to \$1 800 000 in 2008. Spending caps have prevented the agency from spending its full allotted amount, however. In 2006 only \$1 350 000 was actually spent. In 2008 there was a government-wide 10% reduction in the amounts that could be spent on goods and services – non-salary expenses such as computers. A further restriction is that the Superintendency can spend only 65% of its budget on personnel, which has constrained its ability to hire staff, by far its most important input.⁴¹ The Superintendency has been notified that its budget for 2009 will be reduced to approximately \$1 700 000.

The Superintendency's agenda is broad, and its leaders ambitious. Their accomplishments, especially in competition advocacy as described below in Sections 4 and 5, have been significant. They contend that more resources

are required, however, as the agency becomes more intensively involved in case work. They note that the Superintendency's budget is substantially less than that of other Salvadoran agencies that it considers to be its peers.

There are positive aspects to the Superintendency's resource situation, however. It seems to have adequate office space and equipment for the size of its current staff. Most important, its staff, while young, is widely considered to be capable and hard working. Its current Superintendent is highly respected, as is the Board of Directors. Salary levels for superintendencies are higher than those in the central government. The Superintendency attracts good people; university graduates consider it a good place to work. While there will be turnover of professionals from the agency to the private sector, as in many government agencies, it seems that turnover will not be a critical problem in the near term.

4. Limits of competition policy: exclusions and sectoral regimes

There are almost no exclusions from the competition law. It applies fully to the private sector, including regulated sectors, and to publicly owned enterprises. Article 2 of the competition law states:

The provisions herein are binding to every economic agent, be they natural or juristic person, state or local government, enterprises with state participation, cooperatives associations, and any other organization participating in economic activities. Notwithstanding the above, this law shall not be binding upon those economic activities that the Constitution and the laws reserve exclusively to the State and municipalities.

As noted above, there are regional (departmental) and municipal governments in El Salvador. These governments have no competition law enforcement responsibilities. The municipal code does reserve to municipalities the right to operate and regulate local markets, slaughterhouses, solid waste collection, cemeteries and funeral services and lotteries. If a municipality performs these services it is not subject to the competition law, but a private contractor performing the services is subject to the law. There are no special rules or exemptions for small and medium sized businesses.

Following are brief descriptions of regulatory regimes and market structures in selected sectors.

4.1 *Electricity*

The electricity sector, like other infrastructure sectors, was privatised in the mid and late 1990s. Competition exists in generation and distribution; the transmission company is a state owned monopoly. There are six generating companies operating a total of 12 plants. Hydroelectric is the leading source of power, with about 40% of total capacity. One entity controls all of the hydro facilities. Geothermal is a growing source, currently with about 14% of capacity. The remainder is thermal. In distribution there are several small players, and some generators are integrated into distribution, with minimal shares. One Group, AES, which includes CAESS, the respondent in the competition case described above, has a 68% share of sales nationwide. The sector regulator is General Superintendency for Electricity and Telecommunications (SIGET). As its name indicates, SIGET also has responsibility for the telecommunications sector.

4.2 *Telecommunications*

Fixed telephony remains highly concentrated after privatisation, but it is facing competition from other technologies, including mobile, Internet and cable TV. Long distance service is competitive, with 12 operators currently providing service. SIGET sets maximum rates in fixed local telephony. Mobile telephony has grown rapidly in recent years; usage increased about 450% between 2002 and 2007. There are currently five mobile telephone operators. Mobile rates are not regulated. A recent study showed that mobile rates in El Salvador are among the highest in Latin America, however, to which the Superintendency responded with some recommendations to SIGET, described in Section 5 below. Internet service has also grown rapidly in the past few years. That market appears to be competitive, and is unregulated. Cable TV service is likewise mostly unregulated. Two large providers serve most of the country, but several small competitors also exist. There are no regulatory barriers to entry in cable TV.

4.3 *Petroleum*

As noted above in the discussion of the motor fuels case, there is only one refinery in the country, which, together with imports stored on the same property, was for many years the source of most petroleum products in the country. Prices were regulated until 1994, when a wholesale price cap system was introduced. As imports grew, and particularly with the entry of Texaco as a major importer, most of the sector was fully deregulated

in 2002. Prices for liquid petroleum gas, the most important fuel for households, are still regulated. The Ministry of the Economy has regulatory responsibility for this sector.

4.4 Banking

In 1980 the sector was nationalised, but in the early and mid-1990s it was again privatised. Entry by foreign banks was encouraged. Today there are 14 banks in the country; most of them are foreign. Citibank is the largest bank in the country, with market shares approaching 40%. There have been several mergers in the sector in recent years. Oversight of the industry is provided by the Superintendency of the Financial System..

4.5 Agriculture

As in most countries where agriculture is significant, competition in this sector is subject to some government-imposed distortions. Markets for most products are reasonably competitive, however. Tariffs generally are low, and CAFTA will result in the complete elimination of agricultural tariffs as between those countries. Sugar, one of El Salvador's principal crops, is an exception. Sugar is mostly excluded from CAFTA⁴²; tariffs are high in El Salvador – 40% – but other economies, including the United States and Europe, also substantially restrict sugar imports in various ways. Domestic production is subject to a quota system, which limits price competition, leading to a call from some to apply the competition law more vigorously to this sector.

5. Competition Advocacy

The Superintendency made a conscious effort at the beginning of its work to concentrate on this important function, and the results have been impressive. There are both advisory and educational aspects to competition advocacy. The advisory function involves providing comments and recommendations to other parts of government, especially sector regulators, on their policies that affect competition. In executing its educational responsibilities, the competition agency interacts with the public in various ways for the purpose of fostering an understanding of competition policy and support for the agency's agenda. The Superintendency has been active on both fronts. The agency continues to devote significant resources – currently about 40% – to competition advocacy.

5.1 *Intra-government advocacy*

The competition law provides the Superintendency, through the Board of Directors, with full power to conduct this activity.⁴³ It can conduct market studies, advise sector regulators on the effects of their regulation on competition, issue opinions on the competitive effects of legislation and issue opinions on procedures for public procurement.⁴⁴

The Superintendency has entered into co-operation agreements with several regulators and government agencies: electricity and telecommunications, ports, civil aviation, financial system superintendency, pensions, securities, science and technology, Central Bank and Ministry of the Economy. The agreements provide for the exchange of information, for technical assistance and for co-operation in various forms in the execution of the agencies' missions.

The Superintendency has completed six in-depth studies of economic sectors in El Salvador: ground freight transportation; combustible liquids (gasoline, diesel fuel, kerosene and fuel oil), electricity, poultry and eggs, liquid petroleum gas and telecommunications. The first stage of a report on pharmaceuticals has been completed and a second stage is in progress. The studies had a two-fold purpose: to identify possible anticompetitive practices that could be the subject of enforcement action by the Superintendency, and to identify structural and regulatory features that could benefit from advocacy by the Superintendency. Of the two, the second has been more fruitful; the studies have supported several comments and recommendations by the Superintendency to the regulator involved.⁴⁵

The Superintendency has established an especially close relationship with SIGET, the electricity and telecommunications regulator. The Superintendency's study of the electricity sector found a lack of competition between generators in the wholesale electricity market, though it could not conclude that there had been a violation of the competition law. SIGET had conducted a similar study independently of the Superintendency's, and came to similar conclusions. As a result, the two agencies jointly authored a lengthy document in which they agreed on a new method for determining wholesale prices that would limit the ability of generators to manage capacity strategically. The Superintendency has also commented to SIGET on draft regulations governing auctions for long term contracts for the sale of electricity, and on the terms of a proposed long term contract involving a large distributor.

The Superintendency's telecommunications study also prompted several recommendations to SIGET in this sector. Among other things, the Superintendency recommended that SIGET adopt a regulation establishing a framework for interconnection, containing principles and rules for

negotiations between private parties for this purpose; that it take measures to enhance transparency in interconnection agreements between operators; that it address a problem of inequality of termination charges as between fixed to mobile and mobile to mobile calls; that it improve conditions for number portability as between mobile providers; and that it consider issuing a regulation governing service quality in mobile services. Finally, the Superintendency has also made recommendations to SIGET on cable television, especially regarding the relationships between the programming provider and the cable operator.

The Superintendency has issued many other recommendations to public entities on various topics:

- to the Ministry of the Economy on liquid petroleum gas (on rules for cylinder exchange and on access to maritime storage facilities);
- to the Ministry of the Economy on liquid fuels (gasoline, diesel, kerosene – on conducting studies relating to competition in these markets, on reducing regulatory barriers to entry and on promoting imports of these products);
- to two municipalities and the public hospital sector on their procurement practices;
- to the Ministry for Agriculture and Livestock on the development of rules for standardising poultry products and eggs;
- to the consumer defence authority on consumer education regarding poultry and eggs and on improving transparency in mobile telephone pricing;
- to the Finance Ministry on rules for tax exemptions that could affect competition; and
- to the stock exchange on improving transparency.

Public procurement is an important topic in El Salvador, as it is elsewhere in Latin America.⁴⁶ An agency in the Ministry of Finance (UNAC) oversees the procurement policies of some 384 public agencies and NGOs in the country. It establishes the rules that apply to the procurement process, according to standards set out in a procurement law. The law requires, among other things, the use of the tender process, the publication of tenders and of the results, the registration of bidders, and the opening of tenders to all qualified bidders. The agency has established a relationship with the Superintendency, with which it exchanges information. The Superintendency has provided some training for officials from the UNAC on detecting bid rigging. The country's criminal laws apply to bid rigging in

public procurement, as does of course the competition law. Few bid rigging cases have been prosecuted, however.

The Superintendency is currently focusing on the pharmaceuticals sector, because medicines are a major input for the country's public health providers. Studies have shown that pharmaceutical prices in El Salvador are higher than in neighbouring countries. This has prompted the Superintendency's study of this sector noted above. So far the study has not resulted in the initiation of any investigations under the competition law, but it will certainly result in additional recommendations by the Superintendency to health care agencies and others on the topic.

5.2 *Education: developing a competition culture*

The Superintendency encounters the public in a variety of ways. It regularly communicates to the press by means of press releases and articles written by staff members.⁴⁷ The Superintendent and her staff members often appear before groups of interested persons to explain and discuss the competition law. In any given month there are between two and eight such events.⁴⁸ There have been meetings with representatives of various business associations, individual businesses, law firms, government agencies and superintendencies. The Superintendency has been especially active in the university community. It has entered into co-operation agreements with three universities providing for internships at the Superintendency for students in law and economics. Representatives of the Superintendency regularly conduct lectures and seminars at universities and schools.

The Superintendency has also been working with judges. It participates in the country's judicial training centre, where it offers workshops on competition topics. The judges welcome such training opportunities. To date, however, there has been little opportunity for them to apply this training; as noted above, no competition case has been finally decided by a court.

The Superintendency publishes all interim and final decisions in a case, which are posted on the agency's web site. The web site is quite complete. In addition to the competition law, the Regulation and the agency's decisions, the web site contains speeches, articles, guidelines, a glossary of terms, a manual of operations, the sectoral studies described above, press releases, co-operation agreements and more. The Superintendency has not yet published easy-to-read written materials about the agency and the competition law, such as a pamphlet for consumption by the general public. Such a project is underway, however.

Still, despite this level of activity by the Superintendency, anecdotal evidence suggests that the public is mostly uninformed about the competition law and the activities of the Superintendency. This seems to be true in the business community as well, except possibly at the level of the largest companies. As the Superintendency becomes more active in case work the legal community is correspondingly becoming more active in the field, but at present this is confined to a few large law firms. Counselling by lawyers of their business clients about their responsibilities under the competition law is not yet being done regularly.

It is difficult to think of any aspect of the Superintendency's advocacy programme that is lacking. That knowledge about competition policy and the competition agency has not yet penetrated to a deeper level within Salvadoran society is probably a function of two things: time – the agency has been active for less than three years; and a lack of important cases instituted so far by the Superintendency. The second is also a function of time – with effort more cases will come – but it also points up an indisputable fact about competition advocacy: it cannot be fully successful in the absence of credible enforcement by the competition agency.

6. Conclusions and recommendations

Competition policy in El Salvador is off to a good – one might say excellent – start. El Salvador's experience can serve, in some ways at least, as an example of an effective way to begin to implement a competition policy. Those responsible for drafting the competition law took time to study the laws of other countries and to learn from their experience. They sought and received assistance from outside sources in this endeavour. Advocates for the law then built an effective political consensus for it, which included the business community, and succeeded in enacting the law with strong support. Before the law had been in force even two years a consensus was again created for some amendments to it, providing the Superintendency with some important and necessary powers. The result is a law that is sound in most respects.

At the beginning of its work the Superintendency sought to arrange its priorities for its first few years. It initially focused on developing supporting regulations and guidelines to round out the structure provided by the law. It quickly developed an effective competition advocacy programme, both in providing advice to government agencies and regulators and in educating the public about the law. In these endeavours it was successful in enlisting outside assistance, both financial and substantive. In years two and three of its existence the Superintendency began shifting more resources to enforcement of the law – finding and prosecuting violations – but this aspect

of its work took shape more slowly, which is to be expected. The Superintendency attracted qualified young professionals and it built a reputation for efficiency and hard work. The Superintendent proved to be aggressive and politically adept.

The main challenge now is for the Superintendency to demonstrate success in its law enforcement function, especially in anti-cartel enforcement. In addition, there are certain adjustments in procedures that it might consider in order to improve enforcement. It may also be useful to consider certain structural adjustments to the Board of Directors. The Superintendency's resource situation is not precarious, but there are improvements that could be made. It must address, to the extent that it can, the delays that result from appeals of its decisions to the courts. While it has been successful in competition advocacy, it should build on those efforts, especially for the purpose of strengthening the competition culture in the country.

Finally, an important test of the strength of competition policy in a country is its ability to withstand partisan political influence, especially at a time of political change. Thus far competition policy has enjoyed bipartisan support within the Salvadoran political establishment. That support, for a sound, objective and independent competition policy free of political interference, must continue.

Some of these issues are more fundamental than others, involving parties and conditions not fully within the control of the Superintendency and, in some cases, amendments to the competition law. Others can be addressed by the Superintendency itself. The following recommendations address these points.

6.1 Cartels

6.1.1 Concentrate on developing an effective anti-cartel programme. Consider focusing on bid rigging in public procurement.

The OECD has long held the position that fighting hard core cartels should have top priority in a competition agency. Quite probably there are unlawful cartels operating in El Salvador, harming Salvadoran citizens. For the Superintendency a successful anti-cartel programme would also have the salutary effect of strengthening the public's awareness and support for competition policy and the agency. The Superintendency has the legal tools that it needs to implement a successful anti-cartel programme: effective investigative powers, including dawn raids and the ability to create a

leniency programme, and the ability to impose significant fines on cartel operators.

It is not easy to be pro-active in anti-cartel work. Experience in other countries has shown, however, that concentrating on bid rigging in public procurement can be fruitful. Such conduct is quite common; it almost certainly exists in El Salvador. Successful prosecutions of this conduct are visible and easily understood by the public.

6.1.2 Implement a leniency programme.

The 2007 amendments explicitly authorised the Superintendency to create a leniency programme. Many countries have one, and in some, especially those in which the programme has existed for a period of time, it has proved to be a highly useful tool in the anti-cartel fight. While a leniency programme should be created, however, one could not expect that it will have immediate results in El Salvador. There must exist the incentive for cartel operators to defect from the cartel and co-operate with the authorities. That incentive takes the form of a credible threat of very high fines or, in countries where cartel conduct is criminal, criminal prosecution. The threat will not be credible until the Superintendency, supported by the courts, begins to impose such fines.

There is one aspect of the law authorising a leniency programme that may limit its effectiveness. The law does not authorise the Superintendency to completely excuse a leniency applicant from paying fines. The incentive for defecting from the cartel must be strong. Experience in some countries has shown that completely excusing an applicant from sanctions can enhance the likelihood that someone will apply. Of course, the Superintendency could reduce an applicant's fine to as little as \$1, but a would-be applicant cannot be certain that that would happen. The certainty of avoidance of sanctions can be important. In any case, it may be necessary for the Superintendency to modify its leniency programme after it gains experience with it, something that has occurred in many countries.

6.2 Mergers

By setting its merger notification thresholds high, El Salvador has so far avoided a problem that has confronted other countries that have included merger control in their new laws: having to review too many notifications of mergers that are unlikely to pose any significant competition issues. There is an additional step that could be taken that might further reduce the burden, if only slightly.

6.2.1 Change the notification thresholds so that they are assessed on the basis of the activity of at least two parties to a transaction within the jurisdiction to be notified, or, in the alternative, on the activity of the party to be acquired.

This is consistent with the International Competition Network's *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*.⁴⁹ It would eliminate the situation in which, because the thresholds are expressed only in terms of the combined assets or revenues of the merging parties, a proposed merger involving the acquisition by a very large business entity of one with a very small presence in El Salvador would have to be notified. Such a merger has a low probability of causing anticompetitive effects. Setting the threshold for the smaller entity would not be easy, of course; again it should be high enough to prevent capturing too many small acquisitions. Further, it might be necessary to amend the competition law in order to make such a change, although in another context the Superintendency has by interpretation injected a local nexus requirement into the thresholds that is not explicitly written in the law.

6.2.2 Consider whether anticompetitive mergers that fall below the notification thresholds could be controlled as restrictive agreements or abuses of dominance, and if so, how the Superintendency might do so.

El Salvador's economy is relatively small; the merger thresholds are high. It is conceivable that a merger that falls below the notification thresholds could be anticompetitive and harmful to consumers, for example in a market in which entry barriers are high. It seems that such a merger is not subject to the merger control provisions of the law, but it might be considered either an unlawful restrictive agreement (Art. 25) or an abuse of dominance (i.e., if the acquiring firm is already dominant – Art. 30). The difficulty with employing these provisions, of course, is that the Superintendency could be confronted with a consummated merger, which could significantly interfere with its ability to impose an effective remedy. Still, there are ways to control mergers in the absence of a notification and waiting regime. Perhaps the best example of such a programme in Latin America is Chile.⁵⁰ An important concern with extending merger control to transactions smaller than the notification thresholds, however, is again to avoid committing resources to reviewing too many of these transactions.

6.3 Case procedures

6.3.1 In cases in which the Superintendency is recommending that the Board impose sanctions, provide to respondents in advance of the initial decision of the Board of Directors a description of the Superintendency's theory of the case and the relevant evidence supporting it.

The Superintendency's procedures are generally considered to be transparent. Its evidentiary file is available to respondents, and the decisions of the Board of Directors are carefully drafted and comprehensive. Still, respondents may not be sufficiently informed of the Superintendency's theory of the case in advance of the submission of the case to the Board to permit them to fully address the issues at that important stage. While the Superintendency would justifiably resist disclosing its report to the Board, it could provide the respondents with a separate statement containing its theories at the appropriate time.

6.4 Resources

6.4.1 Provide the Superintendency with the resources that it requires to fulfil its broad responsibilities under the competition law.

Considering what the Superintendency has accomplished in its less than three years of existence, it cannot be said that resources were a serious constraint. The Superintendency has demonstrated its efficiency in using the resources that it has. The agency must be adequately funded, however. It must have the capability to attract and retain qualified professionals and provide them with the support that they require. The Superintendency's portfolio is a broad one. The resources available to it should be no less than those available to other agencies like it, having commensurate responsibilities. In particular, there is concern that the Superintendency's budget will be reduced, if only slightly, in 2009, at a time at which the agency will be handling an increasing case load.

6.4.2 Set the compensation to the part time members of the Board of Directors at a level sufficient to compensate them for their efforts.

The part time members of the Board spend considerable time and effort in this task, while working full time in other positions. Their fees should adequately compensate them for their work and should be high enough to attract qualified professionals to the Board.

6.5 *Judicial appeals and final resolution of cases*

Of the problems facing the Superintendency this seems to be both the most serious and the most intractable. Only one of the cases instituted by the Superintendency in which it imposed sanctions has been finally decided to date, that because it was not appealed to the courts. The others are suspended in some form in the Supreme Court. It does not appear that the delays can be traced to competition cases specifically or to the Superintendency. If a solution requires a reform or restructuring of the judiciary, that is beyond the scope of this study. The Superintendency must continue and strengthen the efforts that it is making in this area: education and training of judges, working closely with the Attorney General, who participates in Supreme Court cases and who enforces the Superintendency's orders, and providing well reasoned arguments and pleadings to the Court. It should also consider any procedures that could reduce the likelihood that respondents will appeal to the Court.

6.5.1 *Consider adopting procedures for settling cases.*

Settling cases – reaching agreement with respondents on an appropriate remedy – has obvious appeal as an efficient way to resolve cases; it eliminates the possibility for judicial appeals. In some jurisdictions, notably the United States, most competition cases are resolved that way. The European Commission recently introduced a new procedure for settling cartel cases.⁵¹ Of course, every country's law and jurisprudence is different; a settlement procedure in El Salvador, if one were possible at all, would have to conform to the country's legal norms. In any case it probably would not be an immediate solution to the problem in El Salvador. Respondents' incentives to settle depend at least in part on the perceived risk of proceeding to litigation in court. In El Salvador those risks are mostly unknown at this stage. Settlement would be a more attractive option to parties in merger cases, however, because of the need to consummate mergers quickly.

6.6 *Competition advocacy and consumer protection*

Despite a vigorous competition advocacy programme by the Superintendency a competition culture is not well established in El Salvador. One area that has not been fully developed in this regard is the interface between competition policy and consumer protection. Consumer protection is popular in El Salvador. Competition policy is another form of consumer protection, and the enforcement entities in both fields would benefit from working more closely together. The Superintendency has proposed to the Defensoría del Consumidor that the two develop a working relationship, but the Defensoría has not yet responded.

6.6.1 The competition and consumer protection agencies should work more closely together; both would benefit. Also, the Superintendency should be permitted to participate in the National System for Consumer Protection.⁵²

6.7 Independence and impartiality of the Board of Directors

6.7.1 Select part time Board members who do not hold full time positions in other government agencies or ministries. In any case, Board members should disqualify themselves from any matter in which another employer has a role or interest.

The Board members except the Superintendent serve part time in their positions, and some work full time in other government positions. This has the potential to compromise the independence of the Board from other parts of government, though it has not yet happened. Presumably there are qualified people from elsewhere in the private and public sectors who could serve in these important positions.⁵³ In any case, Board members, whatever their full time position, should apply strict rules that would disqualify them from a case in which another employer has any involvement.

6.7.2 Stagger the terms of the Board members so that not all are appointed at the same time.

A complete turnover of the Board of Directors, including the Superintendent, at one time creates a significant risk of a loss of continuity and momentum every five years in the Superintendency, and it makes more possible the exercise of political influence on the agency. Staggering the terms of the directors would solve this problem. An amendment to the competition law is probably required to accomplish this.

6.7.3 Consider expanding the number of voting members on the Board to five.

The current Board members are hard working and independent. All six participate fully in a case (unless disqualified), except that only three vote on the decision. Expanding that number to five would diminish concerns about undue influence from the Superintendent in Board decisions and it would be costless, since all six are compensated whether or not they vote. Of course, such a change would require an amendment to the law.

Notes

1. Central America is considered to include the countries of Belize, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama and El Salvador.
2. The 1992 law was replaced by a new law in 1996 and again in 2005 (Legislative Decree No. 776).
3. CAFTA was in negotiation at this same time. There was no requirement in the agreement for a competition law, but it seemed to provide an indirect boost for the law, as the country was implementing other legal reforms to conform to the treaty's requirements.
4. Legislative Decree no. 436.
5. At: www.sc.gob.sv.
6. Presidential Decree No. 126, 5 December 2006. The Regulation has not yet been revised to reflect the 2007 amendments, but that revision is in progress.
7. Article 12.
8. The per se rule holds that it is necessary only to prove that there was an agreement of the requisite type among competitors and not that it resulted in a harmful effect, because it is considered that cartel agreements are always harmful.
9. The rule of reason requires a showing of anticompetitive effect.
10. Amended articles 38 and 39 of the competition law.
11. The two firms controlled 98% of the market for this product in El Salvador.
12. Press release, September 5, 2008, available on the Superintendency's web site.
13. A third type of agreement is included in Article 26, but the language describing it is not clear. It seems to apply to situations in which more than one party engage in a particular form of conduct by agreement.
14. Article 13.
15. It is not clear, however, whether the "acting individually or jointly" language would require an agreement, whether express or implied.

16. Article 15.
17. Article 17.
18. This practice of “zonification” in gasoline retailing is not limited to El Salvador. It has been the subject of study, and in some instances, of competition cases in other countries, which was noted in the Board’s decision.
19. Article 34.
20. Articles 18-32.
21. The International Competition Network’s *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, Recommendation I.C. (2003), available on the ICN website at www.internationalcompetitionnetwork.org/, recommends that local nexus should be established on the basis of the activity of at least two parties to a transaction within the jurisdiction to be notified, or, in the alternative, on the activity of the party to be acquired. See also, OECD, *Recommendation of the Council concerning merger review* (2005), available on the OECD web site at www.oecd.org/competition
22. Interestingly, there was some merger activity in the country immediately before the competition law came into effect, including the merger of the only two cement manufacturers in the country.
23. Recently the Superintendency has encountered a related problem, however. A government agency charged with registering corporate mergers (but not asset acquisitions) has required the applicants to obtain from the Superintendency a certificate that the transaction does not have to be notified, or that if notified, it was approved. In the case of non-notifiable mergers, this has placed upon the Superintendency a burden of examining mergers that it would not otherwise have had to look at. At the writing of this report, the Superintendency is in negotiations with the registry on this matter. Its position is that the burden of failure to notify should be on the parties to the transaction, not on the registry or the Superintendency.
24. There was a roundtable discussion of this topic, the relationship between competition and consumer policies, in the OECD 2008 Global Forum. Documentation from the discussion is available on the OECD website. www.oecd.org/competition/globalforum
25. Article 3 of the competition law “Create[s] the Competition Superintendency, a ‘publici juris’ Institution, with a legal status and its own equity, as a technical institution with administrative and budgetary autonomy to exercise the attributions and duties set forth herein, as well as all other applicable provisions.”

26. One Board member resigned about one year after he was appointed, but his successor was appointed to complete the original member's term, not to serve a full five years.
27. The directors' terms are not conterminous with that of the country's President, however, whose term is also five years. The current directors' terms expire at the end of 2010. The President's term expires in 2009.
28. The alternate members are also paid for each meeting they attend, even though they may not vote.
29. In 2007 the Board met a total of 47 times, but they were not compensated for six of these meetings because they exceeded the four-per-month maximum.
30. The resolution in the motor fuels case was 152 pages long.
31. If there is a third party involved in the case, for example a private complainant, Article 77 of the Regulation provides that when there is a review the Board will grant that person three days to provide a written submission to the Board.
32. These are set forth in articles 13 and 14 of the competition law.
33. Article 41(A), as amended.
34. As provided in articles 37-39 of the law.
35. Article 37.
36. The competition law does not specifically provide for such a procedure.
37. A similar amparo procedure exists in Mexico, and it has proven to be a significant problem for the competition agency there. Many of its cases were appealed under that process, causing delays and resulting in unfavourable rulings. More recently the competition agency has been having better success in amparo cases. See, the Mexico peer review report, *Competition Law and Policy in Mexico* (2004), and a follow-up report on the five Latin American peer reviews, *Competition Law and Policy in Latin America* (2007), both available on the OECD website.
38. The Inter-American Development Bank has been a principal source of outside funds for this purpose. The Bank is also funding this peer review report.
39. The plan is available on the Superintendency's website.
40. The Superintendency faced a budgetary crisis immediately after it began operation in 2006. The government cut its budget by 1/3, threatening all of the agency's programmes. The Superintendent intervened with vigour, and succeeded in having the cuts restored.

41. There is a government-wide rule restricting spending on personnel to 70% of an agency's budget, but the Superintendency is further restricted to 65%.
42. Corn was another.
43. Article 14.
44. The last two functions, providing opinions on legislation and on public procurement procedures, were added by the 2007 amendments.
45. The studies are available on the Superintendency's website.
46. That topic was the subject of a roundtable discussion in the 2007 Latin American Competition Forum. The documentation from that roundtable is available on the OECD website.
www.oecd.org/competition/latinamerica
47. Through May of 2008 the agency had issued more than 40 press releases announcing case decisions and competition policy events sponsored or attended by the Superintendency.
48. The Superintendency's calendar is posted on its web site.
49. *Supra*, n. 21.
50. See, OECD, *Peer Reviews of Competition Policy in Latin America: A Follow-up* (2007), at p.18.
51. See, press release issued by the European Commission on June 30, 2008, available on the Commission's web site at <http://ec.europa.eu/comm/competition>
52. It is not clear whether an amendment to the law is required for this purpose.
53. Article 10 of the competition law provides: "The following cannot be appointed as Board members: . . . (e) Directors, officials, administrators, empowered and legal representatives of the economic agents subject to the provisions herein." Interpreted most expansively, this provision would disqualify anyone with ties to a business, including lawyers who represent businesses. A more reasonable interpretation would apply the prohibition to those holding specific positions of authority in a business.

Derecho y Política de la Competencia en El Salvador



Examen inter-pares



2008





**BANCO INTERAMERICANO DE
DESARROLLO**



**ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN
Y DESARROLLO ECONÓMICOS**

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL SALVADOR *

Examen inter-pares

2008

* Las lenguas oficiales de la OCDE son el inglés y el francés. Únicamente la versión inglesa de este trabajo es oficial.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1 del Convenio firmada en París el 14 de diciembre de 1960, que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) deberá promover políticas destinadas a:

- alcanzar un crecimiento sostenible de la economía y del empleo, así como una progresión del nivel de vida en los países Miembros, manteniendo paralelamente la estabilidad financiera, con el fin de contribuir al desarrollo de la economía mundial;
- asistir en el trabajo de expansión de una economía sana, tanto en los países Miembros como en los demás países en proceso de desarrollo económico, y
- contribuir al crecimiento del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Los Miembros originales de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los países siguientes ingresaron en la Organización en las fechas que se indican entre paréntesis: Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), República de Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en las actividades de la OCDE (Artículo 13 del Convenio de la OCDE).

© OCDE 2008

Toda solicitud de permiso para reproducir una parte de esta obra para fines no comerciales o docentes deberá obtenerse dirigiéndose a: Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países con excepción de los Estados Unidos. En los Estados Unidos el permiso debe obtenerse por conducto del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir este libro en parte o en su totalidad deberán dirigirse a: Publicaciones de la OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

Prefacio

La OCDE ha promovido de forma activa la política de competencia entre países de Latinoamérica y el Caribe y ha creado un partenariado con el Banco Interamericano de Desarrollo para favorecer este mismo objetivo. El rasgo más significativo de esta cooperación lo ha constituido el Foro Latinoamericano de Competencia (LACF), en el que los representantes veteranos de los países de la región debaten en mesa redonda temas de política de competencia de interés para ellos.

Cada uno de los cuatro primeros foros constó de un examen inter-pares de un país de la región. En el quinto foro celebrado en 2007, el trabajo se centró en los cuatro informes de examen inter-pares latinoamericanos que se generaron en el marco del Foro Latinoamericano de Competencia (Brasil, Chile, Perú y Argentina), así como en el examen inter-pares de México, realizado en el Comité de Competencia de la OCDE. Este trabajo valoró el impacto que los exámenes inter-pares han tenido sobre la política y los órganos de competencia en los países en cuestión.

El “examen inter-pares” es un elemento esencial del trabajo de la OCDE. Los mecanismos para el examen inter-pares varían, pero su base es el deseo expreso de un país de someter sus leyes y políticas de competencia a un examen exhaustivo por parte de otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso suministra una valiosa información al país examinado y fomenta la transparencia y el mutuo entendimiento para la consecución del beneficio de todos.

Existe un consenso creciente sobre mejores prácticas en la aplicación de las leyes de competencia y de los principios de la política de competencia a los sistemas regulatorios. Los países ya cooperan de forma regular en áreas como el cumplimiento de normas anti-cártel y sobre fusiones internacionales. Los exámenes inter-pares son una parte importante de este proceso.

La OCDE y el BID se complacen de haber participado en esta cooperación para el fomento de la política de competencia en Latinoamérica y el Caribe. Este trabajo está en consonancia con las políticas y metas de ambas organizaciones. Una política de competencia sólida

potenciará el crecimiento económico y la prosperidad, trayendo ventajas para los consumidores de la región y mejorando de manera sustancial el clima de los negocios.

Ambas organizaciones quisieran agradecer al gobierno de El Salvador el haberse prestado de forma voluntaria a un examen inter-pares durante la sexta reunión del LACF, celebrada en Panamá, durante los días 10 y 11 de septiembre de 2008. Por último, deseamos dar las gracias a Don John Clark, autor del informe, y a los numerosos agentes de competencia, cuyas contribuciones escritas y orales al foro han sido verdaderamente importantes para el éxito del mismo.

Bernard J. Phillips
Jefe de la División de
Competencia
OCDE

Carlos M. Jarque
Representante en Europa
BID

Índice

Resumen	7
1. Fundamentos y contexto	9
1.1 El contexto económico y político.....	9
1.2 La introducción de una política de competencia.....	10
1.3 Objetivos de la Política.....	11
2. Aspectos fundamentales: El contenido y la aplicación de la Ley de Competencia	12
2.1 Acuerdos Horizontales.....	12
2.2 Acuerdos Verticales.....	15
2.3 Abuso de posición dominante.....	16
2.4 Concentraciones económicas.....	20
2.5 Competencia desleal y protección al consumidor.....	23
3. Aspectos institucionales: estructura de aplicación y prácticas	24
3.1 Instituciones de la política de competencia.....	24
3.2 Procesos de Aplicación y Facultades.....	27
3.3 Revisión Judicial.....	31
3.4 Asuntos internacionales.....	33
3.5 Recursos y Prioridades.....	34
4. Límites de la política de competencia: exclusiones y regímenes sectoriales	35
4.1 Electricidad.....	36
4.2 Telecomunicaciones.....	36
4.3 Petróleo.....	37
4.4 Banca.....	37
4.5 Agricultura.....	37

5.	Defensa de la competencia	38
5.1	Defensa intra-gubernamental	38
5.2	Educación: desarrollando una cultura de competencia	41
6.	Conclusiones y recomendaciones	42
6.1	Cárteles	44
6.2	Concentraciones Económicas	45
6.3	Procedimientos de casos	46
6.4	Recursos	47
6.5	Recursos judiciales y la resolución final de los casos	47
6.6	Defensa de la competencia y Protección al consumidor	48
6.7	Independencia e imparcialidad del Consejo Directivo	49
	Notas	51

Recuadros

Corredores de productos agrícolas	14
Harina de trigo	14
Televisión por cable	17
Distribución eléctrica	18
Hidrocarburos	19

Resumen

La primera ley de competencia de El Salvador entró en vigor el 1 de enero de 2006. La ley, con algunas enmiendas importantes de 2007, es sólida en la mayoría de los aspectos. Emplea estándares de aplicación que son coherentes con las mejores prácticas en la comunidad de competencia mundial. Provee la nueva agencia de competencia, la Superintendencia de Competencia, con las facultades que necesita para aplicar la ley de forma efectiva. En menos de tres años El Salvador ha tenido un buen, mejor dicho, excelente comienzo. Su experiencia puede servir, de alguna forma al menos, como ejemplo de una manera efectiva de comenzar a implementar una política de competencia.

Al inicio de su trabajo, la agencia de competencia organizó sistemáticamente sus prioridades para los cinco primeros años. Al principio se centró en desarrollar reglamentos y directrices de apoyo para complementar la estructura proporcionada por la ley. Luego se concentró en desarrollar un programa de defensa de la competencia, que incluía tanto asesorar a otros organismos del gobierno sobre temas de política de competencia, como educar al público sobre la política de competencia y el trabajo de la agencia. Ha permanecido activa en ambos frentes. Sin embargo, aún queda más por hacer en cuanto a la defensa, sobre todo en el área de la educación. El Salvador todavía carece de una cultura de competencia, un público que entienda y aprecie la política de competencia y la misión de dicha agencia.

En el segundo y tercer año de su existencia, la Superintendencia empezó a concentrarse más profundamente en la aplicación. La mayoría de sus investigaciones y casos iniciales se referían a abuso de posición dominante, lo que es frecuente en países que están comenzando a aplicar una ley de competencia. La Superintendencia ha completado tres casos de posición dominante en los que se impusieron sanciones (multas). Dos fueron casos sencillos, en los sectores de la televisión por cable y el suministro de electricidad. El tercero, que afectaba a los carburantes, fue más visible y más polémico.

El proceso judicial de casos de acuerdos restrictivos, incluyendo cárteles graves, ha progresado de forma más lenta. En sus 30 primeros meses la Superintendencia sólo tuvo un caso de este tipo, el llamado cártel ingenuo, en el que los participantes probablemente no eran conscientes de que su conducta era ilícita. Pero en septiembre de 2008, el Consejo de la Superintendencia (la autoridad final en la agencia) anunció el que puede que sea el caso más importante de la agencia hasta la fecha, la sanción de un cártel grave de harina de trigo.

La ley de competencia controla las concentraciones económicas así como las notificaciones previas a la concentración. Los umbrales de las notificaciones se establecieron en niveles altos, lo que ha tenido resultados beneficiosos a la hora de limitar el número de notificaciones, evitando, por lo tanto, una situación en la que la nueva agencia habría tenido que dedicar demasiados recursos a revisar estos expedientes. Hasta la fecha, la Superintendencia no se ha opuesto a ninguna concentración económica al amparo de la nueva ley.

El problema más serio al que se ha tenido que enfrentar la Superintendencia tiene que ver con la revisión judicial de sus decisiones. La apelación de estos casos se hace directamente ante el más alto tribunal del país, el Tribunal Supremo. Aquí el proceso es lento y variable. Todas excepto una de las decisiones de la Superintendencia en las que se impusieron sanciones han sido apeladas, y en ninguna de ellas se ha llegado a una resolución final.

El informe finaliza con varias recomendaciones en relación a, entre otras cosas: reforzar la aplicación anticártel, mejorar la eficiencia y eficacia de la revisión de concentraciones económicas, garantizar los recursos adecuados para la Superintendencia, cambios estructurales en el Consejo con el propósito de fomentar su independencia e imparcialidad (lo que requerirá modificaciones en la ley) y considerar la adopción de procedimientos que permitan acuerdos en los casos; llegar a un acuerdo entre las partes sobre una solución apropiada, lo que podría reducir el número de apelaciones judiciales.

1. Fundamentos y contexto

1.1 *El contexto económico y político*

La República de El Salvador está situada en el Océano Pacífico, colindando con Guatemala y Honduras, es el país más pequeño del área de Centroamérica¹. En su mayor parte, el país es montañoso y con muchos volcanes. El país es vulnerable a los desastres naturales, siendo los más serios y recientes un huracán en 1998 y dos terremotos en 2001. La mayor concentración poblacional radica en la parte central, donde se encuentra su capital, San Salvador. Una estrecha planicie costera la separa del Océano Pacífico. El clima de El Salvador es tropical, con temperaturas que varían conforme al cambio de altitud. Su población es de alrededor de 6.000.000 de habitantes, siendo así la tercera más densa en la región.

El Salvador, junto con Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua alcanzaron su independencia de España en 1821. Los cinco países, durante un breve periodo, formaron las Provincias Unidas del Centro de América, pero dicha federación se disolvió en 1838, volviéndose después El Salvador una república independiente. La economía del país se basaba en un monocultivo de café, lo que llevó a una concentración del poder económico y político en una élite terrateniente. Esta desigualdad finalmente resultó en una guerra civil que duró desde 1979 hasta 1991. La paz fue restaurada en 1992 con el Acuerdo de Chapultepec y con esto surgió una forma democrática de gobierno.

La economía de El Salvador es la tercera más grande de Centroamérica. En un inicio se basó mayoritariamente en la agricultura, aunque en el presente es más diversa. La agricultura actualmente representa un 10% del PIB, la industria alrededor de un 29% y los servicios alrededor del 61%. Las principales exportaciones del país son el café y los productos de las maquilas (fábricas que importan materia prima libre de aranceles y exportan los productos ya ensamblados, a menudo al país de origen de aquélla). El turismo es una industria nueva pero próspera. La economía fue creciendo de manera estable pero relativamente lenta después de 1996, a un promedio del 2,8% anual. Entre 2006 y 2007, el PIB creció un poco más rápidamente, en 4,2% y 4,7%, respectivamente. La inflación ha sido relativamente baja en comparación a la de los otros países de la región. La misma se estimó en 4,9% para 2007. La pobreza se ha reducido pero sigue siendo un problema aún no resuelto; alrededor del 35% de los salvadoreños viven todavía por debajo del umbral de la pobreza. Una cantidad significativa de salvadoreños viven y trabajan en el extranjero, la gran mayoría en los Estados Unidos. Las

remesas enviadas por esos trabajadores a sus familias en El Salvador constituyeron alrededor de un 16% del PIB nacional en 2006.

El dólar estadounidense es la moneda oficial del país, habiéndose convertido en moneda de curso legal en 2001. En los años siguientes a la guerra civil, el gobierno introdujo varias reformas en el mercado. Se eliminaron los controles sobre los precios y se privatizaron una serie de sectores, entre ellos, la banca, las telecomunicaciones, partes del sector de energía eléctrica y las pensiones. La política fiscal ha sido conservadora; los impuestos son unos de los más bajos de la región. El Salvador fue el primer país en implementar el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los EE.UU. (CAFTA), cuyas partes son los Estados Unidos, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, y ha firmado tratados de libre comercio con otros países de la región. La economía salvadoreña es también considerada como una de las más abiertas en Latinoamérica.

El Salvador está dividido en 14 departamentos y 262 municipios. A nivel nacional, el Poder Ejecutivo está encabezado por un presidente elegido por separado. El Poder Legislativo está compuesto por la Asamblea Legislativa. El tercer Poder, el Judicial, también es independiente. Desde la restauración de la paz en 1992, ARENA, el partido de derecha ha tenido la presidencia de la República. El FMLN, el partido de izquierda, poco a poco ha alcanzado representatividad en la Asamblea Legislativa y en los gobiernos locales. Actualmente, el FMLN y ARENA tienen una representación casi igualada en la legislatura (algunos partidos más pequeños también están representados), pero el FMLN tiene el control. Se realizarán elecciones tanto presidenciales, como para diputados, a principios de 2009, y se considera que el FMLN tiene grandes probabilidades de ganar la presidencia por primera vez.

1.2 *La introducción de una política de competencia*

Las reformas a la economía que siguieron al Acuerdo de Chapultepec en 1992 incluyeron un compromiso con la competencia y el consumidor. Sesenta días después del acuerdo, el gobierno presentó ante la Asamblea Legislativa una ley de protección al consumidor, la cual comprende algunas disposiciones relacionadas con la competencia.² Al mismo tiempo, las autoridades comenzaron a considerar una ley de competencia, pero estos esfuerzos tardaron mucho más tiempo en dar sus frutos. El Código Penal era aplicable en algunos tipos de conductas anticompetitivas, pero no había enjuiciamientos bajo dicho código. En 1994 se presentó un primer proyecto de ley de competencia ante la Asamblea Legislativa, pero la ley no fue

aprobada. Se hicieron numerosas propuestas durante los siguientes 10 años, pero ninguna se convirtió en ley.

En 2004, se eligió un nuevo presidente, Elías Antonio Saca González, y fue él quien proporcionó un nuevo ímpetu para la aprobación de una ley de competencia. Varios expertos llevaron a cabo un estudio de experiencias en la aplicación de una ley de competencia en otros países como España, México, Brasil y la Comisión Europea. Hubo un amplio consenso a favor de la promulgación de dicha ley, que incluyó a la comunidad empresarial y a los dos partidos políticos de mayor relevancia.³ La nueva ley fue aprobada en noviembre de 2004 y entró en vigor el 1 de enero de 2006. Esta ley se reformó en 2007, otorgando nuevas facultades a la Superintendencia e hizo posible introducir multas máximas más severas para conductas especialmente perjudiciales.⁴

En menos de tres años, la institución para la competencia, la Superintendencia de Competencia, ha logrado muchísimo. En 2006 se publicó un reglamento exhaustivo que desarrolla la Ley de Competencia. Se elaboró un plan operativo quinquenal, así como un manual de instrucciones y un código ético. También se han publicado guías que describen los procedimientos para presentar una denuncia ante la Superintendencia, así como para presentar solicitudes de autorización de concentraciones económicas y un glosario de términos técnicos. Se han llevado a cabo seis estudios sectoriales con financiamiento de fuentes externas. Se creó un sitio web muy completo.⁵

Se han presentado varios comentarios y propuestas a los reguladores sectoriales y a ministerios de Gobierno, algunos de los cuales ya han sido implementados. La Superintendencia ha suscrito varios acuerdos de cooperación con otras instituciones de competencia de Latinoamérica al igual que con reguladores salvadoreños del sector. Consultores externos han ayudado a la Superintendencia en algunas de estas tareas; estas consultorías han sido financiadas por fuentes externas, entre ellas está el Banco Interamericano de Desarrollo. Finalmente, la Superintendencia se encuentra aplicando activamente la ley, habiendo comenzado diversas investigaciones y casos, aunque este importante aspecto de sus responsabilidades progresa más despacio. Estos avances se describen con mayor detalle en las siguientes secciones.

1.3 *Objetivos de la Política*

La política de competencia tiene como base la Constitución de El Salvador, que se aprobó en 1983. El artículo 101 estipula que el Estado debe promover el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racionalización de los recursos, así como

la defensa del interés de los consumidores. El artículo 102 garantiza la libertad económica y el artículo 110 prohíbe el establecimiento de monopolios privados y prácticas monopolísticas.

La Ley de Competencia se basa en lo que son ahora conocidos como los propósitos universalmente aceptados para una política de competencia: la mejora de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. El primer artículo de la ley establece:

El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

2. Aspectos fundamentales: El contenido y la aplicación de la Ley de Competencia

En muchos aspectos, la ley está estructurada de la misma forma que muchas otras leyes de competencia. Desarrolla los tres tipos más comunes de conductas anticompetitivas: acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante y concentraciones económicas anticompetitivas. Emplea los análisis fundamentales más utilizados para cada uno de los tres tipos de conductas. Por medio de la ley, se crea una institución independiente, la Superintendencia de Competencia, que cuenta con facultades de investigación y defensa. Sus recomendaciones son emitidas por un Consejo Directivo independiente que consta de tres personas.

2.1 *Acuerdos Horizontales*

El artículo 25 de la ley se aplica a los acuerdos horizontales anticompetitivos. Éste establece: “Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores que, entre otras, adopten las siguientes modalidades...” El artículo también describe las cuatro conductas tradicionales de un cártel: fijación de precios u otras condiciones de venta, fijación de producción, licitaciones colusorias y división del mercado. Se entiende que el artículo 25 no se limita únicamente a las actividades de un cártel. La frase “entre otros” utilizada por la ley podría comprender los acuerdos restrictivos distintos a los cárteles. El Reglamento de la Ley de Competencia, en adelante el “reglamento”⁶ proporciona una lista exhaustiva pero no taxativa de indicadores en un acuerdo anticompetitivo.⁷ Incluye factores como precios paralelos no atribuibles a las condiciones del

mercado, prueba de reuniones o comunicaciones, prácticas anticompetitivas o recomendaciones hechas por asociaciones de la industria, prueba de mecanismos de aplicación, una pequeña cantidad de competidores, leyes o reglamentos que faciliten los acuerdos anticompetitivos, diferencias inexplicables entre los precios nacionales e internacionales y, en caso de licitaciones colusorias, ofertas inusualmente similares que no pueden ser explicadas por las fuerzas del mercado.

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 25, parece que la regla ‘per se’ es la aplicable para el análisis de cárteles.⁸ Sin embargo, existe cierta ambigüedad en cuanto a la regla que se deberá aplicar en otros tipos de acuerdos horizontales. Específicamente, no queda claro en la ley que la regla de la razón se aplicaría a las conductas que no son de tipo cártel.⁹ Aun cuando la Superintendencia no ha iniciado la investigación de acuerdo horizontal no considerado cártel, ésta concluye que la “regla de la razón” es la regla aplicable al análisis de dichos casos.

Las enmiendas de 2007 concedieron a la Superintendencia dos importantes nuevas herramientas para su esfuerzo anticártel: facultades para llevar a cabo registros con prevención de allanamiento y para crear un programa de clemencia.¹⁰ La ley requiere que el Superintendente (el director de la agencia) apele a un tribunal de primera instancia para obtener el permiso para un registro con prevención de allanamiento. La petición debe describir, entre otras cosas, la conducta que es objeto de la investigación, las partes involucradas y la localización de las instalaciones que se quieren registrar, la prueba que se espera que exista en el lugar y las razones que justifiquen la necesidad de un registro. El tribunal debe resolver en 24 horas tras la presentación de la petición.

La ley enmendada dispone que la Superintendencia puede garantizar clemencia sólo al primer solicitante, que debe proporcionar la prueba de un cártel y de la participación del solicitante en él y cooperar por completo con la investigación de la Superintendencia. La ley exime a un solicitante con éxito de la aplicación de las multas más graves por violar la ley, pero no de todas las multas. Sin embargo, el Consejo Directivo de la Superintendencia, que impone las multas, podría reducir las multas. La Superintendencia todavía no ha creado formalmente un programa de clemencia.

La Superintendencia se ha ocupado del proceso de dos casos de cárteles. Ambos están descritos a continuación:

Corredores de productos agrícolas

Fue un caso de los denominados “cárteles ingenuos”, cuando los participantes pueden ignorar que su conducta es ilícita y no intentan ocultarla. En este caso, un grupo de seis corredores, que operan en la bolsa de productos agropecuarios del país, publicaron conjuntamente una notificación en la que se indicaba que se aumentarían sus comisiones por las transacciones efectuadas en la bolsa. Dicha publicación era una prueba clara de un acuerdo y la Superintendencia obtuvo más pruebas, incluyendo correos electrónicos y actas de reuniones que confirmaban dicho acuerdo. En su defensa, los corredores alegaron que el acuerdo nunca fue ejecutado. No obstante, la Superintendencia recopiló la prueba que demostró lo contrario. Los corredores también alegaron que el incremento era necesario dado que las comisiones existentes, especialmente aquéllas pagadas por grandes clientes, eran muy pequeñas. El Consejo Directivo rechazó sus defensas y multó a cada corredor con aproximadamente 5.000,00 USD. Tres de los infractores interpusieron demandas contencioso-administrativas contra el Consejo por las multas impuestas, ante la Corte Suprema de Justicia, la cual aún no ha pronunciado resolución al respecto.

Harina de trigo

Se trata del caso más reciente de la Superintendencia y probablemente el más importante. El 5 de septiembre de 2008, el Consejo Directivo de la Superintendencia anunció que había descubierto y sancionado un acuerdo entre los dos productores más importantes de harina de trigo¹¹ (utilizada en la producción de pan y productos de panadería) para repartir las ventas totales en el mercado en un 55%-45%.¹² Según el acuerdo, las partes se intercambiaban periódicamente información confidencial sobre las ventas y su participación en el mercado. También diseñaron un mecanismo para compensarse mutuamente en situaciones en las que una parte no alcanzaba la cuota asignada.

El Consejo impuso multas a ambas partes por un total de algo más de 4 millones de USD. Las multas (las más altas impuestas hasta ahora por la Superintendencia) fueron las primeras calculadas al amparo de la nueva disposición de la ley, añadida en las enmiendas de 2007, por la que se autorizan multas mayores en delitos "particularmente graves" (descritos con más detalle en la Sección 3.2). Las multas fueron equivalentes al 3% de las ventas totales de los demandados en 2007. El Consejo también publicó una orden correctiva solicitando a los demandados:

- cesar las prácticas ilegales;
- abstenerse de intercambiar información relacionada con la producción, ventas, precios y clientes;
- durante un periodo de dos años, informar a la Superintendencia mensualmente de importaciones de trigo, producción de harina, capacidad instalada y ventas de harina.

El Consejo Directivo señaló especialmente la importancia del caso para los consumidores. El pan, por supuesto, es un producto de primera necesidad para todos los consumidores. La resolución citaba estadísticas que mostraban que, en El Salvador, los alimentos y las bebidas no alcohólicas constituyen un 43% del consumo total medio de un hogar y, de ese porcentaje, el pan constituye el 31%. Un hogar medio gasta unos 31 USD al mes en pan.

Este caso también es importante como el primero en el que la Superintendencia realizó registros. En este caso, la diligencia se realizaría en dos establecimientos diferentes, ubicados en distritos judiciales distintos, requiriéndose, para ello, que la Superintendencia presentara dos solicitudes a tribunales de primera instancia. Ambas fueron otorgadas y la Superintendencia ejecutó simultáneamente ambos registros con prevención de allanamiento.

2.2 *Acuerdos Verticales*

Los artículos 26 y 27 de la ley se aplican a los “acuerdos anticompetitivos entre no competidores.” Se hace referencia en el artículo 26 a dos tipos específicos de acuerdos: ventas atadas y acuerdos de ventas exclusivas.¹³ Al igual que el artículo 25 que desarrolla los acuerdos horizontales, la lista de acuerdos prohibidos no es exclusiva. Así como en los acuerdos horizontales, el reglamento¹⁴ señala algunos indicadores de un acuerdo ilícito, que incluyen: si las restricciones conllevan a una exclusión del mercado por un período más prolongado que el que resultaría de una “explicación económica legítima;” leyes o reglamentos que faciliten los acuerdos anticompetitivos; y tratos exclusivos que no puedan ser justificados por ganancias en eficiencia. La regla de la razón se aplica al análisis de las restricciones verticales que comprende la ley. El estándar se establece en el artículo 27: “...que dichas prácticas han producido o pudieran producir el efecto de limitar la competencia, impedir o limitar el acceso o desplazar competidores al mercado y, en todo caso, que se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores”.

El mantenimiento de precios de reventa no se especifica explícitamente ni en la ley ni en el reglamento. La práctica de ser considerada como anticompetitiva, sin duda se incluiría en la categoría de “entre otros” que menciona el artículo 26, pero parecería que la regla de la razón se aplica al mercado relevante de producto, así como a todos los otros tipos de restricciones verticales.

El artículo 27 impone una condición adicional importante para hallazgos de ilegalidad en una restricción vertical: “Que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante.” Muchas leyes de competencia no requieren explícitamente el hallazgo de una posición dominante como un requisito para encontrar una restricción vertical ilícita. No obstante, el análisis de

acuerdo a la regla de la razón usualmente requiere que un hallazgo demuestre que el infractor tenga un cierto poder en el mercado, si no una posición dominante. También la frase: “actuando individual o conjuntamente” utilizada por el artículo 27 puede permitir la aplicación de la ley en una situación en la cual no hay posición dominante ejercida por un solo agente económico. Generalmente, se acepta que las restricciones verticales pueden ser anticompetitivas cuando la mayoría de los proveedores en un mercado se involucran en una práctica que restrinja la entrada o facilite la colusión.¹⁵

El artículo 28 aborda el concepto de un mercado relevante: sustituibilidad de productos o servicios (mercado de productos) o fuentes de abastecimiento (mercado geográfico) para los compradores. El reglamento describe este concepto.¹⁶ No emplea el análisis SSNIP (un pequeño pero significativo y no transitorio incremento al precio) que utilizan otras jurisdicciones; más bien, introduce diversos factores cualitativos, que incluyen “el tiempo requerido para la sustitución, precios, características, usos y aplicaciones, alternativas de consumo, metas, disponibilidad, costos de sustitución, así como la accesibilidad a los bienes y servicios en cuestión, percepción de la sustitución y, finalmente, las tendencias en el mercado.” (La Superintendencia sí emplea el análisis SSNIP, pero dentro de su propio análisis). En el reglamento se incluye como un criterio relevante la posibilidad de que el proveedor que actualmente no suplente al mercado podría comenzar a hacerlo “sin costos significativos en un corto plazo”.

Es importante destacar que el artículo 14 del reglamento añade una defensa de eficiencia a estos acuerdos entre no competidores (pero no a los acuerdos horizontales prohibidos por el Art. 25). Dicho artículo requiere que la Superintendencia considere si el acuerdo en cuestión permite a los participantes “lograr una mayor eficiencia... o promover la innovación o fomentar la inversión productiva y que se traduzcan en beneficios a los consumidores en la actividad respectiva.” Luego sigue una lista no taxativa de eficiencias reconocibles. En general, se hace referencia a eficiencias de producción de varios tipos.

La Superintendencia aún no ha iniciado una investigación de un acuerdo vertical como tal, aunque el caso de los combustibles que se detalla a continuación, como un caso de posición dominante, pudo haber sido catalogado de esa forma.

2.3 *Abuso de posición dominante*

El artículo 30 de la Ley de Competencia prohíbe el abuso de posición dominante. Al igual que en las demás disposiciones sustantivas en la ley, este artículo incluye ciertos tipos de conductas que podrían constituir

violaciones, que incluyen la obstaculización a la entrada o expansión, fijación de precios predatorios y distintas formas de discriminación de precios. El reglamento¹⁷ presenta algunos indicadores de conducta abusiva, incluyendo el incremento de costos de entrada o salida, crear dificultad de acceso a los insumos, subsidios cruzados y discriminación de precios aparentemente sin justificación por diferencia en costos.

El artículo 29 de la ley señala los factores relevantes para la determinación de una posición dominante. Éstas incluyen la posibilidad de que un agente económico incremente precios unilateralmente o restrinja su producción, la “existencia de competidores” (estructura del mercado, probablemente), la existencia de barreras a la entrada y condiciones de acceso a los insumos necesarios por un agente económico y sus competidores. El reglamento explica estas disposiciones, describiendo los factores relevantes para la estructura del mercado y barreras a la entrada.

Ninguno de los artículos 29 y 30, ni sus disposiciones reglamentarias correspondientes, hacen referencia específica a una posición dominante conjunta. Como se mencionó anteriormente, esa referencia se encuentra en el artículo 27, el cual aborda las restricciones verticales. Aun así, la Superintendencia ha concluido que el concepto también se puede aplicar a los casos de posición dominante. No obstante, debe haber más de una conducta paralela entre agentes económicos dominantes en conjunto. Deben estar unidos por algún vínculo específico. Este concepto es relevante para el caso de hidrocarburos detallado a continuación.

La gran mayoría de casos e investigaciones iniciadas por la Superintendencia hasta ahora han sido casos de abuso de posición dominante. Esto sucede normalmente en países que se encuentran en la etapa inicial de la aplicación de una ley de competencia. Tres de las investigaciones han resultado en hallazgos de abuso y se han calculado las multas para ello. Las tres se describen a continuación.

Televisión por cable

En El Salvador, las constructoras a veces inician proyectos en los que construyen nuevas zonas residenciales que consisten en varias casas. En el proceso, incluyen la infraestructura para servicios como electricidad, teléfono y televisión por cable. En un caso, una constructora creó una empresa afiliada que proporcionaría el servicio de cable TV en una zona residencial que construía. Los proveedores que competían también deseaban prestar dicho servicio a la zona, pero la constructora previno físicamente que la competencia entrase en el lugar para instalar sus equipos. En algunos casos, la empresa destruyó los equipos de la competencia que ya habían sido instalados.

El infractor alegó que de haber permitido que otras empresas entrasen en el área de construcción, esto podría haber causado un daño a las propiedades. En su defensa también alegaron que los propietarios consideraban que la seguridad era muy importante y que ésta se vería comprometida si se permitía la entrada de otros. El Consejo Directivo desestimó estos argumentos. Con respecto al argumento de seguridad, la Superintendencia demostró que los competidores tenían un permiso específico de los propietarios para entrar. El Consejo multó a la constructora y a su afiliada con una cantidad total de 34.000,00 USD aproximadamente, y ordenó el cese de sus prácticas anticompetitivas. Las multas han sido pagadas.

Distribución eléctrica

B&D, una distribuidora eléctrica, intentó entrar a una zona industrial en San Bartolo, ubicada al sur de El Salvador, para construir una nueva red de distribución. El titular, CAESS, miembro de un grupo de empresas que controlan cerca del 70% de la distribución eléctrica a nivel nacional, tenía una participación del 100% en este área. Para que B&D pudiese construir sus instalaciones era necesario que CAESS proporcionara una coordinación mínima como cortar la electricidad durante tiempos acordados, para permitir a B&D completar su red. CAESS rehusó, a pesar de haber recibido propuestas para facilitar el proceso. Además, CAESS obstruyó la entrada de B&D colocando postes en los mismos puntos en los cuales B&D tenía intención de ubicar los suyos.

CAESS ofreció varias justificaciones por haber rehusado cortar la electricidad, incluyendo consideraciones de seguridad. Sin embargo, la Superintendencia demostró que CAESS había interrumpido su servicio para otros que lo habían solicitado, sin objeción. B&D incluso intentó realizar sus obras en los períodos en los que CAESS planeaba interrumpir el servicio por otras razones, pero en estos casos, CAESS canceló el corte en el último momento. En cuanto al bloqueo de los sitios para levantar los postes de electricidad, CAESS argumentó que B&D tenía otras opciones para su red, que incluían instalaciones subterráneas. Con la ayuda de un testigo pericial, un empleado de SIGET, el regulador del sector eléctrico, la Superintendencia demostró que estas alternativas eran más caras para B&D. Finalmente, CAESS argumentó que no era su deber lidiar con un competidor de la manera en que B&D lo exigía.

El Consejo desestimó los argumentos de CAESS y resolvió que había abusado de su posición dominante. Multó a CAESS con 170.000 USD y ordenó un cese de obstrucción y que se coordinara con B&D. CAESS apeló el resultado en la Corte Suprema y no ha pagado la multa ni ha comenzado a cooperar con B&D. Recientemente, la Superintendencia solicitó a la Fiscalía que tomara acción penal contra CAESS por su incumplimiento.

Hidrocarburos

Hasta la fecha, éste es el caso de posición dominante más importante y más publicitado presentado por la Superintendencia. Comenzó en abril de 2006 con una denuncia presentada en la Superintendencia por una sociedad de distribuidores de petróleo. La Superintendencia emitió su decisión en octubre de 2007. Los infractores en este caso eran tres empresas petroleras multinacionales, Exxon (que opera en El Salvador como Esso), Shell y Chevron (que opera en El Salvador como Texaco). El elemento central del caso era la práctica en la que todas estaban involucradas: la de crear zonas geográficas dentro de las cuales los precios de venta de hidrocarburos eran casi idénticos. No obstante, los precios variaban entre las zonas.¹⁸

Existe una refinería de petróleo en El Salvador, que es propiedad compartida entre Esso y Shell. Esta misma entidad también importa productos de petróleo refinado y los almacena en las instalaciones. Texaco por separado, importa y distribuye productos refinados como también lo hace una cuarta empresa. Esso, Shell y Texaco representan más de un 90% de la distribución mayorista de hidrocarburos; sus gasolineras de marca también poseen cuantiosas acciones en el sector de venta al por menor.

En una decisión extensa y minuciosamente redactada, el Consejo Directivo de la Superintendencia determinó que había tres mercados separados del producto: gasolina súper, gasolina normal y diésel. El Consejo concluyó que había 15 mercados geográficos relevantes, que incluían las siete ciudades más grandes junto con sus áreas metropolitanas (de las cuales el Área Metropolitana de San Salvador era considerablemente la mayor) y ocho corredores viales que conectaban las principales ciudades. La teoría detrás de esta construcción fue la de “mercados conectados.” Aun cuando muchos consumidores en el área o vecindario encuentran conveniente comprar su combustible únicamente en las gasolineras locales, otros consumidores, debido a sus trayectos o patrones personales recorridos, consideran conveniente también poder tener fuentes de abastecimiento en áreas aledañas y otros consumidores en áreas secundarias también desean poder comprar en otras áreas aledañas, y así sucesivamente. De tal forma que los proveedores de un área pueden verse influenciados por las decisiones tomadas por proveedores ubicados a cierta distancia en cuanto a sus precios.

Esso y Shell juntas alcanzaron ventas minoristas que excedían un 50% en muchos de estos mercados. Debido a que eran conjuntamente propietarias y operaban la refinería y la unidad de almacenamiento, el Consejo concluyó que los podría considerar como una sola entidad para propósitos de un análisis de posición dominante. Concluyó que Esso y Shell tenían posición dominante, debido a su gran participación de mercado conjunta y altas barreras de entrada, entre otras cosas. Texaco, por otra parte, operaba separadamente de las otras dos, y por esa razón, el Consejo concluyó que no se podía considerar que Texaco tenía una posición dominante.

Esso y Shell podrían efectivamente controlar los precios al por menor cobrados por sus operadores de gasolineras al ajustar, de varias maneras, los precios mayoristas de los distribuidores. Sin embargo, los sistemas para la asignación de precios no eran idénticos y no había prueba que indicara que las dos empresas habían ejercido colusión durante la asignación de precios. Este era también el caso para los sistemas de zonificación de las dos

empresas; aún cuando ambas se involucraban en la práctica, las zonas que creaban no eran contiguas, y por esto, no había prueba que indicara que hubo colusión en este respecto. Por lo tanto, el Consejo concluyó que no podía encontrar un acuerdo horizontal ilícito entre ambas.

Concluyó que las prácticas de zonificación de las empresas representaban un abuso de posición dominante. Las zonas establecidas por las empresas eran mucho más pequeñas que los mercados geográficos relevantes determinados por el Consejo. (Esso tenía 15-20 zonas en el área metropolitana de San Salvador y Shell tenía aún más.) El efecto, según el Consejo, era el de inhibir la competencia de precios. Una estación de servicio no podría responder a un menor precio cobrado por otras ubicadas en áreas aledaña bajando sus precios, debido a que su proveedor controla sus precios. Por esto, el Consejo concluyó que los “ajustes competitivos” en una zona “no serán transferidos... a zonas aledañas, ni al resto del mercado geográfico relevante”. El Consejo también concluyó que el sistema de zonificación tenía el efecto de aumentar las barreras de entrada al mercado minorista.

El Consejo multó individualmente a las dos empresas con la multa máxima disponible de 5.000 salarios mínimos mensuales para el sector industrial, lo cual se tradujo en 852.000,00 USD. También ordenó a las empresas al cese de prácticas de fijación de precios y zonificación, las cuales eran parte central del caso. Esso y Shell inmediatamente recurrieron ante la Corte Suprema de Justicia. (Los procedimientos relevantes de recursos se describen a continuación en la Sección 3.3) En una resolución provisional emitida unas semanas después de la presentación del recurso, la Corte suspendió la orden de cese. No suspendió las multas, pero las empresas no las han pagado aún. La Corte aún no ha resuelto este caso.

Hasta el caso de la harina de trigo, éste ha sido el más conocido de los tratados por la Superintendencia. Ha llamado una significativa atención pública, ya que involucra un producto de consumo común, grandes empresas multinacionales y la imposición de multas elevadas. Sin embargo, el caso ha recibido algunas críticas. La teoría del caso fue novedosa y compleja, la cual aparentemente involucraba, de cierta forma, el concepto de posición dominante conjunta, aunque el término no fue utilizado por el Consejo Directivo. También, los infractores expresaron objeciones a ciertos procedimientos, los cuales son abordados a continuación en la Sección 3.2. Finalmente, el caso destacó algunos problemas relacionados con los procesos judiciales que también se detallan más adelante.

2.4 *Concentraciones económicas*

La ley de El Salvador, a diferencia de algunos de sus vecinos latinoamericanos, incluye el control de concentraciones económicas. La norma legal relevante es que “limitan la competencia de manera significativa.”¹⁹ El reglamento contiene varios artículos que amplían varios aspectos de procedimientos sustantivos de la revisión de las concentraciones económicas.²⁰ La Superintendencia todavía no ha publicado las directrices que describen su método de análisis acerca de las concentraciones económicas; sin embargo, afirma que emplea una metodología similar a la utilizada en muchos otros países actualmente. Comienza dando una

definición del mercado y una evaluación de la concentración. Luego determina las condiciones de entrada, después de lo cual se consideran los efectos probables de la concentración económica propuesta sobre la competencia. La ley y su reglamento requieren que la Superintendencia considere, entre otras cosas, las posibles eficiencias generadas por la transacción propuesta. El hecho de que una parte pudiese ser insolvente o estar en peligro de fallar es igualmente relevante.

Es importante destacar que las disposiciones de control de concentraciones económicas se extienden a los sectores regulados. La decisión de la Superintendencia tiene carácter vinculante para el ente fiscalizador, aunque el regulador también puede tener la facultad de prevenir la concentración económica de conformidad con las normas regulatorias.

2.4.1 *Procedimiento de notificación y revisión*

El Salvador requiere que se presente una notificación previa a la concentración económica. El artículo 33 establece lo siguiente:

Las concentraciones cuyos activos totales combinados exceden el importe de cincuenta mil salarios mínimos urbanos anuales en el sector industrial o cuyo ingreso total exceda los sesenta mil salarios mínimos urbanos anuales en el sector industrial deben solicitar la autorización previa de la Superintendencia.

Actualmente estos umbrales en dólares estadounidenses equivalen a 112.860.000,00 USD (activos totales que excedan a 50.000 salarios mínimos urbanos en la industria) y a 135.432.000,00 USD (ingresos totales que excedan a 60.000 salarios mínimos urbanos en la industria), lo que es relativamente alto para una economía pequeña como la de El Salvador. Ni la ley ni el reglamento establecen específicamente que los activos o ingresos relevantes estén ubicados o deriven de El Salvador. Sin embargo, la Superintendencia ha concluido que sí existe el requisito de “nexo local” y que está operando bajo el supuesto que los activos o ganancias de las partes en concentración económica deben ser locales. Además, los términos de la ley y su reglamento requieren únicamente que los activos e ingresos combinados de las partes en concentración económica alcancen niveles específicos; no existe un requisito mínimo para alguna de las partes, lo que crea la posibilidad de que una concentración económica que comprenda a una entidad muy grande y a otra de tamaño reducido tenga que ser notificada, a pesar de que tal transacción tendría poca probabilidad de tener un efecto anticompetitivo significativo.²¹

La ley estipula que la Superintendencia tiene un plazo de 90 días calendario (también denominados días naturales) después de ser notificada

para emitir su resolución. De no emitirla dentro de ese periodo de tiempo, se considerará que la concentración económica ha sido autorizada. En el caso de que la Superintendencia requiera información adicional acerca de la transacción, o si considera que la notificación adolece de deficiencias en alguno de sus aspectos, deberá solicitar a los interesados, dentro de los 15 días posteriores a la recepción de la notificación. Se suspende el transcurso de los 90 días al recibir dicha solicitud y se reanuda una vez que la información solicitada es entregada.

La Superintendencia no cobra tasas por notificación (solicitud de autorización).

2.4.2 *Investigaciones y casos*

A la fecha, la Superintendencia no ha negado ni condicionado ninguna concentración económica. Hasta finales de mayo de 2008, la Superintendencia había recibido un total de 16 notificaciones (solicitudes de autorización), aunque nueve de éstas no requerían notificación (solicitud de autorización) por varias razones. Una notificación (solicitud de autorización) fue abandonada y las seis restantes fueron autorizadas. La Superintendencia casi siempre ha ejercido su facultad de solicitar información adicional dentro del plazo de 15 días, aunque la mayor parte de estas solicitudes no tenían relación con deficiencias en la notificación (solicitud de autorización). Cinco de las seis notificaciones (solicitudes de autorización) relevantes involucraban a agentes económicos del sector financiero, lo que no es sorprendente dado los altos umbrales para notificaciones (solicitudes de autorizaciones) y el tamaño relativamente grande de los agentes económicos financieros.²²

Es obvio que hasta la fecha, la comunidad empresarial y corporativa posee poca experiencia respecto del proceso de notificación (solicitud de autorización). La Superintendencia ha publicado una guía para el control de las concentraciones económicas, pero es relativamente general, y no trata con las especificidades que surgen inevitablemente dentro del contexto de las notificaciones de concentraciones económicas. El reglamento (Art. 78) creó un procedimiento por medio del cual las partes, incluyendo las instituciones gubernamentales, pueden hacer o solicitar por escrito una consulta u opinión a la Superintendencia. El procedimiento fue empleado 15 veces a lo largo del primer trimestre de 2008, cinco de las cuales tuvieron el propósito de determinar si se debía notificar (solicitar autorización) una concentración económica. Sin embargo, el procedimiento de las consultas ya no se puede seguir utilizando para estos propósitos. Las reformas de 2007, limitan su uso a dos circunstancias: opiniones sobre proyectos de leyes, ordenanzas o reglamentos y opiniones sobre los procedimientos de

contratación y adquisición públicos, en los que pudiera limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia.

Parece que hasta ahora los altos umbrales estipulados en la ley han servido el mismo propósito, el de limitar el número de notificaciones (solicitudes de autorización) que la nueva institución de competencia deba revisar. En los países que recientemente iniciaron el control de las concentraciones económicas, la institución de competencia se ve inundada con notificaciones de concentraciones económicas, la mayoría si no todas de las cuales contenían un problema ajeno a la competencia, obligando a la institución a desviar sus escasos recursos de asuntos más importantes. Otra disposición útil dentro de la ley es la que establece umbrales que han sido efectivamente indexados para la inflación, por medio de un enlace al salario mínimo anual. Esto elimina el problema de tener que elevar los umbrales en el futuro, debido a que la inflación los ha superado.²³

Por supuesto, es posible que las concentraciones económicas que caen por debajo de los umbrales de notificación podrían perjudicar la competencia y que la Superintendencia pudiera considerar deseable controlarlas de ser necesario. Parece que las disposiciones para el control de las concentraciones económicas estipuladas en la ley no se aplican a dichas concentraciones económicas, pero según sus términos, con los artículos que prohíben los acuerdos anticompetitivos y el abuso de posición dominante, sí se podrían. La Superintendencia todavía no ha tenido ocasión de considerar este punto.

2.5 Competencia desleal y protección al consumidor

La Superintendencia no posee responsabilidad en los casos de competencia desleal o protección al consumidor. El Código de Comercio de El Salvador contiene disposiciones que prohíben varios tipos de competencia desleal, incluyendo el soborno, la entrega de información falsa acerca del origen o calidad de los productos o de un competidor o el uso inadecuado de la propiedad intelectual. Los juzgados de lo mercantil velan por el cumplimiento de estas leyes.

La protección al consumidor es importante en El Salvador. Según se destacó previamente, la Ley de Protección al Consumidor fue promulgada mucho antes que la Ley de Competencia. La Ley de Protección al Consumidor vigente fue aprobada en 2005, siendo un documento extenso e integral. Aborda una amplia gama de prácticas, incluyendo la venta de productos insalubres o peligrosos, sustancias tóxicas, varias disposiciones contractuales, la venta de productos defectuosos, la provisión de información falsa o engañosa y demás prácticas publicitarias. La Defensoría del Consumidor, en adelante, “la Defensoría”, es una institución de

protección al consumidor independiente, que es responsable de hacer cumplir esta ley. La Defensoría posee amplias facultades de investigación y ejecución. Tiene facultades para imponer multas hasta un máximo de 940.500,00 USD, que impone un tribunal compuesto por tres personas, dependiendo de la gravedad de la infracción y la dimensión de sus efectos.

La ley de 2005 creó lo que se denomina el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, compuesto por la Defensoría y representantes del Órgano Ejecutivo y otras instituciones gubernamentales. La Superintendencia no está representada en este organismo, aparentemente debido a que no posee una responsabilidad sectorial específica. El Sistema Nacional, bajo la coordinación de la Defensoría, es responsable de la planificación estratégica y demás actividades de coordinación en el campo. Así mismo, la ley creó un Consejo Consultivo encargado de asesorar a la Defensoría (Consejo Consultivo de la Defensoría del Consumidor). Entre los miembros de este consejo están el Superintendente de Competencia y representantes de las ONGs de consumidores salvadoreñas.

La protección al consumidor goza de popularidad y prestigio en El Salvador. El público comprende las acciones tomadas a su favor por parte de las entidades para consumidores; estos casos son relativamente numerosos y pueden resolverse rápidamente. La Defensoría posee fondos; su presupuesto es sustancialmente más grande que el de la Superintendencia. Además, las asociaciones de consumidores son muy activas en El Salvador, la más conocida es el Centro para la Defensa del Consumidor. La Superintendencia se podría beneficiar de esta buena voluntad si se relacionara más estrechamente con la Defensoría. Igualmente, la Defensoría podría beneficiarse de la participación de la Superintendencia en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor. Las dos instituciones podrían cooperar también en los casos en que fuese necesario para obtener mejores resultados²⁴. La Superintendencia le ha propuesto a la Defensoría la suscripción de un convenio de cooperación muy similar a los suscritos por la Superintendencia con otras instituciones gubernamentales (descritos más abajo en la Sección 4). Sin embargo, la Defensoría no ha respondido hasta el momento. También se le ha invitado a participar en algunos de los casos iniciados por la Superintendencia, pero en general, no lo ha hecho.

3. Aspectos institucionales: estructura de aplicación y prácticas

3.1 Instituciones de la política de competencia

La Superintendencia de Competencia es una de las varias superintendencias independientes en El Salvador.²⁵ Algunos reguladores

sectoriales han tomado esta forma, al igual que otras instituciones públicas, tales como los hospitales. La Superintendencia forma parte del Poder Ejecutivo, posee un presupuesto separado, que se presenta a través del Ministerio de Economía al Ministerio de Hacienda.

La actual Superintendente de Competencia, Lic. Celina Escolán Suay, lidera esta institución. Ella dirige al personal de abogados, economistas y personal administrativo. Los miembros profesionales del personal se encuentran organizados bajo dos “intendencias”, la legal y la económica. Las demás oficinas dentro de la Superintendencia incluyen una Secretaría General, las auditorías interna y externa, unidad de relaciones internacionales, comunicaciones, informática y las unidades financiera y administrativa.

La Superintendente, ayudada por su personal, emite recomendaciones de aplicación al Consejo Directivo conformado por tres miembros. El Consejo emite las resoluciones finales e impone las sanciones, cuando las hay. El artículo 9 de la Ley de Competencia estipula las calificaciones que requiere un miembro del Consejo:

Tanto el Superintendente y los Directores deben ser de nacionalidad salvadoreña, de más de treinta años de edad, con un título en economía, derecho, administración de empresas u otras profesiones afines, de reconocida honorabilidad, de probidad notoria con conocimientos y experiencia en las materias relacionadas con sus atribuciones, y gozar de sus derechos ciudadanos y no haberlos perdido en los últimos cinco años anteriores al nombramiento.

El Superintendente es de oficio miembro del Consejo. Los demás directores desempeñan su cargo a medio tiempo (con la asistencia a las demás sesiones del Consejo Directivo convocadas). El presidente de la República nombra al Superintendente y a los miembros del Consejo por un período de cinco años. Pueden ser renombrados. Además de los tres miembros del Consejo con derecho a voto, se nombra también a tres miembros suplentes, que sustituyan a algún miembro con derecho a voto. Los miembros suplentes también asisten a las reuniones del Consejo. Los períodos de todos los miembros del Consejo expiran simultáneamente.²⁶ Esto podría crear un problema en el momento de la transición. Ocurriría una súbita pérdida de experiencia y continuidad, además de que el nombramiento de un nuevo Consejo Directivo completo podría constituir una invitación a la intervención política en el trabajo de la Superintendencia.²⁷

La ley requiere que el Consejo Directivo se reúna por lo menos una vez al mes. En la práctica se reúne con mayor frecuencia, generalmente una vez a la semana. Las reuniones, por lo general, duran de tres a cuatro horas. Los

directores a menudo tienen que pasar tiempo extra preparándose para las reuniones, revisando archivos y otros menesteres. El Ministerio de Hacienda establece la tasa de remuneración para los directores, excluyendo al Superintendente.²⁸ Estas cuotas parecen bastante bajas. En el año 2006 las cuotas de los directores se establecieron en 45,72 \$ por reunión, sin exceder los 182,88 \$ por mes (cuatro reuniones). En 2007 se elevaron a 75,00 \$ por sesión, con un importe total máximo de 300 \$ al mes.²⁹

Estas tasas se comparan desfavorablemente con las de las otras superintendencias; los miembros del Consejo de la Superintendencia del Sistema Financiero reciben 320 \$ por reunión, por ejemplo; el Banco Central, 250 \$, y el sector bursátil, 225 \$. Además, los miembros del Consejo de la Superintendencia de Competencia desempeñan un papel importante y amplio en el funcionamiento de la institución, ya que aprueban todas las acciones oficiales de la institución. Todo parece indicar que algunas de las demás superintendencias desempeñan un papel más de supervisión o apelaciones, y consecuentemente, sus tareas requieren menos tiempo.

Debido a que los directores de la Superintendencia de Competencia no trabajan a tiempo completo ni de forma exclusiva, con la excepción del Superintendente, desempeñan otros cargos simultáneamente, a los que dedican la mayor parte de su tiempo. Actualmente, los cinco directores han sido extraídos de la comunidad académica o gubernamental. Uno de ellos viene de una universidad, dos de la Secretaría Técnica, que desempeña las funciones de fiscalización y asesoría para el Presidente, otro proviene del Banco Central de Reserva de El Salvador y otro del Ministerio de Economía. Esto eleva la posibilidad de cuestionamientos respecto de la independencia de la institución y a la posibilidad de conflictos de interés.

El hecho de que la mayoría de los miembros del Consejo provenga de otra rama del gobierno podría comprometer la independencia del mismo. Sin embargo, nada parece indicar que esto hubiese ocurrido y las resoluciones del Consejo se han emitido aparentemente sin ninguna interferencia externa. Los directores afirman que la institución de la que provienen jamás ha tratado de ejercer ningún tipo de influencia sobre ellos respecto de ningún caso. Afirman que podría ser una ventaja que se represente la perspectiva de su institución. Aún así, parece que en algunas circunstancias podría haber influencia externa. Un asunto relacionado son los posibles conflictos de interés. Un caso o investigación podría involucrar un asunto que también se encuentre ante un ministerio o institución para la cual el miembro del Consejo trabaja a tiempo completo. Este problema podría ser abordado mediante un conjunto de disposiciones legales rigurosas que regulen la inhabilitación en un caso determinado.

3.2 *Procesos de Aplicación y Facultades*

Los procedimientos relacionados con la notificación y revisión de concentraciones económicas se describen en la sección 2.4.1 precedente. Los procedimientos relacionados con los casos de conducta están descritos en los artículos 40-49 de la ley y en los artículos 24-77 del reglamento.

Las investigaciones de conducta se inician ya sea mediante una denuncia formal presentada ante la Superintendencia por una parte privada o por la Superintendencia de oficio. Si la Superintendencia llegara a determinar que una denuncia privada no cumple con los requerimientos de información estipulados en la ley y el reglamento, deberá notificarlo en un plazo de 15 días después de presentada la denuncia. El denunciante tendrá cinco días hábiles para solucionar el problema. También, dentro del plazo de 15 días, la Superintendencia puede determinar que la denuncia no describe una supuesta infracción a la ley, declarándola improcedente.

Si la denuncia en cuestión se considera válida, la Superintendencia puede llevar a cabo una investigación preliminar para determinar si está justificada una investigación completa. De lo contrario, la denuncia se desestima. Si la investigación preliminar indica que hay prueba suficiente de una supuesta práctica anticompetitiva, la Superintendencia inicia una investigación formal. (La investigación preliminar no constituye un requisito, la Superintendencia puede proceder directamente con una investigación completa si los hechos así lo justifican). La parte o partes denunciadas reciben una notificación formal escrita de la investigación; la notificación incluye una síntesis de los hechos relevantes, del tipo de infracción y las sanciones pertinentes.

Esto desencadena el inicio del plazo de 30 días calendario dentro de los cuales la Superintendencia y la parte denunciada recaban pruebas. Posteriormente, la parte denunciada tiene un plazo de 20 días hábiles para presentar sus pruebas y argumentos a la Superintendencia. En esta fase, todos los procedimientos son por escrito. Luego, la Superintendencia prepara su informe y recomendaciones para el Consejo Directivo. El denunciante también tiene la oportunidad de presentar sus argumentos por escrito al Consejo Directivo.

Después de deliberar, el Consejo pronuncia su fallo y ordena a la Superintendencia la redacción de su dictamen, el cual se hace público. La resolución describe en detalle los hechos relevantes y el análisis del Consejo.³⁰ La parte que no esté conforme con la resolución final tiene un plazo de cinco días hábiles para interponer ante al Consejo el recurso de revisión del fallo.³¹ El Consejo luego tiene diez días hábiles dentro de los cuales deberá emitir su fallo sobre la revisión. La ley requiere que el Consejo emita su resolución dentro de los doce meses a partir de la fecha de

presentación de la denuncia o del inicio de oficio de una investigación. Este plazo podrá ser ampliado por resolución motivada del Consejo, hasta un plazo no superior a doce meses y una sola vez cuando las circunstancias lo ameriten. En un solo caso, el de los hidrocarburos, se prorrogó el plazo de doce meses, del cual únicamente se utilizaron siete meses.

El Superintendente tiene la autoridad de clasificar la información o documentos obtenidos por la Superintendencia como confidenciales y también de restringir el acceso a esa información según lo considere apropiado. Toda parte que proporcione información puede hacer esta solicitud. El demandando tiene acceso al expediente del caso que lleva la Superintendencia, pero no al informe que emite la Superintendencia para el Consejo.

El caso de los hidrocarburos generó alguna discusión acerca del procedimiento utilizado en la toma de la decisión. Los demandados en ese caso, reconocieron haber tenido suficiente acceso al expediente del caso llevado por la Superintendencia y que no hubo restricción alguna a su capacidad de presentar pruebas y argumentos ante el Consejo. Sin embargo, se quejaron de que no conocieron completamente la posición de la Superintendencia sobre este caso hasta que el Consejo emitió su fallo y que, por lo tanto, no pudieron prepararse debidamente. Luego tuvieron la oportunidad de solicitar la revisión del fallo dictaminado por el Consejo, lo cual hicieron, pero hubiesen preferido haber tenido la oportunidad de abordar asuntos específicamente en la primera etapa.

Se ha expresado otra crítica al proceso de toma de decisiones: que las funciones de investigación y resolución no son suficientemente independientes. El Superintendente además de supervisar la preparación de los casos, forma parte de los tres miembros del Consejo con voto (a menos que sea descalificado debido a un conflicto personal). Según los críticos, esto podría restarle imparcialidad al Superintendente y podría causar una influencia indebida en el Consejo. Sin embargo, las instituciones de competencia en muchos países están estructuradas de manera similar a la de El Salvador, empleando un sistema en el que una comisión independiente tramita los casos y al mismo tiempo emite la resolución en primera instancia. El caso de El Salvador es, en cierta manera, singular ya que únicamente hay tres miembros con derecho a voto en el Consejo, la mayor parte de los países tienen cinco o más, y tiene también a tres miembros adicionales que participan plenamente en la revisión de los casos pero no emiten voto alguno sobre ellos, a menos que alguno de los miembros con derecho a voto estén inhabilitados. Naturalmente, el hecho que los fallos pronunciados por el Consejo se puedan revisar ante los tribunales constituye un factor importante para asegurar el debido proceso.

Aparte de estos procedimientos que rigen los casos impugnados, no hay actualmente ningún procedimiento establecido mediante el cual la Superintendencia pueda “arreglar” los casos, o sea, llegar a un acuerdo con las partes sobre el remedio apropiado. Si se pudieran resolver los casos de alguna manera, se evitaría la necesidad de apelar ante las cortes. Según se discutirá en la sección 3.3 que sigue, el proceso de apelación es lento e incierto, lo que crea un impedimento significativo en la resolución final de los casos de la Superintendencia. La ley original incluía una disposición que permitía a una parte garantizarle a la Superintendencia que cesaría o modificaría la presunta conducta anticompetitiva lo suficiente como para restaurar la competencia en el mercado relevante, a cambio de lo cual no se sancionaba. Hubo un caso en el que este procedimiento se utilizó con éxito. El procedimiento, sin embargo, fue eliminado en las reformas de 2007. El Consejo puede tener en cuenta toda modificación voluntaria de conducta por parte de un demandado al evaluar las multas.

No existe una disposición que permita a las partes avocarse a los remedios establecidos para casos de infracciones a la Ley de Competencia aparte del derecho de solicitar la investigación por parte de la Superintendencia. Hasta ahora, parece que las reglas que rigen este procedimiento están adecuadamente igualadas, evitando así la situación potencial en que la Superintendencia pudiese llegar a dedicarse a demasiados recursos al procesar denuncias privadas que carecen de mérito. Como se ha descrito antes, el Superintendente tiene la facultad de declarar sumariamente una denuncia como inadmisible o inadecuada. Hasta la fecha, ha habido 20 denuncias privadas presentadas ante la Superintendencia. De las 18 resueltas, 10 fueron desestimadas por la Superintendente sumariamente. Un demandante recurrió esa decisión ante el Consejo Directivo, el cual confirmó la resolución de la Superintendente.

La Superintendencia posee todas las facultades de investigación que le son adjudicadas normalmente a una entidad de competencia.³² Puede solicitar a cualquiera de las partes, incluyendo a cualquier institución o entidad gubernamental, que proporcione información y documentos. Puede convocar a los testigos, puede realizar inspecciones en las instalaciones de una persona, examinar documentos y tomar declaraciones. Estas inspecciones, que requieren que la Superintendencia otorgue una notificación con 24 horas de anterioridad, son adicionales a la facultad de efectuar registros con prevención de allanamiento, los cuales deben estar autorizados por un juzgado. Según se explicó anteriormente, las reformas de 2007 le otorgaron a la Superintendencia la facultad de realizar registros con prevención de allanamiento e implementar un programa de clemencia. Asimismo le otorgaron a la Superintendente la facultad de imponer medidas

cautelares, suspender temporalmente una actividad e imponer otras condiciones,

...cuando exista un riesgo eminente al mercado que pueda limitar la competencia, o el acceso de un agente económico al mercado, o el movimiento de un agente económico, o que la conducta detectada pudiera resultar en daños y perjuicios a terceros o en daños y perjuicios a los intereses públicos o colectivos.³³

Esta orden puede ser revisada por la Corte Suprema de Justicia, pero los derechos están limitados debido a que la orden no es definitiva. Hasta la fecha, no se ha emitido ninguna orden de este tipo.

En conjunto, estas facultades no son inusuales para las instituciones de competencia, a pesar de que no son comunes en El Salvador. Es posible que ninguna otra Superintendencia posea un abanico similar.

La facultad de multar de la Superintendencia es también significativa.³⁴ Antes de las reformas de 2007, podía imponer una multa máxima de 5.000 salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industrial, que se traduce actualmente en 940.500,00 USD. Las reformas elevaron las multas por prácticas “particularmente graves”. La Superintendencia puede imponer multas:

- hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor en El Salvador;
- hasta por el seis por ciento del valor de sus activos en el Salvador;
- dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquiera que resulte más alta.

La Superintendencia debe tener en cuenta lo siguiente al calcular las multas

... la gravedad de la infracción, el perjuicio causado, el efecto sobre terceras partes, la duración de la práctica anticompetitiva, el tamaño del mercado y si se está lidiando con un infractor recurrente.³⁵

Como se indica más arriba, las multas más altas impuestas hasta la fecha fueron las impuestas en el caso de la harina de trigo, por 4 millones de USD. También fueron las primeras en ser aplicadas al amparo de la nueva disposición particularmente severa. La ley requiere que, al imponer multas, éstas sean pagadas dentro del plazo de ocho días a partir de la resolución final del Consejo. Según se describe a continuación en la sección 3.3, la mayoría de las multas impuestas hasta la fecha todavía no han sido pagadas debido a que han sido impugnadas judicialmente.

Estas mismas multas máximas, incluyendo las multas alternativas más altas, se aplican también a situaciones en las que las partes en una concentración económica que debieron haber sido notificadas consumaron su concentración económica sin cumplir con la notificación y en la cual un demandante presentó una denuncia conteniendo información falsa “con el propósito de limitar, restringir o impedir la competencia”. Asimismo, un agente económico que no cumple con la resolución final del Consejo en un caso de concentración económica puede ser sancionado con una multa por un importe de hasta 5.000 salarios mínimos mensuales urbanos por cada día de incumplimiento, y el agente económico que no provea la información solicitada por la Superintendencia o que intencional o negligentemente proporcione información falsa o incompleta puede ser multado con hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos por cada día de incumplimiento.

En uno de los casos, la Superintendencia impuso multas por no entregar la información solicitada. La Superintendencia solicitó información de varios laboratorios en relación con un estudio de la industria farmacéutica. Algunos de los agentes económicos no respondieron, mientras que otros adujeron que la Superintendencia carecía de autoridad legal para solicitar dicha información. La Superintendencia le respondió a estos últimos con citas de las disposiciones vigentes en la Ley de Competencia. Cinco de los agentes económicos persistieron en su negación de proveer información³⁶ y, por lo tanto, la Superintendencia inició los procedimientos de conformidad a otra ley para solicitar que los agentes económicos proporcionaran dicha información. Finalmente los cinco cumplieron, pero el Consejo les impuso multas en base a los días de incumplimiento por parte de los mismos, por un total de aproximadamente 52.000,00 USD. Tres de los agentes infractores ya pagaron sus multas; dos han demandado al Consejo Directivo ante la Corte Suprema de Justicia.

Además de la facultad de imponer multas, la Superintendencia puede emitir órdenes correctivas en las que solicite el cese de las prácticas ilícitas y/o la imposición de otros términos u obligaciones, tanto de naturaleza conductual como estructural. Esta facultad de imponer recursos conductuales y estructurales, además de una simple prohibición, fue otra de las incorporaciones previstas en las reformas de 2007. La orden en el caso de la harina de trigo ha sido la primera emitida al amparo de esta nueva disposición.

3.3 *Revisión Judicial*

El sistema judicial salvadoreño está dividido en cuatro niveles: juzgados de paz, los juzgados de primera instancia, cámaras de segunda instancias y la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia está estructurada

en cuatro salas: la Sala de lo Constitucional, Civil, Penal y de lo Contencioso Administrativo. La Corte Suprema de Justicia está compuesta por 15 magistrados, cada uno asignado a una de las salas (también se pueden reunir en una sesión plenaria). Los magistrados son nombrados por la Asamblea Legislativa para un plazo de nueve años (un tercio de los magistrados son nombrados cada tres años).

Los procesos contencioso-administrativos contra los fallos de la Superintendencia, y de cualquier otra entidad administrativa, se inician directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Esta sala tiene cuatro magistrados. En un caso en contra de una institución gubernamental, como la Superintendencia, el Fiscal General de la República participa como representante del Estado y de la sociedad. La Superintendencia es representada por sus propios abogados. Por lo general, los procesos en esta sala son como sigue: al recibir una demanda, conduce un estudio preliminar para determinar si la misma satisface los requisitos de procedimiento. Luego de admitir la demanda, la Sala puede emitir una orden interina o preliminar de ser necesario. Luego sigue la consideración de los méritos del caso, que incluyen informes de ambos lados y, de ser necesario, la recolección de nuevas pruebas. Posteriormente, la sala pronuncia su propia resolución.

El fallo de la sala no admite ningún recurso ante la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, si se considera vulnerado algún derecho o garantía constitucional puede iniciarse un proceso constitucional de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la mencionada corte.

A la fecha, la Superintendencia ha emitido sanciones en únicamente unos pocos casos, pero en todos menos uno, el caso de televisión por cable, algunos de los denunciados han demandado al Consejo Directivo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo. Ninguno de esos casos ha sido resuelto finalmente. La mayor parte de los casos fueron aceptados por la corte para su revisión; entre los restantes aún falta su aceptación. En un caso se presentó la petición para suspender la multa impuesta, la cual fue conferida la suspensión, pero el proceso continúa. Sin embargo, en otros casos, incluyendo el caso de los combustibles, las multas no han sido suspendidas todavía, pero tampoco han sido pagadas. La Superintendencia le ha pedido al Fiscal General de la República que proceda al reclamo judicial de las multas. El Fiscal General todavía no ha iniciado ese proceso.

Por lo tanto, las acciones judiciales han frustrado los esfuerzos de la Superintendencia para resolver definitivamente sus casos. Los procesos judiciales son lentos. Puede llevar un año o más para que la corte admita una demanda de la naturaleza apuntada. Obtener una resolución final puede

llevar dos años a partir de la fecha de interposición de la demanda, e incluso más tiempo, y luego existe la posibilidad de un amparo.³⁷

3.4 *Asuntos internacionales*

Como economía pequeña y con mercados relativamente abiertos, la competencia en El Salvador se ve inevitablemente afectada por las fuerzas internacionales. Tanto la ley como su reglamento guardan silencio sobre este tema, pero no parece existir ninguna restricción sobre la capacidad de la Superintendencia para aplicar en forma plena las influencias extranjeras en su análisis de competencia. Hasta la fecha, este asunto no ha surgido directamente en los casos investigados por la Superintendencia.

La Superintendencia no juega un papel en la implementación de la política comercial, esto incluye medidas contra la competencia desleal (*anti dumping*).

Desde sus inicios, la Superintendencia ha estrechado relaciones activamente con otras instituciones de competencia y organizaciones de políticas de competencia internacionales. Ha firmado acuerdos de cooperación con instituciones de competencia en Chile, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, Perú y España. Tres de los acuerdos, con Chile, México y España, se centran en asistencia técnica: el intercambio de personal y el auspicio de conferencias y seminarios. Los otros también abordan la cooperación e intercambio de información. La Superintendencia se comunica regularmente con sus homólogos en otros países de la región sobre asuntos o problemas específicos. Brasil y Chile han proporcionado asistencia técnica para llevar a cabo registros con prevención de allanamiento y Chile ha proporcionado asistencia técnica en dos casos de la Superintendencia.

La Superintendente es adepta en atraer fondos de Fuentes externas para proyectos especiales.³⁸ Por ejemplo, la institución participa en COMPAL, un proyecto que proporciona asistencia técnica con relación a políticas de competencia y protección al consumidor a Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Perú, financiado por el gobierno de Suiza y administrado por la UNCTAD. A través de COMPAL el personal de la Superintendencia ha participado en pasantías en las instituciones de competencia de otros países. La Superintendencia ha participado también en el programa de asistencia técnica ofrecido por España y Portugal a través del Foro Iberoamericano de Competencia.

La Superintendencia también participa activamente con organismos internacionales de competencia, incluyendo la OECD (a través del Foro Global de Competencia), la ICN y UNCTAD. En su breve trayectoria ya ha

actuado como anfitrión de la cuarta reunión del Foro de Competencia Latinoamericana y del taller sobre carteles del ICN.

Actualmente se está realizando un amplio esfuerzo diplomático para integrar las economías de la región. Actualmente se está negociando la creación de la unión aduanera centroamericana. Todos los países de la región poseen una ley de competencia, con la excepción de Guatemala. En el año 2006 se creó el Grupo de Trabajo Centroamericano de Política de Competencia. Recientemente El Salvador fue sede de la segunda reunión de ese grupo.

3.5 *Recursos y Prioridades*

Una de las primeras tareas de la Superintendencia en 2006 consistió en preparar un plan quinquenal para el período 2006-2010.³⁹ El plan articuló los objetivos estratégicos de la institución y estableció metas específicas y numéricas para varios tipos de actividades, por ejemplo, “número de casos resueltos sobre prácticas anticompetitivas” e “informes conteniendo recomendaciones sobre leyes y reglamentos.” En un inicio, el plan tenía el propósito de enfatizar la defensa de la competencia, especialmente la relacionada con la educación del público acerca de la política de competencia en los primeros años, al mismo tiempo que aumentaba el resultado de las acciones de cumplimiento. La institución siguió este plan, aun cuando en algunos casos las metas numéricas comprobaron ser demasiado ambiciosas.

La siguiente tabla describe los resultados de las acciones de aplicación de la ley por parte de la Superintendencia durante sus primeros 33 meses de existencia.

	Acuerdos Horizontales	Acuerdos Verticales	Abuso de Posición Dominante	Concentraciones económicas	Falta de información
Archivos abiertos	4	3	13	18	6
Órdenes o sanciones	2	-	3	-	6
Multas impuestas (USD)	4.063.093,36	-	1.985.160	-	52.714

La Superintendencia tuvo un promedio de 25 empleados durante sus dos primeros años de labores. Actualmente, su personal es de 30 empleados, incluyendo a 6 abogados y 7 economistas. El presupuesto de la institución para el año 2006 y el año 2007 fue de 1.500.000,00 USD⁴⁰, el cual fue incrementado a 1.800.000,00 \$ en 2008. Los umbrales de gastos impidieron que la institución gastara el importe total asignado. En 2006 se gastó únicamente 1.350.000,00 \$. En el año 2008 se redujo transversalmente en un 10% los importes que podía gastar el gobierno en bienes y servicios, gastos no salariales como en ordenadores. Otra restricción que enfrenta la Superintendencia es que únicamente puede gastar el 65% de su presupuesto en personal, lo que ha limitado su capacidad para contratar personal que, sin duda, es su insumo más importante.⁴¹ La Superintendencia ha sido notificada que su presupuesto para 2009 será reducido a aproximadamente 1.700.000,00 USD.

La Superintendencia tiene una agenda amplia y líderes ambiciosos. A continuación se describen sus logros, particularmente en lo que respecta a la defensa de la competencia, que según las secciones 4 y 5 han sido significativos. Afirman que necesitan más recursos a medida que la institución se involucre más intensamente en el trabajo de casos. La Superintendencia hizo notar que su presupuesto es sustancialmente menor que el de otras autoridades salvadoreñas consideradas como iguales.

Existen aspectos positivos respecto de la situación de recursos de la Superintendencia, parece tener un espacio de oficina y equipo adecuado para el número de personal actual. Pero, más importante aún es que su personal, aun cuando joven, se considera capaz y muy trabajador. La Superintendente actual goza de mucho respeto, lo mismo que su Consejo Directivo. Los niveles salariales para la Superintendencia son más altos que los existentes en el gobierno central. La Superintendencia atrae a gente capaz; los graduados universitarios la consideran un buen lugar de trabajo. Aun cuando se espera que exista una rotación de profesionales hacia el sector privado, como sucede en muchas instituciones gubernamentales, parece que esta rotación no constituirá un problema crítico a corto plazo.

4. Límites de la política de competencia: exclusiones y regímenes sectoriales

La Ley de Competencia casi no contiene exclusiones. Se aplica plenamente al sector privado, incluyendo los sectores regulados y las empresas de propiedad pública. El artículo 2 de la ley de competencia estipula:

...las disposiciones de esta ley son obligatorias para todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas. No obstante lo anterior, esta Ley no se aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y los Municipios.

Según se describió anteriormente, en El Salvador existen gobiernos municipales. Estos gobiernos no tienen responsabilidades de hacer cumplir la Ley de Competencia. El Código Municipal les reserva a las municipalidades el derecho de operar y regular los mercados locales como rastros, recolección de desechos sólidos, los cementerios, los servicios funerarios y las loterías. Si un municipio ejecuta estos servicios, no está sujeto a la Ley de Competencia, pero un contratista privado que preste estos servicios, sí está sometido a la ley. No existen reglas o exenciones especiales para las pequeñas y medianas empresas.

A continuación se presenta una breve descripción de los regímenes reglamentarios y las estructuras de mercado en los sectores seleccionados.

4.1 *Electricidad*

El sector eléctrico, al igual que los demás sectores de infraestructura, fue privatizado a mediados y finales de los 90. La competencia existe en la generación y distribución; la compañía de transmisión es un monopolio de propiedad estatal. Existen seis compañías generadoras que operan un total de 12 plantas. La hidroelectricidad constituye la fuente principal de energía, con aproximadamente un 40% de la capacidad total. Una entidad controla todas las instalaciones hidroeléctricas. Actualmente, la energía geotérmica está creciendo en aproximadamente un 14% de su capacidad. El resto es energía térmica. Hay varios actores pequeños en la distribución, y algunos generadores están integrados en la distribución, con una participación mínima. Uno de los grupos, AES que incluye a CAESS, es el denunciado en el caso de la competencia anteriormente descrito, el cual posee una participación del 68% de las ventas nacionales. El regulador del sector es la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET). La SIGET, como lo indica su nombre, también es responsable del sector de telecomunicaciones.

4.2 *Telecomunicaciones*

La telefonía fija sigue altamente concentrada después de su privatización; sin embargo, se enfrenta a la competencia de otras tecnologías que incluyen la telefonía móvil, internet y la televisión por cable. El servicio

de larga distancia es competitivo, con doce operadores que proveen el servicio actualmente. La SIGET establece las tarifas máximas en la telefonía fija local. La telefonía móvil ha crecido rápidamente en años recientes; su uso aumentó en aproximadamente un 450% entre 2002 y 2007. Actualmente hay cinco operadores de teléfonos móviles. Las tarifas móviles no están reguladas. Sin embargo, un estudio reciente mostró que las tarifas móviles en El Salvador figuran entre las más altas de toda América Latina, a lo que la Superintendencia respondió con algunas recomendaciones a la SIGET descritas en la sección 5 a continuación. El servicio de internet también ha crecido rápidamente en los últimos años. El mercado parece ser competitivo y no está regulado. El servicio de televisión por cable tampoco está regulado. Dos proveedores importantes cubren la mayoría del país pero existen varios competidores. No existen barreras en la entrada a la TV por cable.

4.3 *Petróleo*

Según lo descrito anteriormente en el caso de los hidrocarburos, solamente existe una refinería en el país, que fue durante mucho tiempo, junto con las importaciones almacenadas en la misma propiedad, la fuente principal de la mayoría de los productos derivados del petróleo en el país. Los precios estuvieron regulados hasta 1994, cuando se introdujo el sistema de umbrales a los precios de distribución. A medida que crecieron las importaciones, y particularmente con la entrada de Texaco en 2002, como el importador más importante, la mayor parte del sector fue desregulado totalmente. Los precios del gas licuado de petróleo, el combustible más importante para los hogares, aun sigue regulado. El Ministerio de Economía posee la responsabilidad regulatoria del sector.

4.4 *Banca*

Este sector fue nacionalizado en 1980, pero a principios y mediados de los años 90 fue nuevamente privatizado. Se estimuló la entrada de los bancos extranjeros. Hoy en día existen 14 bancos en el país, la mayor parte son extranjeros. Citibank es el banco más grande del país, con una participación de mercado de aproximadamente un 40 %. En años recientes se han establecido varias concentraciones económicas dentro de este sector. La Superintendencia del Sistema Financiero supervisa este sector.

4.5 *Agricultura*

Al igual que en la mayor parte de países en que la agricultura es significativa, la competencia en este sector está sujeta a algunas distorsiones

impuestas por el gobierno. Sin embargo, los mercados para la mayoría de los productos son razonablemente competitivos. En general, los aranceles son bajos y CAFTA estipula la eliminación total de los aranceles agrícolas entre sus países miembros. El azúcar es una excepción, siendo uno de los principales cultivos de El Salvador. El azúcar quedó mayormente excluido del CAFTA⁴². En El Salvador, los aranceles son altos, el 40%, pero otras economías, incluyendo la de los EE.UU. y Europa también restringen sustancialmente las importaciones de azúcar de varias maneras. La producción nacional está sujeta a un sistema de cuotas, lo que limita la competencia en precios, y conduce a una llamada para aplicar la Ley de Competencia con mayor vigor a este sector.

5. Defensa de la competencia

La Superintendencia ha hecho un esfuerzo consciente desde sus inicios por concentrarse en esta función tan importante y los resultados han sido impresionantes. La defensa de la competencia incluye aspectos tanto de asesoría como de educación. La función asesora involucra la provisión de comentarios y recomendaciones a otras entidades del gobierno, especialmente a los reguladores sobre las políticas que afectan la competencia. La institución de la competencia interactúa con el público de varias formas al ejecutar sus responsabilidades educativas, con miras a promover la comprensión de la política de competencia y ganar apoyo para la agenda de la institución. La Superintendencia se ha mantenido activa en ambos frentes. La agencia continúa dedicando recursos significativos, actualmente cerca de un 40%, para la defensa de la competencia.

5.1 *Defensa intra-gubernamental*

La Ley de Competencia le da a la Superintendencia plenas facultades para realizar sus actividades, a través del Consejo Directivo.⁴³ Puede realizar estudios de mercado, asesorar a los reguladores del sector respecto de los efectos de sus reglamentos sobre la competencia, emitir opiniones sobre los efectos competitivos de la legislación y emitir opiniones sobre procedimientos para las adquisiciones y contrataciones públicas.⁴⁴

La Superintendencia ha suscrito acuerdos de cooperación con varios reguladores y entidades gubernamentales: electricidad y telecomunicaciones, puertos, aviación civil, sistema financiero, pensiones, bolsa, ciencia y tecnología, el Banco Central de Reserva de El Salvador y el Ministerio de Economía. Estos acuerdos establecen el intercambio de información, la asistencia técnica y la cooperación en la ejecución de las misiones de las diferentes instituciones.

La Superintendencia ha completado seis estudios exhaustivos acerca de los siguientes sectores económicos en El Salvador: transporte terrestre de carga; combustibles líquidos (gasolina, diésel, keroseno y gas), electricidad, aves y huevos, gas licuado de petróleo y telecomunicaciones. Ha completado la primera etapa de un estudio sobre productos farmacéuticos y la segunda etapa está en proceso. Estos estudios tienen un doble propósito: identificar probables prácticas anticompetitivas que pudieran estar sujetas a acciones de aplicación de la ley por parte de la Superintendencia e identificar las características estructurales y reglamentarias que se podrían beneficiar de la abogacía de la Superintendencia. De las dos, la segunda ha sido la más fructífera; los estudios han aportado recomendaciones de política pública de la Superintendencia a los reguladores involucrados.⁴⁵

La Superintendencia ha establecido una relación particularmente estrecha con la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, el regulador de los sectores de electricidad y telecomunicaciones. El estudio de la Superintendencia sobre el sector eléctrico encontró una falta de competencia entre los generadores en el mercado eléctrico mayorista, aun cuando no pudo determinar que hubo violación a la Ley de Competencia en este eslabón de la cadena de valor. La SIGET ha conducido estudios similares independientemente de la Superintendencia, llegando a conclusiones similares. Como resultado, las dos instituciones formularon conjuntamente un acuerdo en el que expresan su conformidad respecto a un nuevo método para determinar los precios mayoristas que limitarían la capacidad de los generadores para manejar su capacidad estratégicamente. La Superintendencia también le ofreció sus comentarios a la SIGET sobre los reglamentos preliminares que rigen las subastas en los contratos de largo plazo para la venta de electricidad, y en los términos de un contrato a largo plazo propuesto, con la participación de un distribuidor importante.

El estudio de telecomunicaciones de la Superintendencia también resultó en muchas recomendaciones para la SIGET en este sector. Entre otras, la Superintendencia le recomendó a la SIGET que adoptara un reglamento que estableciera el marco para la interconexión, consistiendo en principios y reglas de negociación entre las partes privadas para este fin; que tome medidas para aumentar la transparencia en los acuerdos de interconexión entre los operadores; que aborde un problema de desigualdad en los cargos por rescisión, así como entre llamadas de fijo a móvil y de móvil a móvil; que mejore las condiciones para la portabilidad de número entre los proveedores móviles; y que considere emitir un reglamento que rija la calidad del servicio de la telefonía móvil. Finalmente, la Superintendencia también hizo recomendaciones a la SIGET sobre la televisión por cable,

especialmente en cuanto a las relaciones entre el proveedor de programación y el operador del cable.

La Superintendencia ha emitido muchas más recomendaciones a entidades públicas sobre varios asuntos:

- al Ministerio de Economía sobre el gas licuado de petróleo (en cuanto reglas sobre el intercambio de cilindros y sobre instalaciones marítimas de almacenaje);
- al Ministerio de Economía sobre combustibles líquidos (gasolina, diésel, keroseno; en cuanto a la conducción de estudios relacionados con la competencia en estos mercados, la reducción de barreras regulatorias a la entrada y sobre la promoción de la importación de estos productos);
- a dos municipios y al sector de hospitales públicos sobre sus prácticas de adquisición;
- al Ministerio de Agricultura y Ganadería sobre el desarrollo de reglas para normalizar los productos avícolas y huevos;
- a la Defensoría del Consumidor sobre la educación del consumidor en cuanto a productos avícolas y huevos y en cuanto a la mejora de la transparencia en la asignación de los precios de telefonía móvil;
- al Ministerio de Hacienda sobre las reglas para exenciones fiscales que podrían afectar la competencia;
- a la bolsa de productos agropecuarios en cuanto al mejoramiento de la transparencia.

Las adquisiciones y contrataciones públicas son un tema de importancia para El Salvador, como lo son en otras partes de América Latina.⁴⁶ Una agencia en el Ministerio de Hacienda (UNAC) fiscaliza las políticas de adquisición y contrataciones de unas 384 instituciones y ONGs en el país. Establece las reglas aplicables al proceso de adquisiciones, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Dicha ley estipula, entre otras cosas, el uso de un proceso de licitación, la publicación de los licitantes y de los resultados, el registro de los licitantes y la apertura de licitaciones para todos los licitantes calificados. La institución ha establecido una relación con la Superintendencia, con la que intercambia información. La Superintendencia ofrece capacitaciones a los funcionarios de la UNAC sobre la detección de licitaciones colusorias. El Código Penal del país es aplicable a las licitaciones colusorias en las adquisiciones públicas, como por supuesto, lo

hace también la Ley de Competencia. Sin embargo, pocos casos de licitaciones colusorias han sido procesados.

Actualmente, la Superintendencia se está centrando en el sector farmacéutico, debido a que los medicamentos son un insumo importante para los proveedores de salud pública del país. Los estudios demuestran que los precios de los productos farmacéuticos en El Salvador son más altos que en los países vecinos. Esto estimuló la realización del estudio de este sector por parte de la Superintendencia. Hasta ahora, el estudio no ha resultado en una investigación bajo la Ley de la Competencia, pero ciertamente resultará en recomendaciones adicionales de la Superintendencia dirigidas a las instituciones de atención en salud y demás relacionadas.

5.2 Educación: desarrollando una cultura de competencia

La Superintendencia se relaciona con el público de diferentes maneras. Se comunica regularmente con la prensa por medio de comunicados de prensa y artículos escritos por miembros de su personal.⁴⁷ La Superintendente y su personal aparecen frecuentemente ante grupos interesados para explicar y discutir la ley de competencia. En un mes dado ocurren entre dos y ocho de este tipo de eventos.⁴⁸ Se han sostenido reuniones con representantes de varias asociaciones empresariales, empresas individuales, firmas de abogados, entidades gubernamentales y Superintendencias. La Superintendente ha estado especialmente activa en la comunidad universitaria. Ha suscrito acuerdos de cooperación con tres universidades para ofrecer prácticas en la Superintendencia para los estudiantes de derecho y economía. Los representantes de la Superintendencia imparten regularmente charlas y seminarios en las universidades y escuelas.

La Superintendencia ha estado trabajando también con los jueces. Participa en la Escuela de Capacitación Judicial del país ofreciendo talleres sobre temas de competencia. Los jueces agradecen este tipo de oportunidad de capacitación. Sin embargo, no ha habido muchas oportunidades para aplicar esta capacitación hasta la fecha, ya que ningún caso de competencia ha sido resuelto finalmente por un tribunal.

La Superintendencia publica todas las resoluciones interinas y finales de cada caso, las cuales se pueden encontrar en el sitio web de la institución. El sitio web es bastante completo. Además de la Ley de Competencia, el reglamento y las resoluciones de la institución, el sitio web contiene discursos, artículos, lineamientos, un glosario de términos, el manual de organización y funciones, los estudios sectoriales arriba descritos, comunicados de prensa, acuerdos de cooperación, entre otros. La Superintendencia aún no ha publicado materiales de lectura fácil acerca de

la institución y la Ley de Competencia, tales como panfletos para el público general. Sin embargo, éste es un proyecto en curso.

A pesar de este nivel de actividad de la Superintendencia, la evidencia anecdótica sugiere que el público en general se encuentra desinformado acerca de la Ley de Competencia y de las actividades de la Superintendencia. Esto parece ser cierto dentro de la comunidad empresarial también, con la probable excepción de las empresas más grandes. A medida que la Superintendencia inicie más investigaciones sobre supuestas prácticas anticompetitivas, la comunidad legal también participará más en este campo, lo que actualmente está confinado a algunos de los bufetes de abogados más importantes. Los abogados todavía no asesoran debidamente a sus clientes acerca de las responsabilidades que les impone la Ley de Competencia.

Resulta difícil pensar en algún aspecto del programa de defensa de la Superintendencia que no esté incluido. El hecho de que el conocimiento acerca de la política de competencia y de la institución de competencia no haya penetrado todavía los niveles más profundos de la sociedad salvadoreña se debe probablemente a dos causas: tiempo, la institución ha estado activa durante menos de tres años; y a la falta de casos importantes iniciados por la Superintendencia hasta la fecha. La segunda depende del tiempo también, se presentarán más casos con esfuerzo, pero esto también nos lleva al hecho incuestionable acerca de la defensa de la competencia: no puede tener un éxito completo en ausencia de una ejecución creíble por parte de la institución de competencia.

6. Conclusiones y recomendaciones

La Política de Competencia en El Salvador se ha iniciado bien, de hecho uno podría decir excelentemente. La experiencia de El Salvador puede servir, en cierta forma al menos, como ejemplo de una manera efectiva de comenzar con la implementación de una política de competencia. Aquellos responsables de elaborar el proyecto de la Ley de Competencia tomaron su tiempo para estudiar las leyes de otros países y aprender de sus experiencias. Ellos buscaron y recibieron asistencia de fuentes externas en este esfuerzo. Los que abogaron por esta ley luego construyeron un consenso político efectivo para la misma, que incluyó a la comunidad empresarial, y tuvieron éxito en la aprobación de la ley con un fuerte apoyo. Antes de que la ley hubiese cumplido dos años de haber entrado en vigor, también se creó un consenso para su reforma, concediendo a la Superintendencia poderes importantes y necesarios. El resultado es una ley sensata en la mayoría de los aspectos.

Al iniciar sus labores, la Superintendencia decidió programar sus prioridades para el primer quinquenio. Inicialmente se centró en la elaboración de la normativa interna y de apoyo, así como guías para afirmar la estructura determinada por la ley. Rápidamente desarrolló un programa efectivo de defensa de la competencia, tanto aconsejando a las entidades gubernamentales y reguladores, así como educando al público sobre la ley. En estos esfuerzos, la Superintendencia tuvo éxito al obtener asistencia externa, tanto financiera como material. En su segundo y tercer año de existencia, la Superintendencia ha comenzado a reasignar más recursos para la aplicación de la ley, detectando e investigando violaciones, pero esta labor ha ido tomando forma lentamente, lo que era de esperar. La Superintendencia contrató a profesionales calificados y jóvenes y construyó una reputación por su eficiencia y empeño en el trabajo. La Superintendente ha demostrado ser muy proactiva y políticamente preparada.

Actualmente, el mayor reto para la Superintendencia es demostrar éxito en su función de aplicación de la ley, especialmente su aplicación en contra de cárteles. Adicionalmente, hay ciertos ajustes procedimentales que podría considerar para mejorar su aplicación. También sería útil considerar ajustes estructurales al Consejo Directivo. La situación financiera de la Superintendencia no es precaria, pero podría mejorarse. La Superintendencia debería tratar, en lo que pueda, los retrasos que resultan de los recursos interpuestos o procesos iniciados contra sus resoluciones ante los tribunales. Aunque ha tenido éxito en la defensa de la competencia, la Superintendencia debería construir sobre dichos esfuerzos, en especial con el propósito de fortalecer la cultura de competencia en el país.

Finalmente, una prueba importante de la fortaleza de su política de competencia en el país es su habilidad para soportar la influencia política partidista, especialmente en época de cambio político. Hasta el momento, la política de competencia ha tenido el apoyo bipartidista dentro de la estructura política salvadoreña. Este apoyo debe continuar hacia una política de competencia sólida, objetiva e independiente, libre de interferencia política.

Algunos de estos aspectos son más fundamentales que otros, con relación a las partes y las condiciones que no están dentro del control de la Superintendencia, y en algunos casos, reformas a la ley. Otras las puede abordar la Superintendencia por sí misma. Las siguientes recomendaciones tratan estos puntos.

6.1 *Cárteles*

6.1.1 *Concentrarse en desarrollar un programa anti-cárteles efectivo. Considerar centrarse en las licitaciones colusorias en la Administración Pública.*

Durante mucho tiempo, la OECD ha sostenido la posición de que luchar contra los cárteles de núcleo duro debe ser la prioridad más alta para una agencia de competencia. Seguramente en El Salvador operan cárteles ilegales, que dañan a los ciudadanos salvadoreños. Para la Superintendencia, un programa anti-cárteles de éxito también tendría el efecto beneficioso de fortalecer la atención del público y el apoyo para la política de competencia y su autoridad. La Superintendencia tiene las herramientas legales que necesita para implementar un programa anti-cárteles de éxito: facultades investigativas efectivas, incluyendo los registros con prevención de allanamiento y la habilidad de crear un programa de clemencia, así como la habilidad de imponer multas significativas para los participantes en cárteles.

No es fácil ser proactivo en la labor anti cárteles. La experiencia de otros países ha demostrado, sin embargo, que concentrarse en licitaciones colusorias en la Administración Pública puede ser fructífero. Esta conducta es bastante común; casi seguramente existe en El Salvador. Persecuciones con éxito de esta conducta son visibles y fácilmente entendibles por el público.

6.1.2 *Implementar un programa de clemencia.*

Las reformas de 2007 expresamente autorizan a la Superintendencia a crear un programa de clemencia. Muchos países lo tienen, y en algunos, especialmente aquéllos donde el programa ha existido durante un periodo de tiempo, ha demostrado ser una herramienta para la lucha anti-cárteles. Mientras se crea un programa de clemencia, sin embargo, uno no espera resultados inmediatos en El Salvador. Debe existir un incentivo para los participantes en cárteles para desertar de un cártel y cooperar con las autoridades. Este incentivo toma la forma de una amenaza creíble de multas muy altas o, en países donde la conducta de cártel es un delito, la persecución penal. Esta amenaza no será creíble hasta que la Superintendencia, apoyada por los tribunales, empiece a imponer sanciones.

Existe un aspecto de la ley que establece un programa de clemencia que podría limitar su efectividad. La ley no autoriza a la Superintendencia para perdonar completamente a un solicitante de clemencia de pagar multas. El incentivo para desertar de un cártel debe ser muy fuerte. La experiencia de ciertos países ha demostrado que perdonar completamente a un solicitante

las sanciones puede asegurar la probabilidad de que alguien solicite la clemencia. Por supuesto, la Superintendencia puede reducir la multa al solicitante hasta llegar a 1,00 USD, pero un probable solicitante no puede tener la certeza de lo que sucederá. La certeza de evitar sanciones puede ser importante. En todo caso, podría ser necesario que la Superintendencia reforme su programa de clemencia, cuando tenga experiencia con él, cosa que ha ocurrido en muchos países.

6.2 *Concentraciones Económicas*

Al haber establecido umbrales altos para la notificación (solicitud de autorización) de concentraciones económicas, El Salvador, hasta el momento, ha evitado el problema que han tenido que enfrentar otros países que han incluido en sus leyes el control de concentraciones económicas: tener que revisar demasiadas notificaciones (solicitudes de autorizaciones) de concentraciones económicas que probablemente no presentan problemas de competencia. Existe un paso adicional que podría darse, que posiblemente reduciría la carga, aunque sólo ligeramente.

6.2.1 *Cambiar los umbrales de notificación (solicitud de autorización) de tal forma que estén calculados en base a la actividad de, al menos, dos partes en la operación dentro de la jurisdicción donde debe notificarse (solicitarse autorización) o, en la alternativa, en la actividad de la parte a ser adquirida.*

Lo anterior es congruente con las *Prácticas Recomendadas para los Procedimientos de Notificación de Concentraciones Económicas* de la Red Internacional de Competencia Económica.⁴⁹ Esto eliminaría la situación en la cual, debido a que los umbrales sólo están expresados en términos de los activos o ingresos combinados de las partes a concentrarse, una concentración propuesta que implica la adquisición por un agente económico muy grande de muy pequeño presente en El Salvador, tendría que notificarse (solicitarse autorización). Es poco probable que tal concentración produzca efectos anticompetitivos. Bajar el límite para un agente económico más pequeño no sería fácil, por supuesto; nuevamente debe ser lo suficientemente alto para prevenir capturar demasiadas concentraciones pequeñas. Además, podría ser necesario reformar la Ley de Competencia para hacer tal cambio, aunque en otro contexto, la Superintendencia, por interpretación, ha incorporado a los umbrales un requisito de nexo local que no está expresamente contemplado en la ley.

6.2.2 Considerar si las concentraciones anticompetitivas que están por debajo de los umbrales de notificación (solicitud de autorización) podrían ser controladas como acuerdos restrictivos o abuso de posición dominante y, en tal caso, cómo podría la Superintendencia llevar a cabo tal control.

La economía de El Salvador es relativamente pequeña; los umbrales para concentraciones económicas son altos. Es concebible que una concentración que está por debajo de los umbrales de notificación (solicitud de autorización) pueda ser anticompetitiva y perjudicar a los consumidores; por ejemplo, en un mercado donde las barreras a la entrada son altas. Parecería que dicha concentración no está sujeta a notificación (solicitud de autorización) de acuerdo a lo dispuesto por la ley, pero podría ser considerada, bien un acuerdo restrictivo ilegal (Art. 25) o un abuso de posición dominante (es decir, si el agente económico adquirente ostenta posición dominante; Art. 30). La dificultad para emplear estas disposiciones, por supuesto, es que Superintendencia podría ser confrontada con una concentración económica consumada, que podría significativamente interferir con su habilidad para imponer un remedio efectivo. Aún así, existen controles para concentraciones económicas en ausencia de una notificación (solicitud de autorización) y esperando un régimen. Tal vez el mejor ejemplo de tal programa en América Latina es Chile.⁵⁰ Una preocupación importante al extender el control de concentraciones económicas a operaciones que no superan los umbrales es, nuevamente, para evitar destinar recursos al análisis (revisión) demasiadas de estas transacciones.

6.3 Procedimientos de casos

6.3.1 En los casos en que la Superintendencia está recomendando al Consejo Directivo imponer sanciones, proporcionar a las partes intervinientes un avance de la decisión inicial de dicho Consejo, una descripción de la teoría de la Superintendencia sobre el caso y la prueba relevante que la sustente.

Los procedimientos de la Superintendencia son generalmente considerados transparentes. El expediente del caso está disponible para las partes intervinientes y las decisiones del Consejo Directivo son elaboradas de forma muy cuidadosa y comprensible. Aún así, las partes podrían no estar suficientemente informadas acerca de la teoría de la Superintendencia sobre el caso, de forma previa a la remisión del caso al Consejo Directivo para permitirles abordar asuntos en esa etapa importante. Mientras la

Superintendencia pudiera, de forma justificada, resistirse a proporcionar su informe al consejo, ésta podría proporcionar a las partes, en el momento apropiado, un documento independiente en el que figurasen sus teorías.

6.4 Recursos

6.4.1 Proveer a la Superintendencia de los recursos que necesita para cumplir con sus amplias responsabilidades de acuerdo a la Ley de Competencia.

Considerando todo lo que ha logrado la Superintendencia en menos de tres años de existencia, no puede decirse que los recursos fueron una limitación seria. La Superintendencia ha demostrado su eficiencia al utilizar sus recursos como lo ha hecho. Sin embargo, la autoridad debe ser financiada adecuadamente. Debe tener la capacidad de atraer y retener profesionales capacitados y proporcionarles el apoyo que ellos requieran. La cartera de la Superintendencia es muy amplia. Los recursos disponibles para la Superintendencia no deben ser menores que aquéllos disponibles para otras autoridades similares a ellas, con responsabilidades parecidas. En particular, existe una preocupación en cuanto a que el presupuesto de la Superintendencia se reducirá, al menos ligeramente, en 2009, en un momento en el que la agencia estará manejando una creciente carga de casos.

6.4.2 Establecer la compensación para los miembros a tiempo parcial del Consejo Directivo en un nivel suficiente para compensarle por sus esfuerzos

Los miembros a tiempo parcial del Consejo Directivo invierten un tiempo y esfuerzo considerable en su tarea, a la vez que trabajan a tiempo completo en otros cargos. Sus honorarios debería compensar adecuadamente su trabajo y deberían ser lo suficientemente altos para atraer al Consejo a profesionales cualificados.

6.5 Recursos judiciales y la resolución final de los casos

De los problemas que enfrenta la Superintendencia, éste parece ser a la vez el más serio y el más difícil de resolver. Sólo uno de los casos iniciados por la Superintendencia dentro del cual se impusieron sanciones, ha quedado firme hasta la fecha, debido a que la resolución no fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia. Otros casos están suspendidos, de una manera u otra, en la Corte Suprema de Justicia. No puede determinarse si los retrasos

pueden estar relacionados específicamente a casos de competencia o a la Superintendencia. Si la solución requiere una reforma o una reestructuración del Poder Judicial, esta está fuera del alcance de este estudio. La Superintendencia debe continuar y fortalecer los esfuerzos que está realizando en esta área: educación y capacitación de jueces, trabajando de cerca con el Fiscal General de la República, que participa en los casos de la Corte Suprema de Justicia y que hace cumplir las resoluciones de la Superintendencia, así como proporcionando razonamientos y escritos muy bien sustentados a la Corte. La Superintendencia debe también considerar cualquier procedimiento que pudiera reducir la probabilidad que las partes interpongan recursos o inicien procesos ante la Corte.

6.5.1 Considerar adoptar procedimientos para el arreglo de los casos.

El arreglo de casos, alcanzar un acuerdo con las partes en relación a una solución apropiada, llama obviamente la atención como una forma eficiente para resolver casos; elimina la posibilidad de recursos o procesos judiciales. En algunas jurisdicciones, sobre todo los Estados Unidos, la mayoría de casos de competencia se solucionan de esta manera. La Comisión Europea recientemente ha introducido un nuevo procedimiento para el arreglo de casos de cárteles.⁵¹ Por supuesto, la ley de cada país y su jurisprudencia son diferentes; un procedimiento de arreglo en El Salvador, si uno fuera posible, tendría que apegarse al marco legal del país. En todo caso, probablemente no sería una solución inmediata al problema en El Salvador. Las iniciativas de las partes para el arreglo dependerán, al menos en parte, del riesgo percibido de proceder con el litigio ante los tribunales. En El Salvador, estos riesgos son desconocidos en esta etapa. El arreglo sería una opción atractiva para las partes en casos de concentraciones económicas, debido a la necesidad de consumar rápidamente la concentración.

6.6 Defensa de la competencia y Protección al consumidor

A pesar del enérgico programa de defensa de la competencia de la Superintendencia, aún no ha sido establecido una cultura de competencia en El Salvador. Un área que no ha sido desarrollada plenamente a este respecto es la interacción entre la política de competencia y protección al consumidor. La protección al consumidor es popular en El Salvador. La política de competencia es otra forma de protección al consumidor y las entidades de aplicación en ambos campos se podrían beneficiar del trabajo conjunto más cercano. La Superintendencia le ha propuesto a la Defensoría del Consumidor que las dos desarrollen una relación de trabajo, pero la Defensoría aún no ha respondido.

6.6.1 Las autoridades de competencia y protección al consumidor deberían trabajar juntas de forma más estrecha; ambas resultarían beneficiadas. A la Superintendencia también se le debería permitir participar en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor.⁵²

6.7 Independencia e imparcialidad del Consejo Directivo

6.7.1 Seleccionar miembros del Consejo a tiempo parcial que no ocupen posiciones a tiempo completo en otras instituciones gubernamentales o ministerios. En todo caso, los miembros del Consejo deben inhabilitarse de cualquier asunto en que otro patrono tenga interés.

Los miembros del Consejo, con excepción del Superintendente, sirven en el Consejo a tiempo parcial y algunos trabajan a tiempo completo en otras posiciones gubernamentales. Esto podría comprometer potencialmente la independencia del Consejo de otras partes del Gobierno, aunque esto aún no ha sucedido. Probablemente existen personas en los sectores público y privado que podrían ocupar estas importantes posiciones.⁵³ En todo caso, los miembros del Consejo, cualquiera que sea su cargo a tiempo completo, deben aplicar reglas estrictas por medio de las cuales se inhabilitarían en un caso en que otro patrono esté relacionado.

6.7.2 Escalonar los períodos de funciones de los miembros del Consejo, de tal manera que no sean todos nombrados simultáneamente.

Un cambio total del Consejo Directivo, incluyendo al Superintendente, de una sola vez, podría crear un riesgo significativo de perder la continuidad y los conocimientos cada cinco años en la Superintendencia, y sería más probable el ejercicio de influencia política en la agencia. Escalonar los períodos de los directores podría solucionar este problema. Probablemente se necesite una reforma de la Ley de Competencia para realizar esto.

6.7.3 Considerar expandir el número de miembros votantes del Consejo a cinco.

Los actuales miembros del Consejo son independientes y trabajan arduamente. Los seis miembros participan plenamente en cada caso (al menos que se hayan inhabilitado), pero únicamente tres miembros tiene

derecho a voto en la toma de decisiones. Aumentar ese número a cinco podría hacer desaparecer ciertas preocupaciones acerca de la influencia excesiva del Superintendente en las decisiones del Consejo y no requeriría erogación alguna, ya que a los seis miembros se le pagan dietas, tengan derecho a voto o no. Naturalmente, un cambio de esta naturaleza requeriría de una reforma de la ley.

Notas

1. Se considera que Centroamérica incluye a Belice, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y El Salvador.
2. La ley de 1992 fue reemplazada por una nueva ley en 1996 y nuevamente en 2005 (Decreto Legislativo No. 776).
3. El CAFTA estaba siendo negociado a la misma vez. En el tratado no había un requerimiento para una ley de competencia, pero parecía proporcionar un impulso indirecto para la ley, dado que el país se encontraba implementando otras reformas legales para conformarse a los requerimientos del tratado en ese momento.
4. Decreto Legislativo No. 436.
5. www.sc.gob.sv.
6. Decreto Ejecutivo No. 126, 5 de diciembre de 2006. El reglamento aún no ha sido reformado con el objeto de desarrollar las modificaciones de 2007 a la ley, pero dicha revisión está en marcha.
7. Artículo 12.
8. La regla per se establece que es únicamente necesario probar que hubo un acuerdo como un requisito entre los competidores y no que resultó en un efecto prejudicial, debido a que se estima que los acuerdos de cárteles son siempre perjudiciales.
9. La regla de la razón requiere demostrar un efecto anticompetitivo.
10. Artículos 38 y 39 enmendados de la ley de competencia.
11. Las dos empresas controlaban el 98% del mercado para este producto en El Salvador.
12. Comunicado de prensa del 5 de septiembre de 2008 disponible en la página web de la Superintendencia.
13. Se incluye un tercer tipo de acuerdo en el Artículo 26, pero el lenguaje que lo describe no es claro. Parece aplicarse en situaciones en las cuales más de una parte se ve involucrada en una forma particular de conducta mediante un acuerdo.

14. Artículo 13.
15. Sin embargo, no queda claro si la frase: “actuando individual o conjuntamente” requiere un acuerdo, ya sea expreso o implícito.
16. Artículo 15.
17. Artículo 17.
18. Esta práctica de “zonificación” en las ventas de gasolineras no se da únicamente en El Salvador. Ha estado sujeta a estudios por algunas instancias en casos de competencia de otros países, lo cual fue indicado por el Consejo en su resolución.
19. Artículo 34.
20. Artículos 18-32.
21. *Prácticas y Procedimientos Recomendados para la Notificación de Concentraciones Económicas* [*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*], ICN (2003), disponible en el sitio web de la Red Internacional de Competencia Económica, ICN www.internationalcompetitionnetwork.org/, en las que se recomienda que se establezca el nexo local en base a la actividad de por lo menos dos partes en una transacción dentro de la jurisdicción a ser notificada o, de forma alternativa, en base a la actividad de la parte a ser adquirida. Ver también, *Recomendaciones del Consejo Relativa a la Revisión de Concentraciones económicas* [*Recommendation of the Council concerning Merger Review*], OECD (2005), disponible en el sitio web de la OECD www.oecd.org/competition
22. Es interesante observar que hubo cierta actividad de concentración económica en el país inmediatamente antes de la entrada en vigor de la Ley de Competencia, incluyendo la concentración económica de los únicos dos fabricantes de cemento en el país.
23. Sin embargo, la Superintendencia recientemente encontró un problema relacionado. Una institución del gobierno responsable de registrar las concentraciones económicas o absorciones de sociedades (no así las adquisiciones de activos) ha solicitado que todos los solicitantes obtengan una certificación de la Superintendencia indicando que la operación no necesita ser autorizada, o que se ha aprobado la misma. En el caso de las concentraciones económicas y absorciones que no requieren notificación o solicitud previa, se ha impuesto una carga adicional de trabajo a la Superintendencia para examinar operaciones que de otra manera no hubiera tenido que revisar. En el momento de preparar este informe, la Superintendencia se encuentra negociando con el Centro Nacional de Registros (CNR) sobre este asunto. Su posición consiste en que la carga o incapacidad de notificar o solicitar previamente una autorización debe

recaer sobre las partes involucradas en la operación, y no sobre el registro o la Superintendencia.

24. Hubo una mesa redonda sobre este tema, la relación entre las políticas de competencia y del consumidor, en el Foro Global de la OECD en 2008. La documentación de este debate está disponible en la página web de la OECD. www.oecd.org/competition/globalforum
25. El artículo 3 de la Ley de Competencia: “Se crea la Superintendencia de Competencia como una institución de derecho público con personería jurídica y su propio capital como una institución técnica con autonomía administrativa y presupuestaria para ejercer las atribuciones y deberes aquí establecidos en éste, así como todas las demás disposiciones vigentes”.
26. Un miembro del Consejo renunció aproximadamente un año después de su nombramiento, pero su sucesor fue nombrado para completar el plazo normal del miembro y no por los cinco años completos.
27. Los plazos de los directores no coinciden con el de la Presidencia de la República, cuyo plazo también es de cinco años. El plazo de los directores actuales expira a finales de 2010 y el del Presidente expira en 2009.
28. Los miembros suplentes también reciben un pago por cada reunión a la que asisten, aun cuando no votan.
29. En el año 2007, el Consejo se reunió 47 veces, pero no se le compensó por seis de esas reuniones debido a que excedieron el máximo de cuatro reuniones por mes.
30. La resolución en el caso de los hidrocarburos fue de 152 páginas.
31. Si hubiere un tercero involucrado en el caso, por ejemplo un denunciante privado, el artículo 77 del reglamento establece que cuando se interpone un recurso de revisión, el Consejo concederá a la persona tres días para presentar por escrito sus alegaciones al mismo.
32. Éstos están estipulados en los artículos 13 y 14 de la Ley de Competencia.
33. Artículo 41(A), según la reforma de 2007 de la ley.
34. Según lo estipulado en los artículos 37-39 de la ley.
35. Artículo 37.
36. La Ley de Competencia no contiene expresamente tal procedimiento.
37. Un procedimiento de amparo similar existe en México, el cual ha probado ser un problema significativo para la entidad de competencia de ese país. Muchos de sus casos fueron apelados bajo ese proceso, causando retrasos y resultando en fallos desfavorables. Recientemente, la entidad de

competencia ha logrado mayores éxitos en los casos de amparo. Ver el informe del examen inter-pares de México, *Ley y Política de Competencia de México* (2004), y un informe de seguimiento de los cinco exámenes inter-pares de América Latina, *Derecho y Política de la Competencia en América Latina* (2007), ambas disponibles en el sitio web de la OECD.

38. El Banco Interamericano de Desarrollo ha sido la fuente principal de fondos para este propósito. El Banco está financiando este informe de examen inter-pares.
39. El plan está disponible en el sitio web de la Superintendencia.
40. La Superintendencia enfrentó una crisis presupuestaria inmediatamente después de iniciar sus operaciones en 2006. El gobierno recortó su presupuesto en 1/3, lo que amenazó todos los programas de la institución. La Superintendente intervino con vigor, logrando que se revirtieran los recortes.
41. El Gobierno emitió un acuerdo restringiendo los gastos en personal al 70% del presupuesto de la autoridad, pero la Superintendencia lo ha restringido más, al 65%.
42. El maíz fue otro.
43. Artículo 14.
44. Las últimas dos funciones que emiten opiniones sobre la legislación y procedimientos de adquisiciones públicas fueron añadidas en las reformas de 2007.
45. Los estudios están disponibles en el sitio web de la Superintendencia.
46. Ese tema fue discutido en la mesa redonda del Foro Latinoamericano de Competencia de 2007. Los documentos de esa mesa redonda están disponibles en el sitio web de la OECD.
www.oecd.org/competition/latinamerica
47. Hasta mayo de 2008, la institución había emitido más de 40 comunicados de prensa anunciando las resoluciones de casos y los eventos sobre política de competencia auspiciados por la Superintendencia.
48. El calendario de la Superintendencia aparece en el sitio web.
49. Supra, n. 210.
50. Ver, OECD, *Exámenes Inter-pares de Política de Competencia en América Latina: Seguimiento* (2007), p.18.

-
51. Ver el comunicado de prensa emitido por Comisión Europea, el 30 de julio de 2008, disponible en el sitio web de la Comisión en: <http://ec.europa.eu/comm/competition>
 52. No está claro si una reforma a la ley es necesaria para este propósito.
 53. El artículo 10 de la Ley de Competencia establece: “Art. 10.- Están inhabilitados para ser miembros del Consejo: e) Los Directores, funcionarios, administradores, apoderados y demás representantes legales de los agentes económicos sujetos a las disposiciones de esta Ley”. Si se interpreta esta disposición de forma laxa, se inhabilitaría a cualquiera relacionado a un negocio, incluyendo los abogados que representan agentes económicos. Una interpretación más razonable aplicaría la prohibición a aquéllos que ocupan cargos específicos de autoridad en un negocio.



SESSION III: THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN JUDICIAL DECISIONS



CALL FOR CONTRIBUTIONS

English Version



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
-- 10-11 September, Panama City--**

Session III: The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions

CALL FOR COUNTRY CONTRIBUTIONS

1. This paper is circulated in preparation for the roundtable discussion to be held in Session III of the Latin American Forum on Competition (10-11 September 2008 in Panama). Session III will discuss the Role of Economic Analysis in Judicial Decisions. Modern antitrust economics is complex and many judges hearing competition cases do not have much training in the subject, making it difficult for them to make decisions according to sound economic principles.
2. The roundtable will discuss the role of courts in the competition field, the different judicial systems in place, the role of economic experts, and the most effective techniques to use in court. It will be an opportunity for competition authorities to share their experiences regarding the presentation of economic theories and evidence to courts. It will also allow them to identify the most fruitful avenues for obtaining sound economic reasoning in court decisions and to discuss the merits of courts specialised in antitrust matters.
3. Presenters will be selected on the basis of the written contributions submitted to the Secretariat in response to this call. All participating countries are invited to prepare such contribution. The papers should be submitted **by 14 August 2008 at the latest** in electronic versions (5 pages maximum in Spanish or English). They will be circulated to other participants through the OECD and Panama's websites (respectively: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica> and <http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>).
4. Please see the list of questions in the Annex.

ANNEX

Session III: The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions

Questions for written contributions

(Contributions are due by 14 August)

Countries are invited to address the general issues identified in the above description. In addition, they are invited to respond to the questions below:

1. What is the role of the courts in your country, i. e. do the courts make enforcement decisions on cases brought by the competition agency, or do they only review the legitimacy of administrative decisions taken by the competition agency?
2. Is your judicial system inquisitorial or adversarial?
3. Are your courts able to build economic arguments independently from the submissions made by the parties – e.g. by using court-appointed consultants? If so, how do the courts define the mandate of such consultants?
4. What are your actual experiences as a competition authority with presenting complex economic theories or sophisticated economic evidence to courts? Which techniques proved most effective: use of external economic consultants or internal staff? Written or oral pleadings?
5. In your country, are the issues different when a case is brought before an appellate judge (higher court) as opposed to a judge who is responsible for making factual findings (lower court)?
6. Should economic experts be sitting in higher / lower courts with the judges dealing with antitrust cases?
7. Is it practical to have specialised courts reviewing antitrust cases which can build up the necessary economic experience to deal with this area of law?



CALL FOR CONTRIBUTIONS

Spanish Version



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA 10 y 11 de Septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

Sesión III. El papel del Análisis Económico en las decisiones Judiciales

CONVOCATORIA A CONTRIBUCIONES DE LOS PAISES

1. Este documento es distribuido en preparación para la discusión en la mesa redonda que se celebrará en la Sesión III en el Foro Latinoamericano. (10 - 11 de septiembre del 2008 en Panamá). En la Sesión III se discutirá el papel del Análisis Económico en las decisiones Judiciales. La economía moderna en temas de defensa de la competencia es compleja y muchos jueces de los casos de defensa de la competencia no tienen mucha formación en el tema, lo que hace difícil que puedan tomar decisiones con arreglo a principios económicos sólidos.
2. En la mesa redonda se debatirá el papel de los tribunales en materia de defensa de la competencia, los diferentes sistemas judiciales, el papel de expertos economistas y las técnicas más eficaces para su uso en los tribunales. Será una oportunidad para que las autoridades de competencia compartan sus experiencias en relación con la presentación de las teorías económicas y las pruebas a los tribunales. También permitirá identificar las vías más convenientes para la obtención de un razonamiento económico sólido en las decisiones de los tribunales y para discutir los méritos de los tribunales especializados en asuntos de defensa de la competencia.
3. Los expositores serán seleccionados sobre las bases de las contribuciones presentadas por escrito a la Secretaría en respuesta a esta convocatoria. Todos los países participantes están invitados para preparar tal contribución. Los documentos deben presentarse al **14 de agosto del 2008 a más tardar** en las versiones electrónicas (5 páginas como máximo en español o inglés). Estos serán circulados a los demás participantes a través de la página web de la OECD y Panamá (respectivamente: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica> and <http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>).
4. Favor ver la lista de preguntas en el anexo.

ANEXO

Sesión III. El papel del Análisis Económico en las decisiones Judiciales

Preguntas para la contribución por escrito

(Las contribuciones deben ser presentadas a más tardar el 14 de agosto)

Los países están invitados a dirigirse a los datos señalados en la descripción anterior. Además, se les invita a responder las preguntas siguientes:

1. ¿Cuál es el papel del tribunal en su país, es decir, son los tribunales encargados de hacer cumplir las decisiones sobre casos presentados por los organismos de defensa de la competencia o se limitarían a revisar la legitimidad de las decisiones administrativas adoptadas por el organismo de defensa de la competencia?
2. ¿Es su sistema judicial inquisitivo o acusatorio?
3. ¿Son sus tribunales capaces de construir argumentos económicos independientemente de las partes – por ejemplo – mediante el uso de consultores nombrados por un tribunal? En caso afirmativo ¿Cómo los tribunales pueden definir el mandato de esos consultores?
4. ¿Cuáles son sus experiencias reales como una Autoridad de competencia con la presentación de teorías económicas complejas o sofisticadas pruebas económicas a los tribunales? ¿Cuál técnica resulta más eficaz: ¿el uso de consultores económicos externos o personal interno? Requerimientos escritos u orales?
5. En su país, ¿Son los temas diferentes cuando un caso es llevado ante un juez de apelación (tribunal superior), frente a un juez que es responsable de los hechos (tribunal de primera instancia)?
6. Deberían expertos en economía rendir testimonios a los tribunales (superiores/primer instancia) cuando los jueces se ocupen de casos de defensa de la competencia?
7. ¿Es práctico tener un tribunal especializado en la revisión de casos de defensa de la competencia que pueda desarrollar la necesaria experiencia económica para hacer frente a este ámbito de ley?



CONTRIBUTIONS



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session III: The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions --

Note by Canada

The Competition Bureau Canada (the “Bureau”) is pleased to provide the following discussion material on “The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions”.

1) What is the role of the courts in your country, i. e. do the courts make enforcement decisions on cases brought by the competition agency, or do they only review the legitimacy of administrative decisions taken by the competition agency?

1. The Bureau is an independent law enforcement agency headed by the Commissioner of Competition (the “Commissioner”). The Bureau is responsible for the administration and enforcement of the *Competition Act*, *Consumer Packaging and Labelling Act* (non-food products), *Textile Labelling Act* and the *Precious Metals Marking Act*. The *Competition Act* (the “Act”) contains a number of criminal offences, such as conspiracies to lessen competition unduly or bid-rigging, that are subject to prosecution before criminal courts. The Act also includes civil reviewable matters, such as mergers or abuse of dominance, that are reviewed by the Competition Tribunal (the “Tribunal”).

2. The Tribunal is a quasi-judicial body that acts as the first-instance decision-maker for civil reviewable matters. There are up to six judicial members, who are sitting judges of the Federal Court with other judicial duties, and up to eight non-judicial members. In the past, certain of the non-judicial members have been economists.

3. For reviewable matters, the Commissioner may seek a remedy by application to the Tribunal. To secure a remedy in a contested proceeding, the Commissioner is required to discharge the burden of establishing each of the elements of the reviewable matter on the balance of probabilities. Appeals of Tribunal decisions are made to the Federal Court of Appeal, with further appeal available with leave to the

Supreme Court of Canada. Appeals to the Federal Court of Appeal are restricted to questions of law, while questions of fact can be appealed only with leave.

4. For criminal matters, the Commissioner refers matters for possible prosecution to the Director of Public Prosecutions who may prosecute the case on behalf of the Crown before the criminal courts. In criminal proceedings, the Crown must establish each of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. Appeals are available to the provincial courts of appeal or possibly the Federal Court of Appeal, and, with leave, the Supreme Court of Canada.

5. Contested civil or criminal matters under the Act are often significant and complex proceedings with full rights of hearing, including the introduction of evidence, examination and cross-examination of witnesses, as well as written and oral arguments.

2) Is your judicial system inquisitorial or adversarial?

6. Canadian competition laws are enforced through an adversarial system.

3) Are your courts able to build economic arguments independently from the submissions made by the parties – e.g. by using court-appointed consultants? If so, how do the courts define the mandate of such consultants?

7. In cases involving significant and complex economic evidence, a court-appointed expert may be appropriate to assist the Tribunal or court in reviewing and evaluating such evidence. In general, given the procedural and due process concerns that may arise, the Bureau would not recommend that a court-appointed expert be entitled to “supplement” the evidence of the parties.

8. The process for appointing such an expert should be impartial and transparent. Parties should be allowed to provide comments on the appropriateness of any proposed court-appointed expert. In addition, any report prepared by the court-appointed expert should be disclosed to the parties and the parties should have an opportunity to rebut the report and/or cross-examine the court-appointed expert. Moreover, it should be clear that the responsibility of deciding factual matters is that of the Tribunal or judge, not the appointed expert.

9. The new Tribunal rules permit the Tribunal to appoint an expert. Such experts are subject to examination by the parties and may also be questioned by the Tribunal.

4) What are your actual experiences as a competition authority with presenting complex economic theories or sophisticated economic evidence to courts? Which techniques proved most effective: use of external economic consultants or internal staff? Written or oral pleadings?

10. With the exception of certain matters, such as misleading advertising or deceptive telemarketing, economic evidence plays a central role in both criminal and civil proceedings under the Act. For example, in contested merger proceedings, the Commissioner and respondents submit substantial economic evidence on a number of issues, including market definition, unilateral and coordinated effects, barriers to entry and efficiencies. Similarly, in abuse of dominance cases, the parties submit economic evidence regarding various issues, such as the definition of the relevant market, whether the allegedly dominant firm has market power, the alleged anti-competitive acts and whether the impugned conduct substantially lessens competition. In certain contested proceedings before the Tribunal, the Commissioner has utilized econometric models and statistical evidence, including regression analyses.

11. Economic evidence has also been a significant component of the evidence in numerous criminal proceedings. For example, to secure a conviction in respect of a cartel arrangement (other than bid-rigging cartels), the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the agreement is likely to prevent or lessen competition unduly in a relevant market. As such, in contested cartel proceedings, the court considers economic evidence regarding the appropriate definition of the relevant market; whether the colluding firms are likely to or collectively have market power; and the competitive impact of the impugned agreement.¹

12. The experience regarding the presentation of economic evidence varies between individual proceedings. In some cases, courts or the Tribunal found that the economic evidence submitted by the Commissioner or Crown was persuasive. In other cases, the court or Tribunal refused to accept the economic evidence submitted by the Commissioner or the Crown on the basis that such evidence was not supported by the facts, the expert was not credible, the proposed economic theory was not valid, or for other reasons. For example, in a criminal cartel proceeding, the Court assigned little or no weight to the economic and industry evidence presented by an expert called by the Crown regarding the relevant product market.² In the Court's view, the expert lacked objectivity and his evidence was not detailed, was theoretical and failed to take into account the practical realities of the market. Courts and the Tribunal have also accepted some aspects of the economic evidence submitted by the Commissioner or Crown, while rejecting other aspects of this evidence. As an example, in a recent abuse of dominance case, the Tribunal agreed with the results of price correlations and other evidence of the Commissioner's expert regarding the issues of the appropriate definition of the relevant markets and whether the respondent was dominant in those markets.³ However, the Tribunal did not accept the evidence of the Commissioner's expert regarding the anti-competitive effects of the alleged anti-competitive conduct.

13. Given this varied experience, it is difficult to make general statements regarding the presentation of complex economic evidence in Canada. In respect of reviewable matters, the Tribunal has considered various forms of complex economic evidence and economic theories in determining contested proceedings. In respect of criminal proceedings, experience with the presentation of economic evidence in contested proceedings has been somewhat limited in recent years. As with other forms of complex evidence, the experience in criminal proceedings suggests that complex economic evidence is unlikely to be accepted unless it is presented in a manner that is credible, simple and well supported by the underlying factual evidence.

14. In contested proceedings, complex economic evidence is generally presented through one or more expert witnesses by oral testimony at the hearing, often with a written report or affidavit outlining the assumptions, findings and conclusions of the expert witness.

15. In terms of effective techniques for the presentation of complex economic evidence, it is critical that the evidence be presented in a manner that is credible, simple and well supported by the facts before the court or Tribunal. In addition to these general comments, we have outlined below a few specific issues relating to techniques that have been effective in the past and techniques that may be applied in the future.

1 See for example, *R. v. Clarke Transport Canada Inc. et al.*, 64 C.P.R. (3d), 1995.

2 *Clarke Transport Canada Inc.*, 1995.

3 *Commissioner of Competition v. Canada Pipe Company Ltd./Tuyauteries Canada Ltée.*, Competition Tribunal, 2005.

Availability of Expert Reports

16. The new Tribunal rules now allow members of the Tribunal to read the reports of expert economists when they are filed, that is ten days prior to the commencement of the hearing, unless a party objects.⁴

17. Having the economic expert reports available to the Tribunal members prior to the commencement of a hearing is seen as critical. This is particularly the case since economic expert oral evidence does not normally take place until after fact witnesses have been heard. Economic theory, however, typically forms the foundation of competition cases. Without an economic theory of the case to which the facts can be related, there is a risk that the relevance of certain facts may be lost or misunderstood. The Bureau anticipates that having access to the expert reports in advance of the hearing will assist Tribunal members in fully understanding the economic evidence of the parties.

Economic Expert Reports

18. The typical job of an economic expert report is to develop a coherent and appropriate economic theory that applies to the facts of a case. It must also be made understandable to the trier of fact. To this end, how much economic theory is explained versus how much is assumed, including what vocabulary is used, should be adjusted as appropriate depending on the experience of the judge or Tribunal members. It might be appropriate to limit use of economic jargon or other technical expressions, or to explain such terms.

19. As the testimony of an expert economist is largely based upon factual assumptions that are established through other witnesses or documentary evidence, to the extent possible, expert reports should identify the specific sources of any evidence they relied on.

20. Certain types of evidence tends to be better established through particular avenues, and other types of evidence may not be relevant to the competition issue at hand. Consequently, it may fall to the expert to not only explain what evidence is critical to his or her analysis, but also to explain why other evidence is not and should not be a consideration. For example, when trying to establish customers' willingness to switch among products, customer fact witnesses testifying to their own willingness to switch may be of limited value. This is because it cannot be known whether a testifying customer is a marginal or infra-marginal buyer.⁵ Also, evidence that is compelling in its own way but is not pertinent to the competition issue at hand can, at times, be submitted. For example, the effect of divestitures on shareholder value is typically not a consideration in competition cases.

Econometric Evidence

21. The Bureau has had some success in the use of econometric evidence, such as merger simulations, in reviewable matters. For example, in one case, the Tribunal characterized econometric evidence regarding the own-price and cross-price elasticities of demand in order to estimate the impact of the merger on product prices as "highly relevant" to the central issue of whether a merger is likely to result

4 Objections are typically made on the grounds of the admissibility of the expert evidence. The case law principles on opinion evidence provide that expert evidence should only be admitted where it is (1) relevant, (2) necessary to assist the trier of fact, (3) is not excluded by an exclusionary rule, and (4) the expert is properly qualified.

5 In the face of a particular price increase, infra-marginal consumers are those consumers who will continue to buy the product and marginal consumers are those who will not. Customer switching as a mechanism by which price increases are thwarted typically depends on the sufficiency of switching by marginal customers.

in a substantial lessening of competition.⁶ The Tribunal found that econometric evidence was more persuasive where it could be reinforced through multiple simulations, each yielding a consistent result.

Exchange of Reports

22. In the case involving econometric evidence, the Tribunal applied a useful process for the exchange of expert reports in advance of the hearing. The experts for the respective parties exchanged reports, and were then entitled to submit a rebuttal report that addressed any comments made by an expert for the adverse party. As a result of this process, the experts were able to attempt to address any deficiencies in their evidence in advance of the hearing. For example, the Commissioner's expert recalculated the estimated price impacts in light of certain criticisms made by the respondent's expert, and was able to demonstrate that even if the respondent's assumptions were applied, the price increases were still likely to occur.

Oral Testimony

23. The Crown and Commissioner also submit economic evidence through the oral testimony of expert witnesses. The examination-in-chief of such witnesses provides a valuable opportunity for the judge or Tribunal members to ask questions or otherwise attempt to clarify aspects of their evidence which remain unclear. The new Tribunal rules limit the examination-in-chief of expert witnesses. An expert will continue to be examined-in-chief, but only for the purpose of summarizing or highlighting the evidence contained in his or her report. Since the new rules also make economic expert reports available to Tribunal members prior to the commencement of a hearing, it is hoped that the combination of these two changes will allow for more effective examination-in chief, and will place Tribunal members in a better position to ask relevant questions.

24. Visual aids, such as black boards, overheads and projected pages from the expert report, are allowed as part of examination, and are felt to have been beneficial.

25. Fact witnesses are typically heard first, followed by expert testimony, with economic expert testimony typically occurring last. This is because the testimony of an expert economist is largely based upon factual assumptions that are established through other witnesses or documentary evidence. The disadvantage of this approach is that the relevance of certain facts may be unappreciated or misunderstood absent a theory of the case to which they can be linked. This risk is reduced by having economic expert reports available prior to the commencement of the hearing. Oral economic expert evidence at the commencement of a hearing is a further option. This evidence would differ from that which occurs at the end of the process in that its focus would be theory of the case, or the types of theories that are generally applicable in regard to certain conduct, absent any facts. This expert could also indicate the type of facts that would be relevant to determining when an anti-competitive theory is applicable. As a practical matter, there may be further benefit in dividing these two testimonies between two experts. Such a division would help assure that the first testimony, which largely amounts to an explanation of the underlying economics, is independent and impartial.

26. Having two testifying economic experts would have to be justified in Canada given the Tribunal's commitment to streamlining the hearing process, but it may also help narrow and better define issues. Such matter could be discussed as part of case management.

6 *Canada (Director of Investigation and Research) v. Superior Propane*, Competition Tribunal, 2000.

Economists as Adjudicators

27. As noted above, Tribunal membership is open to non-judicial members, including economists. Having an economist, particularly one with specialization in microeconomics, as a member of the Tribunal is seen as beneficial.

5) In your country, are the issues different when a case is brought before an appellate judge (higher court) as opposed to a judge who is responsible for making factual findings (lower court)?

28. In terms of the presentation of evidence, it is highly unusual for an appellate court to permit a party to introduce additional evidence at the appellate stage. As such, the evidence reviewed during the appeal is the evidence submitted into the record at the initial hearing. In fact, the appellate court will generally rely upon the factual findings made by the lower court or Tribunal. Typically, the arguments made at the appellate level are confined to questions of law or questions of mixed fact and law. That said, the comments above, such as the need for simplicity and well-supported economic theories, are equally applicable to appeal proceedings. This is particularly the case because questions of law in Canada, as these matters extend beyond the particulars of any one case, can entail such questions as the correct approach to defining markets or the meaning of anti-competitive acts.⁷

6) Should economic experts be sitting in higher / lower courts with the judges dealing with antitrust cases?

29. See answer to question 5.

7) Is it practical to have specialised courts reviewing antitrust cases which can build up the necessary economic experience to deal with this area of law?

30. Given the limited number of contested antitrust proceedings occurring in Canada, the Bureau believes that it is beneficial to have the Tribunal, a specialised quasi-judicial body, decide all abuse of dominance and merger review cases. This allows for the acquisition and development of relevant economic knowledge and experience by judicial and non-judicial members of the Tribunal. Bringing these matters to regular courts of law would not allow for such specialization of the decision makers.

⁷ See for example, *Commissioner of Competition v. Canada Pipe Ltd./Tuyauteries Canada Ltée.*, Federal Court of Appeal, 2006.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



LATIN AMERICAN COMPETITIVENESS FORUM
10-11 September 2008, Panama City

-- Session III: The role of economic analysis in judicial decisions --

Note by Colombia

1. What is the role of the courts in your country, i.e. do the courts make enforcement decisions on cases brought by the competition agency, or do they only review the legitimacy of administrative decisions taken by the competition agency?

In promoting competition, the role of the courts focuses on reviewing the legitimacy of decisions of the competition authority. As established in the Administrative Disputes Code, it is the Administrative Tribunals and the Council of State that must review the legitimacy of decisions issued by the Superintendent of Industry and Commerce in performance of his duties as the competition authority, pursuant to articles 2 and 4 of Decree 2153 of 1992.

2. Is your judicial system inquisitorial or adversarial?

The Colombian judicial system is in general inquisitorial. There are however some proceedings of the adversarial type. In promoting competition, the procedure is administrative and inquisitorial, and is conducted in the office of the Superintendent of Industry and Commerce up to the sanctioning stage. Once the decision is issued, the procedure continues in the courts, where the legality of the Superintendent's act can be challenged.

3. Are your courts able to build economic arguments independently from the submissions made by the parties—e.g. by using court appointed-consultants? If so, how do the courts define the mandate of such consultants?

Our system allows for review only of the legitimacy of decisions of the Superintendent as an administrative authority, and it is only in exceptional circumstances that the tribunals or the Council of State will pursue economic arguments. Some of these are based on the opinion of experts hired to perform technical studies that go beyond the expertise of the Superintendency, or on arguments developed by consultants contracted by the defendants, or on arguments developed by the institution's own economists.

For example, in the COLANTA case, the Council of State, following the line established by the Superintendency in its sanctions decision, declared:

“Recognising that the price of that product is determined by factors such as the costs of production—which in turn depend on the price of inputs and the efficiency of each firm as well as the local socioeconomic conditions under which it is produced—[as well as] by the producer's profit expectations, distribution costs, the distributor's mark-up, the positioning or acceptance of the product and its quality, among other factors, which as we know will necessarily vary from one firm to the next, even in the case of the same product, it is unlikely that all these factors will be the same in two firms, and even less likely that they will be the same for the length of time involved in the case at hand.

“In light of these objective conditions for any economic activity, particularly when it is conducted under free competition, i.e. not under a monopoly and not subject to government-regulated prices, it is not admissible, for practical reasons, that as an outcome of such conditions or factors two different firms should be setting identical prices for the same product, with increases or changes over the same periods of time and in equal proportion, and even less admissible during a period of time as long as three years. Consequently, such coincidence is sufficient proof that there was an agreement that had the effect of indirectly fixing prices for the product already specified”.¹

Despite the foregoing, in recent years the Administrative Tribunals have rejected technical evidence submitted by plaintiff firms under the argument that those elements of evidence should have been produced during the administrative investigation by the competition authority.

4. What are your actual experiences as a competition authority with presenting complex economic theories or sophisticated economic evidence to courts? Which techniques proved most effective: use of external economic consultants or internal staff? Written or oral pleadings?

Experience before our tribunals suggests that to date, judges in administrative disputes have based their decisions on studies performed by the competition authority during the investigations that led to imposition of sanctions.

5. In your country, are the issues different when a case is brought before an appellate judge (higher court) as opposed to a judge who is responsible for making factual findings (lower court)?

In Colombia, decisions of the competition authority are examined by the administrative disputes jurisdiction, in which there is a distinction between the procedure applicable by the court of first instance (Administrative Disputes Tribunals) and the authority of last instance (Council of State).

¹ See Council of State

6. Should economic experts be sitting in higher/lower courts with judges dealing with antitrust cases?

Yes they should, but bearing in mind that such testimony must not be taken as the only pertinent evidence.

7. Is it practical to have specialised courts reviewing antitrust cases which can build up the necessary economic experience to deal with this area of law?

The Superintendency of Industry and Commerce in Colombia is a specialised authority (non-judicial) responsible for antitrust issues in those sectors of the economy for which the law provides no other authority. The Congress of the Republic is currently debating a bill to give the Superintendency power over all markets, regardless of the status of their participants (e.g. financial sector, public services).

The competition authority should certainly be a technical authority. Our model incorporates judicial review by the administrative disputes tribunals over the decisions of the competition authority, and this feature is maintained in the draft bill.



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA **10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá**

-- Sesión III: El papel del Análisis Económico en las decisiones Judiciales --

Contribución de Colombia

1. ¿Cuál es el papel del tribunal en su país, es decir, son los tribunales encargados de hacer cumplir las decisiones sobre casos presentados por los organismos de defensa de la competencia o se limitarían a revisar la legitimidad de las decisiones administrativas adoptadas por el organismo de defensa de la competencia?

En materia de promoción de la competencia, el papel de los tribunales se centra en la revisión de la legitimidad de las decisiones de la autoridad de competencia. En efecto, conforme con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo son los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, los encargados de revisar la legitimidad de las resoluciones que emite el Superintendente de Industria y Comercio en desarrollo de sus funciones como autoridad en materia de defensa de la competencia, según lo establecido por los artículos 2 y 4 del Decreto 2153 de 1992.

2. ¿Es su sistema judicial inquisitivo o acusatorio?

El sistema judicial Colombiano es generalmente inquisitivo. Existen algunos procedimientos de tipo acusatorio. En materia de promoción de la competencia, el procedimiento es administrativo e inquisitivo, y el mismo se desarrolla hasta la sanción en sede del Superintendente de Industria y Comercio. Emitida la resolución, el procedimiento continúa mediante una acción pública que pone en tela de juicio la legalidad del acto del Superintendente.

3. ¿Son sus tribunales capaces de construir argumentos económicos independientemente de las partes – por ejemplo – mediante el uso de consultores nombrados por un tribunal? En caso afirmativo ¿Cómo los tribunales pueden definir el mandato de esos consultores?

En tanto que nuestro sistema sólo permite revisar la legitimidad de las decisiones del Superintendente como autoridad administrativa, en circunstancias excepcionales los Tribunales o el Consejo de Estado, desarrollan argumentos de tipo económico. Algunos de los mismos son fundados en los conceptos de peritos contratados para el desarrollo de estudios técnicos que sobrepasen los conocimientos de esta Superintendencia, fundados en los argumentos desarrollados por terceros contratados por los investigados, o en los argumentos desarrollados por los economistas de la entidad.

Por ejemplo, en el caso COLANTA, el Consejo de Estado, siguiendo lo establecido por la Superintendencia en la Resolución de sanción, dijo:

“Habida cuenta de que el precio de dicho producto está determinado por factores como los costos de producción - que a su vez dependen del precio de los insumos y del nivel de eficiencia de cada empresa así como de las condiciones socioeconómicas del lugar en que se produce-, por las expectativas de utilidad del productor, los costos de distribución, el margen de utilidad del distribuidor, el posicionamiento o acreditación del producto y la calidad del mismo, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto, es poco probable que dos empresas coincidan en todos esos factores y menos durante tanto tiempo, como fue el lapso objeto del sub lite.

“Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estados, no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, y menos durante un lapso tan prolongado como es el de 3 años. De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado”¹.

No obstante lo anterior, en los últimos años los Tribunales Administrativos han rechazado las pruebas técnicas aportadas por las empresas demandantes bajo la argumentación de que dichos elementos probatorios debieron ser aportados durante la investigación administrativa adelante ante la autoridad de competencia.

4. ¿Cuáles son sus experiencias reales como una Autoridad de competencia con la presentación de teorías económicas complejas o sofisticadas pruebas económicas a los tribunales? Cuál técnica resulta más eficaz: ¿el uso de consultores económicos externos o personal interno? Requerimientos escritos u orales?

La experiencia ante nuestros tribunales nos permite indicar que hasta la fecha los jueces de lo contencioso administrativo sustentan sus fallos basados en los estudios realizados por la autoridad de competencia durante las investigaciones que permitieron la imposición de sanciones.

¹ Véase: Consejo de Estado.

5. En su país, ¿Son los temas diferentes cuando un caso es llevado ante un juez de apelación (tribunal superior), frente a un juez que es responsable de los hechos (tribunal de primera instancia)?

En Colombia las decisiones tomadas por la autoridad de competencia son examinadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, en la cual existe diferencia respecto del procedimiento aplicable por el juez de primera instancia (Tribunales Contencioso Administrativos) y el de última instancia (Consejo de Estado).

6. Deberían expertos en economía rendir testimonios a los tribunales (superiores/primera instancia) cuando los jueces se ocupen de casos de defensa de la competencia?

Si deberían, pero teniendo en cuenta que dichos testimonios no deben ser tenidos en cuenta como la única prueba pertinente.

7. ¿Es práctico tener un tribunal especializado en la revisión de casos de defensa de la competencia que pueda desarrollar la necesaria experiencia económica para hacer frente a este ámbito de ley?

La Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia es una autoridad especializada (no jurisdiccional), encargada de los temas de antimonopolios en los sectores de la economía respecto de los cuales la ley no haya previsto otra autoridad. En la actualidad se discute un proyecto en el Congreso de la República para dar la competencia a esa Superintendencia respecto de todos los mercados independientemente de la condición de quienes participen (ej, sector financiero, servicios públicos).

Sin duda la autoridad de competencia debe ser una autoridad técnica. Nuestro modelo incorpora una revisión judicial por parte de los tribunales de lo contencioso administrativo de las decisiones de la autoridad de competencia; esta característica se mantiene en el proyecto de ley.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



LATIN AMERICAN COMPETITIVENESS FORUM
10-11 September 2008, Panama City

-- Session III: The role of economic analysis in judicial decisions --

Note by El Salvador

Basic structure of the Salvadoran judicial system

1. Under article 172 of the Constitution of the Republic of El Salvador, the judicial branch has exclusive power to issue and carry out judgments in constitutional, civil, criminal, commercial, labour and agrarian matters, and in the realm of administrative disputes, as well as in other areas as determined by law.
2. The judiciary has a pyramidal structure: at its base are the justices of the peace, and at its pinnacle is the Plenary of the Supreme Court of Justice (CSJ), and in between are the courts of first instance, the chambers of second instance, and the four chambers of the CSJ, dealing with civil, criminal, constitutional, and administrative cases.
3. When it comes to the defence of competition in El Salvador, there is only one body in either the administrative or the judicial realm, and its rulings can be appealed to the CSJ. There are no other bodies. The Superintendency of Competition (SC) is the only competent administrative body: once it has taken a final decision, that decision can be appealed only to a separate body, the court. An "administrative dispute action" can be filed before the Administrative Disputes Chamber of the CSJ, to review the legality of SC actions, and appeals for *amparo* (constitutional protection) may be brought before the Constitutional Chamber, if some constitutional guarantee is alleged to have been violated.

Decision-making procedure in the competition authority

4. As stipulated in article 3 of the Competition Act (*Ley de Competencia*, LC), the SC is an institution under public law with its own legal personality and financial structure, of a technical nature, with administrative and budgetary autonomy for the exercise of the powers and duties conveyed upon it in the LC, and other applicable provisions.

5. The LC assigns investigative functions to the Superintendent, and decision-making to the Executive Council (CD). During an investigation, the Superintendent can, *ex officio*, provide evidence and move proceedings forward. It may be said, then, that the proceedings (investigation stage) before the Superintendent serve as an adversarial system for the defence of competition.

6. The CD is responsible for enforcing sanctions, ordering the cessation of anticompetitive practices, and hearing motions for review, among other matters.

7. In El Salvador, the SC is the body responsible for enforcing the LC and for conducting investigations to determine whether one or more economic agents have violated that Act. To this end, the SC can initiate proceedings *ex officio* or upon referral. Such proceedings may begin with a preliminary investigation, designed primarily to gather evidence supporting the alleged anticompetitive practice, but this is not a mandatory step in the procedure. If there is enough evidence available to make a preliminary phase unnecessary, it is possible to move directly to formal investigation under the sanctioning procedure.

8. During the sanctioning procedure, the alleged violators are notified by resolution containing a statement of considerations and an indication of the practice allegedly committed, and the defendants have 30 calendar days to present arguments and allegations in their defence.

9. The Act next establishes a time limit of 20 working days for the presentation of evidence. The investigation procedure then culminates, and the case is remitted to the CD, who issues the final substantiated decision. Once that final decision is notified, the parties have five days to submit a motion for review to the CD. That motion is optional for purposes of the above-mentioned administrative dispute action. Once that motion is resolved by the CD, the administrative procedure is concluded.

Relationship between the Superintendency of Competition and the Judicial Branch

10. Once an administrative decision has been made finding violation of the Competition Act, and the remedy of review before the CD has been exhausted, as stipulated in article 48 of the LC (if pertinent), the administrative route ends and the decision issued becomes final. Upon exhaustion of the administrative route, economic agents may appeal the decision to the Chambers of the Supreme Court of Justice.

11. It is in cases where administrative decisions of the SC are appealed to the Administrative Disputes Chamber (SCA) of the CSJ that direct interaction comes into play between an administrative authority (the SC) and the judiciary.

12. Thus, pursuant to article 56 of the Organic Law of the Judiciary, "the Administrative Disputes Chamber shall hear disputes arising over the legality of acts of the public administration, and other matters as determined by law".

13. That article deserves careful attention, as it confines the scope of action by the SCA in reviewing those cases where the public administration is alleged to have proceeded illegally. Consequently, the SCA does not go into the substance of the [SC's] decision with an economic, technical or legal analysis and it does not, for example, consider the definition of relevant markets and dominant position.

14. A second relationship between the administrative process of the SC and the judicial branch comes into play when an economic agent considers that the SC's resolution violates a constitutional right, and presents an appeal to the Constitutional Chamber.

15. A third interaction occurs when an administrative order issued by the SC is disregarded by the economic agent. Because decisions issued by the SC are not automatically executable, the SC must apply to the Prosecutor General's Office to defend the interests of the State by bringing suit for contempt of an administrative order.

Economic aspects of judicial resolutions

16. Given the nature of the juridical good protected, the resolutions of a competition authority have an eminently economic basis, the purpose of which is to apply the economic theory of competition in a framework of juridical action and decision.

17. The defence of competition involves three areas of knowledge: law, economics, and a third area that requires specific familiarity with the relevant market in question, which also has a strong economic component. A clear and satisfactory explanation of the economic and technical terms is essential to help officials of the CSJ, who work in a purely legal framework, to grasp the substance and context in which the competition authority has acted.

18. It must be recalled that the law is of comprehensive application, even if there are branches of law that focus on specific matters. In El Salvador, because there are no specialised courts or judges dealing with competition law, the explanation of all the technical and economic elements considered by the competition authority in taking its decision must be expressed in language that, without compromising its technical content or economic meaning, will be readily understandable to legal professionals hearing appeals brought before the SCA, for example.

19. There is no argument that the defence of competition and economic analysis must be mutually complementary. As Luis Berenguer declared in a recent paper on economic analysis in the application of competition law,¹ economic analysis provides competition law with decision-making rules and criteria and instruments for case-by-case analysis. All these decision-making rules, criteria and instruments must be set down in an administrative resolution in narrative language, which is the standard in the legal world, so as to make the economic and technical analysis just as understandable as the legal aspects, the language of which by its nature is narrative.

20. Similarly, the review of the legality of administrative acts does not necessarily confine itself to reviewing the observance of time limits, notification requirements, rights to a hearing or appearance etc., but must also determine whether the administrative authority has followed the guidelines stipulated by regulation for applying the economic concepts and criteria of competition law, such as definition of the relevant market, determination of dominant position, or other concepts used for imposing sanctions and, generally, the conduct of the proceedings.

21. With respect to the foregoing, it should be noted that although the review of the legality of administrative acts includes verification that the criteria stipulated by law have been observed, the review does not concern itself with the outcome of that observance. An example here is the definition of relevant market, a basic concept of competition law and one that is regulated in the Competition Act. That definition of which must unquestionably follow the criteria set forth in the Act, which, when combined

¹ Fuster, Luis Berenguer President of the CNC, "ANÁLISIS ECONÓMICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA", presented at Santa Cruz de la Sierra, 28 April 2008

with economic and technical information, will establish a basis for analyzing the case as a whole. In this way, any fact must be analyzed and assessed against the pertinent legal aspects, and these in turn must be stated in a manner that facilitates the judge's understanding.

22. In this respect, the review of legality in competition law cases requires the reviewer, for example the SCA, to understand the terms directly involved in this area—the economic terms and concepts that are found in the Act and those that result from its application, which at this time could constitute an obstacle to the proper conduct of judicial proceedings concerning decisions of the Superintendency of Competition.

23. Although the CSJ could hire economic advisers, the opinion of such consultants is not likely to be taken during proceedings as expert testimony, since, as noted above, the SCA has its own expert legal staff. Those experts could in any case serve as internal advisers who would assist the court in understanding the economic aspects involved, as a necessary frame of reference in reviewing the legality of administrative actions of the SC.

24. With respect to the presentation of economic theories in court proceedings, the SC has had the opportunity to do so in cases involving liquid fuels and the electricity sector, where it clarified the line of economic analysis pursued, among other matters. That explanation was provided by the SC's internal staff. Because this process is still pending resolution, it is not possible at this time to conclude whether the explanation was effective.

Conclusions

- a) In competition cases, the SC has the only say in determining whether a practice violates the LC, and the action of the Supreme Court of Justice is limited by law to reviewing the legality of the SC's procedural action in cases where an economic agent initiates an administrative dispute action before the SCA. If an appeal is brought before the Constitutional Chamber, it too would be limited to reviewing whether there has been a violation of a constitutional right.
- b) To date, proceedings initiated in the CSJ against the SC have involved situations where, for example, the SC has taken too long to respond on matters of importance for the interests at stake, adversely affecting the work of the SC and the fulfilment of its purposes.
- c) In the case of El Salvador, the courts are not responsible for enforcing decisions on cases brought by the SC, because the SC itself is the only institution with oversight power under the Competition Act. Failure to observe decisions and to respect cease-and-desist orders issued by the SC constitute an offence that will be prosecuted by the Prosecutor General's Office (FGR), and if a fine is imposed and not paid, the FGR will bring civil suit for enforcement.
- d) At this time there are no specialised competition courts and consequently the CSJ faces the intrinsic difficulty of deciding on the legality of an administrative procedure in which it must conduct not only a legal but also a technical and economic analysis, without having any experience or personnel trained in this area. In its competition advocacy work, the SC sponsors a training program for the staff of that body [SC or CSJ??] with a view to disseminating the technical, legal and economic concepts and criteria commonly used in its decisions.
- e) In considering whether a specialised court would be useful, it must be recalled that in small economies such as El Salvador, where generating a culture of competition is still a work in progress, a necessary precondition is to train a critical mass of lawyers and economists

specialised in competition law. Over the longer term, consideration could be given to creating courts that are specialised not only in competition but also in regulation.



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA **10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá**

-- Sesión III: El papel del análisis económico en las decisiones judiciales

Contribución de El Salvador

Estructura básica del sistema judicial salvadoreño

1. De acuerdo con el artículo 172 de la Constitución de la República de El Salvador (Cn) corresponde al Órgano Judicial en forma exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en otras que determine la ley.
2. Dicho órgano posee una estructura de tipo piramidal cuya base está compuesta por los Juzgados de Paz y culmina en la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Pleno, en la parte intermedia se encuentran los Juzgados de 1ª instancia, las Cámaras de 2ª instancia y las cuatro salas de la CSJ: Sala de lo Civil, Sala de lo Penal, Sala de lo Constitucional y Sala de lo Contencioso Administrativo.
3. Es importante mencionar que en materia de defensa de la competencia en El Salvador, existe una sola entidad en sede administrativa o judicial y su fallo se puede recurrir a la CSJ. No existen diferentes instancias, la Superintendencia de Competencia (SC) es única en sede administrativa, una vez que su resolución queda firme, su fallo puede ser revisado únicamente en otro órgano, el judicial. Se puede presentar “acción contenciosa administrativa”, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, para revisar la legalidad de las actuaciones de la SC; también se puede presentar demanda de amparo, ante la Sala de lo Constitucional, si se considera que se ha violado alguna garantía constitucional.

Procedimiento resolutorio en la autoridad de competencia

4. Tal como se estipula en el artículo 3 de la Ley de Competencia (LC), la SC es una Institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la LC y en las demás disposiciones aplicables.

5. Es importante mencionar que la LC otorga las funciones investigativas al Superintendente y de decisión al Consejo Directivo (CD). En la investigación, el Superintendente, de oficio, puede producir prueba e impulsa el procedimiento: de esta forma podría decirse que el procedimiento (etapa de investigación) ante el Superintendente funciona como un sistema de defensa de la competencia de tipo acusatorio.

6. El CD es el encargado de la imposición de sanciones, ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas, conocer los recursos de revisión, entre otros.

7. En El Salvador, la SC es el ente a cargo de aplicar la LC y de realizar las investigaciones correspondientes con el fin de determinar si uno o varios agentes económicos han infringido la misma. Con este fin, la SC puede iniciar un procedimiento a razón de parte o de oficio el cual podría iniciar con una investigación preliminar cuyo objetivo principal sería recabar indicios que soporten la hipótesis del cometimiento de una práctica anticompetitiva; sin embargo, esto no es un paso obligatorio en el procedimiento. De no realizarse una fase preliminar dada la existencia de evidencia suficiente es posible pasar inmediatamente a la instrucción formal del procedimiento sancionador.

8. Durante la conducción del procedimiento sancionador los presuntos infractores son notificados por medio de una resolución que contiene la exposición de motivos, indicación de la práctica presuntamente cometida y poseen un plazo de 30 días calendario para que presenten los alegatos y argumentos que consideren en su defensa.

9. Posteriormente, la ley establece un plazo de 20 días hábiles durante los cuales se habilita la presentación de evidencia y, finalmente, el procedimiento de investigación culmina y el expediente es remitido al CD quien emite la decisión final motivada. Una vez que es notificada la decisión final, las partes tienen cinco días luego de la notificación para presentar un recurso de revisión ante el CD; dicho recurso es de carácter optativo a efectos de la precitada acción contenciosa administrativa. Una vez resuelto este recurso por el CD, el procedimiento administrativo estaría concluido.

Vinculación Superintendencia de Competencia – Órgano Judicial

10. Luego de resuelto un caso en el cual se ha verificado una infracción a la Ley de Competencia en sede administrativa y agotado el recurso de revisión ante el CD de la SC que estipula el artículo 48 de la LC (si tuvo lugar), termina la vía administrativa y la resolución por medio del cual se dictó el acto quedaría firme. Agotada la vía administrativa, los agentes económicos pueden recurrir la decisión ante las Salas de la Corte Suprema de Justicia.

11. Es en el caso que una de las resoluciones administrativas de la SC sea recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA) de la CSJ donde se genera la interacción directa entre una autoridad administrativa como la SC y el Órgano Judicial.

12. Así, de acuerdo al artículo 56 de la Ley Orgánica Judicial (LOJ) “Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo conocer de las controversias que se susciten en relación a la legalidad de los actos de la administración pública; y los demás asuntos que determinen las leyes.”

13. Es interesante observar detenidamente lo estipulado en dicho artículo, ya que éste enmarca la acción de la SCA en la revisión de aquellos casos en los cuales se presume que la administración pública ha cometido una ilegalidad en su proceder y por lo tanto, no entraría a conocer el fondo de la resolución en cuanto al análisis económico, técnico o jurídico, tales como los resultados de la definición de mercados relevantes y de posición dominante, entre otros.

14. Por otra parte, se produce una segunda relación entre el proceso administrativo de la SC con el órgano judicial en el momento en que un agente económico considera que la resolución de la SC viola un derecho constitucional por lo que podría presentar demanda constitucional ante la Sala de lo Constitucional.

15. Una tercera interacción se produce cuando una orden administrativa emitida por la SC no es acatada por el agente económico sancionado. Dado que no existe ejecutoriedad en las decisiones emitidas por la SC, ésta tiene que acudir a la Fiscalía General de la República para que esta defienda los intereses del Estado promoviendo un litigio por incumplimiento de orden administrativa.

Aspectos económicos en las resoluciones judiciales

16. Dada la naturaleza del bien jurídico tutelado, las resoluciones de una autoridad de competencia de las autoridades de competencia tienen un fundamento eminentemente económico cuyo fin es contextualizar la teoría económica de la competencia en un marco de actuación y decisión jurídico.

17. La defensa de la competencia involucra tres ramas del conocimiento, el Derecho, la Economía y una tercera que corresponde a aquellos conocimientos específicos del mercado relevante que se esté analizando, que también tiene un fuerte componente económico. Una clara y adecuada exposición de los términos económicos y técnicos en un ámbito puramente jurídico es esencial para facilitar a los funcionarios de la CSJ la comprensión de la materia y el contexto en el cual la autoridad de competencia ha resuelto.

18. Se debe recordar que el Derecho es de aplicación transversal aun cuando existen ramas del mismo que se enfocan en materias específicas. Es así que en el caso de El Salvador, al no existir un tribunal o jueces especializados en Derecho de Competencia, la exposición de todos aquellos elementos técnicos y económicos que fueron considerados por la autoridad de competencia para tomar su decisión deben ser expresados en un lenguaje que, sin perder contenido técnico o sentido económico, sea fácilmente interpretable para los profesionales del Derecho que atiendan, por ejemplo, el recurso interpuesto ante la SCA.

19. No existe argumentación en contra del hecho que la defensa de la competencia y el análisis económico deben complementarse mutuamente. Tal como menciona Luis Berenguer en una de sus exposiciones magistrales¹, el análisis económico aporta al Derecho de Competencia reglas de decisión y criterios e instrumentos para el análisis caso a caso. Todas estas reglas de decisión, criterios e instrumentos deben ser plasmados en una resolución administrativa en un lenguaje narrativo, el cual es el estándar en el ambiente jurídico, de esta forma posicionando al análisis económico y técnico en el mismo nivel comprensivo que los aspectos legales cuyo lenguaje por naturaleza es narrativo.

20. De igual forma, se debe recordar que la revisión de la legalidad de los actos administrativos no necesariamente se circunscribe a la revisión del cumplimiento de plazos, realización de notificaciones,

1 Fuster, Luis Berenguer Presidente de la CNC, “Análisis Económico En La Aplicación Del Derecho De La Competencia”, presentación en Santa Cruz de la Sierra, 28 abril 2008.

derechos de audiencia o de vista del expediente, sino también de si la autoridad administrativa ha seguido los lineamientos estipulados en la normativa para la aplicación de los conceptos y criterios económicos del derecho de competencia tales como, la definición del mercado relevante, la determinación de la posición dominante u otros como aquellos utilizados para la imposición de sanciones, y en términos generales, del procedimiento mismo.

21. Respecto de lo anterior cabe aclarar que aun cuando la revisión de la legalidad de los actos administrativos incluye la verificación de la aplicación de aquellos criterios que la ley estipula deben tomarse en cuenta, ésta no interviene en los resultados de dicha aplicación. Ejemplo de ello es la definición del mercado relevante, un concepto básico del Derecho de Competencia y normado dentro de la Ley de Competencia, cuya definición inequívocamente debe utilizar los criterios expuestos en la ley, los cuales al ser combinados con la información económica y técnica, logran un resultado base para el análisis de todo el caso. De esta forma todo hecho debe ser analizado y confrontado con los aspectos jurídicos pertinentes, y estos a su vez, deben ser expuestos de tal forma que se facilite su comprensión al juez.

22. En este sentido, la revisión de la legalidad en materia de Derecho de Competencia, conlleva que el revisor, por ejemplo, la SCA, comprenda los términos directamente involucrados en esta materia. Términos y conceptos económicos que se encuentran en la ley y aquellos que resultan de la aplicación de la misma, lo cual a esta fecha, podría constituir un impedimento para el natural desarrollo de los procesos en sede jurisdiccional que tienen que ver con las decisiones de la Superintendencia de Competencia.

23. Aun cuando, la CSJ pudiera contratar asesores en materia económica, no se espera que la opinión de dichos expertos sea tomada dentro del proceso como la opinión de un perito, ya que tal como se mencionó anteriormente, la SCA posee sus propios técnicos en materia de legalidad. Dichos expertos funcionarían, en todo caso, como asesores internos que aportarían a la comprensión de los aspectos económicos involucrados, como marco de referencia necesario en la revisión de la legalidad de las actuaciones administrativas de la SC.

24. En cuanto a la exposición de las teorías económicas en sede jurisdiccional, la SC ha tenido oportunidad de hacerlo en los casos de combustibles líquidos y del sector eléctrico, en los cuales se aclaró la línea de análisis económico utilizado, entre otros. Dicho escrito fue realizado por el personal interno de la SC. Dado que el proceso aun se encuentra en vías de ser resuelto, no es posible concluir, en este momento, acerca de la efectividad de lo expuesto.

Conclusiones

- a) En los casos de competencia, la SC tiene la única palabra en la determinación si una práctica estaría infringiendo la LC, por lo cual es importante resaltar que la actuación de la Corte Suprema de Justicia estaría limitada por ley a la revisión de la legalidad de las actuaciones procedimentales de la SC en el caso que un agente económico inicie un proceso contencioso administrativo en la SCA de la CSJ. De iniciarse un proceso en la Sala de lo Constitucional, también estaría limitada a revisar si ha habido una violación a un derecho constitucional.
- b) A la fecha, los procesos iniciados en CSJ en contra de la SC han puesto en evidencia situaciones tales como largos tiempos de respuesta en aspectos que han sido planteados como de relevancia para los intereses tutelados, lo cual afecta negativamente en la labor de la SC y de cumplimiento de sus objetivos.
- c) En el caso de El Salvador, los tribunales no son los encargados de hacer cumplir las decisiones sobre casos presentados por la SC, ya que es ésta la única institución designada para velar por el cumplimiento de la LC. La desobediencia de las decisiones y órdenes de cese emitidas por la SC,

conlleva un delito el cual es perseguido por la Fiscalía General de la República (FGR), y en el caso del no pago de una multa impuesta, la FGR iniciaría un Juicio Civil de Ejecución Forzosa.

- d) A la fecha no existen tribunales especializados en competencia y por lo tanto, la CSJ enfrenta la dificultad intrínseca de resolver sobre la legalidad de un procedimiento administrativo en el cual se efectúa un análisis no solo jurídico sino, además, técnico y económico, sin poseer experiencia ni personal capacitado en la materia. La SC, en su labor de abogacía de la competencia, desarrolla un programa de capacitación dirigido hacia el personal de dicho órgano con el fin de permear los conceptos y criterios técnicos, jurídicos y económicos comúnmente utilizados en sus resoluciones.
- e) La evaluación de la conveniencia que exista un tribunal especializado debe considerar que en pequeñas economías y en proceso de generar cultura de competencia tal como en El Salvador, es necesario como condición ex ante, el formar masa crítica de abogados y economistas en Derecho de Competencia. A largo plazo podría meditararse la conveniencia de erigir tribunales especializados no solo en competencia sino también en regulación.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session III: The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions --

Note by Mexico

1. What is the role of the courts in your country, i. e. do the courts make enforcement decisions on cases brought by the competition agency, or do they only review the legitimacy of administrative decisions taken by the competition agency?

Under the Constitution of the United States of Mexico, the judicial organs which make up the Federal Judicial Power (the District Courts and the Collegiate Circuit Courts) have the power, *inter alia*, to hear “amparo” (protection) cases (a constitutional check) brought by economic agents against administrative decisions taken by the Federal Competition Commission (Commission or CFC). In this regard, their role consists of reviewing the legality and constitutionality of decisions taken by the CFC.

2. Is your judicial system inquisitorial or adversarial?

It is inquisitorial

3. Are your courts able to construct economic arguments independently from the submissions made by the parties – e.g. by using court-appointed consultants? If so, how do the courts define the mandate of such consultants?

The judicial organs which make up the Federal Judicial Power have the power to build economic arguments. They may do so on their own initiative (through the internal staff of the court or tribunal) or by hearing expert evidence (which is provided by one of the parties and which brings to the dispute expert technical opinions based on the art or science in which the designated person is an expert). Experts of the parties and an expert designated by the judicial authority take part in these hearings. The court hearing the dispute has full freedom to judge the value of the evidence.

4. What are your actual experiences as a competition authority with presenting complex economic theories or sophisticated economic evidence to courts? Which techniques proved most effective: use of external economic consultants or internal staff? Written or oral pleadings?

Recently, the Federal Judicial Power confirmed the existence and defined the meaning and scope of the principle of lifting the corporate veil which allowed the Commission to prosecute a monopoly practice operated by an economic group.

This decision was of supreme importance for the work of the CFC since it could not fully exercise its powers in economic matters under the old school view of legal personality when economic agents could shield themselves behind this personality and use companies as “screens” to hide conduct contrary to the Federal Economic Competition Act. This principle, sometimes described as “discounting corporate legal personality” is one of the most effective tools for dispensing with the legal fiction of corporate personality which is sometimes abused by economic agents.

Finally, it should be emphasised that in hearings of “amparo” cases instigated by the judicial powers of the Federal Judicial Power, the Commission’s own staff are responsible for transmitting to the judges, magistrates and ministers (in writing or orally) the economic arguments which support the decisions of the CFC.

5. In your country, are the issues different when a case is brought before an appellate judge (higher court) as opposed to a judge who is responsible for making factual findings (lower court)?

The lower courts analyse the legality and constitutionality of the acts challenged by the Commission. On conclusion of the legal proceedings, they give the appropriate judgement in law. The party that feels aggrieved by the decision concerned then has the possibility of appealing to a higher legal authority and that authority will consider whether the judgement was given in accordance with the law and may uphold it or set it aside.

6. Should economic experts be sitting in higher / lower courts with the judges dealing with antitrust cases?

As indicated above, economic experts take part in legal proceedings when the parties so request and the judicial authority allows that evidence.

7. Is it practical to have specialised courts reviewing antitrust cases which can build up the necessary economic experience to deal with this area of law?

Mexico does not have specialised courts for antitrust cases. The existence of such a judicial body would undoubtedly involve a special study of the technical questions that arise in relation to economic competition and would result in prompt and objective delivery of justice in this type of case.



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



**FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá**

-- Sesión III: El papel del Análisis Económico en las decisiones Judiciales --

Contribución de México

1. ¿Cuál es el papel del tribunal en su país, es decir, son los tribunales encargados de hacer cumplir las decisiones sobre casos presentados por los organismos de defensa de la competencia o se limitarían a revisar la legitimidad de las decisiones administrativas adoptadas por el organismo de defensa de la competencia?

Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial Federal (como son los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito) tienen, entre otras, facultades para tramitar y desahogar los juicios de amparo (un medio de control constitucional) que promuevan los agentes económicos contra las resoluciones administrativas que emita la Comisión Federal de Competencia (Comisión o CFC). En este sentido, su intervención consiste en revisar la legalidad y constitucionalidad de los actos que emita la CFC.

2. ¿Es su sistema judicial inquisitivo o acusatorio?

Es inquisitivo

3. ¿Son sus tribunales capaces de construir argumentos económicos independientemente de las partes –por ejemplo– mediante el uso de consultores nombrados por un tribunal? En caso afirmativo ¿Cómo los tribunales pueden definir el mandato de esos consultores?

Los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial Federal tienen la facultad de desarrollar argumentos económicos. Ello lo realizan ya sea motu proprio (a través del personal que labora en el

juzgado o tribunal) o bien a través del desahogo de la prueba pericial (que es ofrecida por alguna de las partes y aporta al litigio juicios de valoración y carácter técnico fundados en el arte o ciencia en que sea perito la persona que para esos efectos se designe) y en cuyo desahogo participan tanto peritos de las partes como un experto nombrado por la autoridad jurisdiccional. La valoración de tal probanza queda al libre arbitrio de la autoridad que desahogue el litigio.

4. ¿Cuáles son sus experiencias reales como una Autoridad de competencia con la presentación de teorías económicas complejas o sofisticadas pruebas económicas a los tribunales?Cuál técnica resulta más eficaz: ¿el uso de consultores económicos externos o personal interno? Requerimientos escritos u orales?

En recientes fechas, el Poder Judicial Federal confirmó la existencia y definió el sentido y alcance de la teoría del levantamiento del velo corporativo que permitió a la Comisión sancionar la realización de una práctica monopólica realizada por un grupo económico.

Tal decisión fue de suma importancia para la actuación de la CFC ya que el ejercicio de sus atribuciones en materia económica no podría realizarse cabalmente a la luz de la antigua escuela de la personalidad jurídica cuando los agentes económicos en ocasiones se escudan con esa personalidad y utilizan a las sociedades como “pantallas” para realizar conductas contrarias a la Ley Federal de Competencia Económica. La referida teoría, también conocida como la “desestimación de la personalidad jurídica societaria”, representa una de las herramientas más eficaces para prescindir de la ficción jurídica de la personificación societaria de la cual en ocasiones abusan los agentes económicos.

Por último, se destaca que en el desahogo de los juicios de amparo promovidos ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal el personal interno de la Comisión se encarga (ya sea por escrito o verbalmente) de transmitir a los jueces, magistrados y ministros los argumentos económicos que sustenten las decisiones de la CFC.

5. En su país, ¿Son los temas diferentes cuando un caso es llevado ante un juez de apelación (tribunal superior), frente a un juez que es responsable de los hechos (tribunal de primera instancia)?

Los órganos jurisdiccionales de primera instancia analizan la legalidad y constitucionalidad de los actos que se reclaman de la Comisión. Desahogado el procedimiento de ley, emiten la sentencia que en derecho corresponda. Así, la parte que se sienta agraviada con el sentido de la resolución aludida tiene la facultad de impugnarla ante una autoridad jurisdiccional superior y será esta autoridad quien analizará si la sentencia recurrida se emitió conforme a derecho, pudiendo confirmarla o revocarla.

6. Deberían expertos en economía rendir testimonios a los tribunales (superiores/primera instancia) cuando los jueces se ocupen de casos de defensa de la competencia?

Como se indicó con anterioridad, los peritos (expertos) en economía intervienen en los procedimientos jurisdiccionales cuando así lo soliciten las partes y la autoridad jurisdiccional admita tal probanza.

7. ¿Es práctico tener un tribunal especializado en la revisión de casos de defensa de la competencia que pueda desarrollar la necesaria experiencia económica para hacer frente a este ámbito de ley?

En México no se cuenta con un tribunal especializado en la materia de competencia económica. Sin duda, la existencia de tal órgano jurisdiccional generaría un estudio especializado respecto a las cuestiones técnicas que se plantean en materia de competencia económica y provocaría una pronta y objetiva impartición de justicia en este tipo de juicios.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session III: The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions --

Note by Panama

1. What is the role of the courts in your country, i.e. do the courts make enforcement decisions on cases brought by the competition agency, or do they only review the legitimacy of administrative decisions taken by the competition agency?

R. The role of the courts in Panama, regarding the enforcement of Free Competition Law is to declare when the law has been broken. The Free Competition defense system has three stages: a) The competition agency investigates the possible law breach. b) The competition agency sues in court. c) Once the judicial process has finished, the competition agency fines. This fine is subject to an administrative review process. Affected parties can also sue in court. They can ask for treble damages.

2. Is your judicial system inquisitorial or adversarial?

R. Our judicial system, for Free Competition Cases, is basically inquisitorial.

3. Are your courts able to build economic arguments independently from the submission made by the parties –e.g. by using court-appointed consultants? If so, how do the courts define the mandate of such consultants?

R. No. Our courts are not able to build economic arguments independently from the submission made by the parties.

4. What are your actual experiences as a competition authority with presenting complex economic theories or sophisticated economic evidence to courts? Which technique proved most effective: use of external economic consultants or internal staff? Written or oral pleadings?

R. In the only case decided yet, it has been good. The case was a Bid-Rigging one decided only on the base of statistical evidence. We used only internal staff. The pleadings were both written and oral.

5. In your country, are the issues different when a case is brought before an appellate judge (higher court) as opposed to a judge who is responsible for making factual (lower court)?

R. No they are not. The higher courts can and should review both questions of fact and law.

6. Should economic experts be sitting in higher/lower courts with the judges dealing with antitrust cases?

R. When experts are needed, both parties can appoint them, and, usually, the court appoints a neutral one.

7. Is it practical to have specialized courts reviewing antitrust cases which can build up the necessary economic experience to deal with this area of law?

R. Yes. That's the case in Panama. But special provisions have to be adopted to avoid excessive litigation and delays.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
10-11 September 2008, Panama City**

-- Session III: The Role of Economic Analysis in Judicial Decisions --

Note by the United States

1. Introduction

1. Apart from cartel cases, the application of competition law always involves economic analysis in some form. An important element typically is the delineation of a relevant market, and the ultimate issue is whether the suspect conduct has had, or is likely to have, an anticompetitive effect. Economic analyses of various sorts are required for sensible and persuasive market delineation or competitive effects assessment. Economic analysis provides not only specific tools useful in informing the analysis of particular issues, but also the essential logic that brings order to the chaos of real world factual settings.

2. Successfully presenting a (non-cartel) competition case to a judge, therefore, requires effectively communicating economic analysis in a manner understandable to someone who has not necessarily had special training in economics, and who may have no prior experience with competition law. This is often a difficult task. Although the best practices in any particular case will depend on the particularities of the case and applicable procedural rules, the experience of the U.S. enforcement agencies suggests three general principles for efficiently and effectively presenting complex economic analysis to judges.

3. First, economic analysis should be fully integrated into the presentation of the case. It generally is counterproductive to treat economic analysis as a separate and discrete element of proof. Second, economic analysis should be fully and carefully explained in terms that are understandable, or a judge is not likely to rely on it. Third, the opinions of economists should be firmly grounded in the models and methods of economics and, when appropriate, be empirically validated. Economists are most persuasive

when they do not stray outside their areas of expertise and do not adopt an advocacy posture in particular litigation.

2. Economic Analysis Should Be Fully Integrated Into the Presentation of the Case

4. The core issue in a competition case commonly is the actual or likely impact of particular conduct on the competitive process and its resulting implications for consumer welfare. Proper adjudication of such a case demands that a judge thoroughly understand how the competitive process operates, what role in the process is played by the competitors whose conduct is at issue, exactly how the conduct at issue affects the process, and what implications for consumer welfare that effect is apt to have. Effectively presenting such a case, therefore, requires weaving the factual threads into a tapestry realistically depicting the competitive process and illustrating the impact of the conduct at issue. Properly applied, economic analysis can turn jumbled facts into a coherent pattern.

5. For economic analysis to perform this function, it is vitally important that the relevant analysis be communicated to a judge clearly and in a timely manner, and every opportunity should be taken to communicate the relevant economic analysis. What opportunities exist depends on particular legal institutions, but a judge is likely to have latitude with respect to procedures, and a competition agency should make constructive suggestions as to what may work best for the judge.

6. When possible, a judge should be provided with a written statement setting out the legal theory of the case and the associated economic analysis, and this statement should be provided as early in the proceedings as possible.¹ Such a statement should be the product of robust collaboration between economists and lawyers, it should fully integrate the law and economics in the case, and it should commit the agency to a particular legal theory and economic analysis that is maintained throughout the case. A written statement is likely to be far more accurate, clear, complete, and concise than any oral presentation could be. Providing the statement in advance allows a judge enter the courtroom with a reasonably clear picture of the case already in mind. In no event should the jumble of facts be laid before a judge before a framework for their analysis has been established.

7. Although extremely useful, a written statement is unlikely to be entirely adequate. A judge almost certainly will have questions about the relevant economics and how it applies to the case. It is highly desirable to use a procedure through which the judge has an early opportunity to ask questions raised by the written statements of the opposing parties. Clearing up points troubling the judge may enable the judge to focus better on the evidence to be presented and to view it in the proper light. Many questions are best addressed by an economist. The depth of understanding that comes from advanced technical training and experience in the practice of economics can be critical in providing clear, and above all, accurate, answers to a judge's questions.

8. An interesting approach used by a judge in a case brought by one of the U.S. enforcement agencies was to preview the testimony of all of the economic experts prior to the trial. Each of the experts was given an opportunity to provide an overview of the case in narrative form, and the judge asked

¹ Two U.S. trial judges indicated when interviewed that "they would be receptive to counsel's request for an early opportunity to brief the key economic issues in the case." Lisa A. Wood, *Trying Antitrust Cases Before Generalist Judges*, ANTITRUST, Fall 2006, at 85, 86. Another wrote that judges "frequently need to understand the technical material long before the case gets to trial." Lewis A. Kaplan, *Experts in the Courthouse: Problems and Opportunities*, 2006 COLUMBIA BUSINESS LAW REVIEW 247, 254.

questions.² A competition agency should not hesitate to propose novel procedures that could provide a judge with a better understanding of, or an earlier exposure to, the economic analysis in a case.

3. Economic Analysis Should Be Fully and Carefully Explained

9. A judge is not likely to be persuaded by mere assertion. Economic analysis can be expected to play a prominent role in a competition case only if it is fully and carefully explained. The explanation should indicate what models or methods of economics have been employed and basically how they work, why those models or methods are suited to the specific task of understanding the actual or likely competitive effect of the particular conduct at issue, and how those models or methods support particular conclusions on the basis of the facts of the case.³ Almost as important as explaining why an agency's economic analysis is appropriate is explaining why its analysis is more appropriate than the competing analysis put forward by the defense. An agency and its economists should explain why their analysis is more consistent with the facts of the case or economic literature, or simply how its logic is more compelling.

10. The vast majority of economic concepts applicable in competition cases can be clearly and succinctly explained. Economic theory and econometrics can be presented to judges in a non-technical manner that omits most details, unless specifically queried on them by the judge, but nevertheless avoids statements that are so simplistic that they are highly misleading. It is rarely either necessary or wise to sacrifice substantial accuracy in the pursuit of comprehensibility, and it is most unwise to simplify so much that the essential logic is lost and no economics actually remains.⁴

11. Effectively communicating complex economic analysis demands a great deal of advance preparation. Typically, it is best to begin with an objective description of the factual setting that is detailed, precise, and above all clear. To the extent possible, the description should be presented in the form of tables, graphs, and charts (as well as in narrative form), and it should include the key quantitative details necessary to understand the case. The economic analysis can then begin to explain which are the key facts and how they matter.

12. When a case raises an empirical issue, such as the elasticity of demand, the economic analysis should explain why it is a key issue and how data and inference inform the issue. When a case raises a theoretical issue, such as how a merger alters unilateral pricing incentives, the economic analysis should

² The case was *United States v. First Data Corp. and Concord EFS, Inc.* (D.D.C., filed Oct. 23, 2003), 2004-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 74,481 (2004) (final judgment and competitive impact statement). The case was settled between the expert preview and the start of the trial.

³ Under rules applied in U.S. federal courts, expert testimony, including from economists in competition cases, is admissible only if there is a good "fit" between the testimony and the pertinent inquiry. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 591 (1993). Courts exclude opinions when there is "too great an analytical gap between the data and the opinion proffered." *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136, 146 (1997). In one competition case, the appeals court demanded a "thorough analysis of the expert's economic model," holding that it "should not be admitted if it does not apply to the specific facts of the case," and the court excluded the expert's model because it was "not grounded in the economic reality" of the industry. *Concord Boat v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 1055-56 (8th Cir. 2000).

⁴ At the Fordham conference on International Antitrust Law & Policy, a judge of the Court of First Instance commented: "I don't think it is a good idea that we be provided with an economic message which is 'economics for beginners' really. We would like to have the full demonstration in economic terms. . . . If you want to raise the importance of economics in courts, give us the real thing." *Economic Experts before Authorities and Courts Roundtable*, in 2005 FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE 615, 642 (Barry E. Hawk ed., 2006).

articulate a relevant model of competitive interaction and explain what assumptions drive the model and why they are reasonable in the context of the case. The presentation of economic theory should be made as concrete as possible and should be made quantitatively whenever that is feasible.

4. The Opinions of Economists Should Be Firmly Grounded in Economics

13. The U.S. enforcement agencies believe that an economist is unable to educate or persuade a judge if the judge perceives that the economist is acting merely as an advocate for a litigating position.⁵ This perception is best avoided by making sure that an economist offers sound economics, and does nothing else, when appearing in court. In preparing for court, competition agencies should carefully consider both the conclusions and methodologies of their economists. Agencies should strongly discourage their economists from offering opinions for which they are unable to articulate a clear basis that is firmly grounded in the models and methods of economics and also the facts of the case.

14. Although economic experts should not act as advocates for a litigating position, they should act as advocates for their own economic analysis. In coming to any useful view in a competition case, an economist makes many choices. For example, an economist in a merger case may choose some particular basis for assigning market shares (e.g., sales or capacity) or rely on some particular theoretical model of competitive interaction for predicting the price effects of a proposed merger. If these choices appear to matter and yet seem arbitrary, a judge is unlikely to give much weight to the economist's conclusions. Thus, an economist should always explain the logic underlying these choices based on knowledge, experience, and especially the evidence in the case.

5. The Use of Complex Economic Analysis in Appellate Courts

15. In the United States, appeals in competition cases generally do not reconsider the factual findings made by the trial court;⁶ rather, they address points of law. The logic of competition law is thoroughly infused with economics, so rules of competition law generally have rationales based on economic analysis, and many rules of competition law themselves invoke economic analysis. Thus, economic analysis can play a central role in an argument for the adoption of a particular rule of law or in an argument for a particular interpretation of an existing rule.

16. In the United States, appellate arguments are almost entirely written in briefs with strict word limits. Consequently, economic analysis must be presented concisely and selectively. An appellate brief in a competition case should identify the key strains of economic analysis bearing on the legal questions posed by the case, concisely relate the basic logic and insights from the economic analysis, and refer the court to significant contributions in the economic literature. Painstaking drafting may be required to convey the essential logic of the economic analysis in a manner comprehensible by a generalist judge and to strike the right balance between simplicity and accuracy. Economic jargon generally should be avoided and any essential terminology should be clearly defined. Perhaps most important, an appellate brief in a competition case should clearly explain why the economic analysis presented should be given significant weight in deciding the questions of law that have been posed.

⁵ In the United States, where expert witnesses are used extensively in jury trials, a common critique is that they often act not as experts at all, but rather as advocates for the position taken by the litigant that engaged them. See, e.g., Lewis A. Kaplan, *Experts in the Courthouse: Problems and Opportunities*, 2006 COLUMBIA BUSINESS LAW REVIEW 247, 251–53.

⁶ Findings of fact are set aside on appeal only if found to be “clearly erroneous.” Consequently, factual findings normally are not challenged.

CASE ANNEX

1. United States v. Visa U.S.A.

17. The effective presentation of complex economic analysis was central to the Department of Justice's successful lawsuit against the Visa and MasterCard credit card networks. In this civil non-merger case, the government alleged that the defendants violated Section 1 of the Sherman Act through certain governance arrangements and through the adoption of exclusionary rules that kept member banks from issuing cards on other networks (such as American Express and Discover). The case was presented to a federal judge (without a jury) in a trial that lasted 34 days with thousands of pages of trial testimony and close to six thousand admitted exhibits.

18. To prove its case, the government put forth economic analysis with respect to the essential elements of the case—market definition, market power, and competitive effects—from its expert, Dr. Michael Katz, Professor of Economics and Business Administration at the University of California at Berkeley. Utilizing sound and accepted methodologies, Professor Katz provided his expert opinion to the court that the defendants had market power in the properly defined relevant markets and that the challenged conduct was anticompetitive. In the end, the district court agreed with the government's and Professor Katz's core contentions, finding that the exclusionary rules violated the antitrust laws, and the Court of Appeals affirmed that finding.⁷

19. The process of presenting coherent and persuasive expert testimony began long before trial. Recognizing the importance of economics to the ultimate outcome of the case, the government retained Professor Katz at the early stages of the matter, making sure that he was involved with the development of the case throughout the discovery and pre-trial periods. For example, Professor Katz attended important depositions, reviewed documentary material, and considered the defendants' arguments as the case developed; in this and other ways, he became well-versed in the myriad details of the important issues well before trial began.

20. As the case progressed from discovery toward trial, the government took advantage of opportunities to present to the Court the relevant economic issues and frame our view as to the appropriate analysis. While there was no formal pre-trial hearing on economic issues, the government set forth the general economic concepts in various legal briefs, and, in the pre-trial brief, provided a detailed explanation of the disputed economic issues.

21. At trial, the government called Professor Katz as its final witness, after the numerous fact witnesses had been heard and documentary evidence submitted. In his direct testimony, Professor Katz fully and carefully worked through the numerous issues, explaining his methodology, highlighting key evidence, and making extensive use of charts, graphs, and other visuals.

⁷ *United States v. Visa U.S.A. Inc.*, 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd*, 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003), *cert. denied*, 543 U.S. 811 (2004). The district court ruled in the defendants' favor on the allegations concerning governance practices, and the United States did not appeal that finding.

22. His testimony on market definition provides an example of the importance of using economic analysis to provide a framework for analyzing the evidence. The government had to prove that credit card network services constituted a relevant market, and that, from a consumer perspective, credit cards were a market distinct from other forms of payment. To support its market definition, the government presented extensive testimony and documentary evidence demonstrating consumer preferences, merchant and bank requirements (merchants and banks are the “customers” of credit card network services), and admissions by the defendants. In his testimony, Professor Katz was able to synthesize this extensive evidence and, applying the appropriate economic tests and performing empirical analyses, opine that the evidence amply supported the government’s proffered relevant market. The Court agreed, assessing the evidence in the framework of Professor Katz’s opinion.⁸

23. As stated above, economic analysis used in litigation should be carefully explained to the court and be firmly grounded in economics. The debate at trial surrounding a survey proffered by MasterCard’s expert demonstrates the types of disputes between opposing economic experts that courts must resolve. MasterCard’s expert claimed that a survey of consumer preferences demonstrated that, in the face of a price increase, consumers would readily switch from credit cards to other forms of payment. Professor Katz disputed this finding, testifying that the study contained a fundamental and crucial error, *i.e.*, it based the price increase on the price of the product being purchased rather than the cost of the use of the credit card. The defendant Visa’s expert was forced to concede the importance of MasterCard’s expert’s error. In the end, the Court found that given the facts of the credit card industry and the issues raised by Professor Katz, “it is essentially impossible to make a definitive calculation of consumer price sensitivity or elasticity of demand via survey”—a finding that served to refute the MasterCard survey.⁹

24. In retrospect, one aspect of the expert presentation was not particularly effective. The parties had agreed to provide the direct testimony of the experts through written statements. There was no live direct examination of the economic experts, meaning that Professor Katz (and the defendants’ experts), upon taking the stand, immediately were subject to cross-examination by counsel for the opposing party. Although the judge had previously been provided the experts’ written direct testimony, this procedure made for a somewhat confusing courtroom presentation of the important economic issues. While it may be impractical (indeed, tedious) to present an expert’s entire direct testimony through live questions and answers, it would be worthwhile to petition the court for an abbreviated live direct examination where the expert could provide the court an overview of his or her written statement prior to hostile cross-examination.

25. In conclusion, the Department’s experience in the *Visa* case shows the importance of presenting sound and persuasive economic analysis to the court. A credible expert can provide invaluable assistance to assist the court in putting voluminous evidence in context, providing a framework for addressing the ultimate legal questions, and, ultimately, reaching the correct decision.

⁸ See *Visa*, 163 F. Supp. 2d at 335-40. The structure of the Court’s opinion itself shows the importance of using economic testimony to provide a framework for the relevant analysis. In its discussion of market definition, the Court initially sets forth Professor Katz’s opinion and methodology and then discusses the evidence that supports his conclusions. The Court of Appeals echoed this analytical structure when it, citing the explanation of “the government’s expert witness,” found no reason to doubt the District Court’s market definition finding. 344 F.3d at 239.

⁹ *Visa*, 163 F. Supp. 2d at 336. For a more in-depth discussion of the issues surrounding the survey, see pp. 40-41 of the United States’ appellate brief. Brief for the United States, *United States v. Visa U.S.A.*, available at <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11700/11793.pdf>.

2. In the Matter of Evanston Northwest Healthcare Corp., Docket No. 9315 (Federal Trade Commission Decision 2007)

26. This case was a challenge to a consummated merger of two Chicago-area hospitals. Evanston Northwest Healthcare Corporation (ENH) acquired Highland Park in January 2000. The acquisition combined ENH's Evanston and Glenbrook Hospitals—located in Cook County, Illinois—with Highland Park, the nearest hospital to the north.

27. Under its statutory authority, the Federal Trade Commission (Commission) filed an administrative complaint in February 2004, alleging that following the acquisition, ENH was able, as a result of the transaction, to raise its prices charged to health insurers far above price increases of other comparable hospitals. The matter was tried before an Administrative Law Judge (ALJ) of the Commission.

28. According to the Commission's complaint, the price increase resulted in higher costs to insurance purchasers and hospital services consumers. The complaint alleged that the merger violated Section 7 of the Clayton Act. Economic analysis provided the basis for much of the evidence that the merger was anticompetitive.

29. Prior to this action, combined, the Commission, the Department of Justice, and the California Attorney General's Office lost their last six hospital merger challenges. In most of these cases, the courts reasoned that it was unlikely that the merging parties would increase prices anticompetitively because patients and their health insurers would continue to have many hospital choices. This conclusion was based on findings of relatively large geographic markets for hospital services, which in turn was based on the observation that many patients travel long distances for hospital care.

30. Economic studies, however, suggested that insured patients rarely face a change in their relative out-of-pocket costs when a hospital in their health plan's network increases its price. Moreover, key to hospital prices is the negotiation between the health plan and the hospitals for inclusion in the health plan's network. Hence, patients who see no change in the relative price of hospitals in their network are unlikely to switch hospitals in response to a price increase unless their health plan drops the hospital from its network. Thus, if patients do not switch hospitals, as economic studies indicated, geographic markets are typically smaller than those found by the courts in previous hospital merger challenges. The Commission's challenge to ENH presented an opportunity to change judicial thinking on this issue.

31. In most industries, even those that are very competitive, prices increase over time. A simple observation of a post-merger price increase does not necessarily imply an increase in market power. To test for an increase in market power, one needs to measure the difference between the post-merger price increase and the price increase that would have occurred absent the merger. Because the latter cannot be observed, proxies for this "but-for" price increase are needed. A good proxy for the but-for price increase is the contemporaneous price increase that occurred at non-merging hospitals that are similar to the merging hospitals in most other respects. Despite the differentiation of hospitals that makes the selection of a control group difficult, the "difference in differences" method of isolating the price effect of the merger has the inherent advantage of "differencing out" any unexplained, but hospital-specific variation in prices.

32. The trial was held before an Administrative Law Judge in late 2004 and early 2005. Each side sponsored expert economic testimony, which informed the trier of fact of the respective sides' economic analysis and conclusions. Both ENH and the Commission litigation teams found that the post-merger price increase was larger than the price increases at control hospitals, although ENH's economic expert's estimate of this difference was slightly smaller than the estimate of the FTC staff's economic expert. In

briefing and in testimony during the trial, FTC staff argued successfully to the trier of fact that this relative price increase was evidence that ENH had gained market power through the merger and that, therefore, the merger was illegal.

33. The Commission's expert economist at trial was an outside academic economist. She was assisted in her research by the Commission's internal economics staff, who worked closely with staff attorneys. At trial, she testified first about the nominal post-merger price increases that had taken place. Then, she explained how her analysis of the merged hospitals in comparison with the control group of hospitals sought to separate benign causes of the post-merger price increases from any portion due to the anticompetitive effects of the merger. Finally, the witness described and displayed her econometric estimates using several demonstrative slides to help the ALJ grasp the analysis.

34. In a decision released in October 2005, the ALJ ordered the divestiture of Highland Park Hospital by ENH. In August 2007, the full Commission affirmed on liability, but ordered a more limited remedy in the case.

3. In the Matter of Chicago Bridge & Iron Company N.V., Chicago Bridge & Iron Company, and Pitt-Des Moines, Inc., Docket No. 9300 (Federal Trade Commission Decision 2005)

35. In an administrative opinion issued in January 2005, the Federal Trade Commission affirmed an Administrative Law Judge's (ALJ) ruling, issued in June 2003, that Chicago Bridge & Iron Company (CB&I) illegally acquired certain Pitt-Des Moines, Inc. (PDM) assets. CB&I completed the acquisition of PDM assets in February 2001, while the agency was investigating the transaction. The Commission found that the acquisition substantially lessened competition in four relevant product markets in the United States. The Commission therefore held that the acquisition violated Section 7 of the Clayton Act and Section 5 of the FTC Act.

36. At the time of the acquisition, CB&I was one of the world's leading global engineering and construction companies. PDM was a diversified engineering and construction company, and a distributor of a broad range of carbon steel products. Prior to the 2001 transaction, CB&I and PDM competed against each other as the two leading U.S. producers of large, field-erected industrial and water storage tanks and other specialized steel-plate structures.

37. The Commission's complaint alleged, among other things, that the consummated merger significantly reduced competition in four separate markets involving the design and construction of various types of field-erected specialty and industrial storage tanks in the United States: liquefied natural gas storage tanks; liquefied petroleum gas storage tanks; liquid atmospheric gas storage tanks; and thermal vacuum chambers.

38. During the trial, the Commission's legal team offered the expert economic testimony of an economist from the Commission's Bureau of Economics. The expert economist testified that CBI and PDM were by far the two strongest competitors in the U.S. market at the time of the merger and that other firms could not readily replace the competition lost through the merger. To assist the ALJ to contextualize the effects of the merger, the expert explained that economic theory offers various reasons why some firms might have an advantage in selling a product. These include lower costs obtained through learning-by-doing, a reputation for reliability obtained through years of successfully meeting customer expectations, and better access to key assets.

39. With this contextual background, the Commission staff was then able to show that these specific factors made CBI and PDM the two strongest competitors in the markets in question. Using other fact witness testimony, the Commission's legal team offered evidence that buyers viewed CBI and PDM as the

two strongest competitors in the market. Moreover, the companies' own documents showed that the merging firms viewed each other as their strongest competitor in these markets. Evidence on the history of sales in these markets similarly went to show that CBI and PDM were the two strongest competitors. Given these facts, the Commission's expert economist, drawing on economic teachings, was able to offer the opinion that following the acquisition of its strongest competitor, a firm would be expected to increase price up to the point where it began to lose sales to other firms (either fringe competitors or new entrants).

40. During his testimony, the Commission's expert economist made extensive use of demonstrative exhibits, including pie charts showing the percentages of U.S. projects built by the defendants, maps showing where CBI, PDM, and foreign firms had built liquid natural gas tanks throughout the world, and bar charts showing the size of CBI compared to smaller domestic firms. These aids helped to present the ALJ with a more understandable picture of the relevant markets, the competitive presence of the defendants in those markets, and the anticompetitive effects of the merger.

41. Following the trial, the ALJ ruled that the acquisition was anticompetitive. The Commission affirmed and, to restore competition as it existed prior to the merger, ordered CB&I to create two separate, stand-alone divisions capable of competing in the relevant markets, and to divest one of those divisions within six months. In January 2008, a federal appeals court affirmed the Commission's opinion in the case.¹⁰

¹⁰ See *Chicago Bridge & Iron Co. v. Federal Trade Commission*, No. 05-60192 (5th Cir. Jan. 25, 2008).



PRESENTATIONS



THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN JUDICIAL DECISIONS

**Presentation by Mr. Frédéric Jenny
Chairman of the OECD Competition Committee**

Latin American Competition Forum
10-11 September 2008
-- Session III --

Issues to be discussed

- 1) Civil law, common law**
- 2) Specificity of competition law**
- 3) Issues of fact and issues of law in competition cases**
- 4) From a form based approach to an effects based approach**
- 5) Adversarial/ Court centered systems**
- 6) Means to bring economic expertise in judicial proceedings**
- 7) Improving the dialogue between courts and the experts:
lessons from the US**

1) Civil Law and Common Law

Judicial enforcement of competition law

- **Trial courts**
 - **Civil proceedings**
 - **Criminal proceedings**

- **Judicial review of lower courts or administrative agencies decisions.**
 - **Control of the legality of decisions.**
 - **Control of the substance of decisions.**

- **Violations**
- **Damages**
- **Interim measures**
- **Compliance with administrative injunctions**
- **Mergers**

Role of Judges

- **Procedural Protections, Due Process, Rights of the Defence, Fundamental rights**
- **Accountability of the enforcement authority itself. « ‘Quis custodiat custodies »?**
- **Keeping the implementation of policy on a case-by-case basis objective, a policy credible in the eyes of the public**

Civil Law Tradition

- Legal certainty vs legal flexibility

A bad law, if clear, is better than a complex law no matter how relevant: « **If the power of interpreting laws be evil, obscurity in them must be another, as the former is the consequence of the latter¹** »

- « **Law is viewed (in civil law countries) not as a process for the perception and resolution of problems, but as a set of established rules and institutions²** »

- What does it mean for antitrust law ?

1) Beccaria « Of Crimes and Punishments »

2) John Henry Merriman; The Civil Law Tradition, Stanford University Press

Common Law / Civil Law

« From the time the Sherman Act was passed in 1890, it has been understood as a “common law” type of statute, a statute setting forth very general propositions, that the Judges in common law fashion would implement and develop on a case by case basis.

Other countries do not entrust so much of the actual formulation of competition policy to the judges. Instead, administrative agencies and expert authorities develop the fundamental rule and the judges come in at a later stage, applying it in an appellate fashion and in other ways. Judicial review is a more standard model ».

Diane Wood, *Judicial Enforcement of Competition Law*, OECD, Competition Committee, 1997

The Role of the Community Judge

The Court of First Instance is **not a trial court**, it is a court of **judicial review**. The grounds of review are essentially the same as those found in most national jurisdictions, including common law jurisdictions. That is to say, **lack of jurisdiction**, **procedural failure**, **error of law**, **defective reasons**, **manifest error of appreciation** and so forth.

Among those grounds, though not specifically mentioned in the Treaty, is now established **‘error of fact’**. (...) A decision of the Commission affecting the Channel Tunnel was annulled because the Commission made factual errors in determining what the nature of the contractual arrangements was.

The Role of the Community Judge

Firstly, his role is confined to verifying the legality of the decision submitted to him. **The Community judge verifies the conformity of the decision to the law.** He quashes the decision or rejects the appeal. But he is not empowered to hand down a new decision.

Secondly, the Community judge's verification is less stringent in decisions comprising complex economic arguments. **He does not sanction any error, merely those that are manifest, i.e. obvious.** But it is important to be clear about this; it does not mean that the judge feels he is incapable of dealing with an economically complex issue, but that the complex economic assessment reflects a choice of economic policy that belongs to the Commission.

The Role of the Community Judge

These limits do not amount to a denial of the Community judges' competence with regard to economic matters, rather a division of responsibilities between the European Commission and the judges. **The Commission defines and implements the objectives of competition law. The judge verifies ex post that these objectives are compatible with Community law.** Both the Commission and the judge manipulate economic concepts, but for the Commission they are management tools whereas for the judge they are the object of his verification.

Christopher Bellamy, *Judicial Enforcement of Competition Law*, OECD, Competition Committee, 1997

The CFI Microsoft case: manifest error of appreciation

87 The Court observes that it follows from consistent case-law that, although as a general rule the Community Courts undertake a comprehensive review of the question as to whether or not the conditions for the application of the competition rules are met, their review of complex economic appraisals made by the Commission is necessarily limited to checking whether the relevant rules on procedure and on stating reasons have been complied with, whether the facts have been accurately stated and whether there has been any manifest error of assessment or a misuse of powers

88 Likewise, in so far as the Commission's decision is the result of complex technical appraisals, those appraisals are in principle subject to only limited review by the Court, which means that the Community Courts cannot substitute their own assessment of matters of fact for the Commission's

Refusals to deal and exceptional circumstances

319 In response to those various arguments, the Court observes that, as the Commission rightly states at recital 547 to the contested decision, although undertakings are, as a rule, free to choose their business partners, **in certain circumstances** a refusal to supply on the part of a dominant undertaking may constitute an abuse of a dominant position within the meaning of Article 82 EC unless it is objectively justified.

332 It also follows from that case-law that the following circumstances, in particular, must be considered to be exceptional:

- in the first place, the refusal relates to a product or service **indispensable** to the exercise of a particular activity on a neighbouring market;
- in the second place, the refusal is of such a kind as to **exclude any effective competition** on that neighbouring market;
- in the third place, the refusal **prevents the appearance of a new product** for which there is potential consumer demand.

Refusals to deal and exceptional circumstances

334 The Court notes that the circumstance that the refusal prevents the appearance of a new product for which there is potential consumer demand is found only in the case-law on the exercise of an intellectual property right.

Indispensability

207 The Commission adopted a **two-stage approach** in determining whether the information at issue was **indispensable**.

It **first** examined the **degree of interoperability** with the Windows domain architecture that the work group server operating systems supplied by Microsoft's competitors **must achieve in order for those competitors to be able to remain viably on the market**.

It then proceeded to **determine whether the interoperability information to which Microsoft refused access was indispensable to the attainment of that degree of interoperability**.

The alleged error of law on indispensability

378 (...) Microsoft claims that it is not necessary for its competitors' work group server operating systems to attain the degree of interoperability required by the Commission in order for them to be able to remain viably on the market.

379 It must be emphasised that the Commission's analysis of that question in the contested decision is based on complex economic assessments and that, accordingly, it is subject to only limited review by the Court (see paragraph 87 above).

388 As the Windows operating system is (...) present on virtually all client PCs installed within organisations, non-Windows work group server operating systems cannot continue to be marketed if they are incapable of achieving a high degree of interoperability with Windows.

389 the Court observes that, according to the contested decision, it is important that non-Windows work group server operating systems can interoperate not only with Windows client PC operating systems but also, more generally, with the Windows domain architecture.

391 The Court therefore finds that Microsoft has not established that that assessment is manifestly incorrect.

Lessons from Magill and IMS

647 The circumstance relating to the appearance of a new product, as envisaged in Magill and IMS Health, paragraph 107 above, cannot be the only parameter which determines **whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing prejudice to consumers within the meaning of Article 82(b) EC**. As that provision states, such prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of technical development.

648 It was on that last hypothesis that the Commission based its finding in the contested decision. Thus, **the Commission considered that Microsoft's refusal to supply the relevant information limited technical development to the prejudice of consumers** within the meaning of Article 82(b) EC (recitals 693 to 701 and 782 to the contested decision) and it rejected Microsoft's assertion that it had not been demonstrated that its refusal caused prejudice to consumers (recitals 702 to 708 to the contested decision).

649 **The Court finds that the Commission's findings at the recitals referred to in the preceding paragraph are not manifestly incorrect.**

2) Specificity of Competition Law

What Is Special About Antitrust ?

« **The technical character of competition law is not exceptional in itself.** Law frequently deals with technical matters -- for example, medical law, patent law.

But competition law is different, not only because it applies law to economics but **because it grafts economic concepts onto law.**

It is not confined like medical law to applying the rules of civil liability to a doctor's activity. **It issues prohibitions with reference to economic concepts;** for example, it prohibits abuse of dominant position. This prohibition cannot be understood and applied only in its economic sense. **Economic concepts thus become legal rules.** The transmutation is essentially a political choice, a political act ».

André Potocki, *Judicial Enforcement of Competition Law*, OECD, Competition Committee, 1997

What is special about competition law ?

Few areas of laws draw more heavily, or more directly, on economics learning than competition or antitrust law. The reason for this is simple: **in order to condemn only practices that are anticompetitive and to leave markets free otherwise, competition law needs a screening device that will single out for enforcement only practices that undermine the market.** Of the many such devices available, economics is *prima inter pares*: whether a country purports to rely solely on economic criteria, or it prefers to use economic criteria along with other factors, **it is a virtual certainty that economic criteria will play a central role in competition policy and enforcement.**

Diane Wood, *Judicial Enforcement of Competition Law*, OECD, Competition Committee, 1997

Elements of Economics useful for Antitrust

1) the economist's method of analysis used in applied work. This consists essentially in a combination of the inductive and the deductive to form a syllogism which purports to model reality. The steps required are: first, to scan the raw facts (here, the raw evidence) second, to abstract the relevant facts third, to construct a model, using available theory, which has the form: since $A + B$ are present, C follows.

Maureen Brunt, *Judicial Enforcement of Competition Law*, OECD, Competition Committee, 1997

Elements of Economics useful for Antitrust

2) The second way in which economics can be useful to the law is in supplying **various economic concepts such as “economic efficiency”, “opportunity cost”, “common costs”, “cross-subsidization” etc.**

An economist can advance matters by explaining their meaning.

Whereas with the first contribution of the economist, it is a matter of debate or argument as to whether the model truly represents reality - something for the court to assess - with the second contribution it is a matter of right or wrong – something for the economist to assess.

Maureen Brunt, Judicial Enforcement of Competition Law, OECD, Competition Committee, 1997

Elements of Economics useful for Antitrust

The question of whether a particular practice constitutes an abuse of a dominant position must ultimately be a matter for the court which has to resolve the issue.

But it cannot come to an informed conclusion without at least having some understanding of certain concepts identified by professional economists, such as "sunk costs" and "strategic barriers to entry".

**Ronan Keane, Judicial Enforcement of Competition Law,
OECD, Competition Committee, 1997**

3) Issues of Fact and Issues of Law in Competition Cases

Issues of facts/Issues of Law

Economists and lawyers alike - can agree that a decision must be “based on the facts”,

But facts by their very nature are insufficient. there must be a selection of relevant facts and a linking together of these facts into a causal sequence: an explanation or prediction.

In the antitrust field, the significance of a fact may often only be known by economic argument.

1) Basic facts

First of all, there are **primary or basic facts**: what happened? did such a meeting indeed take place? was there such and such telephone call? if so, was an agreement in fact made?

No clear standard of proof has been established. (...) We have not yet articulated the difference known in common law systems between the criminal standard of ‘**proof beyond reasonable doubt**’ and the civil standard of ‘**balance of probabilities**’, a difference which is also known in civil law systems but not perhaps articulated in quite the same way. **In practice, we are applying something very close to the criminal standard but perhaps subconsciously making some allowance in cartel cases for the inherent difficulty of proving collusion.**

2) Economic Facts

Economic facts: what is the relevant market? what is substitutability? is there a dominant position?

This is probably a question of fact or a mixed question of fact and law.

We do not yet have a clear finding on whether the question like that of the market is a point of law or a pure point of fact. In practice in this area, it is somewhat difficult to dislodge the findings of the Competition Authority on what the relevant market is. The Court of Justice has done so in the past (the Continental Can Case, as early as 1972, 25 years ago, is an example where the Court said that, on the supply side, there is no market for metal cans for fish paste, there is just a market for metal cans, and upset an economic finding of fact on the basis, in effect, of **manifest error). **If this kind of factual evaluation is contested, both parties will file experts' reports.****

2) Economic Facts

In practice, if these reports are sufficient to raise doubts in the minds of the courts (...), **we do not proceed, as a Common Law court would, to cross examination or even to a confrontation among the experts.** The more normal model would be to **appoint a court expert or even a panel of three experts, one nominated by each party and one chosen to be neutral, and to rely on the report of the experts** (see the Diestuffs decision and the Wood Pulp case).

(...) As regards questions of **abuse of dominance** , probably the question of whether a particular conduct is to be regarded as abusive, that is to say whether it is justified or not, becomes more close to **a question of law rather than a question of fact.**

The question of whether there is some **effect on trade between Member States** is also now pretty well a question of law and not any longer a question of fact.

3) Balancing anti-competitive and pro-efficiency effects

In the third category of facts, one is probably moving away from facts strictly so-called and almost entering the question of policy. For example, in a decision granting exemption under Article 85-3 of the Treaty, the competition authority, the Commission, will have to decide **whether certain alleged improvements flowing from the agreement, perhaps as a joint venture, are such as to outweigh the detriment to competition and are indispensable.** In this respect, we accord, in practice, **a considerable margin of appreciation to the competition authority** and it is only rarely that the Tribunal of First Instance will interfere on a factual issue. However, Tribunal' judges do have the possibility of entering via a very convenient route known as **'defects in the reasoning' or 'défauts de motivation'**. It is probably by that route that the decisions of the Commission are most closely controlled.

Conclusion

- **Relevant facts can be established only through an understanding of economic concept**
- **Putting those facts into perspective to establish whether there is a violation also requires recourse to economic reasoning**
- **Granting an exemption requires complex economic trade-offs**
- **Hence, points of law cannot be separated from points of facts and facts cannot be established without reference to economic analysis.**
- **Crucial issue for both trial courts and review courts is to acquire the necessary economic expertise.**

4) From a form based approach
to an effects based approach

The EAGCP report

“An economics-based approach implies that competition authorities will need **to identify a competitive harm, and assess the extent to which such a negative effect on consumers is potentially outweighed by efficiency gains.** The identification of competitive harm requires **spelling out a consistent business behavior based on sound economics and supported by facts and empirical evidence.** Similarly, efficiencies, and how they are passed on to consumers, should be properly justified on the basis of economic analysis and grounded on the facts of each case.

An economics-based approach will naturally lend itself to a « **rule of reason** » approach to competition policy, since careful consideration of the specifics of each case is needed, and this is likely to be especially difficult under « per se » rules”.

5) Adversarial / Court centered systems

Adversarial systems

Where experts are likely to disagree is on the application of accepted principles to the facts of the particular case.

There is **unquestionably a tendency under an adversarial system for expert witnesses, even of high standing, to become advocates for the side by whom they are retained.**

This can present particular difficulties for the court dealing with the issue, since it may not have from either side to a particular dispute the impartial assessment of the economic issues which may be of importance in the particular case.

Ronan Keane, *Judicial Enforcement of Competition Law*,
OECD, Competition Committee, 1997

Adversarial systems

There is no question that the adversarial fact-gathering process used in the American system has the unfortunate result of creating an incentive to distort the facts.

But American judges have broad powers both to sanction abuses and to control the fact-finding process through case management procedures. Judges have the authority to structure pretrial and trial proceedings so as to narrow issues before trial and to isolate issues for separate stages of trial, such as liability and damages.

Judges can also exert considerable control over the order and quantum of proof submitted and the form in which it is submitted.

Sarah Vance, Judicial Enforcement of Competition Law, OECD, Competition Committee, 1997

Difference between Adversarial and Court centered systems

Systems that rely on experts accountable solely or primarily to the court have the advantage of reducing the gamesmanship that is possible when dueling experts of the parties have the responsibility for submitting the economic evidence. Furthermore, this can be a lower cost way of collecting the necessary information, which benefits the system as a whole.

The principal disadvantage of a court-centered system lies in the completeness of the information that will be available. The adversary system relies on the incentive of the parties to make the best possible case for themselves; they will give their own experts access to all the crucial data, voluntarily.

6) Means to bring economic expertise in judicial proceedings

Bringing Economic Expertise to the Courtroom

- 1) Training judges ?
- 2) Specialized Courts ?
- 3) Concentration of cases ?
- 4) Should economists become judges ?
- 5) More extensive use of experts, including court appointed experts ?

Court appointed experts and specialized competition court

In an **adversarial system** the court dealing with the issue **may not have** from either side to a particular dispute **the impartial assessment of the economic issues** which may be of importance in the particular case.

How is this problem to be dealt with? **One modest reform would be for the legislation to provide that, in dealing with competition cases, the judge would have the assistance of a professional economist appointed by the court itself and not employed by any of the parties to the case.** Under such a procedure, the "court economist" would not have any adjudicative role: the responsibility for determining the case would remain solely with the judge.

There is clearly a case for going further and establishing a special "competition court".

Economic expertise in court centered proceedings

The **ability to appoint a court expert**, expected to be unbiased, is a **necessary but insufficient condition**, in court centered proceedings, to allow the court to discharge its duty of enforcing competition law or reviewing a competition decision by a lower court or an administrative agency.

The role of the expert is to provide answers to questions raised by the judge.

Unless the judge knows which are the relevant questions to raise and is able to put into perspective the answers provided by the expert, there is a risk that either the expert will waste his time and the time of the court answering the wrong questions, or he will determine the outcome of the case through his own choices of methodology.

7) Improving the dialogue between courts and the experts: lessons from the US

Improving the dialogue between economists and courts: Drawing on US experience

- **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).**
 - Key: relevance and reliability of *methodology*
- **General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997)**
 - Standard of Review: *abuse of discretion*
- **Kumho Tire Co. v. Carmichael, 118 S. Ct. 2339 (1998), and rev'd, 119 S. Ct. 1167 (1999)**
 - *Daubert* applies to *all expert testimony*
 - *Criteria of reliability* flexible and unique to each area of expertise
 - District Court as *gatekeeper*

Revised Rule 702 (2000): Relevancy and Reliability

A witness “qualified as an expert...may testify ...in the form of opinion or otherwise,” *if*:

- (1) testimony is based upon **sufficient facts or data**,
- (2) testimony is the product of **reliable principles and methods**, *and*
- (3) witness has **applied the principles and methods reliably to the facts** of the case.

In *Daubert*, the Supreme Court considered the meaning the test of relevancy and reliability in the context of scientific evidence.

*Daubert v. Merrell Dow Pharms.,
Inc., 509 U.S. 579, 590 n.9 (1993).*

The case:

The plaintiffs claim that a drug taken by their mothers during pregnancy had caused their birth defects.

The evidence:

Eight experts for the plaintiffs sought to testify on the basis of in vitro, animal, and epidemiological studies that the drug Bendectin taken by the plaintiffs' mothers during pregnancy could cause or had caused the plaintiffs' birth defects.

Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 509 U.S. 579, 590 n.9 (1993).

1) Relevancy

The expert's theory must be tied sufficiently to the facts of the case. “Rule 702’s standard requires a valid scientific connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility.”

2) Reliability

To determine whether proffered scientific testimony or evidence satisfies the standard of evidentiary reliability, a judge must ascertain whether it is “**ground[ed] in the methods and procedures of science.**” The Court, sets out a nonexclusive list of four factors that bear on whether a theory or technique has been derived by the scientific method.

Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 509 U.S. 579, 590 n.9 (1993).

- 1) “Whether [a theory or technique] can be (and has been) tested” is the
“methodology [that] distinguishes science from other fields of human inquiry.”
- 2) Has the theory been **peer reviewed** or published,
- 3) Are the known or potential **error rates** known
- 4) Are the **standards controlling the technique’s operation** accepted by the scientific community ?

General Electric Co. v. Joiner, *522 U.S. 136 (1997).*

The Case:

The 37-year-old plaintiff, a longtime smoker with a family history of lung cancer, claimed that exposure to polychlorinated biphenyls (PCBs) and their derivatives had promoted the development of his small-cell lung cancer.

The scientific evidence presented by the plaintiff:

The plaintiff's expert presented studies involving infant mice that had massive doses of PCBs injected directly into their bodies; Joiner was an adult who was exposed to fluids containing far lower concentrations of PCBs.

General Electric Co. v. Joiner, *522 U.S. 136 (1997).*

The infant mice developed a different type of cancer than Joiner did, and no animal studies showed that adult mice exposed to PCBs developed cancer or that PCBs lead to cancer in other animal species.

The expert also presented studies involving humans claiming the studies showed a link between PCBs and cancer if the results of all the studies were pooled (even though none of them concluded that PCBs had caused the excess rate).

General Electric Co. v. Joiner, **522 U.S. 136 (1997).**

The trial court applied the *Daubert* criteria and excluded the opinions of the plaintiff's experts.

The court of appeals reversed the decision, stating that “[b]ecause the Federal Rules of Evidence governing expert testimony **display a preference for admissibility**, we apply a particularly stringent standard of review to the trial judge’s exclusion of expert testimony.

The Court concluded that it was within the **district court’s discretion** to find that the statements of the plaintiff’s experts with regard to causation were nothing more than speculation.

General Electric Co. v. Joiner, *522 U.S. 136 (1997).*

The court noted that the plaintiff never explained “how and why the experts could have extrapolated their opinions « from animal studies far removed from the circumstances of the plaintiff’s exposure.

It also observed that the district court could find that the four epidemiological studies the plaintiff relied on were insufficient as a basis for his experts’ opinions.

Consequently, the court of appeals had erred in reversing the district court’s determination that the studies relied on by the plaintiff’s experts “were not sufficient, whether individually or in combination, to support their conclusions that Joiner’s exposure to PCBs contributed to his cancer.

Kumho Tire Co. v. Carmichael

118 S. Ct. 2339 (1998)

The case:

The plaintiffs brought suit after a tire blew out on a minivan, causing an accident in which one passenger died and others were seriously injured. The tire, which was manufactured in 1988, had been installed on the minivan sometime before it was purchased as a used car by the plaintiffs in 1993. **The plaintiffs claimed that the tire was defective.**

The evidence:

The plaintiffs relied primarily on deposition testimony by Dennis Carlson, Jr., an expert in tire-failure analysis, who concluded **on the basis of a visual inspection of the tire that the blowout was caused by a defect in the tire's manufacture or design.**

Kumho Tire Co. v. Carmichael 118 S. Ct. 2339 (1998)

The district court examined Carlson's visual-inspection methodology in light of the four factors mentioned in *Daubert*—the theory's testability, whether it was the subject of peer review or publication, its known or potential rate of error, and its general acceptance within the relevant scientific community.

After concluding that none of the *Daubert* factors was satisfied, the court excluded Carlson's testimony and granted the defendant's motion for summary judgment.



Kumho Tire Co. v. Carmichael

118 S. Ct. 2339 (1998)

The Eleventh Circuit reversed the district court’s decision in *Kumho*, holding, as a matter of law under a de novo standard of review, that *Daubert* applies only in the scientific context.

The court of appeals opinion stressed the difference between expert testimony that relies on the application of scientific theories or principles—which would be subject to a *Daubert* analysis—and testimony that is based on the expert’s “skill- or experience-based observation.

Kumho Tire Co. v. Carmichael

118 S. Ct. 2339 (1998)

The court then found that **Carlson's testimony is non-scientific** Carlson makes no pretense of basing his opinion on any scientific theory of physics or chemistry. Instead, Carlson rests his opinion on his experience in analyzing failed tires. **After years of looking at the mangled carcasses of blown-out tires, Carlson claims that he can identify telltale markings revealing whether a tire failed because of abuse or defect.** Like a beekeeper who claims to have learned through years of observation that his charges always take flight into the wind, Carlson maintains that his experiences in analyzing tires have taught him what “bead grooves” and “sidewall deterioration” indicate as to the cause of a tire's failure. . . . Thus, we **conclude that Carlson's testimony falls outside the scope of *Daubert* and that the district court erred as a matter of law by applying *Daubert* in this case.**

Kumho Tire Co. v. Carmichael

118 S. Ct. 2339 (1998)

The **Supreme Court**, in an opinion by Justice Breyer, **unanimously rejected the Eleventh Circuit’s dichotomy between the expert who “relies on the application of scientific principles” and the expert who relies on “skill- or experience-based observation.”**

The Court noted that Federal Rule of Evidence 702 “makes **no relevant distinction between ‘scientific’ knowledge and ‘technical’ or ‘other specialized’ knowledge,**” and “applies its reliability standard to all . . . matters within its scope.”

Kumho Tire Co. v. Carmichael

118 S. Ct. 2339 (1998)

Furthermore, said the Court, “no clear line” can be drawn between the different kinds of knowledge, and “no one denies that an expert might draw a conclusion from a set of observations based on extensive and specialized experience.”

The Court then examined the record and concluded that **the trial court had not abused its discretion when it excluded Carlson’s testimony**. Accordingly, it reversed the opinion of the Eleventh Circuit.

Relevance for economic evidence

Possible Additional Criteria

- Internal consistency

-External consistency

Preliminary questions regarding an economic expertise (I)

1) Is the expert qualified ?

- 1) – does he have a degree in economics**
- 2) – is the expert specialized in a relevant field (ex: microeconomics, industrial organization, market theory)**
- 3) – has the expert published in professional journals ?**

2) Is the method used by the expert reliable ?

- 4) – Does the expert use economic methods or reasonings to justify his opinions ?**
- 5) – Are the methods or the models used by the expert described with sufficient precision ?**
- 6)- Have the methods or models used been used in other similar cases ?**

Preliminary questions regarding an economic expertise (I)

- 7) - Have the methods or models used by the expert been published in a refereed scientific journal or have they been specifically designed for the case ?**
- 8) - Does the expert justify why he chose a particular model or method for the case?**
- 9) - If the expert does not use a classical economic approach, does he justify why he departs from traditional economic analysis?**
- 10) - Is there a clear and logical relationship between the assumptions, the reasoning and the conclusion ?**

Preliminary questions regarding an economic expertise (II)

2) Is the method reliable ? Daubert criteria

11) –Can the theory or the technique be empirically tested ?

–Has the theory or the technique been peer reviewed and/or published ?

12) –Is the error rate of the method known ?

–Is the methodology generally accepted by the scientific community ?

3) Is the analysis of the expert relevant ?

Note: There is a need to distinguish between the analysis of an expert critically

Appraising the work of another expert and the analysis of an expert trying to establish A fact or a causal relationship

Preliminary questions regarding an economic expertise (II)

13)- Does the expert have a particular knowledge of the relevant industry or issue

14)- Could the expert's analysis equally apply to many other industries or issues ?

15)- Does the expert rely on industry specific data or facts ?

16)- Did the expert gather the data independently or was the data provided by the client ?

17)-Have some important factors relevant to the industry been ignored by the expert ?

4) Is the analysis of the expert externally consistent?

18)- Are some of the hypothesis or some of the conclusions of the expert in contradiction with known facts about the industry or the market?

Thank you for your attention

frederic.jenny@club-internet.fr



SESSION IV: UPDATES ON OECD PROJECTS IN LATIN AMERICA



I. REDUCING BID RIGGING IN BRAZIL AND CHILE



PROGRESS REPORT

English Version



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM

-- 10-11 September, Panama City--

-- Session IV --

The OECD Project to Reduce Bid Rigging in Latin America

A Progress Report

I. Introduction

1. The OECD Project to Reduce Bid Rigging in Latin America is designed to assist competition and procurement authorities to detect and prevent bid rigging in public procurement. The Project was launched at the Latin American Competition Forum in 2007 with pilot projects in Brazil and Chile. By drawing upon extensive work of the Competition Committee, the Project hopes to increase the number of successfully prosecuted bid rigging cases as well as help deter cartel activity. Ultimately this effort could lead to substantial savings of government funds and in turn it could boost the stature of the competition authority within the government.

2. In many countries public procurement accounts for a large share of public expenditure in the domestic economy. Existing statistics suggest that, on average, public procurement accounts for approximately 15% of Gross Domestic Product (GDP) in OECD countries and even more in many non-OECD economies. Because the primary goal of public procurement is to select suppliers with the lowest quality adjusted price, competition authorities can significantly aid that effort by reducing bid rigging in public procurement.

3. Bid rigging occurs when businesses conspire to raise prices to purchasers who wish to acquire products or services through a bidding process. Bid rigging conspiracies can take a number of forms, all of

which impede the efforts of purchasers - frequently federal, state, and local governments - to obtain goods and services at the lowest possible price. For example, a bid rigging conspiracy among two businesses might involve an agreement for one firm not to bid on a particular tender or an agreement to bid high in order to allow the designated winner's bid to be accepted by the procurement authority.

4. Not surprisingly, many experts feel that the best placed authority to detect signs of unlawful bidding arrangements is the procurement authority itself as it has good knowledge of the relevant industry sector, and can observe patterns in bidding processes that may indicate unlawful collusive activity. Discussions of bid-rigging in the OECD Competition Committee and its Working Party no. 3 (WP3) have emphasised that procurement authorities can play an important role in helping to detect unlawful bid rigging and in reducing the probability of bid rigging through well designed auctions, among other measures. Thus, not surprisingly, the Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation on Hard Core Cartels concluded that to fight bid rigging more effectively more countries should expand their awareness programmes and work more extensively with procurement officials.¹

II. Related OECD Work

5. For quite some time the OECD Competition Committee has examined a variety of issues related to hard core cartels. The initial work in this area led the OECD Council to adopt a Recommendation in 1998 Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels.² The 1998 Council Recommendation was followed by the 2005 Best Practices concerning the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations.³ During that time, the Competition Committee and WP3 published numerous reports and best practice documents which followed up on the earlier Recommendation and which examined new topics such as effective leniency and amnesty programs, sanctions against businesses and individuals, and plea bargaining and settlement issues, concessions, and among others.⁴

6. More recently, the OECD Competition Committee focused on competition issues in bidding markets as well as construction markets in particular (as this sector has often seen cartel activity in a number of jurisdictions).⁵ Similarly, WP3 recently examined ways of enhancing competition in public procurement and the types of documents and working methods that competition authorities use to inform procurement agencies of the harm from bid rigging as well as how to detect and prevent it.⁶ As a follow up to this work, WP3 delegates agreed at the June 2008 meeting to create a document that could be used by officials to help detect cartels and design auctions to inhibit cartel conduct. This document, often referred to as a checklist, as well as the prior cartel work by the OECD will undoubtedly help support the goals of the Project.

1 Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation, OECD 2005, p. 3.

2 Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (25 March 1998 - C(98)35/FINAL)

3 Best Practices for the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations (October, 2005)

4 See: www.oecd.org/competition

5 See: OECD, Roundtable on Competition in the Bidding Markets, Background Note by the Secretariat (DAF/COMP(2006)27) and OECD, Roundtable on Competition in the Construction Industry, Background Note by the Secretariat (DAF/COMP(2008)15).

III. Project Implementation

7. This section of the Report describes how the two main stages of the Project were implemented. A key feature of the Project is involving experts from the competition authorities of OECD member countries. The work has been assisted by experts from the Portuguese authority in the case of Brazil and from Canada in the case of Chile. Experts from Canada and Portugal participated in “needs assessment” missions in October and December of 2007. They have been actively involved in subsequent discussions as well as in the writing of various reports, such as those examining issues related to proposed amendments to Brazil’s procurement and competition laws. The OECD is highly appreciative of their contributions to the Project.

First stage - needs assessment

8. The first stage involved assessing the needs of the country in question. During missions, experts spoke to a wide range of players to assess the current situation. For example, experts spoke with officials from the competition authority, the competition tribunal, a variety of procurement agencies, the procurement tribunal, government auditing bodies, a municipal association, an airport regulatory agency and other organizations. In many instances, interviews were conducted in the local language, with interpretation provided as needed, or in English, if it was appropriate.

Second stage - work plan design and implementation

9. Following the needs assessment, a work plan was drawn up in co-operation with the competition authority. Each work plan detailed the steps that were to be taken over the following months and indicated which agencies the experts and the competition authority would interact with when implementing the work plan. While the contents of the work plan depended on the particular circumstances of the country in question, in general both plans focused to varying degrees on work with outside agencies such as procurement authorities, capacity building inside the competition authority itself, and work on legislative changes.

IV. Progress Report on the Project in Brazil

10. The work in Brazil is anchored in the anti-bid rigging unit within SDE, the Ministry of Justice’s competition authority.⁷ During the needs assessment portion of the Project, the OECD experts met with officials from the Ministry of Justice (SDE), the competition tribunal (CADE) and the Ministry of Finance (SEAE). Discussions with these agencies focused on creating an agenda of activities for the anti-bid rigging unit, procurement law reform, outreach to other government agencies, an evaluation of a recent bid rigging case and case prioritization issues. Meetings were held with officials from outside agencies such as the Ministry of Planning, the Ministry of Roads and Infrastructure, the Ministry of Social Security, the Ministry of Health, the Ministry of Education, SABESP (a large water company), CGU (the internal auditors for the federal government), and TCU (the Federal Audit Tribunal).⁸ The meetings with the

7 SDE’s bid rigging unit was established in May 2007.

8 The link between corruption and collusion was well demonstrated in that members of CGU indicated that most corruption cases involved some form of collusion.

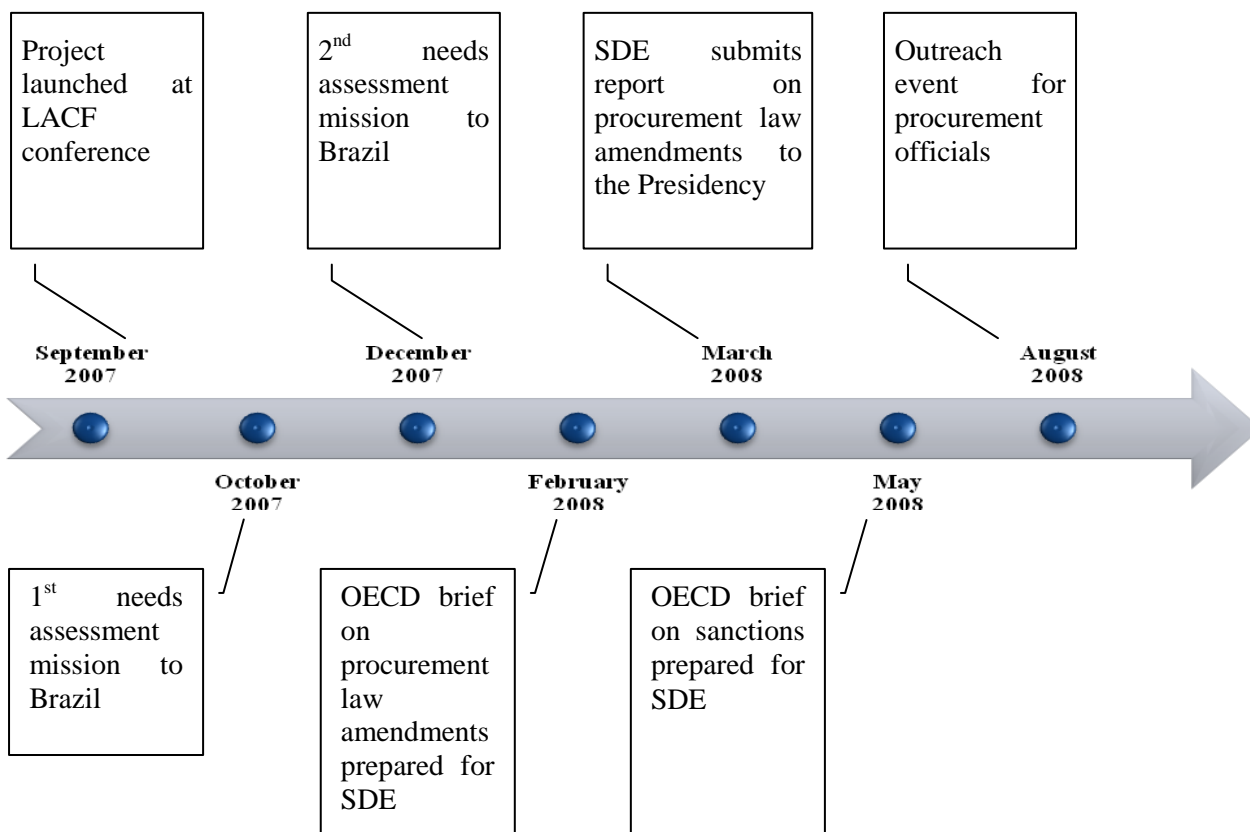
Ministries and other organizations revealed that although no organization systematically attempted to root out bid rigging cartels, they were aware of what bid rigging is and the harm that it causes. Nevertheless, they did not know how to identify the kind of behaviour by businesses and individuals that might indicate that a cartel has formed as well as what efforts they could take to inhibit cartels. In addition to these meetings, the OECD experts also met with assistants to a Brazilian Senator as well as the Ministry of Planning. Those meetings focused upon certain procurement law amendments.

11. As a result of some of these meetings, the OECD experts began to have some concerns with several proposed amendments to Brazil's procurement law as they seemed to negatively impact competition in the construction sector. As a result, a short brief was submitted to SDE in February, 2008 outlining the specific procurement practices of several jurisdictions as well as further steps that SDE should take in seeking to identify whether the amendments would likely reduce competition. It was also suggested that the authority draft an amendment to the bill which would seek to establish a Certificate of Independent Bid Determination (CIBD) program. Ultimately, SDE submitted a report to the Presidency of the Brazilian Republic in March, 2008 which examined in detail various proposed amendments to the procurement law. Although this report largely focused on amendments which impacted the construction sector, SDE did include a request to implement the CIBD program.

12. In addition to the brief on the procurement law amendments, the OECD submitted to SDE in May, 2008 a brief on a proposed amendment to the competition law which focused upon sanctions. Another part of the overall effort is to establish a network of bodies that will coordinate efforts to fight corruption and bid rigging. The focus of this effort is on the Internal Audit Agency, the Federal Audit Tribunal, and the Ministry of Planning. This effort is at an early stage and takes some of its guiding ideas from other jurisdictions with similar practices. Notably, an interesting feature of this effort is the possibility of using complementary enforcement powers to discover bid rigging and corruption.

Timeline of Work in Brazil

13. The timeline below illustrates the major outputs that have been achieved so far in Brazil. The focus, as highlighted above, has been on legislative work as well as outreach to procurement agencies and other organizations.



Future Work in Brazil

14. Future work with Brazil may continue to focus on strengthening the competition and procurement law. In addition to that work, capacity building inside the authority as well as to other parts of the Brazilian competition law and policy system may be undertaken. The outreach efforts will also continue as a large seminar for procurement officials is currently planned for August, 2008.

V. Progress Report on the Project in Chile

15. During the needs assessment portion of the Project, meetings were held with the heads of the National Economic Prosecutor (FNE) as well as with FNE’s division heads. Discussions focused on FNE’s interest in strengthening enforcement powers through legislative amendments that would establish a leniency program, strengthen sanctions and provide for the ability to conduct dawn raids.⁹ To help that effort, Commissioner Sheridan Scott from Canada’s Competition Bureau addressed members of the Chilean Parliament in October, 2007. Her speech concerned the importance of establishing a well designed leniency program, strong sanctions, and the ability to conduct dawn raids.

16. A meeting was also held with the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (the Competition Tribunal). Officials during these meetings pointed out the need for stronger enforcement power so as to

⁹ Staff retention and complaint prioritization and handling (FNE currently receives more than 200 annually) were also sighted as important issues affecting their anti-cartel enforcement efforts.

enable a higher standard of proof to be provided to courts (rather than indirect evidence) and the need to help members of the Chilean Parliament understand why competition law reform is needed.

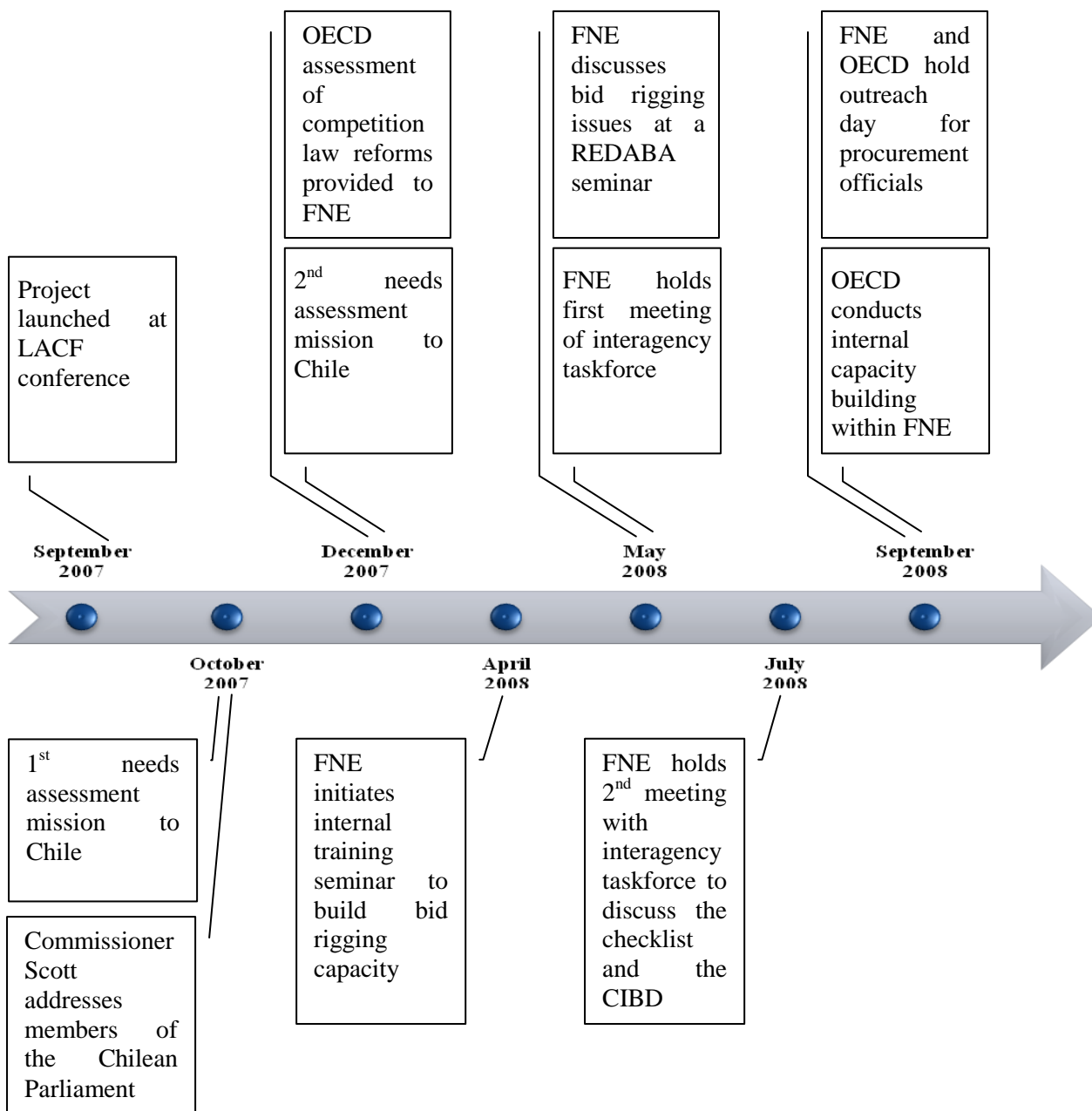
17. In addition to the above, meetings were held with the Dirección de Compras Públicas (a web-based procurement authority), the Tribunal de Compras y Contratación Públicas (the procurement tribunal), Junta Aeronáutica Civil (an airline transportation authority), Cenabast (an agency that handles auctions for medical supplies), the Asociación de Municipalidades (a municipal association), the Ministry of Public Works, and the Controller of the General Republic (the federal auditing body). Most of the representatives from procurement organizations seemed to understand the importance of fighting bid rigging. Many officials were interested in receiving training on identifying bid rigging cartels and in receiving advice on how to best design tender offers so as to reduce the likelihood of collusion.

18. Although the work in Chile has proceeded more slowly than in Brazil, a work plan has now been agreed with the National Economic Prosecutor. That work plan puts its primary emphasis on building capacity within the authority and working with outside agencies. One initiative focuses on building a guide to help case officers and external agencies detect bid rigging. Another part of the project focuses on establishing an interagency taskforce focused on reducing bid rigging. The initial partner agencies for this effort include the Association of Public Procurement Officers (REDABA), the Ministry of Public Works (MOP), the General Comptroller (CGR), the Internal Government Comptroller (CAIGG) and Chile Compras (the federal online procurement system). The first meeting of the interagency task force took place in May, 2008 and the second meeting will occur on July 10, 2008.¹⁰ On May 15, 2008, FNE gave a presentation on bid rigging to members REDABA. At that meeting more than 200 procurement officers attended. This will be followed up with additional presentations to procurement officials as well as a survey of the procurement practices of the members of REDABA. Ultimately, tailored training programs that target these agencies will likely be developed to help them better identify bid rigging and institute practices that enable a trail of evidence to be obtained. To help aid this effort, an investigative techniques workshop for FNE is planned for late September, 2008. This seminar will follow-up on an earlier capacity building seminar that was completed in April by FNE). Finally, a seminar for procurement agencies is planned for September as well.

Timeline of Project Work in Chile

19. The timeline below illustrates the major outputs that have been achieved so far in Chile. The focus so far has been on capacity building within the authority, outreach to procurement agencies and other organizations, and legislative work.

10 An official from MOP attended WP3's roundtable discussion on bid rigging as well as the Competition Committee's discussion of competition issues in the construction sector.



Future Work in Chile

20. Future work in Chile is likely to focus on aiding FNE’s efforts to strengthen investigatory powers. This will be accomplished by providing FNE with briefs which examine issues raised by various lawyer associations concerning leniency programs, dawn raid powers and wire tapping. The work could also aid the formation of a cartel unit in FNE as well as building capacity within that unit. Outreach efforts are likely to be focused on helping procurement officials to detect bid rigging as well as to prevent it. For example, one effort is likely to involve placing a checklist document on FNE’s website and on the procurement websites for Chile Compras and REDABA. In addition, members of the interagency

taskforce are likely to incorporate the checklist into their manuals into order to help educate their officials on how to identify bid rigging. Another effort could potentially involve establishing an online system for reporting potential cartels and a dedicated phone number so procurement officials or others could report suspicious behaviour. Finally interagency taskforce members are likely to assess the ability to establish a Certificate of Independent Bid Determination Program in Chile in the near future. In September, 2008, the results from the first workplan will be assessed and a new workplan will likely be drafted.

VI. Feedback from Brazil and Chile

21. Reviews by both Brazil and Chile indicate that they deem the Project to be a success so far. For example, in its submission to WP3 at the June 2008 roundtable discussion, Brazil indicated that the “OECD was a very important partner” and the “assistance already given to SDE by the OECD has been of immense value.” Chile, too, has greatly appreciated the effort by the OECD.

VII. Summary

22. The OECD Project to Reduce Bid Rigging in Latin America is nearly one year old. Progress within Brazil and Chile has been steady. Both of the initiatives in Brazil and Chile have emphasized outreach to procurement agencies and other government bodies as the natural way to combat bid rigging. Those initiatives corroborate the findings of the OECD Competition Committee and WP3 which have emphasized the importance of establishing a close working relationship with procurement bodies. More is called for, but the effort is surely taking hold.



PROGRESS REPORT

Spanish Version



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



**FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
10-11 de septiembre de 2008, Ciudad de Panamá**

-- Sesión IV --

Proyecto de la OCDE para reducir la colusión en procedimientos de licitación en Latinoamérica

Informe sobre los progresos realizados

I. Introducción

1. El Proyecto de la OCDE para reducir la colusión en procedimientos de licitación en Latinoamérica está destinado a ayudar a las autoridades de defensa de la competencia y los servicios de adquisiciones a detectar y evitar la colusión en procedimientos de licitación de adquisiciones públicas. El proyecto se lanzó en el Foro Latinoamericano de Competencia de 2007, con proyectos piloto en Brasil y Chile. A partir del amplio trabajo realizado por el Comité de Competencia, el proyecto espera incrementar el número de casos de colusión en procedimientos de licitación que se enjuician con resultados satisfactorios, además de ayudar a frenar la actividad de los carteles. En última instancia, esta labor podría derivarse en importantes ahorros de los fondos gubernamentales y, a su vez, podría impulsar la talla de la autoridad en materia de competencia dentro del gobierno.

2. En muchos países, los concursos públicos de adquisiciones representan un amplio porcentaje del gasto público de la economía nacional. Las estadísticas existentes sugieren que, por término medio, las adquisiciones públicas representan aproximadamente un 15% del Producto Interior Bruto (PIB) en los países de la OCDE e incluso más en muchas economías no pertenecientes a la OCDE. Dado que el objetivo principal de las adquisiciones públicas consiste en seleccionar proveedores con el precio más bajo ajustado a la calidad, las autoridades de defensa de la competencia pueden ayudar de forma considerable a ello si reducen la colusión en procedimientos de licitación durante los concursos de adquisición pública.

3. La colusión en procedimientos de licitación se produce cuando las empresas se confabulan para aumentar los precios a compradores que desean adquirir productos o servicios a través de un proceso de licitación. Las confabulaciones colusorias en procedimientos de licitación pueden adoptar diversos

formatos, si bien, todos ellos obstaculizan los esfuerzos de los compradores (con frecuencia, los gobiernos federales, estatales y locales) para conseguir productos y servicios al precio más bajo posible. Por ejemplo: una confabulación colusoria en un procedimiento de licitación entre dos empresas podría implicar un acuerdo para que una empresa no presentase una oferta en un concurso concreto o un acuerdo para presentar una oferta elevada de manera que la oferta del ganador designado fuese aceptada por los servicios de adquisiciones.

4. No resulta sorprendente que muchos expertos consideren que la autoridad mejor colocada para detectar signos de acuerdos ilícitos en las licitaciones son los propios servicios adquisiciones, pues cuentan con un buen conocimiento del sector industrial y pueden observar los modelos de ofertas presentadas que podrían indicar una actividad colusoria ilícita. Los debates mantenidos sobre colusión en procedimientos de licitación en el Comité de Competencia de la OCDE y su Grupo de Trabajo nº 3 (WP3) han hecho hincapié en que los servicios de adquisiciones pueden desempeñar un importante papel a la hora de ayudar a detectar colusiones ilícitas y reducir la probabilidad de que éstas se produzcan, mediante concursos bien diseñados, entre otras medidas. Por lo tanto, no es de sorprender que el *Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation on Hard Core Cartels* concluyese que para luchar de forma más eficaz contra la colusión en procedimientos de licitación, debería haber más países que ampliasen sus programas de concienciación y cooperasen de manera más amplia con los responsables de los servicios de adquisiciones.¹

II. Trabajos relacionados de la OCDE

5. Durante algún tiempo, el Comité de Competencia de la OCDE ha examinado una serie de temas relacionados con los carteles. Los trabajos iniciales en este ámbito llevaron al Consejo de la OCDE a adoptar en 1998 la *Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*.² A esta Recomendación del Consejo de 1998, le siguieron en 2005 las *Best Practices concerning the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*.³ En esa época, el Comité de Competencia y el WP3 publicaron numerosos informes y documentos de mejores prácticas como continuación a la anterior Recomendación. En ellos, examinaban nuevos temas como programas eficaces de amnistía y clemencia, sanciones contra empresas y particulares y aspectos relativos a acuerdos extrajudiciales y negociación de los cargos y de la condena, concesiones, etc.⁴

6. Más recientemente, el Comité de Competencia de la OCDE se ha centrado en temas de competencia en los mercados de licitación, así como en los mercados de la construcción concretamente (puesto que en dicho sector se han registrado normalmente actividades de carteles en una serie de jurisdicciones).⁵ De igual manera, el WP3 examinó recientemente formas de aumentar la competencia en el sistema de adquisiciones públicas y los tipos de documentos y métodos de trabajo que utilizan las autoridades de defensa de la competencia para informar a los órganos de adquisiciones del daño provocado

¹ Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation, OCDE 2005, p. 3.

² Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (25 de marzo de 1998 - C(98)35/FINAL)

³ Best Practices for the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations (Octubre de 2005)

⁴ Véase: www.oecd.org/competition

⁵ Véase: OCDE, Roundtable on Competition in the Bidding Markets, Background Note by the Secretariat (DAF/COMP(2006)27) y OCDE, Roundtable on Competition in the Construction Industry, Background Note by the Secretariat (DAF/COMP(2008)15).

por la colusión en procedimientos de licitación y sobre cómo detectarla y prevenirla.⁶ Como continuación a dicho trabajo, los delegados del WP3 acordaron, en la reunión de junio de 2008, elaborar un documento que pudieran utilizar los funcionarios para ayudarles a detectar carteles y a diseñar concursos públicos que impidiesen las actividades de éstos. Dicho documento (denominado con frecuencia lista de comprobación), así como el trabajo previo de la OCDE sobre los carteles, ayudarán sin duda a respaldar los objetivos del Proyecto.

III. Puesta en práctica del proyecto

7. Esta sección del informe describe cómo se han puesto en práctica las dos etapas principales del proyecto. Una característica clave del proyecto es que involucra a expertos de las autoridades de defensa de la competencia de países miembros de la OCDE. Los trabajos han recibido asistencia de expertos de la autoridad portuguesa, en el caso de Brasil y de Canadá en el caso de Chile. Expertos de Canadá y Portugal participaron en misiones de “evaluación de necesidades” en octubre y diciembre de 2007. Se involucraron activamente en posteriores debates, así como en la elaboración de varios informes, como aquellos que examinan aspectos relativos a las enmiendas propuestas de las leyes de competencia y adquisiciones de Brasil. La OCDE agradece enormemente sus aportaciones al proyecto.

Primera etapa: evaluación de las necesidades

8. La primera etapa implicó la evaluación de las necesidades del país en cuestión. Durante las misiones, los expertos hablaron con una amplia variedad de actores para evaluar cuál era la situación actual. Por ejemplo, hablaron con funcionarios de la autoridad de defensa de la competencia, el tribunal de competencia, una serie de servicios de adquisiciones, el tribunal de adquisiciones, los órganos auditores gubernamentales, una asociación municipal, un órgano regulador aeroportuario y otras organizaciones. En muchos casos, se realizaron entrevistas en el idioma local (con servicio de interpretación, cuando fue necesario) o en inglés, si resultaba apropiado.

Segunda etapa: diseño y aplicación del plan de trabajo

9. Tras la evaluación de las necesidades, se elaboró un plan de trabajo en cooperación con la autoridad encargada de la competencia. Cada plan de trabajo describía pormenorizadamente las medidas que había que tomar en los meses siguientes e indicaba con qué organismos interactuarían los expertos y la autoridad de defensa de la competencia al aplicar el plan de trabajo. Aunque los contenidos del plan de trabajo dependieron de las circunstancias concretas del país en cuestión, en general, ambos planes se centraron en diferente medida en cooperar con órganos externos, como los servicios de adquisiciones, en el fomento de la capacidad dentro de la propia autoridad de defensa de la competencia y en trabajar en cambios legislativos.

IV. Informe sobre los progresos realizados en el proyecto en Brasil

10. El trabajo en Brasil se basó en la unidad contra la colusión en procedimientos de licitación dentro de la SDE (la autoridad de defensa de la competencia del Ministerio de Justicia).⁷ Durante la parte del

⁷ En mayo de 2007, se constituyó la unidad encargada de la colusión en procedimientos de licitación de la SDE.

proyecto dedicada a la evaluación de las necesidades, los expertos de la OCDE se reunieron con funcionarios del Ministerio de Justicia (SDE), el tribunal encargado de la competencia (CADE) y el Ministerio de Economía (SEAE). Las charlas mantenidas con estos organismos se centraron en cargar una agenda de actividades para la unidad contra la colusión en procedimientos de licitación, la reforma de la ley sobre adquisiciones, en contactar con otros órganos gubernamentales, en una evaluación de un caso reciente de colusión en un procedimiento de licitación y en aspectos de definición de prioridades en cuanto a casos. Se celebraron reuniones con funcionarios de órganos externos como el Ministerio de Planificación, el Ministerio de Carreteras e Infraestructura, el Ministerio de Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, el Ministerio de Educación, SABESP (una gran empresa de agua), CGU (los auditores internos del gobierno federal) y TCU (el Tribunal Federal de Auditoría).⁸ Las reuniones con los Ministerios y con otras organizaciones revelaron que, aunque ninguna organización trataba de forma sistemática de desarraigar los carteles dedicados a la colusión en procesos de licitación, conocían dicha práctica y también eran conscientes del daño que provoca. No obstante, no sabían cómo identificar el tipo de comportamiento por parte de empresas y particulares que podría indicar que se había formado un cartel, ni tampoco los esfuerzos que podrían realizar para evitarlos. Además de estas reuniones, los expertos de la OCDE se reunieron también con auxiliares de un Senador brasileño y del Ministerio de Planificación. Dichas reuniones se centraron en determinadas enmiendas de la ley sobre adquisiciones.

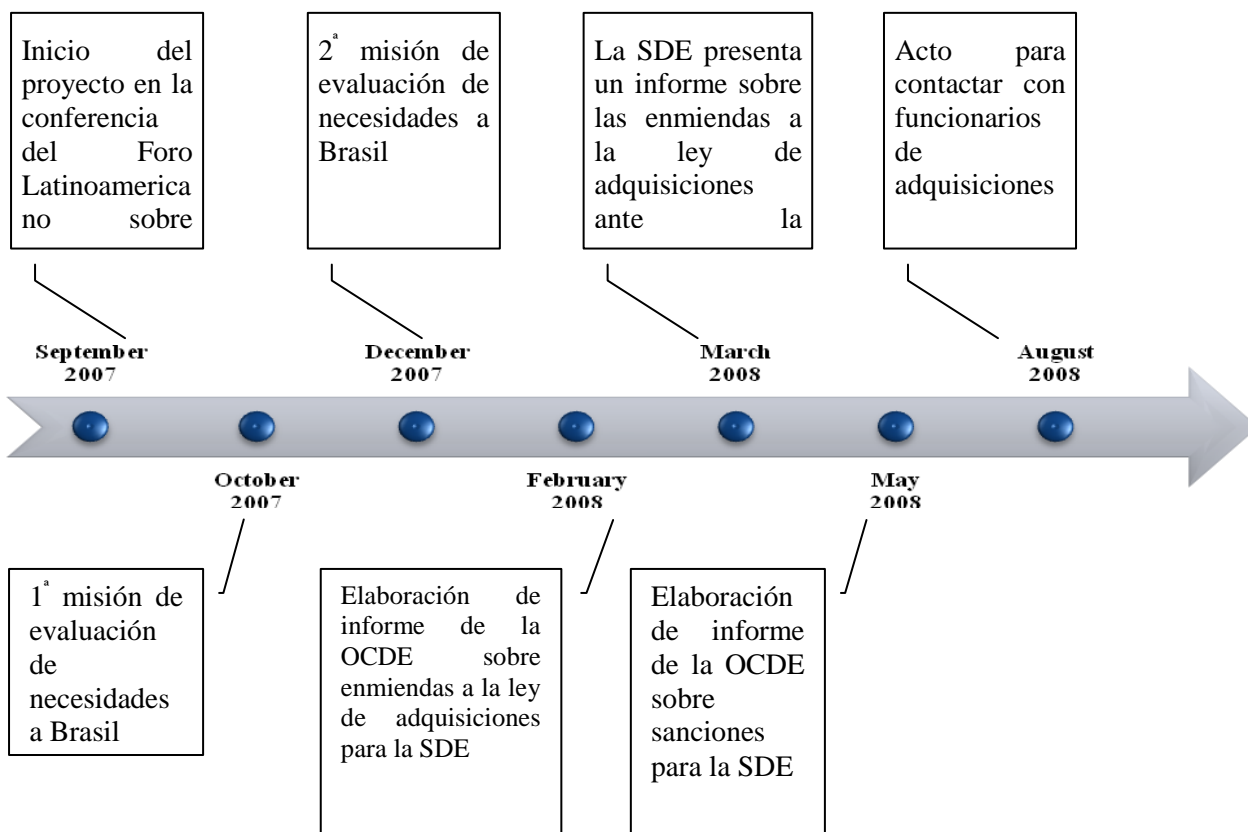
11. Como resultado de algunas de esas reuniones, los expertos de la OCDE comenzaron a preocuparse por algunas de las enmiendas propuestas a la ley de adquisiciones de Brasil, ya que parecían perjudicar la competencia en el sector de la construcción. En consecuencia, se presentó un breve informe ante la SDE en febrero de 2008 que destacaba las prácticas de adquisición específicas de varias jurisdicciones, así como las medidas adicionales que debería tomar la SDE para tratar de identificar si las enmiendas reducirían la competencia. También se sugirió que la autoridad redactase una enmienda al proyecto de ley con la intención de establecer un programa de Determinación de un certificado de oferta independiente (CIBD). En última instancia, la SDE presentó un informe a la Presidencia de la República de Brasil en marzo de 2008, que examinaba de forma pormenorizada varias enmiendas propuestas a la ley de adquisiciones. Aunque este informe se centró en gran medida en las enmiendas que influían en el sector de la construcción, la SDE incluyó una solicitud para poner en práctica el programa de CIBD.

12. Además del informe sobre las enmiendas a la ley de adquisiciones, en mayo de 2008, la OCDE presentó a la SDE un informe sobre una enmienda propuesta a la ley de competencia, que se centraba en las sanciones. Otra parte de este esfuerzo general consiste en establecer un red de órganos que coordinará los esfuerzos de lucha contra la corrupción y la colusión en procedimientos de licitación. Dicho esfuerzo se centra en la Agencia de Auditoría Interna, el Tribunal Federal de Auditoría y el Ministerio de Planificación, se encuentra en una etapa inicial y adopta algunas de sus ideas orientativas de otras jurisdicciones con prácticas similares. Cabe destacar que una interesante característica de dicho esfuerzo es la posibilidad de utilizar poderes de aplicación complementarios para descubrir prácticas de corrupción y colusión en procedimientos de licitación.

Calendario de trabajo en Brasil

13. El siguiente calendario muestra los resultados más importantes que se han alcanzado en Brasil hasta el momento. Tal como se ha señalado anteriormente, se ha hecho hincapié en el trabajo legislativo, así como en contactar con los servicios de adquisiciones y otras organizaciones.

⁸ El vínculo entre corrupción y colusión quedó bien demostrado por el hecho de que los miembros de CGU indicaron que la mayoría de los casos de corrupción implicaban cierta forma de colusión.



Futuros trabajos en Brasil

14. Los futuros trabajos que se realizarán con Brasil pueden seguir centrándose en fortalecer la ley sobre adquisiciones y competencia. Además de esto, pueden llevarse a cabo tareas de fomento de la capacidad dentro de la autoridad, así como en otras partes del sistema político y en la legislación sobre competencia de Brasil. También se proseguirá con los esfuerzos de establecimiento de contactos, como un gran seminario para funcionarios de adquisiciones que se ha planificado actualmente para agosto de 2008.

V. Informe sobre los progresos realizados en el proyecto en Chile

15. Durante la parte del proyecto dedicada a la evaluación de necesidades, se mantuvieron reuniones con los jefes de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), así como con los jefes de división de este organismo. Los debates se centraron en el interés de la FNE por reforzar los poderes de aplicación a través de enmiendas legislativas que constituirían un programa de clemencia, reforzarían las sanciones y aportarían la capacidad de efectuar redadas.⁹ Para contribuir a dicha labor, la Comisionada Sheridan Scott de la Oficina de Competencia de Canadá se dirigió a los miembros del Parlamento chileno en octubre de 2007. Su discurso trató sobre la importancia de constituir un programa de clemencia bien diseñado, sólidas sanciones y la capacidad para realizar redadas.

⁹ El mantenimiento del personal y la gestión y establecimiento de prioridades en cuanto a quejas (actualmente, la FNE recibe más de 200 al año) también se consideraron aspectos importantes que afectan a los esfuerzos de aplicación de las medidas contra los carteles.

16. Asimismo, se mantuvo una reunión con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Durante estas reuniones, los funcionarios señalaron la necesidad de un poder de aplicación de la ley más fuerte para poder lograr un criterio de prueba superior ante los tribunales (en lugar de pruebas indirectas), así como la necesidad de ayudar a los miembros del Parlamento chileno a comprender por qué se necesita una reforma de la ley sobre competencia.

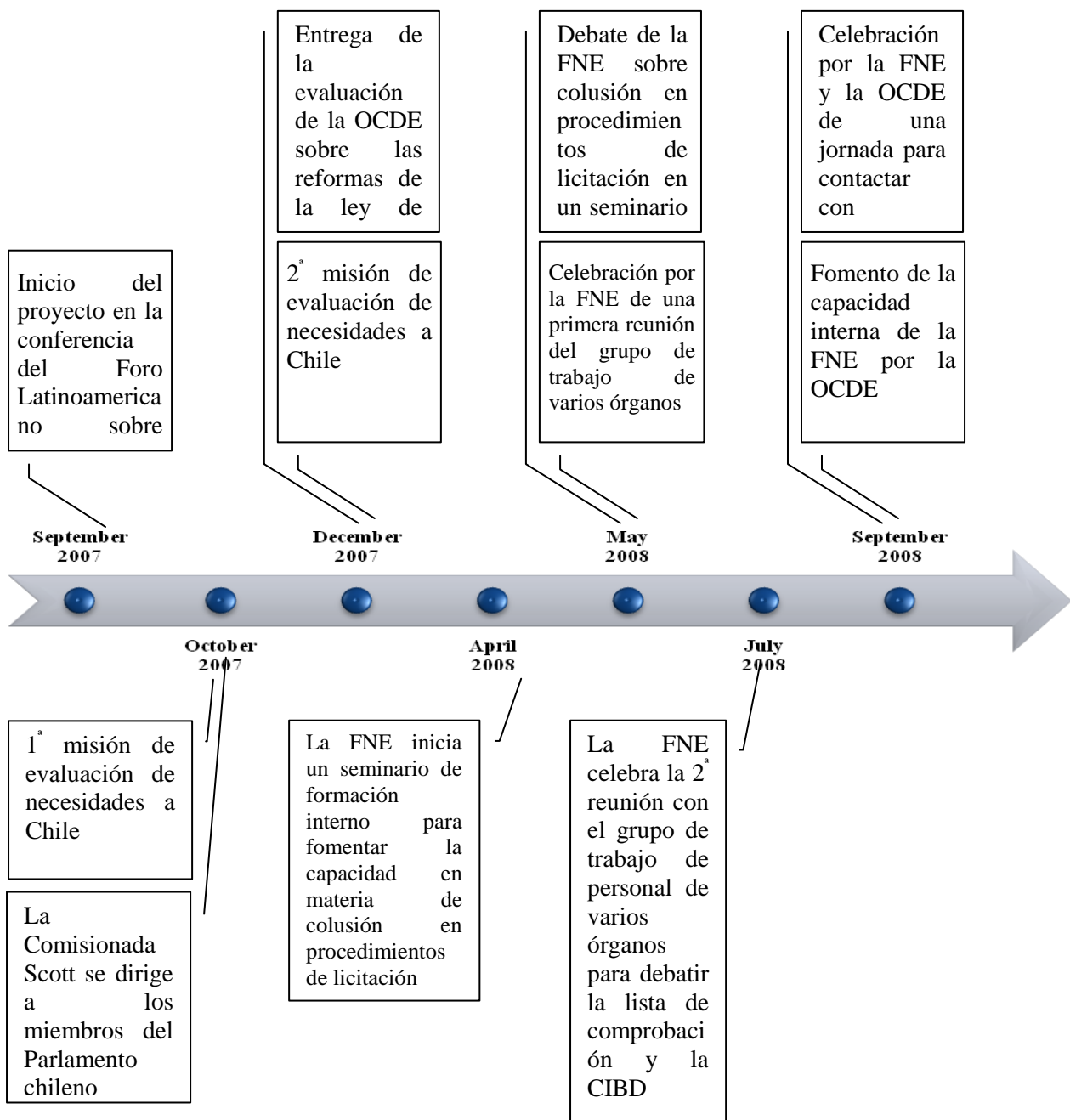
17. Aparte de lo anterior, se celebraron reuniones con la Dirección de Compras Públicas (un servicio de adquisiciones Web), el Tribunal de Compras y Contratación Públicas (el tribunal competente en materia de adquisiciones), la Junta Aeronáutica Civil (una autoridad de transporte de líneas aéreas), Cenabast (un órgano que gestiona los concursos públicos de suministros médicos), la Asociación de Municipalidades, el Ministerio de Obras Públicas y la Contraloría General de la República (el órgano de auditoría federal). La mayoría de los representantes de organizaciones de adquisiciones parecieron comprender la importancia que reviste la lucha contra la colusión en procedimientos de licitación. Muchos funcionarios se interesaron por recibir formación sobre cómo identificar carteles dedicados a esta práctica, así como asesoramiento sobre cómo lograr el mejor diseño de los concursos públicos de licitación para reducir la probabilidad de colusión.

18. Aunque los trabajos llevados a cabo en Chile se han desarrollado con más lentitud que en Brasil, actualmente se ha acordado un plan de trabajo con la Fiscalía Nacional Económica. Dicho plan de trabajo pone el énfasis principal en fomentar la capacidad dentro de la autoridad y en trabajar con órganos externos. Una iniciativa se centra en elaborar una guía para ayudar a los funcionarios y los órganos externos a detectar la colusión en procedimientos de licitación. Otra parte del proyecto se centra en establecer un grupo de trabajo con personal de diferentes organismos que se centre en reducir la colusión en procedimientos de licitación. Entre los órganos asociados iniciales para dicha labor se encuentran la Red de Abastecimiento del Estado (REDABA), el Ministerio de Obras Públicas (MOP), la Contraloría General de la República (CGR), el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (CAIGG) y Chile Compras (el sistema de adquisición en línea federal). La primera reunión del grupo de trabajo formado por personal de diferentes órganos se celebró en mayo de 2008 y la segunda tendrá lugar el 10 de julio de 2008.¹⁰ El 15 de mayo de 2008, la FNE realizó una presentación sobre colusión en procedimientos de licitación ante los miembros de REDABA. A dicha reunión, asistieron más de 200 funcionarios de adquisiciones. A esto le seguirán presentaciones adicionales ante los funcionarios de adquisiciones, así como una encuesta sobre las prácticas de adquisición de los miembros de REDABA. En última instancia, podrían elaborarse programas de formación a medida dirigidos a estos órganos, para ayudarles a identificar mejor la colusión en procedimientos de licitación e instituir prácticas que permitan un seguimiento de las pruebas a obtener. Para contribuir a dicha labor, se ha planificado realizar un taller sobre técnicas de investigación para la FNE a finales del mes de septiembre de 2008. Dicho seminario continuará la labor de otro anterior sobre el fomento de la capacidad, completado en abril por la FNE. Por último, también se ha planificado un seminario para septiembre para los servicios de adquisiciones.

Calendario de trabajo del proyecto en Chile

19. El siguiente calendario muestra los resultados más importantes que se han alcanzado en Chile hasta el momento. Hasta ahora, los trabajos se han centrado en el fomento de la capacidad dentro de la autoridad, en contactar con servicios de adquisiciones y otras organizaciones y en la labor legislativa.

¹⁰ Un funcionario del MOP asistió a una mesa redonda del WP2 sobre colusión en procedimientos de licitación, así como a la charla del Comité de Competencia sobre los problemas de competencia en el sector de la construcción.



Futuros trabajos en Chile

20. Los futuros trabajos en Chile podrían centrarse en ayudar a que la labor de la FNE refuerce las capacidades de investigación. Para ello, se proporcionarán a la FNE informes que examinen los problemas planteados por varias asociaciones de juristas en relación con los programas de clemencia, las capacidades para realizar redadas y las escuchas informáticas. El trabajo también podría contribuir a la formación de una unidad encargada de los carteles en la FNE, así como a fomentar la capacidad dentro de dicha unidad. Los esfuerzos de establecimiento de contactos podrían centrarse en ayudar a los funcionarios de

adquisiciones a detectar prácticas de colusión en procedimientos de licitación, así como en evitarlas. Por ejemplo, un esfuerzo podría implicar la colocación de una lista de comprobación en la página web de la FNE y en las páginas web de adquisiciones de Chile Compras y REDABA. Asimismo, los miembros del grupo de trabajo de varios órganos podrían incorporar esa lista de comprobación en sus manuales para educar a sus funcionarios sobre cómo identificar la colusión en los procedimientos de licitación. Otro esfuerzo podría implicar posiblemente la creación de un sistema en línea para informar de posibles carteles y un número de teléfono dedicado, para que los funcionarios de los servicios de adquisiciones u otros pudieran informar de comportamientos sospechosos. Por último, los miembros del grupo de trabajo de varias agencias podrían valorar la capacidad para establecer un Programa de determinación de un certificado de oferta independiente en Chile en un futuro próximo. En septiembre de 2008, se evaluarán los resultados del primer plan de trabajo y podría elaborarse un plan de trabajo nuevo.

VI. Información de referencia de Brasil y Chile

21. Los análisis efectuados tanto por Brasil como por Chile indican que hasta ahora consideran que el proyecto es un éxito. Por ejemplo, en su presentación ante el WP3 en la mesa redonda celebrada en junio de 2008, Brasil indicó que la “OCDE fue un socio muy importante” y la “asistencia que ésta ha prestado ya a la SDE ha sido de inmenso valor.” Chile también ha agradecido enormemente el esfuerzo realizado por la OCDE.

VII. Resumen

22. El Proyecto de la OCDE para reducir la colusión en procedimientos de licitación en Latinoamérica ya casi ha cumplido un año. Los progresos alcanzados en Brasil y Chile han sido constantes. Las dos iniciativas de Brasil y Chile han hecho hincapié en entablar contactos con servicios de adquisiciones y otros órganos gubernamentales, como la forma natural de combatir la colusión en procedimientos de licitación. Dichas iniciativas corroboran las conclusiones del Comité de Competencia y el WP3 de la OCDE, que han resaltado la importancia de establecer una estrecha relación de trabajo con los órganos de adquisiciones. Aunque se exige más, sin duda este esfuerzo ya ha dado fruto.



PRESENTATIONS



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



OECD LATIN AMERICAN BID RIGGING PROGRAM WITH BRAZIL

Note by Brazil

Latin American Competition Forum

10-11 September 2008

-- Session IV --

OECD Latin American Bid Rigging Program with Brazil

Paulo L. Casagrande

Head of the Public Procurement Unit, SDE

Panama City, September 2008



Contents

- 1. Cartel Prosecution in Brazil**
- 2. Bid Rigging**
- 3. OECD Bid Rigging Program**
- 4. Main actions**
- 5. Benefits for SDE**

1. Cartel Prosecution in Brazil

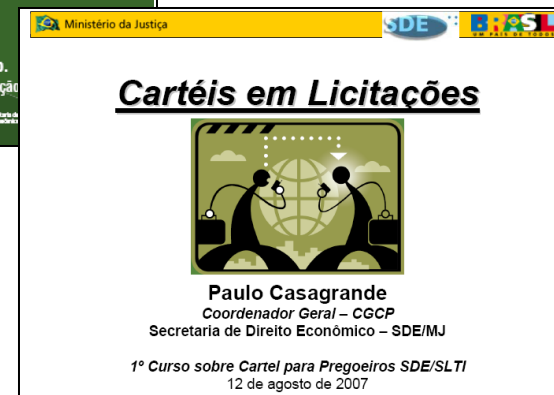
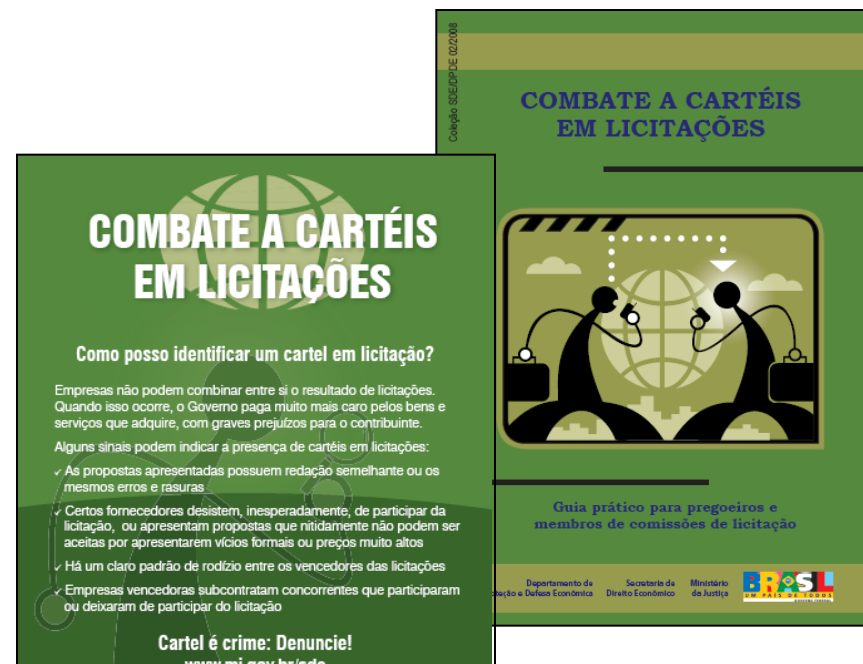
- **Since 2003, Brazil promoted a hierarchy of antitrust enforcement that places cartel prosecution as a top priority**
 - **300 cartel investigations being handled by SDE**
 - **75% of the SDE's resources are currently devoted to cartel investigations**

2. SDE efforts to fight Bid Rigging (1)

- **Bid rigging is a major priority in SDE's enforcement efforts**
 - **Creation of new special Public Procurement Unit as determined by the Minister of Justice**
 - **Contacts with other enforcement bodies to collect information about public procurement (Federal Court of Auditors; Office of the Controller General; Ministry of Planning; State and Municipal authorities)**
 - **Interaction with the Federal Police for joint investigation on bid rigging and other public procurement frauds**

2. SDE efforts to fight Bid Rigging (2)

- Preparation of manuals, charts and other materials for procurement officials about bid rigging *(all available online)*
- Massive distribution of these materials throughout the country by mail
- Outreach events, both general and customized for important public purchasers



2. SDE efforts to fight Bid Rigging (3)

- **Creation of mechanism for online reporting of suspicious behavior by procurement agents who use ComprasNet, the federal government's electronic procurement platform**
- **Initial understandings with state authorities for similar initiatives using their platforms**



+



3. OECD Bid Rigging Program

- **Objective: to provide technical assistance to SDE and other Brazilian authorities concerning the persecution of bid rigging**
- **Major support for SDE's efforts in tackling bid rigging in Brazil**

4. Main actions

- **Still planning some actions; however, some work already done:**
 - **Contacts with other public bodies in the beginning of the new Unit**
 - **Assistance to the Public Procurement Unit with the competitive analysis of a bill for the reform of the current Procurement Law, mainly with international experience concerning:**
 - **Collaterals as potential barriers to entry**
 - **Other participation requirement**

4. Main actions

➤ Executions phase:

- Analysis of certain aspects of the bill for the reform of the Brazilian Competition Law**

➤ Planning phase:

- Assistance with case prioritization methods**
- Assistance with the initiative to require an Independent Bid Certification from suppliers**
- Other**

5. Benefits for the SDE

- **Capacity building**
- **Receive authoritative guidance based on international experience for its efforts to fight bid rigging in Brazil**
- **Count on the credibility of OECD in presenting its case concerning competition aspects of new legislation to congressmen**



Thank you

paulo.casagrande@mj.gov.br



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



ANTITRUST POLICY IN PUBLIC PROCUREMENT TENDERS – THE CHILEAN PROGRAMME

Note by Chile

Latin American Competition Forum

10-11 September 2008

-- Session IV --



**ANTITRUST POLICY IN PUBLIC
PROCUREMENT TENDERS
THE CHILEAN PROGRAMME**

Fernando Araya J.
Project Coordinator

LACF Panama - September,
2008

Topics for consideration

- I. The focus of public policies
- II. Origin
- III. Design
- IV. Management
- V. Evaluation

I. The focus of public policies

Latin America's greatest shortcoming is its lack, not of "correct" public policies, but of the capacity to implement policies in general. (Lahera, 2005)

A proper policy approach includes simultaneous consideration of political, communication and management aspects in the successive analytical stages for each policy: origin, design, management and evaluation. (Lahera, 2005)

II. Origin

- Government Programme
Draft Law
- An institutional goal of FNE:
improving antitrust policy
- A source of inspiration and external
support:
OECD Outreach Programme

III. Design

- Identify objective (s)
- Identify the scopes of action
 - Internal
 - External
- Identify the means
- Identify the specific products

III. Design

- Specific products:
- Internal:
 - Professional training for FNE staff
 - Case monitoring
 - Statement of institutional policy
- External:
 - Interagency Committee
 - Working tool (*detection checklist*)
 - International seminar

III. Design

- Approval of the design by the competent senior authority
 - An Executive Committee within FNE
 - OECD *Outreach Programme*
 - A Project Coordinator within FNE
- Design flexibility:
 - Adaptation to change

IV. Management

- Professional training for FNE staff

What is to be conveyed? – create a working team

What materials to distribute?

Logistical aspects

Evaluation and follow-up

Result: completed on 17.04.2008

IV. Management

- Case monitoring/ workshop sponsored by OECD/Canada

Workshop with operational areas (legal and economic):

Research updates

Result: PENDING: week of 10/11/08

IV. Management

- Statement of institutional policy

Need to define the format more closely

Design and implementation of a banner within the institutional website (www.fne.gob.cl)

“Collusion in tendering”

www.fne.gob.cl/colusion/colusion.html

Result: completed on 31.07.2008 (and updated monthly)

IV. Management

(Institutional Statement : Banner)

The screenshot shows a web browser window displaying the website <http://www.fne.cl/>. The page layout includes a navigation menu on the left, a main content area with a news article, and a right sidebar with various links and information.

Navigation Menu (Left):

- Los Mercados
- Internacional
- Prensa
- Día de la Competencia
- Sitios de Interés
- Preguntas frecuentes

Main Content Area:

Colusión en Licitaciones (highlighted with a red circle)

Informe Anual Año 2007

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

Requiere Contratar Profesionales

XIII Congreso Internacional del CLAD

Reforma del Estado y de la Administración Pública

12 de Agosto de 2008

Corte suprema ratifica fallo del TDLC en la causa "Guerra del Plasma".

Con fecha de hoy y por unanimidad, la Tercera Sala de la Corte Suprema rechazó el recurso de reclamación interpuesto por S.A.C.I. Falabella y Paris S.A., en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que acogiendo un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, las había condenado a pagar una multa por haber incurrido en conductas de colusión y abuso de posición dominante, al presionar a proveedores de productos de electrohogar a fin de que desistieran de participar en una feria organizada por las empresas Travel Club y Duty Free, para clientes del Banco de Chile, en abril del 2006, logrando que el evento no se realizara. La Corte Suprema ratificó el fallo en todas sus partes, salvo en el monto de las multas, condenando en definitiva a Falabella y Paris al pago de una multa de 6.000 UTA y 3.750 UTA, respectivamente, lo que equivalen aproximadamente a 5 y 3 millones de dólares americanos.

12 de Agosto de 2008

FNE obtiene fondos internacionales para realizar estudio.

La FNE obtuvo financiamiento extranjero para realizar un estudio sobre competencia en un determinado sector económico. Los fondos, que alcanzan la suma de 40.000 dólares canadienses, provienen del International Development Research Centre (IDRC), entidad gubernamental canadiense fundada en 1970 para incentivar a las autoridades de países en desarrollo, a aplicar la ciencia y tecnología a la solución de los problemas sociales, económicos y ambientales que enfrentan. La Fiscalía postuló a estos fondos concursables, enviando un proyecto, en que fue analizado, junto a propuestas de otras agencias de competencia, por un Comité de expertos del IDRC, siendo finalmente escogido y beneficiado con los fondos ya señalados. El proyecto, será realizado por la División de Estudios de la FNE, y contará con la colaboración de expertos sectoriales.

12 de Agosto de 2008

Requerimientos

- Requerimiento en contra la Ilustre Municipalidad de Antofagasta

Informe Residuos Sólidos Domiciliarios

- Ilustre Municipalidad de Tucapel
- Ilustre Municipalidad de San Bernardo
- Ilustre Municipalidad de Antuco
- Ilustre Municipalidad de Santiago
- Ilustre Municipalidad de Buin
- Ilustre Municipalidad de San Bernardo

Resoluciones archivo FNE

- Denuncia del Sr. Mario Molina Z y otros en contra Shell Chile S.A.

Reclamaciones ante la Corte Suprema

- Consulta de la Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado"

Otras actuaciones FNE

- FNE se hace parte en demanda de Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A.
- Avenimiento entre FNE y Cencosud
- Avenimiento entre la FNE y la Cervecera CCU Chile Limitada. (CCU Chile)

Jurisprudencia

Sentencias del TDLC

- 125-07 31/07/2008 Demanda de CMET en contra Telefónica Chile
- C 114-06 10/07/2008 Demanda de Píscuera Los Nichos contra Compañía Píscuera de Chile S.A.

Resoluciones TDLC

IV. Management (Institutional Statement : Banner)

The screenshot shows a web browser window with the address bar displaying `http://www.fne.cl/colusion/colusion.html`. The browser interface includes a menu bar with 'Archivo', 'Edición', 'Ver', 'Favoritos', 'Herramientas', and 'Ayuda'. Below the menu bar, there are icons for 'Intranet v2...' and 'Herramientas'. The main content area features the FNE logo (Fiscalía Nacional Económica) and the OECD logo. A navigation bar contains links for 'Inicio', 'Materiales de Estudio', 'Comite Interinstitucional', 'Noticias de Interes', 'Denuncias', and 'Contacto'. The central banner has a dark red background with the text 'Colusión en Licitaciones'. Below the banner, the text reads: '¿Qué es la COLUSIÓN entre OFERENTES en LICITACIONES?' followed by a detailed paragraph explaining collusion and its effects on market competition. The text concludes with a question: '¿Desaparece este riesgo cuando Ud. compra a través de una licitación?' and the answer 'NO'. The browser's status bar at the bottom shows 'Listo', 'Internet', and '100%' zoom.

FNE
Fiscalía Nacional Económica

OECD

Inicio Materiales de Estudio Comite Interinstitucional Noticias de Interes Denuncias Contacto

Colusión en Licitaciones

¿Qué es la COLUSIÓN entre OFERENTES en LICITACIONES?

La Colusión entre Competidores (acuerdos horizontales o cárteles) es la figura reconocida como más nociva para el funcionamiento de los mercados, particularmente cuando el acuerdo recae sobre precios, niveles de producción o reparto de mercados. Ella impide que los precios, la cantidad de producción y la calidad de los productos y servicios sean determinados libremente por el juego de la oferta y la demanda, en libre competencia. Como resultado de la colusión entre competidores, en los mercados afectados por ella, los precios son más elevados que los competitivos, hay menos productos disponibles y la calidad de los mismos es inferior a la que puede encontrarse en mercados competitivos ya que, desaparecida la rivalidad entre los competidores, estos carecen de todo incentivo para innovar y mejorar sus productos. El adquirente de productos o servicios víctima de colusión entre competidores termina pagando más y/o recibiendo menos que si, en el caso, dichos competidores u oferentes hubieran competido efectivamente.

¿Desaparece este riesgo cuando Ud. compra a través de una licitación?

NO

La literatura especializada y la experiencia en Chile y en el extranjero han demostrado que en muchos mercados que reúnen determinadas características y donde los diseños del proceso de adquisición y de las bases de licitación no han logrado excluir todos los incentivos para que los oferentes se pongan de acuerdo, la probabilidad que el adquirente vía licitación sea víctima de una estrategia colusoria por parte de los oferentes es elevada.

Listo Internet 100%

IV. Management (Institutional Statement : Banner)

Fiscalía Nacional Económica

Inicio Materiales de Estudio Comite Interinstitucional Noticias de Interes Denuncias Contacto

Colusión en Licitaciones

■ ■ ■ Materiales de Estudio

MATERIALES de ESTUDIO

Aquí encontrará documentos referidos al problema de la Colusión entre oferentes en Licitaciones.

El estudio de los mismos le permitirá obtener valiosa información sobre cómo enfrentar situaciones de acuerdos colusorios al encontrarse diseñando o ejecutando un proceso licitatorio, de modo de adoptar las mejores estrategias en cuanto a la prevención y a la detección de estos ilícitos.

Fecha	Contenido	Archivo
15.05.08	FNE. Problemas de colusión entre oferentes en licitaciones: estrategias de prevención y detección	
17.04.08	FNE. Bid Rigging e instrumentos de detección de conductas anticompetitivas en licitaciones	
08.01.08	OCDE. public procurement: the role of competition authorities in promoting competition	
20.09.07	OCDE. Aumento de la competencia mediante la reducción de colusión en los procedimientos de licitación en Latinoamérica	

IV. Management (Institutional Statement : Banner)

The screenshot shows a web browser window with the address bar displaying 'http://www.fne.cl/colusion/04.html'. The browser interface includes a menu bar (Archivo, Edición, Ver, Favoritos, Herramientas, Ayuda) and a toolbar with various icons. The website content features the FNE logo (Fiscalía Nacional Económica) and the OECD logo. A navigation menu contains links for Inicio, Materiales de Estudio, Comité Interinstitucional, Noticias de Interes, Denuncias, and Contacto. A large red banner with white text reads 'Colusión en Licitaciones' and 'Noticias de Interes'. Below the banner, the section is titled 'NOTICIAS de INTERES' and contains a paragraph explaining its purpose as a channel for anti-trust news. A table lists two news items with their dates and content.

Fecha	Contenido
17.07.2008	El Comité Interinstitucional, por intermedio de la Red de Abastecimiento, colocó a disposición de los jefes de las unidades de abastecimiento de organismos públicos un cuestionario orientado a identificar riesgos de colusión entre oferentes;
09.06.2008	FNE participa en reuniones del Comité de Competencia de la OCDE, en París, donde distintos países compartieron experiencias sobre estrategias de prevención y detección de los acuerdos colusorios en licitaciones; y problemas de competencia en el sector de la construcción, entre otras materias;

IV. Management (Institutional Statement : Banner)

The screenshot shows a web browser window with the URL <http://www.fne.cl/colusion/05.html>. The browser's address bar and menu bar are visible. The website content includes the FNE logo (Fiscalía Nacional Económica) and the OECD logo. A navigation menu contains links for Inicio, Materiales de Estudio, Comité Interinstitucional, Noticias de Interés, Denuncias, and Contacto. A large red banner features the text 'Colusión en Licitaciones' and 'Denuncias'. Below the banner, the section is titled 'DENUNCIAS' and contains the following text:

Con el fin de resguardar la identidad de quienes denuncian, por mandato legal específico, los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Fiscalía Nacional Económica, están **obligados a guardar reserva** sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores (art. 42 DL 211).

La Fiscalía Nacional Económica tiene a disposición de los interesados diversos mecanismos para recibir denuncias.

I - ¿Qué se necesita para denunciar?

1. Uno o más antecedentes serios de que dos o más empresas que se encuentran participando en una licitación, se han puesto de acuerdo en ella, se han venido poniendo de acuerdo en licitaciones repetidas a través del tiempo, o han utilizado cualquier mecanismo para manipular fraudulentamente los resultados de procesos licitatorios, con el propósito de no competir y hacer pagar a la entidad licitante un precio mayor a aquel de haber existido una competencia efectiva;
2. Descripción clara del producto o servicio licitado y del lugar de la licitación;
3. Descripción de los hechos en que funda sus afirmaciones;
4. Individualización de la entidad licitante y de las distintas empresas involucradas;

The browser's status bar at the bottom shows 'Listo' and 'Internet'.

IV. Management

- Interagency committee

Membership

Adoption of commitments and minutes of meetings

Bilateral meetings with members

Result: completed on 29.05.2008

IV. Management (Interagency Committee)



IV. Management (Interagency Committee)

http://www.fne.cl/colusion/data/comite_insterinstitucional/comite_prensa_esp.pdf - Windows Internet Explorer

http://www.fne.cl/colusion/data/comite_insterinstitucional/comite_prensa_esp.pdf

Archivo Edición Ir a Favoritos Ayuda

http://www.fne.cl/colusion/data/comite_insterinstituci...

1 / 1 105% Buscar

46 | Expansión, miércoles 9 de julio de 2008

VISIÓN PERSONAL

Colusión en subastas: atención a Chile

 **Julio Pascual y Vicente**
Director de Competencia, Ashurst

Los acuerdos para falsear la competencia entre quienes concurren a subasta pública, concertando sus respectivas pujas, son conductas anticompetitivas particularmente graves, que las legislaciones de todo el mundo sancionan severamente desde antiguo en el ámbito penal y también en el administrativo.

Así sucede en España, que prohíbe estas conductas desde las medievales Partidas, sin interrupción, hasta la actualidad. En efecto, la prohibición ya aparece entre las tipificadas en la V Partida de Alfonso XI, Rey de Castilla y León, junto con otros acuerdos “entre mercaderes” para fijar los precios de venta y los pre-

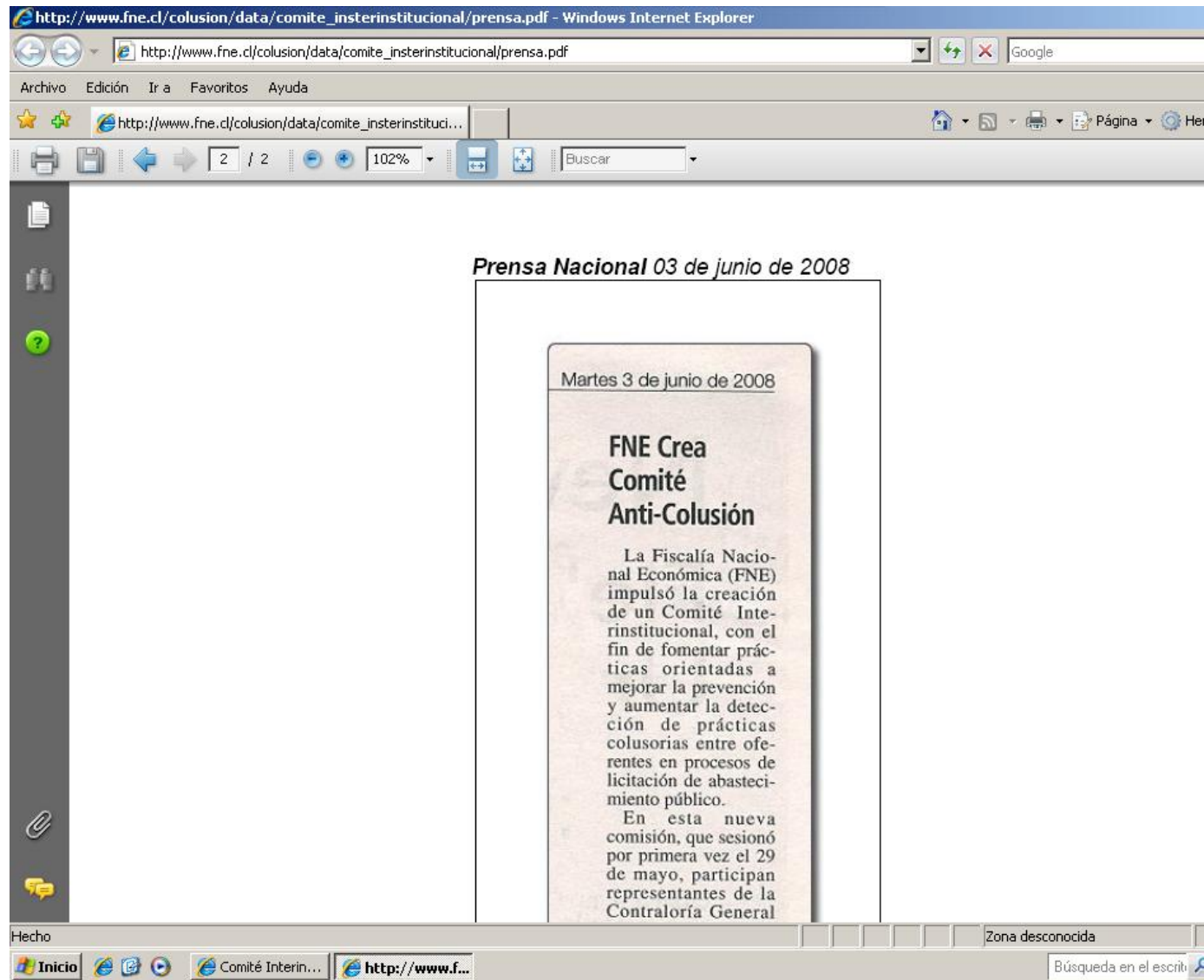
su cifra total de negocios en el año anterior al de la infracción, multa que puede extenderse a los directivos de las empresas implicadas.

La nueva Comisión Nacional de la Competencia española, que ha iniciado su singladura con brío, ya ha dicho, por boca de su Presidente, que va a perseguir con celo los cárteles y, entre ellos, particularmente los que se producen en las subastas. Pero el paso decisivo en esta materia lo acaba de dar Chile, cuya Fiscalía Nacional Económica (FNE), como autoridad nacional en materia de competencia, se ha coordinado con distintos organismos públicos, en el seno de un nuevo

Hecho Zona desconocida

Inicio Comité Interinstitucional ... http://www.fne.cl/col... Búsqueda en el escri... 18:59

IV. Management (Interagency Committee)



IV. Management

- Detection checklist

Under review by Committee members

Using initial drafts of the OECD Checklist model

Result: PENDING

IV. Management

- International seminar

Date and place: change: from September to November

Program; target audience

Competition Day: 13 November

Collusion in Public Procurement Tenders

Result: PENDING (in preparation)

V. Evaluation

- **Interim balance sheet April – August:**

of the 6 products considered:

- 3 completed (internal workshop, Committee, banner)
- 1 amended and pending (case monitoring x internal workshop)
- 2 pending in study/execution

- **Additional products (*bonus track*):**

Invitations to FNE to speak at seminars

Dedicated phone line and e-mail

Results of the Committee's work

V. Evaluation

- Final balance sheet: November
- Design of the second phase (some ideas)
 - Presentations and training programme
 - Prevention tool (*Checklist*)
 - Monitoring of cases under investigation
 - Survey of new cases
 - 2009 work programme for the Committee

Thank you!

www.fne.gob.cl

www.fne.gob.cl/colusion/colusion.html

FNE tel: 56-2-7535653

colusionenlicitaciones@fne.gob.cl



BANCO INTERAMERICANO DE DESAROLLO



POLITICA ANTI-COLUSIÓN EN LICITACIONES DE ABASTECIMIENTO PUBLICO EL PROGRAMA CHILENO

Contribución de Chile

Foro Latinoamericano de Competencia

10-11 septiembre de 2008

-- Sesión IV --



**POLITICA ANTI-COLUSIÓN EN
LICITACIONES DE
ABASTECIMIENTO PUBLICO
EL PROGRAMA CHILENO**

Fernando Araya J.
Coordinador Proyecto

LACF Panamá - Septiembre,
2008

Temas a tratar

- I. El enfoque de políticas públicas
- II. El origen
- III. El diseño
- IV. La gestión
- V. La evaluación

I. El enfoque de Políticas Públicas

El peor déficit en América Latina no es el de políticas públicas “correctas”, sino de la capacidad de implementar políticas en general. (Lahera, 2005)

Un adecuado enfoque de políticas públicas incorpora la consideración simultánea de los aspectos políticos, comunicacionales y de gestión en las etapas analíticas de origen, diseño, gestión y evaluación de cada política. (Lahera, 2005)

II. El Origen

- Programa de Gobierno
Proyecto de Ley
- Una meta institucional de la FNE:
Mejora en la política de carteles
- Una motivación y apoyo externo:
OECD Outreach Program

III. El Diseño

- Identificar objetivo (s)
- Identificar ámbitos de acción
 - Internos
 - Externos
- Identificar medios
- Identificar productos específicos

III. El Diseño

- Productos específicos:
- **Ámbito interno:**
 - Capacitación profesionales FNE
 - Seguimiento de casos
 - Declaración de política institucional
- **Ámbito externo:**
 - Comité interinstitucional
 - Instrumento de trabajo (*Checklist* detección)
 - Seminario internacional

III. El Diseño

- Aprobación del diseño por la jerarquía competente
 - Un Comité Ejecutivo en FNE
 - OECD *Outreach Program*
 - Un Coordinador del Proyecto en FNE
- Flexibilidad del Diseño:
 - Adaptación a cambios

IV. La Gestión

■ Capacitación profesionales FNE

¿Quién la impartirá? – Formación de un equipo de trabajo -

¿Qué materiales serán distribuidos?

Aspectos logísticos

Evaluación y seguimiento

Resultado: EFECTUADA el 17.04.2008

IV. La Gestión

- Seguimiento de casos/ Taller de trabajo por parte de OECD/Canadá

Taller de trabajo con áreas operativas (jurídica y económica):

Actuaciones de investigación

Resultado: PENDIENTE : semana del 10/11/08

IV. La Gestión

- Declaración de Política Institucional

Necesidad de ir precisando una definición del formato

Diseño e implementación de un banner dentro del sitio institucional (www.fne.gob.cl)

“Colusión en Licitaciones”

www.fne.gob.cl/colusion/colusion.html

Resultado: EFECTUADA el 31.07.2008 (y actualización mensual)

IV. La Gestión (Declaración Institucional : Banner)

The screenshot shows a web browser window displaying the website <http://www.fne.cl/>. The page layout includes a navigation menu on the left, a main content area with a news article, and a right sidebar with various links and information.

Navigation Menu (Left):

- Los Mercados
- Internacional
- Prensa
- Día de la Competencia
- Sitios de Interés
- Preguntas frecuentes

Main Content Area:

Colusión en Licitaciones (highlighted with a red circle)

Informe Anual Año 2007

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

Requiere Contratar Profesionales

XIII Congreso Internacional del CLAD

Reforma del Estado y de la Administración Pública

12 de Agosto de 2008

Corte suprema ratifica fallo del TDLC en la causa "Guerra del Plasma".

Con fecha de hoy y por unanimidad, la Tercera Sala de la Corte Suprema rechazó el recurso de reclamación interpuesto por S.A.C.I. Falabella y Paris S.A., en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que acogiendo un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, las había condenado a pagar una multa por haber incurrido en conductas de colusión y abuso de posición dominante, al presionar a proveedores de productos de electrohogar a fin de que desistieran de participar en una feria organizada por las empresas Travel Club y Duty Free, para clientes del Banco de Chile, en abril del 2006, logrando que el evento no se realizara. La Corte Suprema ratificó el fallo en todas sus partes, salvo en el monto de las multas, condenando en definitiva a Falabella y Paris al pago de una multa de 6.000 UTA y 3.750 UTA, respectivamente, lo que equivalen aproximadamente a 5 y 3 millones de dólares americanos.

FNE obtiene fondos internacionales para realizar estudio.

La FNE obtuvo financiamiento extranjero para realizar un estudio sobre competencia en un determinado sector económico. Los fondos, que alcanzan la suma de 40.000 dólares canadienses, provienen del International Development Research Centre (IDRC), entidad gubernamental canadiense fundada en 1970 para incentivar a las autoridades de países en desarrollo, a aplicar la ciencia y tecnología a la solución de los problemas sociales, económicos y ambientales que enfrentan. La Fiscalía postuló a estos fondos concursables, enviando un proyecto, en que fue analizado, junto a propuestas de otras agencias de competencia, por un Comité de expertos del IDRC, siendo finalmente escogido y beneficiado con los fondos ya señalados. El proyecto, será realizado por la División de Estudios de la FNE, y contará con la colaboración de expertos sectoriales.

Requerimientos

- Requerimiento en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta

Informe Residuos Sólidos Domiciliarios

- Ilustre Municipalidad de Tucapel
- Ilustre Municipalidad de San Bernardo
- Ilustre Municipalidad de Antuco
- Ilustre Municipalidad de Santiago
- Ilustre Municipalidad de Buin
- Ilustre Municipalidad de San Bernardo

Resoluciones archivo FNE

- Denuncia del Sr. Mario Molina Z y otros en contra Shell Chile S.A.

Reclamaciones ante la Corte Suprema

- Consulta de la Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado"

Otras actuaciones FNE

- FNE se hace parte en demanda de Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A.
- Avenimiento entre FNE y Cencosud
- Avenimiento entre la FNE y la Cervecera CCU Chile Limitada. (CCU Chile)

Jurisprudencia

Sentencias del TDLC

- 125-07 31/07/2008 Demanda de CMET en contra Telefónica Chile
- C 114-06 10/07/2008 Demanda de Pisquera Los Nichos contra Compañía Pisquera de Chile S.A.

Resoluciones TDLC

IV. La Gestión

(Declaración Institucional : Banner)

The screenshot shows a web browser window with the URL <http://www.fne.cl/colusion/colusion.html>. The browser's address bar and menu bar are visible. The website content includes the FNE logo (Fiscalía Nacional Económica) and the OECD logo. A navigation menu contains links for Inicio, Materiales de Estudio, Comité Interinstitucional, Noticias de Interés, Denuncias, and Contacto. A large red banner with white text reads "Colusión en Licitaciones". Below the banner, the text asks "¿Qué es la COLUSIÓN entre OFERENTES en LICITACIONES?" and provides a definition of collusion as an agreement between competitors that is harmful to market functioning. It also includes a question: "¿Desaparece este riesgo cuando Ud. compra a través de una licitación?" followed by the answer "NO". The text concludes by stating that specialized literature and experience in Chile and abroad have shown that in many markets, the probability of a bidder being a victim of a collusion strategy is high.

IV. La Gestión

(Declaración Institucional : Banner)

The screenshot shows a Windows Internet Explorer browser window displaying the website 'Fiscalía Nacional Económica'. The address bar shows 'http://www.fne.cl/colusion/02.html'. The page features a dark red banner with the text 'Colusión en Licitaciones' and 'Materiales de Estudio'. Below the banner, there is a section titled 'MATERIALES de ESTUDIO' with a brief description and a table of documents.

Fecha	Contenido	Archivo
15.05.08	FNE. Problemas de colusión entre oferentes en licitaciones: estrategias de prevención y detección	
17.04.08	FNE. Bid Rigging e instrumentos de detección de conductas anticompetitivas en licitaciones	
08.01.08	OCDE. public procurement: the role of competition authorities in promoting competition	
20.09.07	OCDE. Aumento de la competencia mediante la reducción de colusión en los procedimientos de licitación en Latinoamérica	

IV. La Gestión (Declaración Institucional : Banner)

The screenshot shows a web browser window with the URL <http://www.fne.cl/colusion/04.html>. The browser's address bar and search bar are visible. The website content includes the FNE logo (Fiscalía Nacional Económica) and the OECD logo. A navigation menu contains links for Inicio, Materiales de Estudio, Comité Interinstitucional, Noticias de Interes, Denuncias, and Contacto. A large red banner features the text 'Colusión en Licitaciones' and 'Noticias de Interes'. Below the banner, the section is titled 'NOTICIAS de INTERES' and contains a paragraph explaining its purpose as a channel for anti-trust news. It also lists two news items in a table:

Fecha	Contenido
17.07.2008	El Comité Interinstitucional, por intermedio de la Red de Abastecimiento, colocó a disposición de los jefes de las unidades de abastecimiento de organismos públicos un cuestionario orientado a identificar riesgos de colusión entre oferentes;
09.06.2008	FNE participa en reuniones del Comité de Competencia de la OCDE, en París, donde distintos países compartieron experiencias sobre estrategias de prevención y detección de los acuerdos colusorios en licitaciones; y problemas de competencia en el sector de la construcción, entre otras materias;

The browser's status bar at the bottom shows the address http://www.reddeabastecimiento.org/noticia07_03.html and the Internet icon.

IV. La Gestión (Declaración Institucional : Banner)

The screenshot shows a web browser window with the URL <http://www.fne.cl/colusion/05.html>. The browser's address bar and menu bar are visible. The website content includes the FNE logo (Fiscalía Nacional Económica) and the OECD logo. A navigation menu contains links for Inicio, Materiales de Estudio, Comité Interinstitucional, Noticias de Interés, Denuncias, and Contacto. A large red banner features the text 'Colusión en Licitaciones' and 'Denuncias'. Below the banner, the section is titled 'DENUNCIAS' and contains the following text:

Con el fin de resguardar la identidad de quienes denuncian, por mandato legal específico, los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Fiscalía Nacional Económica, están **obligados a guardar reserva** sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores (art. 42 DL 211).

La Fiscalía Nacional Económica tiene a disposición de los interesados diversos mecanismos para recibir denuncias.

I - ¿Qué se necesita para denunciar?

1. Uno o más antecedentes serios de que dos o más empresas que se encuentran participando en una licitación, se han puesto de acuerdo en ella, se han venido poniendo de acuerdo en licitaciones repetidas a través del tiempo, o han utilizado cualquier mecanismo para manipular fraudulentamente los resultados de procesos licitatorios, con el propósito de no competir y hacer pagar a la entidad licitante un precio mayor a aquel de haber existido una competencia efectiva;
2. Descripción clara del producto o servicio licitado y del lugar de la licitación;
3. Descripción de los hechos en que funda sus afirmaciones;
4. Individualización de la entidad licitante y de las distintas empresas involucradas;

The browser's status bar at the bottom shows 'Listo' and 'Internet'.

IV. La Gestión

- Comité Interinstitucional

Su constitución; integrantes

Adopción de compromisos y actas de reuniones

Reuniones bilaterales con los diferentes miembros

Resultado: EFECTUADO el 29.05.2008

IV. La Gestión (Comité Interinstitucional)

The screenshot shows a Windows Internet Explorer browser window displaying the website <http://www.fne.cl/colusion/03.html>. The page features the logos of FNE (Fiscalía Nacional Económica) and OECD. A navigation menu includes links for Inicio, Materiales de Estudio, Comité Interinstitucional, Noticias de Interés, Denuncias, and Contacto. The main content area has a dark red background with the text "Colusión en Licitaciones" and "Comite Interinstitucional". Below this, the text reads "COMITÉ INTERINSTITUCIONAL ANTI COLUSION en LICITACIONES de ABASTECIMIENTO PUBLICO". The page describes the committee's purpose: to promote practices aimed at improving the prevention and increasing the detection of collusive practices among bidders in public procurement processes. It mentions that the FNE has coordinated with various institutions, forming the committee in May 2008, which meets monthly. The participants include representatives from the Contraloría General de la República, the Ministry of Public Works, the Dirección de Compras Públicas, the Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, the Red de Abastecimiento -asociación, and the FNE, totaling 3,000 public employees from procurement areas of public organizations.

IV. La Gestión (Comité Interinstitucional)

The screenshot shows a Windows Internet Explorer browser window displaying a PDF document from the website http://www.fne.cl/colusion/data/comite_insterinstitucional/comite_prensa_esp.pdf. The document is a newspaper article from 'Expansión' dated Wednesday, July 9, 2008, page 46. The article is titled 'Colusión en subastas: atención a Chile' and is categorized as 'VISIÓN PERSONAL'. The author is Julio Pascual y Vicente, Director de Competencia at Ashurst. The article discusses collusion in public auctions, comparing it to practices in Spain and mentioning the National Commission of Competition (FNE) in Chile.

46 | Expansión, miércoles 9 de julio de 2008

VISIÓN PERSONAL

Colusión en subastas: atención a Chile



Julio Pascual y Vicente
Director de Competencia, Ashurst

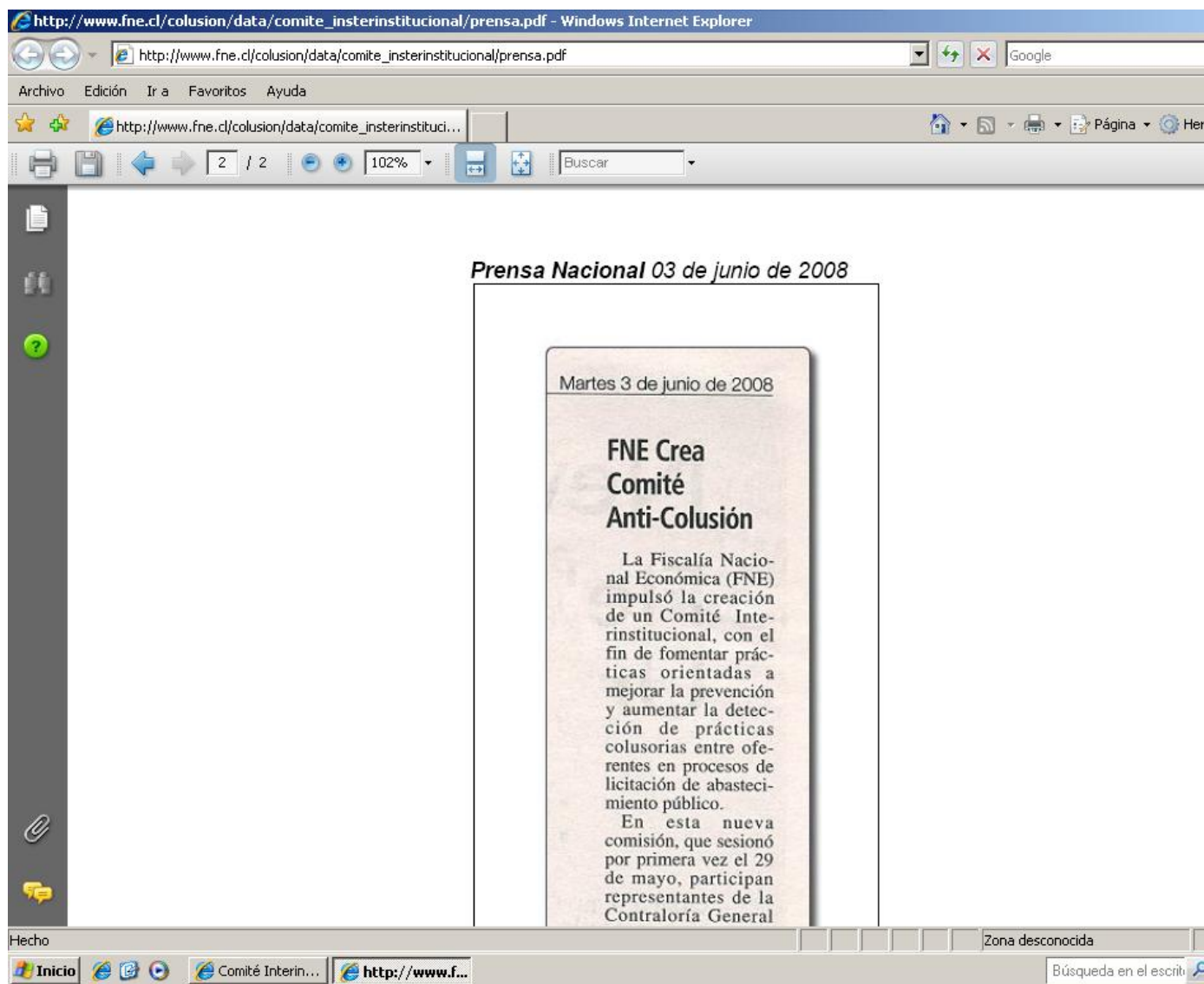
Los acuerdos para falsear la competencia entre quienes concurren a subasta pública, concertando sus respectivas pujas, son conductas anticompetitivas particularmente graves, que las legislaciones de todo el mundo sancionan severamente desde antiguo en el ámbito penal y también en el administrativo.

Así sucede en España, que prohíbe estas conductas desde las medievales Partidas, sin interrupción, hasta la actualidad. En efecto, la prohibición ya aparece entre las tipificadas en la V Partida de Alfonso XI, Rey de Castilla y León, junto con otros acuerdos “entre mercaderes” para fijar los precios de venta y los pre-

su cifra total de negocios en el año anterior al de la infracción, multa que puede extenderse a los directivos de las empresas implicadas.

La nueva Comisión Nacional de la Competencia española, que ha iniciado su singladura con brío, ya ha dicho, por boca de su Presidente, que va a perseguir con celo los cárteles y, entre ellos, particularmente los que se producen en las subastas. Pero el paso decisivo en esta materia lo acaba de dar Chile, cuya Fiscalía Nacional Económica (FNE), como autoridad nacional en materia de competencia, se ha coordinado con distintos organismos públicos, en el seno de un nuevo

IV. La Gestión (Comité Interinstitucional)



IV. La Gestión

- Lista de verificación (*Checklist*) de Detección

En estudio por miembros del Comité

Se sigue modelo primeros borradores Checklist OCDE

Resultado: PENDIENTE

IV. La Gestión

- Seminario Internacional

Fecha y lugar: Modificación: de Septiembre, a Noviembre
Programa; público al que estará orientado

Día de la Competencia: 13 de Noviembre

Colusión en Licitaciones de Abastecimiento Público

Resultado: PENDIENTE (en preparación)

V. La Evaluación

■ Balance Abril – Agosto:

De los 6 productos considerados:

- 3 efectuados (Taller interno, Comité, Banner)
- 1 modificado y pendiente (seguimiento casos x taller interno)
- 2 pendientes en estudio/ejecución

■ Productos Adicionales (*bonus track*):

Invitaciones a FNE para exponer en seminarios

Línea telefónica y correo electrónico destinados

Resultados del trabajo del Comité

V. La Evaluación

- **Balance Final: Noviembre**
- **Diseño de una segunda fase** (algunas ideas)
 - Programa de presentaciones y capacitaciones
 - Instrumento (*Checklist*) de Prevención
 - Seguimiento de casos en investigación
 - Levantamiento de nuevos casos
 - Un programa de trabajo para el Comité 2009

Gracias!

www.fne.gob.cl

www.fne.gob.cl/colusion/colusion.html

Fono FNE: 56-2-7535653

colusionenlicitaciones@fne.gob.cl



II. THE OECD COMPETITION ASSESSMENT TOOLKIT IN MEXICO



PRESENTATIONS



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK



THE OECD COMPETITION ASSESSMENT TOOLKIT IN MEXICO

Note by Mexico

Latin American Competition Forum

10-11 September 2008

-- Session IV --



COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA
MÉXICO

The OECD's Competition Assessment Toolkit in Mexico

Eduardo Pérez Motta

Latin American Competition Forum
Sixth Annual Meeting
Panamá
September 11, 2008

The OECD's Competition Assessment Toolkit provides a general methodology for identifying regulatory barriers that restrict the free functioning of markets

Agreement

In September 2007, Mexico and the OECD signed an agreement to implement the OECD's Competition Assessment Toolkit.



Resources

The Mexican government allocated a specific budget for the implementation of this project.

In order to separate political considerations from the technical analysis, the project includes a High Level Consultative Group (HLCG) and a Technical Group

Responsibility in competition analysis

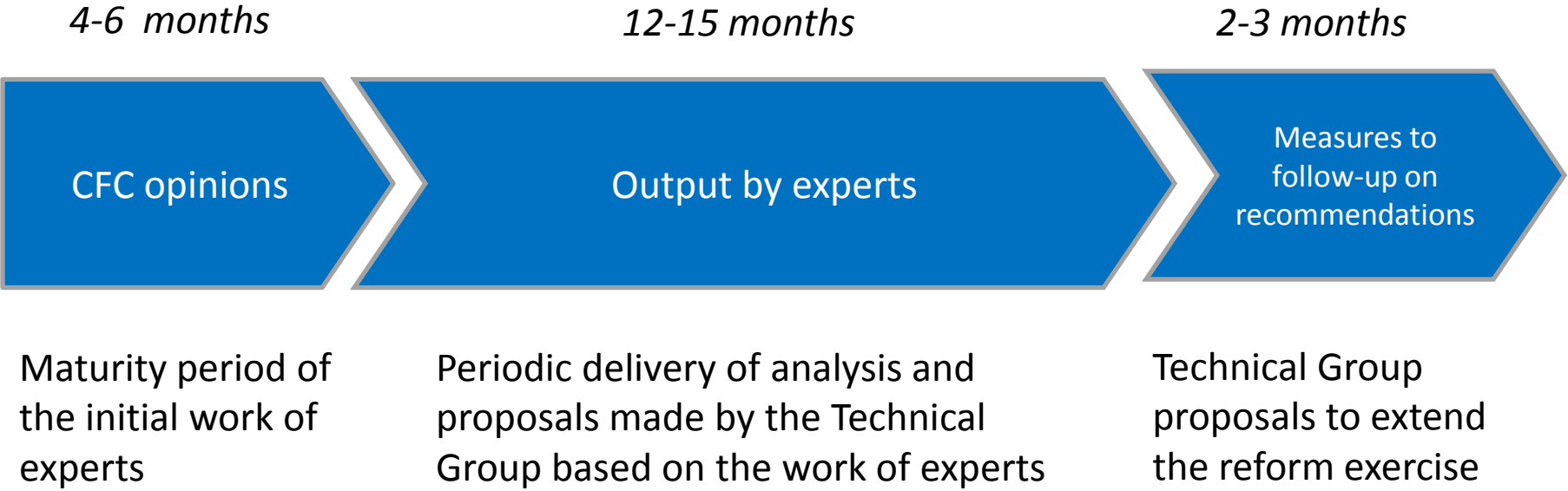


High Level
Consultative
Group

Technical Group

- Discuss different policy options presented by the Technical Group.
- Recommend specific modifications to Laws and regulations.
- Draft the implementation plan of recommendations.
- Analyze regulation to detect restrictions to competition process.
- Present policy options to resolve problems.

The technical Group will present proposals in three phases.



Discussion and definition of policy recommendations by the High Level Consultative Group

In phase one, the Consultative Group will discuss the proposals contained in CFC opinions.



Key opinions by CFC to promote competition principles in the regulatory framework

<i>Sector</i>	<i>Topic</i>	<i>Date issued</i>
Telecommunications	Technological convergence	31/10/2005
Financial services	Pension funds	22/11/2006
Telecommunications	Audiovisual contents	28/11/2006
Financial services	Credit cards	24/04/ 2007
Energy	LP Gas bylaw	27/07/2007
Transportation	Airports	01/10/2007

The topics to be analyzed in phase two were chosen based on their impact on the economy



Sources	Criteria	Topics
<p>IMCO OECD World Bank</p>	<p>Sectors with horizontal impact on competitiveness</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Telecommunications • Financial services • Energy • Freight transportation
<p>INEGI COLMEX</p>	<p>Sectors with significant participation in consumer expenditure</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Corn and tortilla • Carbonated beverages • Beer • Passenger transportation • Dairy • Egg and poultry • Paper industry • Personal and home care • Insurance • Retail banking • Medicines and hospital services • Pensions
<p>CFC experience</p>	<p>Horizontal regulation with a high impact on competitiveness</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Fiscal policy • International trade • Subsidies • Technical regulations



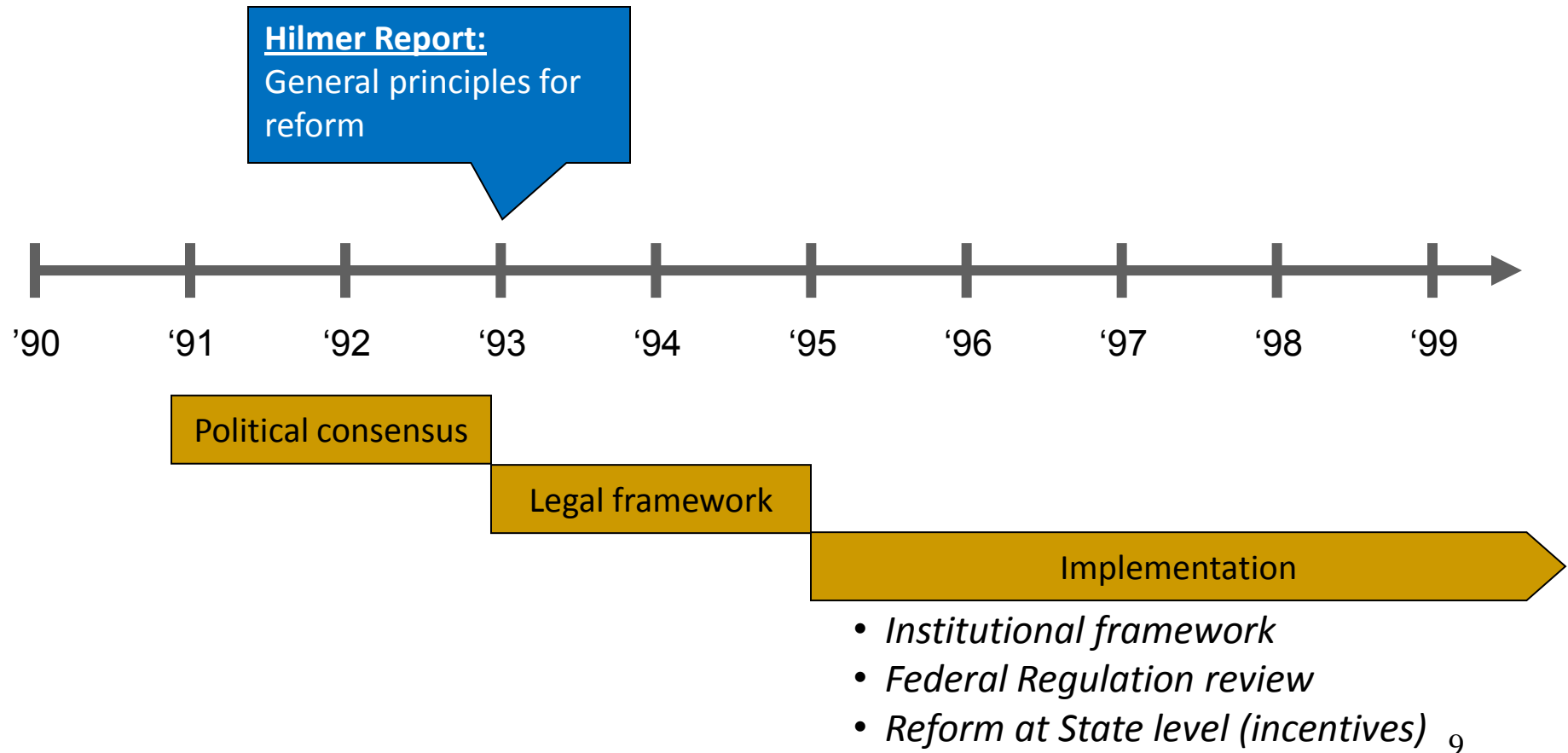
Eight initial studies have been selected, to be developed simultaneously.

Topic	Expected outcome	Period
1. Interconnection in telecom	Policy and regulatory changes that ensure efficient interconnection conditions	<i>4 months</i>
2. Financing to SME's	Measures to provide competitive financing for SME's	<i>4 months</i>
3. Electricity	Policy proposals to optimize State intervention and improve efficiency	<i>4 months</i>
4. Pharmaceutical products	Actions aimed at eliminating unnecessary regulatory restraints to competition	<i>4 months</i>
5. Agriculture	Supporting the efficient functioning of markets	<i>4 months</i>
6. Credit cards	Proposals to increase competition in the payments systems and credit cards market	<i>4 months</i>
7. Fiscal policy	Regulation measures and a pro-efficiency tax policy	<i>4 months</i>
8. Potential benefits of Competition Assessment Framework	Calculation of welfare impact of competition measures in key sectors of the economy	<i>4 months</i>

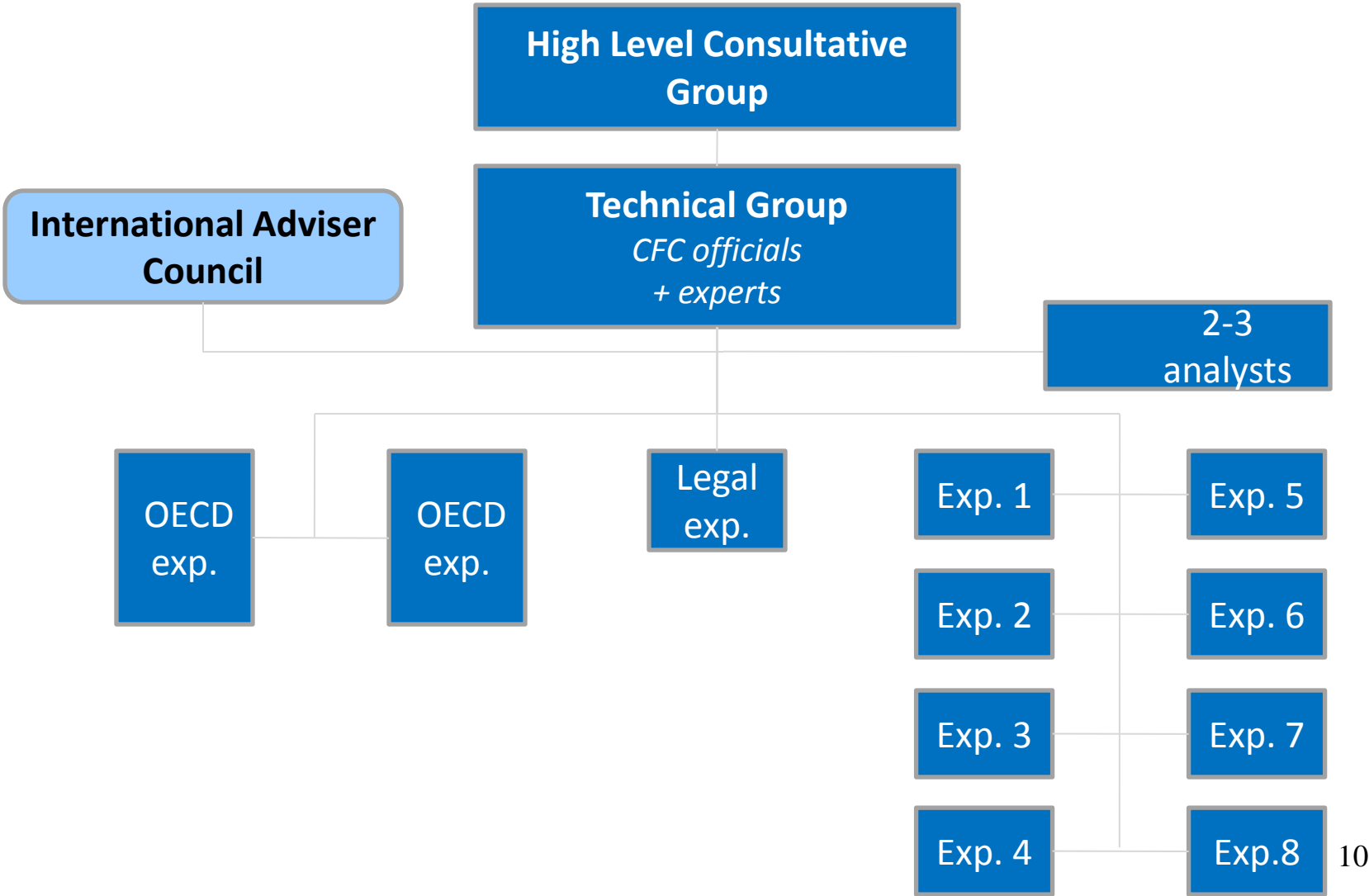
In phase three, follow-up mechanisms will need to be designed in order to extend the life of the project.



Australian experience in the design and implementation of the *National Competition Policy*



The Technical Group consists of hired experts and CFC officials...



... who will have complementary roles

Participant	Involvement	Tasks
CFC officials	<i>Oversight</i>	<ul style="list-style-type: none">• Work coordination• Validation of the analyses and proposals
Local experts	<i>Part time</i>	<ul style="list-style-type: none">• Drafting of specific studies• Discussion of studies in the Technical Group
OECD experts	<i>Full time</i>	<ul style="list-style-type: none">• Advice on international practices• Horizontal collaboration in studies
Legal Expert	<i>Part time</i>	<ul style="list-style-type: none">• Legal advice to specific studies
Analysts	<i>Full time</i>	<ul style="list-style-type: none">• Support to experts (research, analysis)
International adviser council	<i>Review</i>	<ul style="list-style-type: none">• Review and comment on specific studies

To ensure the success of this exercise, it is necessary to follow some basic principles for the design and evaluation of proposals



NATIONAL COMPETITION POLICY REVIEW

Chairman: Prof Frederick G Hilmer
Members: Mr Mark Rayner
Mr Geoffrey Tapereil

Secretary: Mr Warrick Smith

25 August 1993

The Committee thus approaches its task with a strong presumption favouring universal and uniform coverage of the market conduct rules proposed in this Part. Moreover, consistent with the principles agreed to by the Heads of Governments,³ it will be seeking to ensure:

- that any exceptions from such universal coverage are only permitted on public interest grounds;
- that claims of public interest are assessed by an appropriate transparent assessment process, with provision for review; and
- that reforms in this area are consistent with the development of an open, integrated domestic market for goods and services and, in recognition of the increasingly national operation of markets, reduce complexity and eliminate administrative duplication.

Presumption of universal application of competition principles

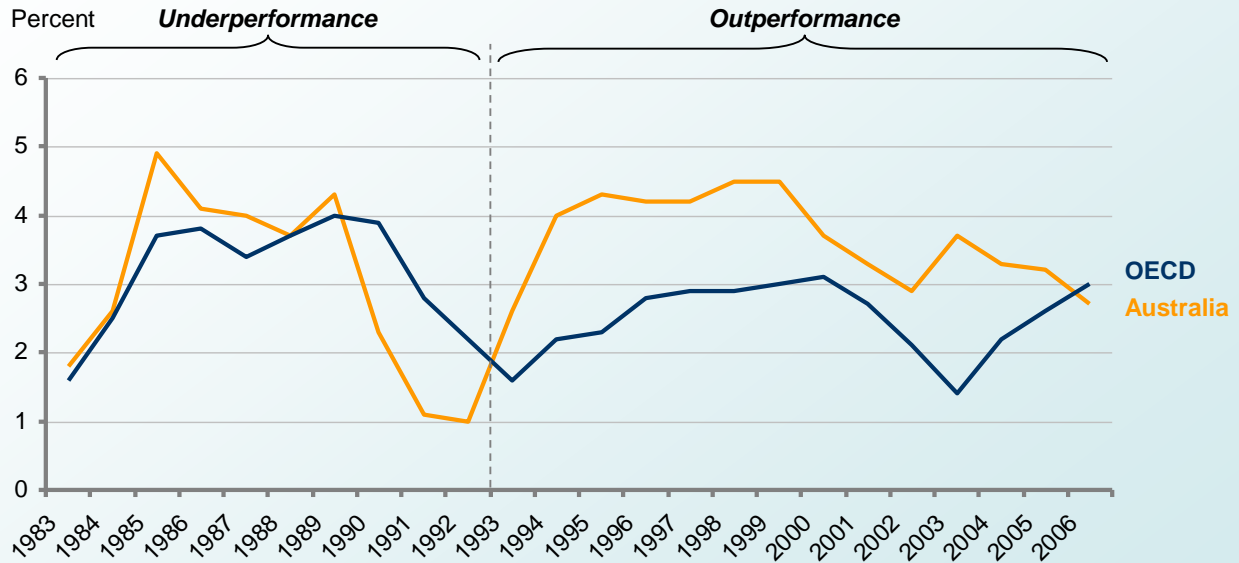
Exemptions must be justified by public interest reasons

Minimum regulatory burden

The Australian experience has shown that a reform conducted under these principles can decisively foster economic growth



Australia versus OECD—real GDP growth*



* 3-year moving average
 Source: OECD Stat Gross Domestic Product (output approach), Volume Index



BANCO INTERAMERICANO DE DESAROLLO



GUÍA DE LA OCDE PARA EVALUAR LA COMPETENCIA EN MÉXICO

Contribución de México

Foro Latinoamericano de Competencia

10-11 de septiembre de 2008

-- Sesión IV --



COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA
MÉXICO

Manual de evaluación de la competencia (OCDE) en México

Eduardo Pérez Motta

Sexto Foro Latinoamericano de Competencia

Ciudad de Panamá

11 de septiembre de 2008

La aplicación del manual de evaluación de la competencia busca detectar barreras regulatorias que impiden el libre funcionamiento de los mercados

Acuerdo

En septiembre de 2007 se suscribió el Memorando de Entendimiento entre México y la OCDE para la aplicación del manual de evaluación de la competencia de la OCDE

Recursos

Para la implementación del manual se asignó, por parte del gobierno mexicano, un presupuesto económico específico

El proceso contempla la participación de un grupo consultivo de alto nivel (GCAN) y de un grupo técnico con el fin de aislar el tema político del análisis técnico

Responsabilidad en el análisis de competencia

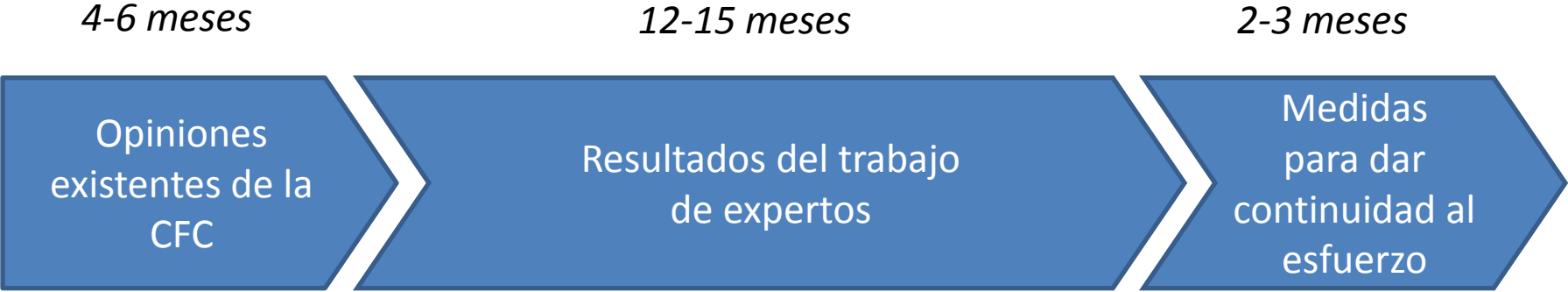


Grupo Consultivo de Alto Nivel

Grupo técnico

- Discutir opciones de política presentadas por el grupo técnico.
- Recomendar modificaciones específicas a leyes o regulaciones secundarias.
- Proponer el plan de implementación de recomendaciones.
- Analizar instrumentos de regulación para detectar disposiciones que generan problemas de competencia.
- Presentar opciones de política para resolver problemas detectados.

Se prevé que el grupo técnico aporte propuestas en tres fases



Periodo de maduración de primeros trabajos de expertos

Entrega periódica de análisis y propuestas elaborados por grupo técnico con base en trabajo de expertos

Propuestas del grupo técnico para extender el ejercicio de reforma

Discusión y definición de recomendaciones de política por Grupo Consultivo de Alto Nivel

En la primera fase, el Grupo Consultivo discutirá las propuestas contenidas en opiniones ya emitidas por la CFC



NO EXHAUSTIVO

Principales opiniones de la CFC para promover los principios de competencia en el marco regulatorio

<i>Sector</i>	<i>Tema</i>	<i>Fecha de emisión</i>
Telecomunicaciones	Convergencia tecnológica	31/10/2005
Servicios financieros	Sistema de ahorro para el retiro	22/11/2006
Telecomunicaciones	Contenidos audiovisuales	28/11/2006
Servicios financieros	Servicios bancarios al menudeo	24/04/2007
Energía	Reglamento de gas LP	27/07/2007
Transporte	Aeropuertos	01/10/2007

Los temas a analizar en la segunda fase se definieron en función de su impacto económico



Fuentes	Criterio de inclusión	Temas de análisis
<p><i>IMCO</i> <i>OCDE</i> <i>Banco Mundial</i></p>	<p>Sectores con impacto horizontal en competitividad</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Telecomunicaciones • Servicios financieros • Energía • Transporte de carga
<p><i>INEGI</i> <i>COLMEX</i></p>	<p>Sectores con alta participación en el gasto de los consumidores</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Maíz y tortilla • Bebidas carbonatadas • Cerveza • Transporte foráneo de pasajeros • Leche • Huevo y carne de pollo • Industria del papel • Cuidado personal y del hogar • Seguros y fianzas • Servicios bancarios al menudeo • Medicamentos y serv. hospitalarios • Pensiones
<p><i>Experiencia CFC</i></p>	<p>Regul. horizontales con alto impacto en competitividad</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Política fiscal (impuestos, tarifas , etc.) • Comercio exterior • Subsidios • Normas



Se han elegido 8 estudios iniciales que se trabajarán simultáneamente



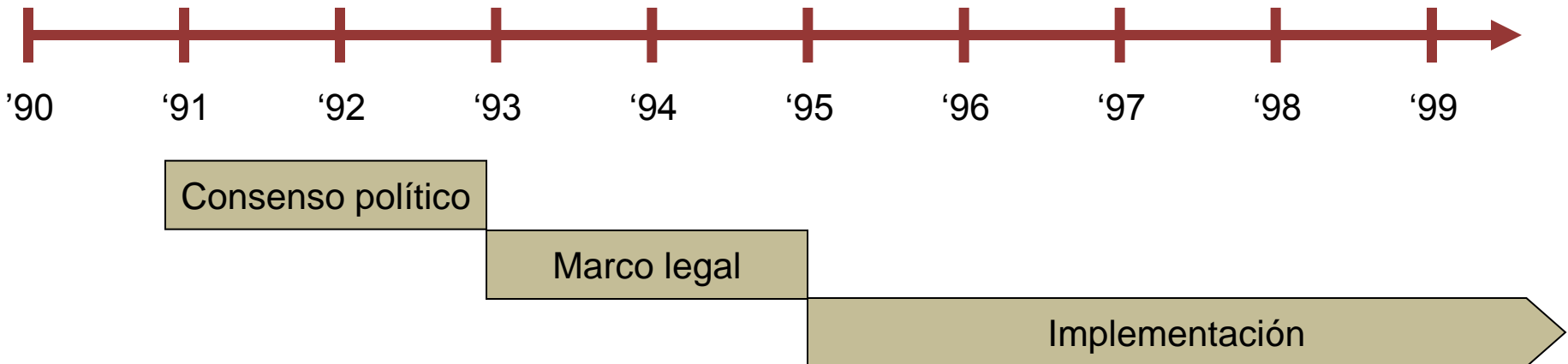
Tema	Resultado esperado	Plazo
1. Interconexión en telecomunicaciones	Cambios regulatorios y de política para asegurar condiciones eficientes de interconexión	4 meses
2. Financiamiento a PyMEs	Medidas para fomentar oferta competitiva de financiamiento para PyMEs	4 meses
3. Energía eléctrica	Propuestas de política para optimizar la intervención del Estado y mejorar la eficiencia	4 meses
4. Mercados farmacéuticos	Acciones para eliminar restricciones normativas innecesarias a la competencia y la eficiencia	4 meses
5. Sector agropecuario	Determinación de bienes públicos que soporten el funcionamiento eficiente de los mercados	4 meses
6. Tarjetas de pago	Sugerencias para incrementar la competencia en el sistema de pagos y el mercado de tarjetas	4 meses
7. Pol. fiscal: derechos y aprovechamientos	Medidas de regulación y política pro-eficiente para derechos y aprovechamientos clave	4 meses
8. Beneficios potenciales del Proceso Marco	Estimación del impacto en bienestar de medidas de promoción de la competencia en sectores clave	4 meses

En la tercera fase, será necesario definir mecanismos para dar continuidad al ejercicio



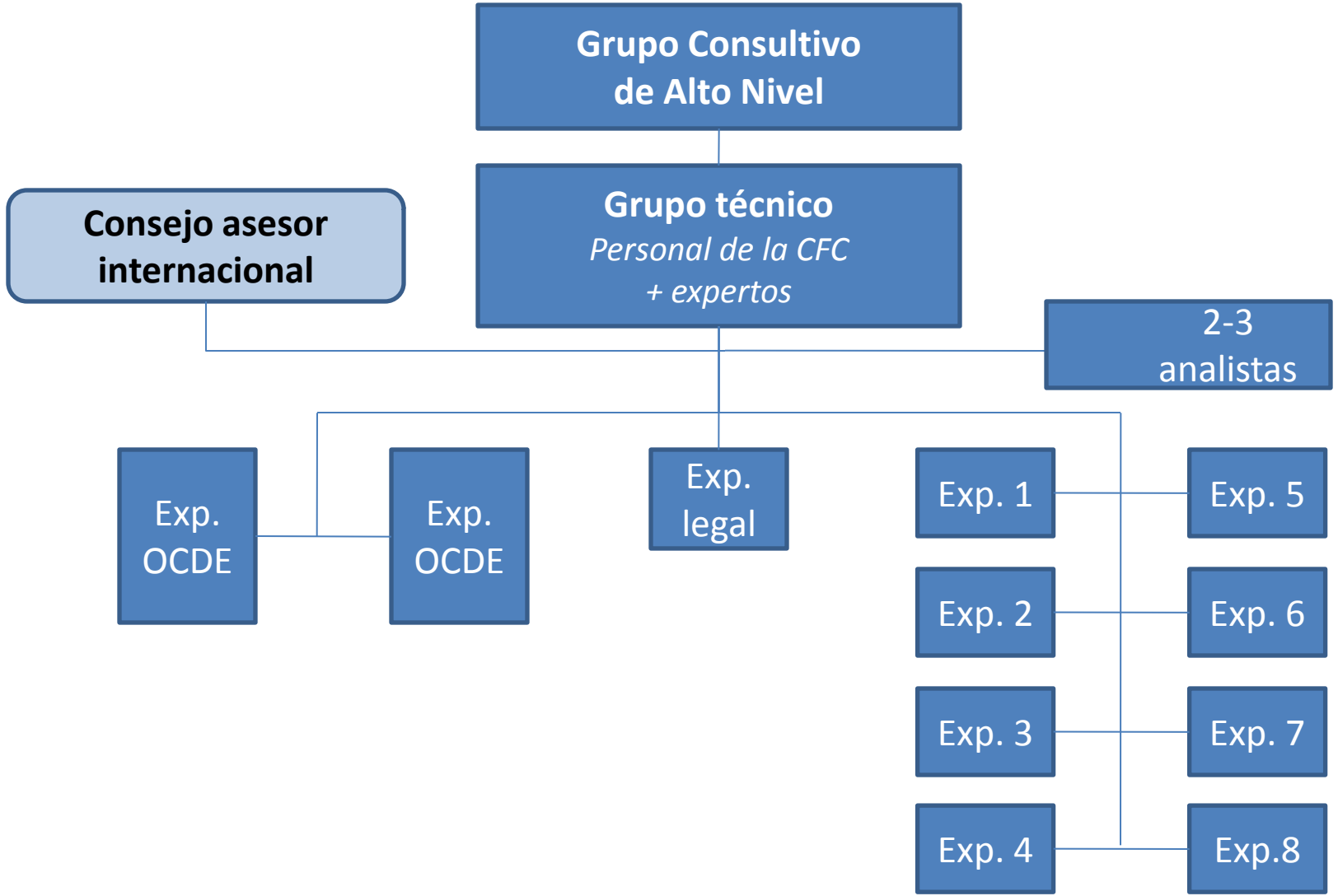
Experiencia australiana en el diseño e implementación de la *National Competition Policy*

Reporte Hilmer:
Principios generales
para la reforma



- *Marco institucional*
- *Revisión de regulación federal*
- *Reforma a nivel estatal (incentivos)*

El grupo técnico estará conformado por expertos contratados *ex profeso* y funcionarios de la CFC ...



... que desempeñarán roles complementarios

Actor	Involucramiento	Tareas
Personal CFC	<i>Supervisión</i>	<ul style="list-style-type: none">• Coordinación de trabajos• Validación de análisis y propuestas
Expertos locales	<i>Tiempo parcial</i>	<ul style="list-style-type: none">• Elaboración de estudios específicos• Discusión de estudios en grupo técnico
Expertos OCDE	<i>Tiempo completo</i>	<ul style="list-style-type: none">• Asesoría sobre práctica internacional• Colaboración horizontal en estudios
Experto legal	<i>Tiempo parcial</i>	<ul style="list-style-type: none">• Asesoría jurídica a estudios específicos
Analistas	<i>Tiempo completo</i>	<ul style="list-style-type: none">• Apoyo a expertos (investigación, análisis)
Cons. asesor internacional	<i>Revisión</i>	<ul style="list-style-type: none">• Revisión y comentarios a estudios específicos

Para ser exitoso, el ejercicio debe partir de algunos principios básicos para el diseño y evaluación de propuestas



NATIONAL COMPETITION POLICY REVIEW

Chairman: Prof Frederick G Hilmer
Members: Mr Mark Rayner
Mr Geoffrey Tapereil

Secretary: Mr Warrick Smith

25 August 1993

The Committee thus approaches its task with a strong presumption favouring universal and uniform coverage of the market conduct rules proposed in this Part. Moreover, consistent with the principles agreed to by the Heads of Governments,³ it will be seeking to ensure:

- that any exceptions from such universal coverage are only permitted on public interest grounds;
- that claims of public interest are assessed by an appropriate transparent assessment process, with provision for review; and
- that reforms in this area are consistent with the development of an open, integrated domestic market for goods and services and, in recognition of the increasingly national operation of markets, reduce complexity and eliminate administrative duplication.

Presunción de aplicación universal de principios de competencia

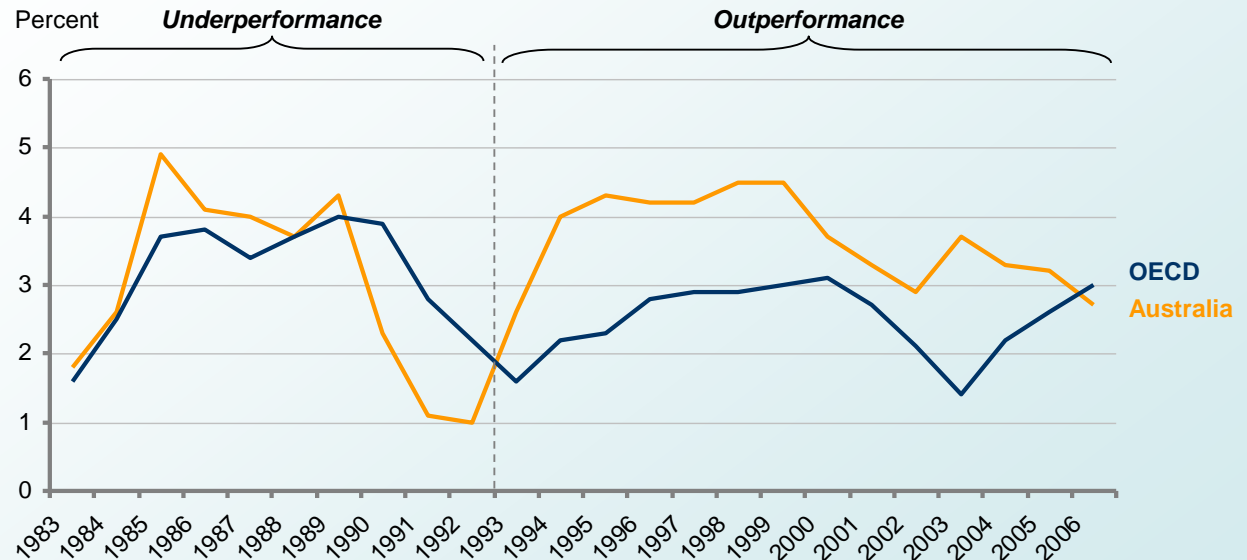
Excepciones deben justificarse por razones de interés público

Mínima carga regulatoria

La experiencia australiana muestra que una reforma realizada bajo estos principios puede dar un impulso decisivo al crecimiento de la economía



Australia versus OECD—real GDP growth*



* 3-year moving average

Source: OECD Stat Gross Domestic Product (output approach), Volume Index