

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



Monografía para optar al Título de Licenciatura en Derecho

**ANÁLISIS DE LA LEY DE COMPETENCIA EN NICARAGUA Y SU
APLICACIÓN MATERIAL**

AUTORES:

-XIOMARA DEL SOCORRO CACERES SANCHEZ

-MARYURI JEANETTE DIAZ GUIDO

TUTOR:

MAESTRO LUIS MAYORGA SIRERA

León- Nicaragua, abril de 2014.

“A LA LIBERTAD, POR LA UNIVERSIDAD”

ANÁLISIS DE LA LEY DE COMPETENCIA EN NICARAGUA

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

INTRODUCCION.....1

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE LA LEY 601, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, CONTEXTO HISTÓRICO, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NICARAGUA

1.1 Orígenes y evolución del Derecho de la Competencia en el mundo.....4

1.1.1 El Derecho de la Competencia en Estados Unidos de América.....5

1.1.2 El derecho de competencia en la Unión Europea.....6

1.1.3 Origen y evolución del derecho de competencia en Centroamérica.....7

1.1.4 Origen y evolución del derecho de competencia en Nicaragua.....9

1.1.5 Proceso de transformación económica a partir del 90.....11

1.1.6 Institucionalización del tema de Competencia.....13

1.1.7 Apertura de Mercados TLC´s firmados y el DR CAFTA.....14

1.1.8 Coyuntura económica de Nicaragua.....16

1.2 Referencia constitucional.....17

1.3	Relaciones económicas internacionales.....	17
1.4	La ley 601: aspectos sustantivos.....	18
1.5	Antecedentes de la Ley 601.....	18
1.4.2	Ámbito de aplicación y excepciones.....	19
1.4.3	Concentraciones.....	22
1.4.4	Competencia desleal.....	22
1.5	Aspectos institucionales: PROCOMPETENCIA.....	23
1.5.1	Órganos de PROCOMPETENCIA.....	23
1.5.2	Recursos humanos y financieros.....	24
1.5.3	Independencia, transparencia y rendición de cuentas.....	26
1.5.4	Planificación estratégica.....	26
1.5.5	Gestión del conocimiento.....	26
1.6	Aspectos procedimentales.....	26
1.6.1	Procedimiento por prácticas prohibidas.....	27
1.6.2	Recursos contra las decisiones de PROCOMPETENCIA.....	29
1.6.3	Acciones por daños y perjuicios.....	30
1.7	Regímenes regulatorios especiales.....	30
1.7.1	Aplicación de las normas de competencia por parte de los entes reguladores Sectoriales.....	30
1.7.2	Algunos sectores regulados de la economía nicaragüense.....	31
1.7.2.1	Sector financiero.....	31
1.7.2.2	Sector energético.....	31
1.7.2.3	Sector de las telecomunicaciones.....	32

CAPITULO II: CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL MARCO JURÍDICO DE LA LEY 601, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

2.1 De las concentraciones en general.....	34
2.2 La Ley 601.....	36
2.3 Fusiones y adquisiciones de control.....	36
2.4 La notificación.....	41
2.5 Las concentraciones de tipo vertical.....	45
2.6 El conglomerado.....	47
2.7 Análisis y prohibición de las concentraciones.....	48
2.7.1. Las barreras.....	51
2.7.2. La eficiencia.....	52

CAPITULO III: ASPECTOS MATERIALES DE LA LEY 601

3.1 Prácticas prohibidas.....	54
3.1.1 Tarjetas de crédito.....	54
3.1.2 Gas licuado.....	55
3.1.3 Caso contra LIDO y BIMBO.....	54
3.2 Control de concentraciones.....	56
3.2.1 Caso en el mercado avícola.....	56
3.2.2 Caso del mercado de hidrocarburos.....	57
3.2.3 Caso de los bancos: Oligopolio.....	58

CONCLUSIONES	62
RECOMENDACIONES	64
FUENTES DEL CONOCIMIENTO	66

Dedicatoria

Dedico este trabajo principalmente a Dios por iluminar mi camino y darme la sabiduría necesaria para culminar mis estudios, y ser el manantial de vida y esperanzas, por darme fuerzas para seguir adelante día a día para lograr mis objetivos.

A la memoria de mi padre Ernesto Cáceres que fue un hombre ejemplar del cual aprendí la honradez, la perseverancia y el valor de seguir adelante. A mi madre Mariza Sánchez por sus consejos, su apoyo incondicional pero sobre todo por su inmenso amor. A mis hijos: Emanuel Y Randy por ser la motivación para enfrentar todos los obstáculos que se me han presentado en la vida.

Xiomara Cáceres Sánchez.

Agradecimiento

Agradezco a Dios padre celestial dador de vida, quien siempre ha estado presente en mi vida bendiciéndome de muchas maneras y a quien amo por sobre todas las cosas, por tu infinita bondad e inmenso amor te agradezco padre por la culminación de este trabajo el cual constituye uno de mis más preciados logros, a mi madre y mis hijos por ser la razón de mi vida.

A todos los maestros que fueron artífice en mi formación como profesional del derecho y que en su ardua labor transmitieron la sabiduría de sus conocimientos y el valor de la justicia. Maestros mis respetos y gratitud infinita.

Agradezco de manera muy especial al profesor metodólogo Dr. Denis Iván Rojas Lanuza, por su valioso aporte, dedicación, tiempo y consejos, necesarios para la culminación de este trabajo.

Xiomara Cáceres Sánchez.

Dedicatoria

Dedico este trabajo primeramente a Dios fuente de sabiduría, quien ha sido el pilar fundamental de mi vida, el que me ha guiado para alcanzar este proyecto,

A mis padres por ser excelentes padres que me inculcaron la fe, la esperanza, y el espíritu de superación y por medio de sus consejos y ayuda incondicional hoy estoy viendo concretizado este esfuerzo.

A mis hermanos que siempre tuvieron confianza en mí y me brindaron palabras de aliento.

Maryuri Jannette Díaz Guido.

Agradecimiento

Agradezco a Dios mi roca fuerte que con su infinito poder inspiro en mí el espíritu de superación, la valentía de seguir adelante aunque se presentaran obstáculos, a mis progenitores Dios los Bendiga porque hicieron de mí una mujer con aspiraciones, responsable y sobre todo una mujer de fe, a todos los maestros que me transmitieron sus enseñanzas a lo largo de mi preparación como profesional del Derecho

Agradezco de manera muy especial al profesor Dr. Denis Rojas Lanuza metodólogo que me brindo su tiempo y asesoro con sus conocimientos.

Maryuri Jannette Díaz Guido.

INTRODUCCION

En los sistemas de economía de mercado, uno de los principios básicos es el de la libertad de empresa. En Nicaragua este principio se encuentra comprendido en el artículo 99 de la Constitución Política y dice lo siguiente: “... el Estado garantiza la libertad de empresa...”, además el artículo 104 del mismo cuerpo jurídico expone: “Se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas...”. Por lo tanto es obligación del Estado establecer un marco de competencia que permita detectar y corregir cualquier distorsión que afecte el buen funcionamiento del mercado. Para lograr esa finalidad es necesario que dicho marco jurídico defina y diferencie entre acuerdos restrictivos de la competencia, abusos de posición de dominio, competencia desleal y el control de las concentraciones económicas.

La presente investigación monográfica explora la importancia y necesidad de la existencia de un marco jurídico que regule el comportamiento de las empresas en el mercado, es decir, aquellas prácticas restrictivas que tienen como finalidad evitar la competencia y controlar las estructuras del mercado.

Los antecedentes inmediatos sobre este fenómeno en estudio, se puede afirmar que en Nicaragua se aprobó la Ley 601, Ley de Promoción de la Competencia, el 28 de septiembre de 2006 y fue publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 206 el 24 de octubre de 2006. Sin embargo, hasta la fecha, PROCOMPETENCIA (Instituto Nacional de Promoción de la Competencia), que es el órgano cuya misión es la aplicación de la Ley, no ha sido conformada y por ende el mercado nacional, integrado por agentes económicos y consumidores, se encuentra desprotegido.

Los operadores económicos más poderosos cuentan con la libertad de cometer abusos e incluso de fusionarse con otras empresas con el objetivo de alcanzar una mayor cuota de mercado que les permita establecer de manera unilateral el funcionamiento y condiciones del mismo. Este estudio explora los principales criterios que la Ley establece en materia de concentraciones.

El presente trabajo monográfico tiene por objetivo principal el análisis del derecho y la política de competencia de Nicaragua, especialmente haciendo énfasis a la ley 601, “Ley de Promoción de la Competencia”. También, se propone como objetivos específicos evaluar el marco jurídico de defensa de la competencia, analizar las experiencias en materia de aplicación de las políticas de competencia, extraer lecciones del pasado y brindar recomendaciones que puedan mejorar el sistema de conformidad con las mejores prácticas internacionales.

El método científico para llevar a cabo este estudio monográfico se centró en el analítico documental, de carácter bibliográfico recopilatorio tanto de libros físicos como en versiones digitales, de diferentes autores especializados. El método analítico fue apropiado en la extracción de las partes de un todo, con el objeto de estudiarlas y examinarlas por separado. Es así que se permite la mejor comprensión entre temas y subtemas expuestos.

Entre las principales fuentes del conocimiento se pueden referenciar la Constitución de Nicaragua; la Ley 601, “Ley de Promoción de la Competencia”, de 28 de setiembre del 2006 (en adelante, la Ley 601) y el Decreto 79-2006, “Reglamento a la Ley 601, Ley de Promoción de la Competencia”, de 21 de diciembre del 2006 (en adelante, el Reglamento a la Ley 601); las disposiciones sectoriales; la legislación civil y procesal civil;

varias decisiones de PROCOMPETENCIA y otros organismos públicos, así como diversos estudios de mercado.

La presente investigación en su contenido estructural de tres capítulos aborda de forma general la situación actual del derecho y la política de la competencia en Nicaragua, sobre la base de una amplia investigación documental y estudios de casos que permitió reunir experiencias tanto de PROCOMPETENCIA como de las autoridades representantes de las tres ramas del poder público.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE LA LEY 601, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, CONTEXTO HISTÓRICO, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NICARAGUA.

1.1 Orígenes y evolución del Derecho de la Competencia en el mundo

El origen de las personas, de las sociedades, de las naciones y de las ideologías explica su presente y determina su futuro. Por esta sencilla razón, este estudio no puede prescindir de una aproximación general al origen del Derecho de la Competencia en el mundo y su posterior desarrollo en los países que lo adoptaron.

Sin hacer un análisis exhaustivo del nacimiento de esta rama del derecho en Estados Unidos de América (en adelante EE.UU.) y de su posterior adopción en Europa¹, a continuación presentamos una reseña histórica de su proceso de formación y de los aspectos que lo caracterizan en la actualidad.²

Algunos autores se remontan a la Edad Media para explicar los orígenes de las políticas de competencia³, especialmente cuando los gremios y corporaciones perdieron su exclusividad en la realización del comercio y sus privilegios para la producción de determinados bienes. El profesor Alfonso Miranda Londoño inclusive hace referencia a doctrinantes como sir Edgard Coke que “...afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el

¹ El modelo de aplicación de las leyes antimonopolistas de EE UU ha jugado mu rol decisivo en la evolución del derecho de competencia en todo el mundo por la profundidad de análisis de discusión que ha alcanzado.

² Para ampliar sobre las políticas antitrust en EEUU, véase MIRANDA LONDOÑO Alfonso. Anotaciones sobre el derecho antimonopólico en EEUU. CEDEC III, Colección Seminarios 10, Bogotá. 2002. Págs. 147-182

³ ZULLITA FELLINI, Gadulfo y PÉREZ MIRANDA, Rafael. El derecho frente a los monopolios. UNAM, México. 1983. Págs. 65.121

derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del Rey Eduardo III.”⁴

Sin embargo, de acuerdo al profesor Miranda el derecho antimonopolístico moderno surge a finales del siglo XIX en EE.UU, en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles.⁵

1.1.1 El Derecho de la Competencia de EE.UU.

Se originó en 1890 cuando el Congreso aprobó el proyecto de ley contra los monopolios (en inglés, antitrust) presentado por el senador John Sherman del Estado de Ohio.

A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust.

De acuerdo a la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés, corporate trusts) y carteles de precios (en inglés, pooling arrangements), que operaban en todo el país en la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para bajar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgen como respuesta del Estado a las restricciones generadas por estos fenómenos económicos.⁶

⁴ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. Óp. Cit. Págs. 147

⁵ ZULLITA FELLINI, Gadulfo y PÉREZ MIRANDA, Rafael. Óp. Cit. Pág. 9. La primera ley, que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en EEUU, sino en Canadá en el año de 1989.

⁶ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. Óp. Cit. Págs. 148.

1.1.2 El derecho de competencia en la Unión Europea

A pesar del desarrollo previo en legislaciones nacionales, el Derecho de la Competencia en Europa empezó a desarrollarse de manera importante con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE). El objetivo del Derecho de la Competencia de la Unión Europea desde su concepción hasta el día de hoy se caracteriza por ser un instrumento más dentro de la política de profundizar la integración económica de Europa.

Según el profesor de la Universidad de Salamanca, Eduardo Galán Corona, la creación de un mercado común requería la aplicación de unas políticas de competencia, especialmente porque la caída de las fronteras económicas podría facilitar y agudizar el abuso de la posición dominante y el fraccionamiento de los mercados por medio de acuerdos anticompetitivos.

El Tratado establece los medios por los cuales la Comunidad debe realizar los fines, entre los cuales se encuentra el establecimiento de un “régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (letra g. del apartado 1º del artículo 3). Adicionalmente, el apartado primero del artículo 4º del Tratado establece que la política económica de los Estados miembros “se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.”

El Tratado Constitutivo de la UE contiene un capítulo sobre normas de competencia (Capítulo 1, Título VI) y la Sección Primera establece las normas de competencia aplicables a las empresas. Específicamente, el artículo 81 del Tratado (anterior artículo 85, pues el Tratado de Ámsterdam modificó la enumeración del articulado) contiene una prohibición general de conductas

anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos. En términos generales, el artículo 81 es equivalente a la sección primera de la Ley Sherman.

1.1.3 Origen y evolución del derecho de competencia en Centroamérica

A partir de la década de los noventa, Centroamérica ha sido escenario del florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados.

Se trata de un giro político y jurídico de gran importancia para la región, no tanto por el hecho de la expedición de estas normas, sino por su aplicación por parte de las autoridades de la competencia.

La voluntad política de los gobiernos propició la incorporación de las nuevas leyes, la reforma de las anteriores y la creación de instituciones y mecanismos necesarios para su ejecución. Tal es el caso de las autoridades de la competencia dotadas de funciones administrativas y, en algunos casos, de funciones judiciales.

Esta voluntad de los gobiernos para impulsar la política de competencia y la consecuente aplicación del Derecho de la Competencia se debe a dos procesos políticos y económicos que se desarrollaron a comienzos de la década de los noventa.

En primer lugar, el lanzamiento de la democracia como forma de gobierno, en contraposición a las dictaduras militares que dominaron buena parte de la segunda mitad del siglo XX. De esta forma se ha querido consolidar el Estado

de Derecho y la seguridad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, especialmente las inherentes al comercio.

A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta se discutió en Latinoamérica el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones que fue promovido por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) desde los años cincuenta. La finalidad del modelo era industrializar las economías eminentemente rurales de los países de América Latina y proteger la industria incipiente de la competencia internacional. En teoría esto permitiría transformar la estructura de producción de estos países para sustituir la producción de productos primarios que tienen tendencia a hacerse más baratos, para producir bienes con un mayor valor agregado que tienden a hacerse más rentables.

Durante este periodo de sustitución de importaciones hubo grandes cambios que trascendieron de lo estrictamente económico: urbanización, universalización de la educación y esfuerzo por ampliar la cobertura en salud. Quienes promovieron este modelo señalan que fue gracias a su implantación que Latinoamérica dejó de ser una región rural para avanzar hacia la industrialización.

Sin embargo, este modelo produjo mercados altamente concentrados e ineficientes, y fue por esto que se estimó necesaria su revisión para detener los procesos inflacionarios y para obtener mayores tasas de crecimiento económico. El agotamiento de este modelo da paso al denominado “Consenso de Washington”, que representó un viraje de 180 grados en la política económica. El Consenso que consistió en una serie de recomendaciones para una América Latina golpeada por la crisis de la deuda externa en los años

ochenta se encaminó por una mayor eficiencia en las economías por medio de la disciplina en la política macroeconómica, liberalización financiera, cambiaria y comercial, privatizaciones, desregulación de la economía y una promoción de la inversión extranjera directa.

El proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia!", pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras existan restricciones a la competencia en el mercado interno.

En resumen las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica: 1) permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores; 2) proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y 3) fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores.

El proceso que hemos descrito implica que el Estado debe ser reestructurado para adquirir nuevas tareas y para dejar de realizar otras actividades. La necesidad de un buen funcionamiento del mercado y de condiciones para aumentar su eficiencia son los objetivos de los Estados que han adoptado la economía de mercado. Este es el origen de la normativa de competencia que encontramos en Centroamérica.

1.1.4 Origen y evolución del derecho de competencia en Nicaragua.

Revisando los orígenes institucionales del Derecho de Competencia, se encuentra que la Constitución Política de Nicaragua de 1893 y su reforma de 1896, establece por primera vez, algunos preceptos de Derecho Constitucional

Económico, particularmente el Título V incorpora en el texto el establecimiento de derechos y garantías considerados fundamentales, para el buen funcionamiento del mercado y del modelo de libre empresa. El artículo 64 reza: “Todo monopolio que ataque la industria agrícola será prohibido”. Esta disposición registrada por primera vez en la historia constitucional viene a significar un fundamento primario de Derecho de la Competencia.

Con este mismo principio, la Constitución Política de 1905 en el artículo 43, amplía y generaliza la prohibición: “Es prohibido todo monopolio”, y la reforma constitucional de 1911 agrega: “Es prohibido todo monopolio en interés privado”.

En 1939 la Constitución Política, ampliando su alcance y trascendencia expresa lo siguiente: “se prohíben los monopolios en interés privado y toda clase de acaparamiento industriales o comerciales” e incluye que “solo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional” (artículo 39).

En la Reforma Constitucional de 1974, establece que: “Se prohíben los monopolios en interés privado y toda clase de acaparamientos industriales y comerciales. Asimismo se prohíbe el otorgamiento de concesiones que significa la constitución de monopolios sobre las riquezas naturales del Estado. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora; sólo en exclusivo interés nacional puede la ley establecer monopolios y estancos a favor del Estado o los Municipios (artículo 67)”. El momento político vivido, y el posterior modelo económico de los 80’ aleja la concretización de esta medida.

Procurando distinguir los diferentes escenarios que se presentaron en el país a partir del inicio de los años 90', encontramos fundamentalmente tres etapas en las cuales se desenvuelven los acontecimientos. En estos diferentes contextos la actuación de las autoridades superiores, en las estructuras de los diferentes gobiernos, en cuanto a prestar la debida atención y apoyo al proceso de formación de la Ley no fue significativo.

Es por ello que los impulsores del proceso, principalmente la Dirección General de Competencia y Transparencia en los Mercados (DGCTM) del Ministerio de Fomento Industria y Comercio (MIFIC) inducen una dinámica participativa de los sectores económicos representados en sus organismos empresariales, que resulta en elevar el interés del Gobierno, actores políticos, económicos y sociales durante el periodo 2002 al 2006, y con ello la introducción de la iniciativa de ley ante la Asamblea Nacional, en donde el debate cobra mayores niveles de interés por parte de legisladores claves con capacidad de liderazgo, quienes interpretan correctamente la demanda de los principales actores económicos del país de adoptar una ley de competencia.

1.1.5 Proceso de transformación económica a partir del 90

A partir de 1990 con la conducción del país a cargo del nuevo gobierno de la señora Violeta Barrios de Chamorro, Nicaragua aceleró el proceso de transformación económica y con ello la construcción de un modelo de libre mercado, iniciando una etapa de modernización del marco legal e institucional que comprendió, entre otros, la eliminación de normas obsoletas y la emisión de legislación acorde a las actividades económicas del país, el nuevo modelo socioeconómico del gobierno evidenció la urgente necesidad de sentar los

fundamentos de una economía de mercado, y es enmarcado en este contexto que el MIFIC produjo el primer proyecto de ley de competencia con el asesoramiento del Programa de Modernización del Estado implementado por la Cooperación Técnica Alemana (GTZ), y fue presentado a la Presidencia de la República en noviembre de 1994, pero este proyecto no prosperó. Tal resultado puede atribuirse en parte al desconocimiento del tema en los sectores económicos y a nivel de gobierno. Ante tal situación se inició un proceso de promoción de la competencia, bastante tímido y reducido a un pequeño círculo, con el propósito de divulgar y capacitar a los sectores público y privado, así como a académicos de opinión.

La promoción de una política de competencia, en esta primera etapa, era un tema accesorio a otros de gran importancia; por ejemplo en los primeros años de la década de los noventa se requería una gestión del gobierno que diera lugar a políticas públicas muy diferentes a las del sistema de economía centralizada que debía ser sustituido; transformación que debía incluir la liberalización de los sectores de servicios de infraestructura básica y su privatización, la desregulación de algunos segmentos de la industria eléctrica y energía, como temas principales. Con esta finalidad se modificaron los marcos jurídicos sectoriales, a fin de permitir la participación privada en la prestación de los servicios básicos, lo que incluyó un régimen legal que atiende la calidad en la prestación del servicio, la eficiencia en la asignación de los recursos en cada sector, y la introducción de tecnología para hacer eficiente el servicio.

Asimismo, se introdujeron normativas referidas al medioambiente y de seguridad ocupacional de los trabajadores y se establecieron metas para la expansión de la cobertura de la oferta de los servicios. Finalmente, y como

temas coadyuvantes en esta transformación regulatoria, se incluyeron: a) la protección de una efectiva competencia con el fin de incentivar la participación de diversos inversionistas, y b) la defensa de los consumidores y c) en lo que respecta a los servicios básicos, se introduce el tema de competencia. Aunque en las diversas leyes de los sectores regulados incluyen disposiciones de competencia en la práctica no tuvieron mayor efecto entre otras causas por que no se tipifican las conductas antijurídicas; no se establece un procedimiento de investigación, y persiste la indefinición en cuanto al establecimiento de sanciones.

1.1.6 Institucionalización del tema de Competencia

En 1998, con la transformación de las estructuras del Estado, se otorgó al Ministerio de Fomento Industria y Comercio la facultad de impulsar la actualización del marco jurídico y las disposiciones administrativas que regulan la actividad económica nacional; específicamente se le encomendó la tarea de promover la libre competencia, la eficiencia y defensa de los derechos del consumidor, creando para ello la Dirección General de Competencia y Transparencia en los Mercados (DGCTM). Así el artículo 113 del Reglamento de la Ley 290⁷ faculta a la DGCTM otorgando funciones y actividades que contribuyeran al fin previsto, apoyar y aplicar la legislación en materia de Competencia, entre otros.

Con estas facultades, la DGCTM se dio a la tarea de promover la política de competencia y ejercer la abogacía de competencia a través de la emisión de opiniones en el ámbito legislativo y económico orientadas a impedir la

⁷ Ley de Organización y competencia y procedimiento del poder ejecutivo, decreto 71-98

formación de obstáculos o barreras administrativas en las leyes y normativas en proceso de formación y aprobación.

1.1.7 Apertura de Mercados TLC's firmados y el DR CAFTA

A partir del 2001 se hizo un mayor esfuerzo por lograr la aprobación de la Ley de Competencia, dado el interés del gobierno por el tema, consistente con la preocupación de atender los problemas estructurales del comportamiento del mercado, en el cual existían numerosas barreras y regulaciones excesivas a la entrada de nuevas empresas, así como conductas empresariales anticompetitivas que surgían al amparo de dichas barreras y privilegios. Aunque en la negociación del DR-CAFTA no se incluyó un capítulo específico que aborde el tema de competencia, éste prevalece a nivel general pues contiene entre sus objetivos el promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, tema que repite y especifica en el capítulo referido al acceso a mercados. La convicción del buen funcionamiento de los mercados es una condición importante para que el país sea más competitivo, provocó que el gobierno promoviera la Ley de Competencia con mayor vigor a comienzos de la década del 2000.

Aunque la adopción de una ley de esta naturaleza presupone una reacción de oposición de los agentes económicos dominantes acostumbrados a desempeñarse a base de conductas anticompetitivas de manera recurrente, las posibles prácticas anticompetitivas provenientes de empresas extranjeras, atraídas por la apertura del mercado y el proceso de atracción de inversiones se convirtieron en una preocupación importante del sector privado; temática enfocada a través de la promoción y cultura de competencia en los diferentes

seminarios y talleres realizados por la DGCTM, lo cual dio como resultado, el que los sectores se apropiaran del tema, originando además una posición de mayor apertura y simpatía por parte de las cámaras empresariales al proceso de aprobación de la Ley.

La ratificación del DR/CAFTA por parte de la Asamblea Nacional Legislativa, presuponía un debate intenso en el que se trató de involucrar a toda la sociedad nicaragüense. El Gobierno como promotor enfrentó una diversidad de posiciones a favor o en contra de la aprobación de este tratado de libre comercio, además de asumir la responsabilidad de demostrar que el país lo necesitaba, por los beneficios que generaría, pero sobre todo persuadir a la comunidad empresarial que, en términos prácticos, existen las condiciones y aptitudes en los sectores productivos para aprovechar las ventajas y facilidades que se derivan del Tratado. Es en este contexto que surgen o se identifican diversas propuestas de instrumentos legales, acciones y políticas que de manera complementaria a DR/CAF-TA deben ejecutarse para que el país obtenga los beneficios esperados; a las cuales se les denominó “Agenda Complementaria de País para el Mejor Aprovechamiento del DR CAFTA”.

Dicha Agenda fue definida entre los Ministros delegados por el Poder Ejecutivo y los Diputados de la Comisión Especial de Seguimiento a los Tratados de Libre Comercio de la Asamblea Nacional. Dicha Agenda fue incorporada al dictamen de la Comisión y después fue anexada a la Ley de Ratificación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América, Centro América y República Dominicana.

La propuesta de aprobación de una ley de competencia "gura como una acción relevante contenida en la Agenda antes referida junto a otras propuestas de

leyes, tales como Ley de Arbitraje Comercial, reforma al régimen legal de zonas francas, actualización de normas del Código de Comercio y normativas en materia ambiental. Además se planteó la necesidad de implementar acciones destinadas a mejorar la competitividad de las PYMES's a través del fortalecimiento de su marco legal, sus estrategias de exportación y la calidad en sus procesos productivos.

En conclusión, a diferencia de lo ocurrido en algunos otros países de la región, en Nicaragua hubo una amplia participación ciudadana, a través de un proceso de consulta, en la discusión de los proyectos de ley de competencia, ello permitió fortalecer y legitimar la versión final de la propuesta y su aprobación en octubre de 2006, como ya hemos mencionado.

1.1.8 Coyuntura económica de Nicaragua

Nicaragua es un Estado de América Central, limita al norte con Honduras y al sur con Costa Rica, cuenta con una población de 5.870.000 habitantes de diversas raíces étnicas, su idioma oficial es el castellano y su moneda es el córdoba nicaragüense.

Diferentes factores de índole política, económica e incluso ambiental han contribuido a que, de acuerdo con datos del Banco Mundial, Nicaragua sea actualmente la segunda economía más pobre del continente, después de Haití.⁸

En los últimos años se viene verificando una relativa mejoría en los principales indicadores macroeconómicos, con estimaciones de crecimiento

⁸ Nicaragua: panorama general, sitio web del Banco Mundial, <http://www.bancomundial.org/es/country/nicaragua/overview>, consultado el 13 de octubre de 2013.

superiores al 3% en el mediano plazo. Este resultado se vería sustentado en una fuerte inversión pública, un consumo estimulado por las remesas familiares y un incremento en la oferta de crédito privado.

Nicaragua ocupa el puesto 115, sobre 139, en el Índice de Competitividad Global, y obtiene una calificación de 119 (clasificaciones de 1 a 185; el primer lugar corresponde a la mejor) en el Índice de facilidad para hacer negocios.

1.2 Referencia constitucional

Varias disposiciones de la Constitución Política de 1987 (el preámbulo y los artículos 2, 5, 98 a 105, 138 y 150, entre otros) se refieren al modelo económico que busca desarrollarse en el país y al papel del Estado y de los particulares en la promoción y consecución de dicho modelo. En este sentido, la Constitución Política reconoce la libertad de empresa en cuanto motor de desarrollo, en tanto que establece ciertos límites que, por razones de bien común, puede imponer el Estado al ejercicio de dicha libertad. La Ley 601 se inscribe en este contexto.

1.3 Relaciones económicas internacionales

Nicaragua es Miembro de las Naciones Unidas y mantiene relaciones permanentes con diferentes organizaciones internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. También mantiene activas relaciones multilaterales y regionales, particularmente en temas comerciales. En efecto, Nicaragua es signatario de los Tratados de Libre Comercio de los

países centroamericanos con los Estados Unidos, la Unión Europea y el Canadá, y es miembro de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA).

Nicaragua presenta desde hace varios años un déficit en la balanza comercial, que se explica en gran medida por los altos costos de importación del petróleo y el incremento en las compras de bienes para la industria, equipo de transporte y materiales de construcción. El principal socio comercial de Nicaragua son los Estados Unidos, seguido del conjunto de países centroamericanos, Venezuela y, recientemente, China.

El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR) entró en vigor en Nicaragua en 2006. Este acuerdo brinda interesantes oportunidades para la economía de Nicaragua, gracias al acceso en condiciones preferenciales a un mercado de más de 360 millones de consumidores, que generan más del 25% del Producto Interno Bruto mundial.

Los acuerdos y compromisos del CAFTA-DR conllevan, en algunos ámbitos, modificaciones en la normativa interna de los Estados Partes con el fin de adecuarse a los términos del Tratado. La Ley 601 es un ejemplo de ello.

1.4 La ley 601: aspectos sustantivos

1.4.1 Antecedentes de la Ley 601

En el decenio de 1990, Nicaragua entró en un proceso de modernización jurídica e institucional con el fin de introducir al país en la economía de

mercado. Estos esfuerzos se intensificaron a partir de 2001, en el contexto de las negociaciones del CAFTA-DR. Este Tratado, si bien no contiene un capítulo sobre competencia, trata el tema en sus disposiciones programáticas, además de incluir en su agenda complementaria la obligación de aprobar una legislación sobre competencia.

Así pues, en diciembre de 2006 se adopta la Ley 601, que presenta una estructura y un contenido similares a los de la mayoría de las leyes de competencia del mundo. La Ley 601 prohíbe las prácticas anticompetitivas, establece un régimen de control de fusiones y adquisiciones, y prohíbe los actos de competencia desleal entre agentes económicos.

La Ley creó PROCOMPETENCIA, que inició formalmente sus operaciones en 2009, y le otorgó la facultad de investigar prácticas y concentraciones anticompetitivas, realizar un control previo de ciertas concentraciones, llevar a cabo importantes funciones de abogacía de la competencia y conocer en denuncias por competencia desleal.

1.4.2 Ámbito de aplicación y excepciones

La Ley 601 se aplica a las actuaciones de los agentes económicos de cualquier sector de la economía, en la medida en que dichas actuaciones puedan producir efectos anticompetitivos en el mercado nacional (art. 2). Quedan excluidas de la aplicación de la Ley las acciones promovidas por el Estado con el objetivo de garantizar la salud y la seguridad alimentaria y nutricional de la población nicaragüense (art. 4).

Prácticas prohibidas

La Ley 601 prohíbe las prácticas anticompetitivas realizadas entre agentes económicos que compiten entre sí, así como las que involucran a agentes que no compiten entre sí. El artículo 18 de la Ley 601 prohíbe los acuerdos anticompetitivos entre agentes económicos competidores y los acuerdos para la fijación de precios, la repartición de mercados, la limitación de la oferta de bienes o servicios, la colusión en licitaciones, así como los acuerdos para limitar el acceso de otros agentes en el mercado. La Ley 601 no indica de forma expresa que se deba aplicar la “regla per se”⁹ en estos casos. Sin embargo, tampoco establece que deba demostrarse ningún elemento adicional a la mera realización de la práctica, de donde PROCOMPETENCIA ha inferido que la práctica debe entenderse en sí misma prohibida, una vez probada su existencia.

El artículo 19 de la Ley 601 tipifica las prácticas anticompetitivas “verticales”, o entre agentes no competidores, e incluye las conductas unilaterales de abuso de poder de mercado. Entre otras, se prohíben la distribución exclusiva, la imposición de precios o condiciones de reventa, la venta atada, la compra o venta sujeta a la condición de no usar o adquirir bienes o servicios ofrecidos por terceros, la negativa injustificada de trato, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la venta de bienes o servicios por debajo de los costos marginales.

Para determinar la ilegalidad de las prácticas, el artículo 20 de la Ley 601 establece como elementos adicionales la posición de dominio del presunto

⁹ La “regla per se” es aquella según la cual una práctica resulta prohibida bajo cualquier circunstancia, sin que haya necesidad de probar sus efectos. Por el contrario, cuando se aplica la “regla de la razón”, deben analizarse las condiciones particulares en que se desarrolló la práctica, así como sus efectos.

infractor en el mercado relevante, que las prácticas se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante, que impidan o limiten el acceso de competidores al mercado, o los desplacen del mismo, y, en todo caso, que se produzca un perjuicio a los intereses de los consumidores. Además, el artículo 23 del Reglamento a la Ley 601 describe las ganancias en eficiencia que podrá considerar la Autoridad para valorarlas contra los efectos anticompetitivos de las prácticas y así determinar su efecto neto, lo que se considera hasta cierto punto una aproximación al examen de conductas bajo la “regla de la razón”.

La Ley 601 prevé un “programa de clemencia” (art. 48) según el cual todo agente económico que informe a la Autoridad de alguna práctica anticompetitiva en la que participe o haya participado podrá verse exento de la sanción correspondiente. Este mecanismo aún no ha sido utilizado y se prevé que su aplicación pueda experimentar dificultades prácticas derivadas del ambiente empresarial, el temor a represalias comerciales por parte de otros agentes económicos y, en general, la posible desconfianza que pueda existir en el sistema. Por otro lado, pareciera que el programa de clemencia también es aplicable a las prácticas verticales, lo que no resulta adecuado.

También el Código Penal¹⁰ tipifica como delito la comisión de prácticas anticompetitivas consistentes en la imposición del precio de reventa, el establecimiento de limitaciones a la producción, el reparto de mercados y la exclusión de agentes económicos del mercado, cuando restrinja la competencia y ponga en peligro la estabilidad económica del país, o afecten a bienes de primera necesidad. Hasta la fecha no ha sido juzgada ninguna práctica anticompetitiva por la vía penal. Sería conveniente prever que, en

¹⁰ Código Penal, art. 273.

estos casos, PROCOMPETENCIA pudiera ejercer funciones concretas de apoyo y asistencia técnica.

1.4.3 Concentraciones

El artículo 24 de la Ley 601 establece que hay concentración cuando acontece un cambio en el control de las empresas involucradas, independientemente de su modalidad, y otorga a PROCOMPETENCIA la facultad de revisar y autorizar concentraciones. El criterio para analizar si una concentración debe o no autorizarse es si ésta crea o refuerza una posición dominante que pueda impedir o limitar la competencia.

Deben notificarse las operaciones de concentración que alcancen los siguientes umbrales (art. 25): una cuota igual o superior al 25% del mercado relevante, o unos ingresos brutos combinados superiores a 642.857 salarios mínimos (aproximadamente 87 millones de dólares de los EE.UU.). El criterio del mercado relevante no es directo, y el umbral de 642.857 salarios mínimos parece elevado para una economía de un tamaño relativamente pequeño como la nicaragüense.

El procedimiento se inicia con una solicitud ante PROCOMPETENCIA previa a la concentración, que se debe acompañar del pago de un canon. La solicitud debe ser analizada en los plazos establecidos en la Ley y el resultado puede ser la prohibición de la concentración, su autorización total, o su autorización parcial o condicionada, es decir, sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones.

1.4.4 Competencia desleal

Las prácticas de competencia desleal están relacionadas, por lo general, con conflictos de orden privado entre agentes económicos que sólo en casos muy excepcionales afectan el proceso de competencia en sí. La Ley 601 reconoce que las prácticas de competencia desleal pueden afectar intereses colectivos y otorga a PROCOMPETENCIA la potestad de conocer en ellas. El artículo 23 prohíbe los actos de engaño, denigración, comparación, maquinación dañosa, confusión, fraude, inducción e imitación.

1.5 Aspectos institucionales: PROCOMPETENCIA

PROCOMPETENCIA es una institución de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria. Concentra tanto funciones de investigación como de resolución de casos.

1.5.1 Órganos de PROCOMPETENCIA

El órgano máximo de la institución es el Consejo Directivo, al cual corresponde “dictar la política de prevención, promoción, protección y garantía de la libre competencia y supervisar su ejecución”. Está integrado por un Presidente, tres Directores y sus respectivos suplentes, nombrados por el Presidente de la República y ratificados por la Asamblea Nacional, por períodos de cinco años.

El Presidente es el encargado “de ejecutar la política de promoción, protección y garantía de la libre competencia de acuerdo a la Ley”, y el responsable de la conducción técnica y administrativa de PROCOMPETENCIA. En él se concentra la mayor parte del poder decisorio de la institución.

Si bien se previó una estructura organizativa más completa para PROCOMPETENCIA, las importantes limitaciones presupuestarias a las que se enfrenta la institución desde el principio de su actividad ha obligado a simplificarla, de modo que, además del Consejo Directivo y la Presidencia, solamente cuenta con la Dirección Administrativa Financiera, la Dirección Jurídica, la Fiscalía y la Dirección Económica.

1.5.2 Recursos humanos y financieros

El patrimonio de PROCOMPETENCIA está constituido principalmente por asignaciones del presupuesto nacional, tasas por servicios y recursos provenientes de la cooperación internacional. Sin embargo, el presupuesto aprobado para la institución desde sus inicios ha sido muy limitado (aunque ha ido en aumento, en 2012 fue solamente de 374.000 dólares de los EE.UU.), lo que explica la gran dificultad con que se enfrenta la institución para cumplir con su mandato, e incluso para retribuir a su personal.

La restricción presupuestaria llega a tal punto que, actualmente, el pago de algunos de los salarios de sus 13 funcionarios (incluidos los cuatro miembros del Consejo Directivo) depende de la cooperación internacional. De hecho, PROCOMPETENCIA pudo comenzar a operar en gran parte gracias a la

cooperación internacional, especialmente del Programa de Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en las Áreas de Competencia y Protección del Consumidor en América Latina (COMPAL), financiado por el Gobierno de Suiza y administrado por la UNCTAD.

1.5.3 Independencia, transparencia y rendición de cuentas

Si bien el diseño institucional de PROCOMPETENCIA favorecería, en principio, su independencia, en la realidad, su capacidad de acción, y por lo tanto, esa independencia, se ven reducidas por las limitaciones presupuestarias mencionadas.

En relación con las cuestiones de transparencia y rendición de cuentas, PROCOMPETENCIA debe informar a la Asamblea Nacional, y al público en general, sobre los resultados de su gestión¹¹, lo cual viene haciendo desde su creación. Por otro lado, PROCOMPETENCIA cuenta con un sitio web en el que publica la información más relevante sobre las acciones de la Autoridad.

Por último, las decisiones de PROCOMPETENCIA están sometidas al control del Poder Judicial, si bien todavía no hay suficiente dominio técnico del tema por parte de quienes están llamados a ejercer este control, lo que pone de relieve la importancia de la labor de abogacía con el colectivo de jueces.

¹¹ Ley 601 art. 14.

1.5.4 Planificación estratégica

Las limitaciones presupuestarias le dan poco espacio para planificar a PROCOMPETENCIA; resulta difícil hacerlo sin saber con certeza con qué recursos se contará más allá del muy corto plazo. Aun así, PROCOMPETENCIA estableció sus prioridades; en concreto, una lista de sectores clave para el análisis de casos y un plan de acciones de abogacía de la competencia. Sin embargo, nuevamente las limitaciones presupuestarias le han impedido acometer todas las actividades que tenía previstas. De hecho, PROCOMPETENCIA no ha iniciado ninguna investigación de oficio, sino que todas han sido a petición de parte.

1.5.6 Gestión del conocimiento

Con miras a lograr una adecuada gestión del conocimiento que va adquiriendo y de preservar su memoria institucional, PROCOMPETENCIA debe mejorar la gestión de sus bases de datos, manteniendo, por ejemplo, un registro de sus actividades de abogacía de la competencia y de su seguimiento.

1.6 Aspectos procedimentales

La Ley 601 prevé una serie de procedimientos particulares para los casos de competencia, que se complementan con normas procedimentales generales de la legislación nicaragüense.

1.6.1 Procedimiento por prácticas prohibidas

La combinación de los artículos 48 del Reglamento a la Ley 601 (que estipula que las investigaciones se inician de oficio o a petición de parte), y 31 de la Ley 601 (que establece que sólo los agentes económicos que tengan interés legítimo, además de organizaciones legalmente constituidas, pueden interponer una denuncia), parece excluir la posibilidad de denuncias de los particulares que, habiendo constatado una práctica que afecta la libre competencia, pretendan obtener el mero respeto de la legalidad objetiva. Sin embargo, la propia Ley 601 autoriza a PROCOMPETENCIA a iniciar una actuación de oficio en caso de acceder a información procedente de la queja anónima de un particular.

Una vez presentada la denuncia, sería conveniente revisar el contenido exigido a las denuncias en la Ley y el Reglamento, que no son plenamente coincidentes. al Presidente de PROCOMPETENCIA le compete exclusivamente valorar si hay mérito para abrir una investigación y, en su caso, ordenarlo así (art. 51 del Reglamento).

Cuando el expediente se ha iniciado de oficio, la carga de la prueba recae sobre PROCOMPETENCIA, mientras que en los casos de denuncia, dicha carga recae sobre el denunciante. En este último caso, en principio, el acervo probatorio de un proceso lo componen únicamente las pruebas solicitadas por el denunciante y las provenientes del presunto infractor. No obstante, el Reglamento dispone que en un término de tres días hábiles luego de presentadas las pruebas por las partes, PROCOMPETENCIA puede ordenar la práctica de alguna diligencia probatoria adicional, si lo estima pertinente.

Esta salvedad es especialmente importante dadas las intensas cargas procesales que limitan la efectividad de la presentación de quejas, incluso por parte de asociaciones de consumidores, y las opciones limitadas con que cuenta PROCOMPETENCIA para impulsar el proceso de oficio.

La imposición de medidas cautelares por el Consejo Directivo en cualquier momento del proceso procede únicamente a petición de parte.

El Presidente de PROCOMPETENCIA emite una decisión final sobre el caso, en la que declara si hubo o no práctica restrictiva. Cabe advertir que los derechos y obligaciones originados por prácticas declaradas como violatorias de la Ley 601 son nulos (art. 36).

Además, en la decisión se puede urgir la cesación de una práctica, ordenar la desconcentración total o parcial de agentes económicos, dictar condiciones u obligaciones tendientes a restablecer la situación anterior al acto ilícito, e imponer sanciones según la gravedad de la infracción, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de iniciar acciones civiles contra los infractores.

La experiencia de PROCOMPETENCIA en materia de sanciones es aún limitada, pero se observa que las multas impuestas hasta el momento están cerca del parámetro inferior que establece la Ley 601. De todas formas, es prematuro evaluar en este momento si dicho nivel de sanciones tendrá o no el efecto disuasorio deseado.

Una vez que la decisión se encuentra firme, goza de legitimidad y fuerza ejecutoria. El Presidente de PROCOMPETENCIA ejecutará la decisión por sus propios medios o con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario.

1.6.2 Recursos contra las decisiones de PROCOMPETENCIA

Contra la decisión del Presidente de PROCOMPETENCIA cabe interponer un recurso de revisión ante el mismo Presidente, en el que se pueden alegar únicamente violaciones de tipo adjetivo. Con posterioridad, se puede interponer un recurso de apelación ante el Consejo Directivo contra la decisión del Presidente sobre el recurso de revisión. PROCOMPETENCIA ha interpretado que en el recurso de apelación pueden alegarse aspectos de fondo, evitando de ese modo la indefensión de las partes.

Asimismo, una decisión adoptada por PROCOMPETENCIA puede ser sometida a ulterior control jurisdiccional, bien sea a través de la interposición de un recurso de amparo o del adelantamiento de una acción en lo contencioso-administrativo. El amparo es un recurso especial de protección de garantías constitucionales contra actos de la autoridad. La sentencia que concede el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el goce de los derechos transgredidos, restableciendo las cosas al estado previo a la transgresión.

En la acción en lo contencioso-administrativo el demandante podrá pedir la anulación de los actos, omisiones, disposiciones generales y vías de hecho susceptibles de impugnación en sede contencioso-administrativa. Asimismo, podrá pedir el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento, entre ellas la declaración de haber lugar a daños y perjuicios materiales y morales.

1.6.3 Acciones por daños y perjuicios

Las reclamaciones por daños y perjuicios contra los infractores se dirimen ante la jurisdicción civil. El artículo 38 de la Ley 601 estipula el plazo de un año para interponer esas reclamaciones, término sustancialmente inferior al plazo general previsto en la codificación civil.

1.7 Regímenes regulatorios especiales

1.7.1 Aplicación de las normas de competencia por parte de los entes reguladores Sectoriales.

Una circunstancia particular de Nicaragua es la de la existencia de una autoridad especializada: PROCOMPETENCIA, que carece de competencia respecto de los sectores regulados. Ello se debe a que el artículo 15 de la Ley 601 abre un desafortunado espacio para liberar del control de PROCOMPETENCIA a estos sectores de la economía, de gran importancia y que impactan directamente en el bienestar de los consumidores.

El mencionado artículo 15 establece que “cuando se trate de investigaciones de prácticas contempladas en la presente Ley, efectuadas en los sectores económicos y mercados sujetos a regulación, PROCOMPETENCIA emitirá dictamen previo a la resolución de dichos entes reguladores”. Sobre esta base, la Corte Suprema de Justicia interpretó que la Ley 601 define sectores en los que la autoridad sectorial es competente para aplicar las normas sobre libre competencia.

Existe una incoherencia entre lo establecido en la Ley y lo estipulado en el Reglamento, pues éste sí reconoce la competencia de PROCOMPETENCIA respecto de sectores regulados. Pero más que solucionar esta incoherencia modificando el Reglamento, lo realmente deseable sería que la Ley reconociera la competencia de PROCOMPETENCIA para aplicar la Ley 601 a todos los sectores de la economía, incluyendo los regulados.

1.7.2 Algunos sectores regulados de la economía nicaragüense

1.7.2.1 Sector financiero

La Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF) fue creada mediante la Ley 316 de 1999 como ente regulador del sector financiero, con el objetivo de velar por los intereses de los depositantes y preservar la seguridad y la confianza del público en dichas instituciones.

El objetivo del SIBOIF se ha definido en términos de estabilidad y solvencia del sector, sin que la promoción de la competencia sea, al parecer, prioritaria. La labor del ente regulador en lo que a la promoción de la competencia se refiere, se ha limitado a la eliminación de requisitos de entrada al mercado (montos mínimos de capital y condiciones de participación de instituciones extranjeras).

El sector financiero nicaragüense se encuentra particularmente concentrado, y es muy relevante y sensible por el impacto que genera su dinámica en la población, por lo que cabría esperar actuaciones públicas de promoción de la competencia en este sector. Como se verá más adelante, PROCOMPETENCIA intentó, sin éxito, acciones en un caso de supuesta concentración de precios entre instituciones financieras.

1.7.2.2 Sector energético

La generación de energía eléctrica se realiza en Nicaragua en un contexto de libre competencia, mientras que las actividades de transmisión y distribución están sometidas a regulación estatal. Hay restricciones normativas a la integración vertical de los agentes en el mercado.

El Instituto Nicaragüense de Energía (INE) es un ente estatal autónomo encargado de la planificación, formulación de políticas y regulación del sector, cuyo objetivo principal es promover la competencia a fin de propiciar unos costos menores y una mejor calidad del servicio a los consumidores, al tiempo que se asegura la suficiencia financiera de los agentes participantes en el mercado.

No se conocen intervenciones del ente regulador, ni tampoco de PROCOMPETENCIA, en asuntos vinculados con prácticas anticompetitivas en el sector.

1.7.2.3 Sector de las telecomunicaciones

En Nicaragua las telecomunicaciones están catalogadas como un servicio público que se presta en régimen de libre competencia, sujeto al interés general y a la vigilancia del Estado.

La Ley 200 de 1995 promueve y estimula la libre competencia en la prestación de servicios. Así, en materia de prácticas verticales, el artículo 25 de dicha Ley prohíbe a los operadores de telecomunicaciones aprovechar su

situación ventajosa para introducir prácticas que impidan la libre competencia o den lugar a actos de competencia desleal.

El Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR) es el ente regulador de los servicios de telecomunicaciones y servicios postales. La situación de TELCOR en tanto fiscalizador de prácticas anticompetitivas es particularmente compleja. En efecto, el artículo 26 de la Ley 200, que le otorgaba expresamente dichas facultades, fue derogado por la Ley 601; sin embargo, el artículo 3 de la Ley 200, junto a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia del artículo 15 de la Ley 601, permitiría sostener la competencia de TELCOR respecto de prácticas restrictivas de la competencia en dicho sector.

CAPITULO II: CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL MARCO JURÍDICO DE LA LEY 601, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

2.1 De las concentraciones en general

En los sistemas de economía de mercado, uno de los principios básicos es el de la libertad de empresa. En Nicaragua este principio se encuentra comprendido en el artículo 99 de la Constitución Política y dice lo siguiente:

“... el Estado garantiza la libertad de empresa...”, además el artículo 104 del mismo cuerpo jurídico expone: “Se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas...”. Por lo tanto es obligación del Estado establecer un marco de competencia que permita detectar y corregir cualquier distorsión que afecte el buen funcionamiento del mercado. Para lograr esa finalidad es necesario que dicho marco jurídico defina y diferencie entre acuerdos restrictivos de la competencia, abusos de posición de dominio, competencia desleal y el control de las concentraciones económicas.

Cuando se habla de concentraciones económicas es necesario tener en cuenta el sistema capitalista. Éste ha atravesado por dos fases históricas¹²

- a) Premonopolista o de libre competencia que abarca del siglo XVI al último tercio del siglo XIX;
- b) Imperialista o monopolista, que abarca del último tercio del siglo XIX a nuestros días. En la primera fase la competencia entre capitalistas se basaba en

¹² MÉNDEZ MORALES, J. Fundamentos de Economía, McGraw-Hill, 16ª ed. México: 1996. Pág. 43

el costo y la calidad de los productos, es decir, se perseguía la eficiencia. En la segunda etapa predominan las sociedades anónimas, y como consecuencia a que el capital se concentra y acumula en pocas manos, algunas empresas se fusionan procurando mantenerse en la competencia. Por lo tanto, las concentraciones económicas (fusiones y adquisiciones de control) son un recurso que tienen las pequeñas y medianas empresas para obtener mayores cuotas de mercado y de esta manera generar competitividad en el mismo.¹³

Estas concentraciones pueden producir efectos positivos y beneficiosos para la sociedad debido a que en ocasiones, a raíz de ellas, las empresas producen con mejor calidad y a menores costos, lo que significa que los consumidores serán beneficiados. A esto se le puede llamar bienestar social¹⁴. Por otro lado, las concentraciones pueden ocasionar un desequilibrio en el mercado y dañar ese bienestar social para convertirlo en beneficio de la empresa que se ha concentrado. En muchas ocasiones estas operaciones dan como resultado tanto efectos positivos como negativos, por esa razón se hace difícil tomar una decisión. Se debe hacer una valoración sobre las consecuencias de la concentración.

Cuando las fusiones o adquisiciones de control dan como resultado posiciones de dominio es necesario regularlas y analizarlas, esta es una tarea que le corresponde al Estado por medio de la institución competente.

¹³ SAMUELSON, P. & NORDHAUS, W. Economía, McGraw-Hill, 16ª ed.. Madrid: 1999. Pág. 323.

¹⁴ El bienestar social está compuesto por el bienestar del consumidor y el del empresario oferente.

2.2 La Ley 601

La Ley 601, en su artículo 1, establece que su objeto es promover y tutelar la competencia entre los agentes económicos mediante la prevención y la sanción de prácticas anticompetitivas. El objeto de la Ley sintetiza las diferentes conductas dentro del concepto de prácticas anticompetitivas, aunque después el legislador acepta la diferencia porque dedica un capítulo para el caso de la competencia desleal y otro para las prácticas anticompetitivas. Por otro lado, una concentración económica no es una práctica anticompetitiva y su regulación supone un trato distinto.

Las concentraciones no son una práctica prohibida, así lo establece el artículo 24 de la Ley 601, cuando en su parte in fine dice literalmente: “Las modalidades de concentración antes descritas no requieren notificación previa”. De manera que en principio las concentraciones son permitidas y no todas requieren de un examen previo para ejecutarse.

2.3 Fusiones y adquisiciones de control

Por lo general, cuando se habla de concentraciones económicas, se hace referencia a la fusión. En efecto, los agentes económicos se pueden concentrar mediante la fusión, pero además, otro procedimiento que se utiliza para lograr esa finalidad es la adquisición de control. El artículo 24 de la Ley 601 expresa literalmente lo siguiente:

Para efectos de esta Ley se consideran concentraciones:

- a) Cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan

como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración, o combinación de sus negocios en todo o en partes, dejando de ser independientes;

- b) Cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otros agentes económicos adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos; y
- c) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma tácita o jurídica a un agente económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

En este artículo se enumeran procedimientos que se pueden utilizar con el fin de concentrarse. Se hace referencia a la fusión y la adquisición de control, pero además se recurre a otras figuras: integración y consolidación.

El literal (a) expresa que la integración es una forma de concentrarse. Es necesario aclarar que la doctrina maneja el concepto de integración como sinónimo de concentración. Sin embargo, Julio Pascual y Vicente exponen lo siguiente sobre el concepto de integración.¹⁵

Se utiliza este término como sinónimo de concentración empresarial, aunque, a veces, se aplique en un sentido más restringido haciendo referencia

¹⁵ PASCUAL Y VICENTE, J. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Civitas Madrid. 2002. Pág. 242

únicamente a los procesos de fusión....¹⁶ para establecer una diferencia entre los conceptos de fusión e integración, cita lo que la Ley General de Cooperativas (Nicaragua), en su artículo 94, expone sobre el proceso de integración:

Una o varias cooperativas podrán incorporarse a otra, conservando la incorporante su personalidad jurídica y extinguiéndose la de las incorporadas. El activo y el pasivo de éstas se transfieren a la incorporante.¹⁷ Orúe afirma que este proceso es conocido como fusión por absorción. De manera que, cuando el artículo cita la fusión y la integración como dos operaciones distintas, podría referirse a que la fusión se realizará por medio de la creación de una nueva persona jurídica y, en el caso de la integración, se sugiere el proceso de absorción.

Otro concepto que plantea cierta interrogante es la consolidación. Uno de los problemas que podría presentar un grupo de sociedades es la información financiera. El instrumento del que se dispone para tratar de solucionar este problema de información es la consolidación contable.¹⁸ El objetivo que se busca mediante este tipo de consolidación es aclarar y corregir las distorsiones que genera la contabilidad separada de cada sociedad, ya que no es la forma idónea para mostrar la realidad económica del grupo.

La lógica consiste en ofrecer la situación patrimonial y financiera del grupo como si fuera una única empresa. Por ende la consolidación no es una figura

¹⁶ ORÚE CRUZ, J. R. Derecho de competencia: Una introducción, Lea Grupo Editorial, 1ª ed. Managua. 2008. Pág. 200

¹⁷ Ídem.

¹⁸ URÍA, R. ET AL. Curso de Derecho Mercantil, T.I, Civitas, 1ª ed. Madrid. 1999. Pág. 1346.

que tenga por finalidad la concentración, su objetivo es mostrar los resultados financieros de un grupo de empresas que se encuentran concentradas.

Con respecto a la fusión, Julio Pascual y Vicente¹⁹ exponen que es la transferencia del patrimonio de una o más sociedades a otra sociedad preexistente, o bien a una sociedad de nueva creación que las absorbe. Es una operación que las empresas realizan para alcanzar mayor tamaño, desarrollando las actividades existentes, o bien, otras nuevas, con el fin de lograr mayor penetración en los mercados habituales o mercados nuevos. Un elemento importante a destacar en las operaciones de fusión es que entrañan una desaparición de personalidades jurídicas.

Por otro lado, en el caso de las adquisiciones de control, Julio Pascual y Vicente explican que es la compra total o parcial por una empresa de la propiedad y el control de otra. Las adquisiciones dejan intactas las personalidades jurídicas, sin embargo, el control de la adquirida cambia de manos. En los casos de adquisiciones es normal que las empresas sigan desarrollando por separado sus actividades respectivas. Es importante enfatizar que el control de una sociedad por otra se traduce en una maximización conjunta de beneficios.

Las concentraciones por adquisición de control implican que una o varias personas físicas, entidades privadas, solas o conjuntamente, adquieren la posibilidad de ejercer influencia sobre otra empresa por cualquiera de las siguientes maneras: compra de derechos de propiedad y relaciones

¹⁹ PASCUAL Y VICENTE, J, Óp. Cit. Pág. 224

comerciales tales como la situación de dependencia económica derivada de acuerdos de suministro.

En suma el artículo 24 menciona varias figuras, pero además se refiere a elementos importantes como pérdida de independencia económica y unidad de dirección, lo que conlleva a un cambio de estructura permanente en el funcionamiento de las empresas y ocasiona un cambio en la estructura del mercado relevante debido a que existe una reducción de oferentes.

La Ley 601 trata de conceptualizar lo que se entiende por concentración en su artículo 24, sin embargo deja claro que no son prohibidas, y que no todos los proyectos concentrativos generan la obligación de solicitar la autorización de su ejecución a PROCOMPETENCIA. Es el artículo 25 de la ley 601 el que establece aquellas concentraciones sujetas a notificación.

El artículo expresa que aquellas operaciones que den como resultado que las empresas concentradas adquieran o incrementen una cuota igual o superior al 25% del mercado relevante están sujetas a notificación previa ante PROCOMPETENCIA. Sigue exponiendo el mismo artículo que cuando agentes económicos que tengan ingresos brutos combinados superiores a un promedio de 642, 857 salarios mínimos, quieran fusionarse, también tendrá la obligación de solicitar la debida autorización a PROCOMPETENCIA. El problema de la Ley es que no hace referencia sobre qué índice de concentración se utilizará.

2.4 La notificación

Se define en este artículo que en Nicaragua se emplea el sistema de notificación previa obligatoria. En Panamá, en lo referente al análisis de las concentraciones económicas, el artículo 23 de la Ley 45, “Ley que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición”, habla sobre la verificación previa, sin embargo no parece establecer un carácter obligatorio. El artículo dice lo siguiente: “Antes de surtir sus efectos, las concentraciones podrán ser notificadas y sometidas, por el agente económico interesado, a la verificación de la autoridad” (Gobierno de la República de Panamá, 31 de octubre de 2007).

El artículo utiliza el término podrán. No parece establecer la notificación con un carácter verdaderamente obligatorio, aunque el artículo 24 de la misma ley de Panamá expone sobre los efectos de la verificación y establece categóricamente el hecho de que aquellas operaciones aprobadas no pueden ser impugnadas. Por otro lado, aquellas concentraciones que no cuenten con la autorización de la autoridad competente corren el riesgo de ser desmanteladas. Un elemento importante para destacar es el hecho que el artículo 25 de la Ley 601 aplica los criterios de obligatoriedad en la notificación para aquellos proyectos de concentración que se puedan realizar entre agentes económicos competidores, esto es, entre empresas que se encuentran en la misma fase del proceso productivo. Julio Pascual y Vicente ofrece la siguiente definición: Se dice que una integración es horizontal cuando la empresa que es resultado de aquélla cubre con mayor amplitud la misma fase del proceso productivo que

antes cubrían las empresas que se han integrado. Por ejemplo, la integración de dos sociedades dedicadas ambas a la distribución de carburantes.²⁰

En Nicaragua se puede hablar del caso ESTESA, que fue absorbiendo a otras compañías que se dedicaban a brindar servicios de televisión por cable hasta alcanzar gran poder en el mercado. Se otorga prioridad a este tipo de concentraciones porque son las que pueden resultar más dañinas para la estructura del mercado. A partir de estas operaciones se pueden fijar posiciones de dominio²¹, monopolios²², monopsonios²³, duopolios²⁴, oligopolios²⁵, oligopsonios²⁶, o bien, monopolios conjuntos²⁷.

La intención es evitar que en un mercado se produzca una estructura que dé como resultado la competencia imperfecta. El caso extremo de la competencia imperfecta es el monopolio.

En la actualidad es raro que se encuentre un verdadero monopolio, se afirma que sólo existen cuando son protegidos de alguna manera por el Estado.

²⁰ PASCUAL Y VICENTE, Óp. Cit. Pág. 304: La empresa que dispone de tal posición puede actuar sin necesidad de tener en cuenta las reacciones que su comportamiento suscite en el mercado. La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico, es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible

²¹ Ídem. La empresa que dispone de tal posición puede actuar sin necesidad de tener en cuenta las reacciones que su comportamiento suscite en el mercado. La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico, es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible.

²² Ídem. Pág. 271. Situación de un mercado en la que hay un solo vendedor, el concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta.

Ídem. Pág. 275: Situación en el mercado en la que existe un solo comprador (monopolio de demanda)

²³ Ídem. Pág. 275: Situación en el mercado en la que existe un solo comprador (monopolio de demanda)

²⁴ Ídem. Pág. 200. Situación del mercado en la que un sector de actividad únicamente comporta la existencia de dos vendedores, se trata de un caso particular de oligopolio

²⁵ Ídem. Pág. 200. Situación del mercado que se caracteriza por la existencia de un número muy limitado de vendedores que tienen conciencia de ser interdependientes en sus decisiones de precios y de producción

²⁶ Ídem. Pág. 285. Se trata de una situación en el mercado en la que hay un número muy limitado de compradores

²⁷ Ídem. Pág. 272. Se aplica este término para denominar el comportamiento anticompetitivo que pueden adoptar las empresas participantes de un oligopolio con el fin de obtener rentas de monopolio

Ejemplo: Una compañía farmacéutica que descubra un nuevo y maravilloso fármaco recibe una patente que le da el control monopolístico de ese medicamento durante unos años. Otro ejemplo es el de las empresas que se dedican a ofrecer algún servicio público y por ende necesitan una licencia para poderlo hacer. En Nicaragua el INE (Instituto Nacional de Energía) es el encargado de brindar los permisos en ese sector, tal es el caso de UNION FENOSA.

Una de las causas de la competencia imperfecta, se debe a la situación en la que algunas empresas obtienen economías de escala, que significa el nivel óptimo de producción de una empresa y se da cuando ésta produce más a menor costo. Las pequeñas empresas no pueden hacerle frente a esta situación y sencillamente no pueden sobrevivir.

En muchos de los casos, cuando los proyectos de concentración económica se deben notificar, necesitan justificar por qué se quieren concentrar. Un efecto favorable es lograr eficiencia²⁸ por medio del esfuerzo conjunto. Es decir, al concentrarse puede ser más factible obtener economías de escala, y esto se traduce a un mejor precio para los consumidores.

Hay que destacar que lo anterior supone la satisfacción de los consumidores, que son eje fundamental en todo análisis del Derecho de competencia. Sin embargo, a mediano o largo plazo, es posible que esa economía de escala sea la causa de que otras empresas necesiten retirarse del mercado por el hecho de no poder competir contra ese ritmo de producción. Es por esta razón que los

²⁸ SCHATAN, C. & ÁVALOS, M. Condiciones y Políticas de Competencia. Economías Pequeñas de Centroamérica y El Caribe, México: CEPAL, 1ª Ed. 2006. Pag. 78. Es la utilización óptima de los recursos existentes en una sociedad para satisfacer las demandas de los consumidores al costo más bajo posible.

mercados pueden ir teniendo reducción de agentes oferentes y por ende los consumidores observan cómo sus posibilidades de elección son mínimas.

En este punto es preciso señalar que una empresa que se posiciona con poder en el mercado, no importando los medios, lógicamente puede disminuir su ritmo de producción por el hecho de no tener competencia y puede determinar las condiciones del mercado. Puede imponer precios o fijar precios de manera colusiva con otras empresas que también tienen una fuerte cuota de mercado. Además, pueden repartirse el mercado, limitar la producción y realizar un sinnúmero de acuerdos dañinos para los consumidores.

Es por esta razón que en el caso de las concentraciones se establece el sistema de notificación previa, para analizar y evitar cualquiera de las estructuras que resulten dañinas a la competencia efectiva.

En el artículo 26 de la Ley 601 ya se habla de prohibir las concentraciones, de manera que es muy claro que el legislador, para evaluar estas operaciones, utiliza la regla de la razón.²⁹

Algunas concentraciones se necesitan notificar y otras son prohibidas per se. El artículo 26 expresa literalmente: Quedan prohibidas las concentraciones de agentes económicos cuyo efecto sea o pueda ser disminuir, restringir, dañar o impedir la libre competencia económica respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. Se exceptúan de esta prohibición las

²⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina. Lima: Indecopi, 1ª ed. 2005 Se utiliza con el fin de no prohibir los meros actos, lo que se trata de evitar son las consecuencias negativas de éstos, y para eso se necesita realizar una evaluación de la eficiencia que se puede producir a partir de ciertas conductas, así como sus efectos negativos.

concentraciones que recaigan sobre un agente económico que se encuentre en estado de insolvencia.

Para los efectos de este capítulo, no se consideran como concentraciones, las asociaciones que se realicen por un tiempo definido para desarrollar un proyecto determinado.

En principio el artículo habla sobre los efectos de las concentraciones (regla de la razón), si éstos son disminuir, restringir, dañar o impedir la libre competencia, las concentraciones se prohíben. Cabe señalar que muchas concentraciones logran generar mayor competitividad en el mercado. Tal sería el caso de una industria compuesta por seis empresas, dos de las cuales tienen el 70% como cuota de mercado y entre las otras cuatro se reparten el 30% del mismo. Si las empresas que poseen el 70% deciden actuar de manera colusiva podrían explotar su posición de dominio. Esta situación podría ser combatida si las otras empresas que representan el 30% de la industria deciden actuar de manera conjunta para poder competir contra ese poder y además generar economías de escala y evitar ser eliminadas del mercado. Esto es una suposición porque bien podría generarse un monopolio conjunto (situación del mercado en la que un oligopolio actúa de manera colusiva para obtener beneficios monopólicos).

2.5 Las concentraciones de tipo vertical

Cuando el artículo 26 habla de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados, se refiere a concentraciones de tipo horizontal. Éstas ya se explicaron en párrafos anteriores de este artículo. A partir de esto es preciso apuntar que no se habla de las concentraciones de tipo vertical o de

los conglomerados. No se definen lineamientos de análisis para este tipo de operaciones que también pueden generar problemas a la libre competencia.

Las concentraciones de tipo vertical³⁰ son aquellas que se realizan entre empresas que se encuentran en diferentes escalones del proceso productivo y de distribución. Expone Orúe, que en vista de la adquisición de una empresa proveedora por una empresa cliente se puede limitar a los competidores la accesibilidad al mercado de los suministros.

Se puede presentar esta situación en el sector de las farmacias. Si una farmacia se encuentra integrada verticalmente con un laboratorio, podría vender a muchos menores costos a los consumidores porque generan eficiencia transaccional³¹. Por otro lado, el contrato de suministro podría tener una cláusula en la que se prohíba que el laboratorio surta de productos a otras farmacias, o se establezca que les venda a un costo más alto, falseando así la libre competencia. En este punto, esta farmacia ofrece mejores precios a los consumidores por la antes descrito, sin embargo, a largo plazo puede ocasionar la quiebra de otras farmacias, y esto disminuye las opciones de los consumidores. A largo plazo puede generar que el número de oferentes se reduzca y dé como resultado posiciones de dominio que afecten el bienestar del consumidor.

³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Una cervecería puede tener sus propias plantas de producción de botellas de vidrio y de todos los insumos que necesita para la cerveza

³¹ Ídem.

2.6 El conglomerado

Otro tipo concentración que no es abordado en el artículo 26 de la Ley 601 es el conglomerado, aunque en el artículo 24 del mismo cuerpo jurídico, cuando se habla de consolidación, se refiere a la unificación de estados financieros de un grupo empresarial.

El conglomerado es un grupo de empresas que se encuentran concentradas y cada una de ellas ejerce su actividad en sectores distintos de las demás. Este tipo de concentraciones ofrece ventajas tales como: reducir el riesgo general, facilitar la movilización de capitales y de recursos humanos, y obtener una mejor asignación de los medios de producción. Por otro lado, los conglomerados constituyen un buen panorama para realizar prácticas anticompetitivas. Se pueden otorgar subvenciones cruzadas con el único objetivo de eliminar la competencia en algunos sectores.

Pensemos en un banco como empresa matriz del grupo. El grupo está conformado por empresas de distintos sectores pero una de ellas se dedica al sector construcción. Si el banco adopta la posición de subvencionar la actividad de ésta, podría dar como resultado que la empresa constructora tenga una gran ventaja sobre sus competidores directos debido al poder financiero que la respalda y por ende puede eliminar en gran medida la competencia en el sector construcción.

El legislador debió hacer alguna referencia directa sobre este tipo de concentraciones y no abordarlas como si sólo se trataran de operaciones de tipo horizontal, es decir, entre agentes económicos competidores.

2.7 Análisis y prohibición de las concentraciones

El artículo 28 del Reglamento a la Ley 601 establece los criterios para prohibir las concentraciones; enumera los siguientes:

1. El ámbito del mercado relevante donde actualmente produce efectos.
2. El ámbito del mercado relevante donde eventualmente producirá efectos la concentración con respecto a competidores y demandantes del bien o servicio, como en otros mercados y agentes económicos relacionados.
3. El control de los agentes económicos involucrados.
4. La posición de dominio que habría de resultar de producirse la concentración.
5. La valoración en eficiencia económica que pueda resultar de la concentración.

Se establece como punto de partida para el análisis de la concentración el estudio de la estructura del mercado relevante. Es preciso definir el o los mercados que se verán afectados por la concentración con la finalidad de determinar si dicha operación limita o no la competencia. La definición de mercado relevante se refiere a dos dimensiones, el mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico.

Este análisis debe hacerse desde dos puntos fundamentales, demanda y oferta. El análisis de la demanda debe tener en cuenta que los productos objeto del análisis deben ser sustituibles desde la perspectiva de los consumidores. Por otro lado, el análisis también debe tomar en cuenta a los actuales oferentes del bien o servicio y aquellos agentes económicos que con facilidad pueden producir el bien servicio.

Pascual y Vicente expone lo siguiente: En el mercado relevante se consideran habitualmente comprendidas a las empresas que efectivamente produzcan los bienes objeto de atención, que son las vendedoras efectivas; y también a las vendedoras potenciales, es decir, a las empresas que pueden rápidamente modificar sus líneas de producción para proveer los bienes de referencia o sus sustitutos si el precio es suficientemente atractivo.

La afirmación anterior es comprendida por el numeral 2 del artículo 25 del Reglamento a la Ley 601, que expone que el análisis del mercado relevante comprende incluso aquellas empresas que pueden llegar a producir el bien en cuestión en un corto tiempo.

Si el bien producido por las empresas que se concentran tiene sustituto, el poder de mercado de ésta se ve reducido, de manera que la conducta de los consumidores es fundamental pues son éstos los que determinan qué bienes consideran sustitutos.

Por otro lado, con respecto al estudio del mercado relevante geográfico, se debe tomar en cuenta qué empresas son las que ofrecen el bien o servicio en esa zona; desde el punto de vista de la demanda (usuarios, consumidores), si ésta puede adquirir ese bien o servicio en una zona geográfica cercana pero distinta a la zona geográfica donde eventualmente producirá efectos la fusión. Se toman en cuenta las dos zonas geográficas con el único fin de poder

determinar el grado de sustituibilidad que tiene el bien o servicio objeto de la concentración económica³².

Siguiendo con el análisis de los criterios que ofrece el Reglamento a la Ley 601 en referencia a la regulación de las concentraciones, se debe hacer un estudio que defina y determine el nivel de control que tienen las empresas próximas a concentrarse dentro del mercado relevante. En este sentido es necesario observar paralelamente el artículo 27 de la Ley 601 que dice literalmente: En la investigación de concentraciones se deberá determinar entre otros criterios que el acto o la tentativa: a) Confiera o pueda conferir al agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

A partir de los criterios que ofrecen la Ley y el Reglamento se puede afirmar que es necesario determinar qué poder tendrán las empresas en el momento que se concentren; es decir, si son capaces de imponer condiciones de manera unilateral o conjunta, esto es en dependencia de la estructura del mercado. Puede ser que se trate de un oligopolio o un monopolio, además bien puede surgir una posición dominante. Para este estudio es necesario identificar a las empresas que operan en el mercado y calcular sus participaciones, sus cuotas de mercado, que como ya se expuso, esto se hace posible mediante índices de concentración que debieron definirse en la Ley o el Reglamento.

³² Reglamento a la Ley 601, Artículo 24, numeral 4,

2.7.1. Las barreras

En ese mismo estudio de mercado es fundamental visualizar las barreras de entrada. Así lo establece el artículo 25 del Reglamento. Esto se debe a que dichas barreras de entrada pueden aumentar la concentración en un mercado. Una barrera de entrada es un factor que dificulta el ingreso de nuevas empresas a determinado mercado, las economías de escala son un tipo habitual de barrera, pero además pueden existir restricciones legales y elevados costos de entrada. En seguida se explican algunas barreras.³³ Restricciones legales: En muchos casos los poderes públicos pueden limitar la competencia en determinadas industrias. Ejemplos de esta situación son las patentes y los aranceles sobre el comercio exterior. El Estado, con el ánimo de fomentar la invención, concede monopolios basados en patentes. También es necesario mencionar que el Estado en ocasiones concede monopolios por licencia a empresas que se dedican a proporcionar servicios públicos. Elevados costos de entrada: Además de las barreras impuestas por la ley, se encuentran aquellas barreras económicas. Esto se debe a que en algunas industrias se requiere realizar una inversión muy alta para poder ingresar a ese mercado y constituirse en un agente económico. Las economías de escala desarrolladas por empresas poderosas imponen condiciones básicas en esas industrias para que otras empresas puedan competir.

En conclusión, los monopolios naturales 22 y legales 23 constituyen barreras de entrada. Por otro lado, si una empresa ha alcanzado un nivel óptimo de producción, en el que se produce en gran cantidad y calidad a bajos costos, también se convierte en una fuerte barrera de entrada.

³³ No todos los índices dan el mismo y exacto resultado, tienen pequeñas variaciones debido a que algunos están diseñados para calcular el panorama global de una industria y otros para identificar a las empresas más poderosas del mercado.

En suma, estudiar las barreras de entrada resulta fundamental en el análisis del mercado relevante previo a la autorización de una concentración. Esto es con el objetivo de observar con qué dificultad o facilidad podrían otras empresas entrar en esa competencia y por ende desconcentrar ese mercado.

2.7.2. La eficiencia

Otro elemento que requiere especial observación es la eficiencia. Si las empresas que proponen concentrarse demuestran que su principal objetivo es alcanzar niveles de eficiencia que beneficiarán a los consumidores es probable que la fusión o adquisición de control sea permitida.

El artículo 23 del reglamento a Ley 601 se refiere a la eficiencia. Además, el literal b) del artículo 4 de la Ley establece que las actividades entre agentes económicos que tengan por objeto lograr mayor eficiencia en la actividad productiva se consideran como excepciones para la aplicación de las disposiciones legales siempre que no configuren ninguna conducta prohibida. En seguida se ofrecen algunas consideraciones importantes sobre la eficiencia. Para la consideración de las eficiencias dentro del marco jurídico de la competencia, algunos juristas se inclinan por definir competencia como una situación que debería tener el objetivo de lograr bienestar social. En general, se puede decir que bienestar social es la satisfacción que obtienen productores y consumidores. El bienestar del productor se mide por su excedente, es producir algo a un costo y venderlo más caro, y por otro lado, si los consumidores consiguen los bienes que necesitan más baratos de lo que en

última instancia estarían dispuestos a pagar, es bienestar del consumidor o usuario.³⁴

Se considera que una empresa será técnicamente más eficiente que otra, si fabrica una misma cantidad de productos utilizando menos cantidad de factores de producción. Por otro lado, una empresa será más eficiente que otra, si utilizando los mismos procesos productivos, una de ellas alcanza un nivel de producción que le permite desarrollar economías de escala.³⁵

Es preciso mencionar que la doctrina reconoce que existen eficiencias estáticas (es el costo más bajo posible en el proceso de producción) y eficiencias dinámicas, que se refieren al proceso mediante el cual las empresas, en su afán de superar a sus rivales, desarrollan novedosos procesos productivos, es decir, que emprenden actividades de investigación y desarrollo con el objetivo de obtener mayores beneficios (diferencia entre los costos y los ingresos).

Por ende, que las empresas demuestren las eficiencias que se lograrán a partir de la concentración es un punto importante para que PROCOMPETENCIA autorice el proyecto.

³⁴ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. Competencia económica en México. Porrúa, S.A., 1ª ed. 2004, Págs. 46-54).

³⁵ PASCUAL Y VICENTE, Óp. Cit. Pág. 204.

CAPITULO III: ASPECTOS MATERIALES DE LA LEY 601

3.1 Prácticas prohibidas

3.1.1 Tarjetas de crédito³⁶

El expediente se inició por una denuncia de la asociación Red Nacional de Defensa del Consumidor contra siete bancos privados y la Asociación de Bancos Privados de Nicaragua, por la fijación de la tasa de interés en el mercado interno de tarjetas de crédito. En el análisis del caso PROCOMPETENCIA aplicó la regla *per se*, corroborando la existencia de la conducta para declararla ilegal.

PROCOMPETENCIA impuso multas de trescientos salarios mínimos (40.000 dólares de los EE.UU.) a uno de los bancos y de cien salarios (14.000 dólares de los EE.UU.) a la Asociación de Bancos Privados. También se ordenó al banco cesar la práctica, y a la Asociación abstenerse de hacer cualquier recomendación a sus ³⁷agremiados que viole la legislación de competencia.

Sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de los recursos de amparo interpuestos, resolvió dejar sin efecto las decisiones de PROCOMPETENCIA, por considerar que su Presidente no está facultado para conocer, instruir y resolver sobre una denuncia en este sector regulado⁵.

³⁶ PROCOMPETENCIA, expedientes 002-2010, 003-2010, 004-2010, 005-2010, 006-2010, 007-2010, 008-2010, 009-2010 y 010-2010.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 864 de 31 de mayo de 2012, expediente 911-11, y sentencia 760 de 20 de julio de 2011, expedientes 1049, 832, 925, 924-2010 y 628-2011.

3.1.2 Gas licuado³⁸

El caso se inició a raíz de una denuncia interpuesta contra dos distribuidores de gas licuado que habrían incurrido en acuerdos de fijación de precios, de limitación del acceso de terceros al mercado y de distribución exclusiva, entre otras prácticas. PROCOMPETENCIA consideró que el denunciante no logró presentar pruebas fehacientes de varias de las prácticas denunciadas, pero sancionó a Tropigas de Nicaragua con una multa de 153 salarios mínimos (aproximadamente 22.000 dólares de los EE.UU.) por negativa de venta.

PROCOMPETENCIA tuvo en cuenta varios documentos que evidenciaban que dicha empresa efectivamente se había negado a vender gas licuado de petróleo al denunciante, sin que mediara justificación objetiva alguna para tal conducta.

Los recursos presentados por la empresa sancionada fueron rechazados.

3.1.3 Caso contra LIDO y BIMBO³⁹

Las empresas Compañía Industrial Lido Pozuelo S.A. (LIDO) y Bimbo de Nicaragua S.A. (BIMBO) fueron objeto de una denuncia por un acuerdo de fijación de precios que tendría como objetivo eliminar a otras empresas del mercado y limitar la producción, así como por prácticas de negativa de trato y discriminación de precios y condiciones de venta.

Respecto del supuesto acuerdo de precios, PROCOMPETENCIA determinó que el denunciante no presentó pruebas que lo demostraran, y respecto de la negativa de trato, que efectivamente la empresa denunciada dejó de

³⁸ PROCOMPETENCIA, expediente 0002-2011.

³⁹ PROCOMPETENCIA, expediente 010-2010.

suministrar y apoyar promocionalmente al denunciante, pero que operaba la excepción prevista en el artículo 19, inc. e), de la Ley 601 por haberse retrasado éste en sus pagos. Por razones similares, se desestimó la supuesta discriminación de precios y condiciones de venta, de modo que, por último, se declaró sin lugar a la denuncia.

No obstante, PROCOMPETENCIA ordenó a la empresa denunciada reanudar la venta de productos y el apoyo promocional al denunciante, y abastecer de todos sus productos a cualquier agente económico que reúna los requisitos reconocidos por las leyes y las buenas prácticas comerciales. La empresa denunciante recurrió la resolución, pero la Autoridad confirmó todos los argumentos de la decisión.

3.2 Control de concentraciones

3.2.1 Caso en el mercado avícola⁴⁰

En noviembre de 2010 las empresas de la industria avícola Sun Valley Foods of Central America Ltda., y Rica Foods Inc. (esta última con operaciones en Costa Rica y Nicaragua), solicitaron a PROCOMPETENCIA autorización para concentrarse.

PROCOMPETENCIA determinó la existencia de posibles efectos anticompetitivos en la operación, invocando principalmente el aumento de poder de mercado de la empresa fusionada, así como la mayor probabilidad de una posible cartelización del mercado. No obstante, por otro lado, también reconoció que la concentración produciría un aumento en la eficiencia, que

⁴⁰ PROCOMPETENCIA, expediente 001-2010.

podría ser trasladado a los consumidores. Por fin concluyó que, a corto plazo, la operación no disminuía de manera irracional la libre competencia económica y la libre concurrencia en el mercado avícola en Nicaragua, por lo que procedió a su aprobación, si bien imponiendo ciertas condiciones.

El análisis de la transacción fue razonable en cuanto a las consecuencias pro- y anticompetitivas de la concentración. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de algunas de las condiciones impuestas, cuya razonabilidad y relación con la operación no resultan del todo claras.

3.2.2 Caso del mercado de hidrocarburos⁴¹

En junio de 2011 las empresas Inversiones en Combustibles y Lubricantes de Nicaragua S.A., y ECCLESTON Co. Ltd., solicitaron autorización para concentrarse mediante la adquisición por la primera de las operaciones que la segunda tenía en Nicaragua. Los dos grupos se dedican a la distribución mayorista de hidrocarburos.

En este caso, tras analizar la operación, PROCOMPETENCIA consideró que, dado el leve cambio en el nivel de concentración en el mercado, la operación podía ser aprobada. No obstante, sometió la autorización a varias condiciones, algunas de ellas coincidentes con lo recomendado por el ente regulador, el INE.

Tampoco en este caso resulta clara la relación entre los efectos de la concentración y las condiciones impuestas por la Autoridad.

⁴¹ PROCOMPETENCIA, expediente 003-2011.

3.2.3 Caso de los bancos: Oligopolio

Con los diez préstamos más grandes participando con el 11.3% en la cartera, el saldo total del crédito facilitado por las entidades financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF) ha crecido con una tasa interanual de 27% hasta C\$72,107 millones, equivalentes a US\$2,953 millones ya que el 92% de los préstamos se entrega en dólares estadounidenses.

Sin embargo, persiste el problema estructural de la concentración de esta cartera de préstamos: el 71% (igual que en marzo de 2012) se destina a las actividades de comercio (asociado principalmente con la importación de bienes de consumo duraderos y no duraderos), vivienda (o préstamos hipotecarios para las familias), créditos personales (orientados a la compra de vehículos, reparaciones menores de las viviendas y consolidación de deudas de las familias) y tarjetas de crédito (que financian los gastos de consumo familiar).

En otras palabras, el agente económico más importante de los grupos financieros es el consumidor final, es decir, las familias. Cabe destacar que el sistema financiero nacional supervisado por la SIBOIF apenas aprobó, como porcentaje del total de la cartera de préstamos, el 1.7% a las actividades pecuarias, el 9.9% a las actividades agrícolas y el 16.3% a las actividades industriales manufactureras.

Sumando esos tres últimos porcentajes, sólo el 28% de la cartera de préstamos se destina a la producción en Nicaragua, por lo cual es fácil concluir que (i) el

productor de bienes es un agente económico secundario en esos grupos financieros; (ii) el crecimiento de la banca está divorciado del crecimiento económico de las actividades agropecuarias e industriales del país; (iii) la actividad bancaria está sesgada hacia el financiamiento del consumo y la inversión financiera, esto último debido a que el 16% de los activos del sistema financiero se concentra en títulos valores emitidos por el Banco Central de Nicaragua (BCN) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), dos entidades que tienen deudas internas del orden de 2.5% del PIB y 8.2% del PIB respectivamente; y (iv) se necesita el restablecimiento de la banca estatal de fomento de la producción, un instrumento necesario para que el gobierno se auxilie en la ejecución de la estrategia de crecimiento económico nacional, en el sentido de facilitar crédito con tecnología a productores que no son sujetos de crédito en la banca convencional. Cabe recordar que el cierre del Banco Nacional de Desarrollo (BANADES) en 1998 fue una condicionalidad de ajuste estructural impuesta por el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el contexto del Consenso de Washington.

Pero los bancos cobran 3.6 veces más que lo que pagan a los ahorristas, al entregar intereses (con mantenimiento de valor, es decir, dolarizadas) de 0.85% a 5.22%, mientras que los préstamos van de 7.84% a 21.26% (dolarizadas). La soberanía del consumidor ha sido suplantada con la soberanía de la competencia imperfecta, o sea, con el oligopolio financiero de Nicaragua que actúa con un poder monopólico.

En marzo de este año, una cuenta de ahorro tradicional en córdobas “con mantenimiento de valor” devenga una tasa de interés “dolarizada” de 1.10%, que al sumarle la tasa de devaluación interanual (de marzo 2012 a marzo 2013) de 5% no concede beneficios a los ahorristas, porque ese total, 6.6%, es

menor que la tasa de inflación interanual de 6.8%, por lo cual el ahorrista tiene una pérdida en el valor de sus ahorros.

Esa falta de estímulo por parte de la banca comercial ayuda a contestar por qué el ahorro financiero en córdobas ha caído desde 7.5% del PIB en 2006 hasta 4.8% del PIB en 2012 en Nicaragua. Ahora, si una persona solicita un préstamo de corto plazo en córdobas con mantenimiento de valor a las entidades financieras reguladas, tendrá que pagar una tasa anual de 14.97%, sin tomar en cuenta la tasa de interés de las tarjetas de crédito de 50% que fue denunciada por la Red Nacional de Defensa de los Consumidores (RNDC) como “coludida” en el Instituto de Promoción de la Competencia (PROCOMPETENCIA) -ese acto fue sancionado por PROCOMPETENCIA en junio de 2011, pero fue invalidado por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) con el argumento que la tasa de interés es un asunto exclusivo de la SIBOIF, contradiciendo así el paradigma legal de una economía de libre mercado (y de las leyes del país) que la tasa de interés es fijada por el mercado-.

Y si una persona solicitara un préstamo de largo plazo tendría que pagar una tasa anual de 21.26%. La tasa activa es siempre mayor que la pasiva, porque que los bancos obtienen parte de sus ganancias de ese diferencial o margen de intermediación financiera, que fue igual a 7.63 puntos porcentuales en marzo de este año. Así, la rentabilidad del sistema financiero, como un porcentaje de su patrimonio, se elevó de 19.24% en marzo de 2012 a 21.65% en marzo de 2013.

Por otro lado, el saldo de los depósitos en dólares, US\$2,767 millones, que participa con el 74% en el total de los depósitos ha subido de 21.3% del PIB a 26.0% del PIB entre los mismos años antes mencionados. Sin embargo, se

observa la particularidad que los depósitos relacionados con la asistencia financiera de Venezuela, que se ha concentrado principalmente en dos bancos (BANPRO y LAFISE BANCENTRO), contrajeron la razón (y ampliaron la brecha) entre el saldo total de préstamos y el saldo total de los depósitos desde 95% (5%) en el primer trimestre de 2009 hasta 62% (32%) en el primer trimestre de 2012, pero ha vuelto a expandirse (y se redujo la brecha) hasta 78% (22%) en el primer trimestre de 2013. Esta situación preocupó al FMI, de tal forma que recomendó al BCN que mantuviera un monitoreo permanente sobre la evolución de esos depósitos para evitar un nuevo deterioro de la cartera de préstamos.

En resumen, los usuarios que utilizan los servicios financieros enfrentan un alto costo del crédito y un bajo rendimiento de sus ahorros tradicionales. Los ahorristas obtienen tasa de rendimientos reales negativas por sus recursos depositados en las entidades bancarias, sin contar las comisiones y los saldos mínimos que debe mantener un ahorrador para no recibir ninguna pena. Además, tres bancos (BANPRO, LAFISE BANCENTRO y BAC) concentran el 81% del total de activos del sistema financiero nacional y, debido al crecimiento de la economía informal, que ha pasado de 64% en 2006 a 76% en 2012, un gran número de micro, pequeñas y medianas empresas no tienen acceso al crédito bancario por falta de garantías.

El Consenso de Washington, ya enterrado en la Cumbre del G-7 en Seúl en noviembre de 2010, continúa vivo en Nicaragua. Aun así, la solución de los problemas estructurales del sistema financiero nacional debe constituir un punto de la agenda nacional para fortalecer el modelo económico del país, el cual no debería continuar basándose en la pobreza de nuestra nación.

CONCLUSIONES

El tema de las concentraciones de empresas requiere de un complejo proceso de análisis.

No se puede describir un panorama totalmente negativo en cuanto a los posibles efectos de las concentraciones en el mercado, como tampoco podemos referirnos al tema únicamente en relación con sus beneficios.

El objetivo fundamental de las normas de control de las concentraciones de empresas es subordinar la ejecución de las operaciones de concentración a una autorización administrativa que funcione a partir de criterios objetivos establecidos por la ley. En Nicaragua se implementa un sistema de notificación y solicitud de autorización previa, pero sólo cuando se igualen o superen los umbrales a los que se refiere el artículo 25 de la Ley 601. Esto quiere decir que en principio existe libertad para concentrarse.

El sistema de notificación previa establecido en la Ley 601 y su Reglamento tiene la finalidad de realizar un balance entre los posibles beneficios que se generen a partir de la concentración y los efectos negativos.

Se toma en consideración si como resultado de la operación se logra que las empresas produzcan al menor costo posible, si se generan incentivos en las empresas para emprender más actividades de investigación y desarrollo. Es conveniente apuntar que el bienestar de los consumidores es un objetivo central de la política de competencia y muy a menudo se utiliza como una guía

para la aplicación de las normas que regulan el comportamiento de las empresas en el mercado.

Por otro lado, se analizan los efectos negativos que pueda tener la concentración en la competitividad del mercado. Se trata de evitar que las empresas alcancen o refuercen una posición de dominio en el mercado que les permita determinar el funcionamiento de éste, imponiendo alzas en los precios y condiciones comerciales no equitativas. Cabe destacar que la Ley 601 faculta a PROCOMPETENCIA para autorizar la solicitud de concentración, para no autorizarla y para autorizarla de manera parcial o condicionada. Es decir, que en algunos casos, cuando la operación de concentración proporcione a las empresas cierta condición que les permita realizar conductas que afecten el mercado, se les establece una obligación de llevar a cabo determinada conducta o de abstenerse.

Finalmente, en cuanto al ordenamiento que la Ley 601 establece, se pone de manifiesto la función preventiva y ordenadora de esta regulación que no tiene como propósito fundamental prohibir las operaciones de concentración, sino que trata de impedir que a partir de la concentración se produzcan efectos lesivos para la competencia y el buen funcionamiento de determinado mercado.

Al realizar prácticas que restringen la libre competencia generan un gran daño económico al consumidor, afectando su poder adquisitivo y por ende bienestar de vida.

RECOMENDACIONES

En la Ley 601, con respecto a su objeto, mismo que es determinado en el artículo 1. Es importante destacar que sólo se hace mención de la prevención, prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas, por lo que se sugiere recoger en su fundamento la regulación de las concentraciones de empresas pues éstas no suponen una práctica anticompetitiva y en este caso se trata de un cambio en la estructura de un mercado.

Es necesario que la Ley 601 trate de definir con más precisión los conceptos a los que se refiere el artículo 24 de la misma en cuanto a lo que se considera concentración empresarial.

Se enumeran varias operaciones como fusión, adquisición, consolidación; la doctrina explica que el objetivo de recurrir a los criterios de enumerar las operaciones que se utilizan para concentrarse es crear cierta certeza jurídica para poder determinar el ámbito de aplicación de la norma, situación que no se logra cuando la Ley no deja claro los conceptos.

En lo referente al artículo 25 de la Ley, cuando especifica los umbrales, establece que la concentración quedará sujeta a la obligación de notificar cuando como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado relevante. En este aspecto sería útil señalar cómo será el procedimiento para determinar el grado de concentración que se obtendrá a partir de la operación, se debería sugerir la utilización de algún índice de concentración.

Finalmente, cuando se habla de regular las concentraciones de empresas, y los criterios que se utilizarán para su evaluación, se observa que la Ley y el Reglamento, con respecto al tema que nos ocupa, no gozan de amplitud y precisión. Por lo tanto, con el objetivo de crear claridad en los criterios de valoración, se debería implementar en un futuro una guía de concentraciones en la que se especifiquen los índices de concentraciones que podrán aplicarse.

FUENTES DEL CONOCIMIENTO

LEGISLACION

- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA
CONSTITUCION POLITICA DE NICARAGUA
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA CODIGO
PENAL DE NICARAGUA
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA CODIGO
CIVIL DE NICARAGUA
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA (24 de octubre
de 2006) Ley No. 601: De promoción de la competencia, aprobada el 28
de septiembre de 2006. Managua: La Gaceta Diario Oficial No. 206.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA. (2006)
Reglamento a la Ley No. 601, Decreto No.79-2006 del 15 de enero de
2007, Managua: La Gaceta Diario Oficial No.10.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ (7 noviembre de
2007) Ley No. 45: Normas sobre la protección al consumidor y defensa
de la competencia y otra disposición, aprobada el 31 de octubre de
2007. La Gaceta No. 25914: Ciudad de Panamá.

DOCTRINA

- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (2004). Competencia económica en México. México: Porrúa, S.A., 1ª ed.

- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (2005) Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina. Lima: Indecopi, 1ª ed.

- MÉNDEZ MORALES, J. (1996). Fundamentos de Economía, México: McGraw-Hill, 16ª ed.

- ORÚE CRUZ, J. R. (2008). Derecho de competencia: Una introducción, Managua: Lea Grupo Editorial, 1ª ed.

- PASCUAL Y VICENTE, J. (2002). Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid: Civitas.

- SAMUELSON, P. & NORDHAUS, W. (1999). Economía, Madrid: McGraw-Hill, 16ª ed.

- SCHATAN, C. & ÁVALOS, M. (2006). Condiciones y Políticas de Competencia. Economías Pequeñas de Centroamérica y El Caribe, México: CEPAL, 1ª Ed.

— URÍA, R. ET AL. (1999). Curso de Derecho Mercantil, t.1, Madrid:
Civitas, 1ª ed.