

# “EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS: NICARAGUA”

**Gustavo Valbuena**  
**Ex Superintendente**  
**Superintendencia de Industria y Comercio**  
**Colombia**

**Pamela Sittenfeld**  
**Ex Directora**  
**Comisión para Promover la Competencia**  
**Costa Rica**

*Las opiniones vertidas en esta presentación son responsabilidad de los autores*



# Contenido del informe

- **Contexto histórico, político y económico**
- **Ley 601: aspectos sustantivos**
- **Aspectos institucionales: PROCOMPETENCIA**
- **Aspectos procedimentales**
- **Sectores regulados**
- **Análisis de la práctica de cumplimiento de la ley (*enforcement*)**
- **Abogacía de la competencia**
- **Asuntos internacionales**
- **Conclusiones y recomendaciones**



# Antecedentes históricos

- En 1979 la Revolución Sandinista implantó un régimen de izquierda.
- Economía cayó un 27%, la inversión privada cedió ante la intervención estatal, y hubo un aumento descontrolado en la inflación.
- El país experimentó una profunda crisis económica que se extendió hasta los años noventa.

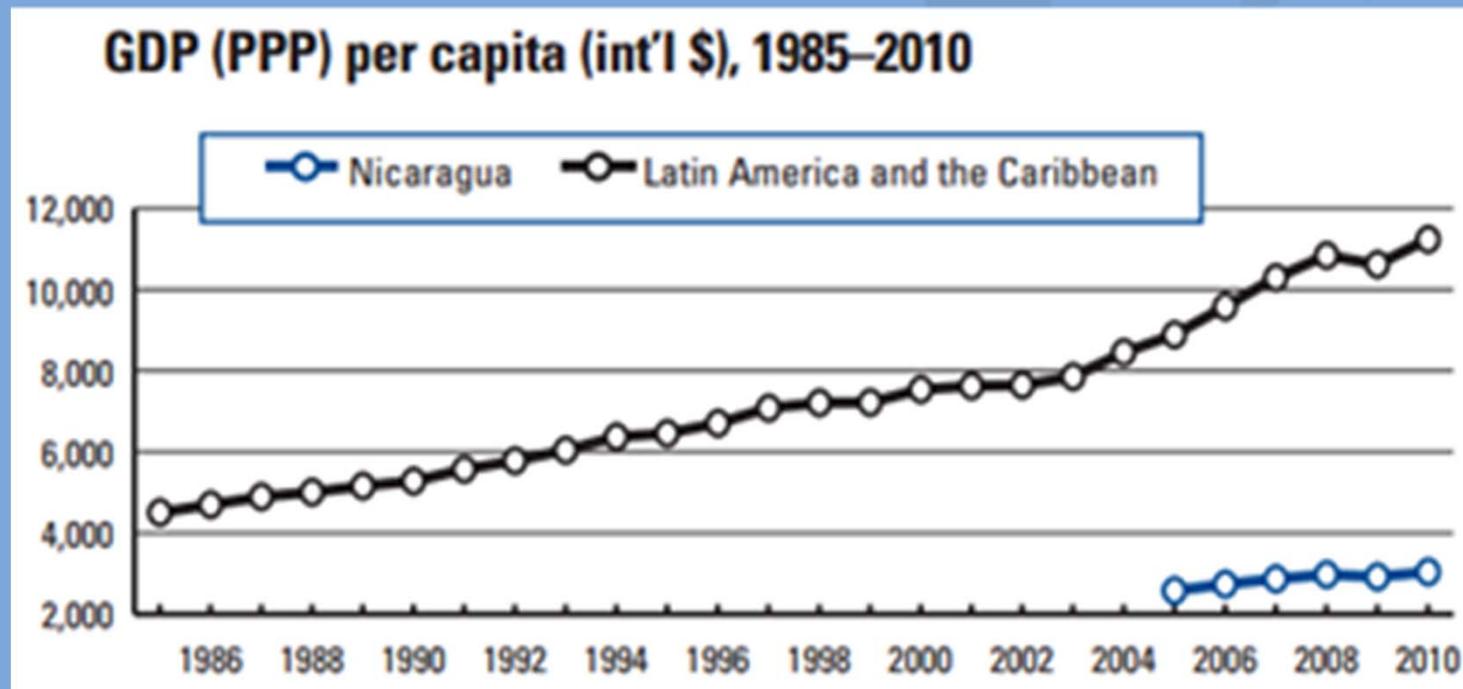


# Perspectiva económica

- Nicaragua arrastra los efectos de la crisis y actualmente es la segunda economía más pobre del continente.
- Ocupa el puesto 115 de 139 en el Índice de Competitividad Global.
- En los últimos años se ha dado una relativa mejoría en los indicadores macroeconómicos. Se pronostican incrementos superiores al 3% en los niveles de crecimiento a mediano plazo.
- La política fiscal se ubica dentro de los parámetros generales del FMI.



# Comparación entre el PIB de Nicaragua y el del resto de Latinoamérica



Fuente: *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, Foro Económico Mundial, 2011.



# Referencia político / institucional

- Constitución Política de 1987 contiene referencias al modelo económico que busca el país, y al rol del Estado en el mismo.
- Contiene reconocimiento de la Libertad de Empresa como motor del desarrollo, con ciertos límites que puede imponer el Estado.
- En el plano internacional, es miembro de Naciones Unidas, y mantiene relaciones permanentes con el Banco Mundial y el FMI.
- Ha firmado tratados de libre comercio y/o de inversión con varios países, y desde el 2007 forma parte del ALBA.



# Antecedentes de la Ley 601

- En los años noventa se inició un proceso de privatización, liberalización de mercados y desregulación. Se presentó un proyecto de Ley de Competencia que no salió adelante.
- En 1998 se asignó al Ministerio de Fomento, Industria y Comercio la tarea de promover la libre competencia y la protección de los consumidores.
- Dentro de las negociaciones del CAFTA-DR (2001) se adoptó el compromiso de emitir una Ley de Competencia.
- En setiembre de 2006 se aprueba la Ley de Promoción de la Competencia, No. 601. Sin embargo, hasta mayo de 2009 inició sus funciones la nueva autoridad.



# Ley 601: aspectos sustantivos

- **Objetivo: eficiencia y bienestar de los consumidores**
- **Ámbito de aplicación y excepciones**
- **Prácticas entre agentes económicos que compiten entre sí**
- **Prácticas entre agentes económicos que no compiten entre sí**
- **Prácticas de competencia desleal**
- **Control de concentraciones / notificación previa**
- **Régimen sancionador / programa de clemencia**



# Objetivo de la Ley 601

*“El objeto de la presente Ley es promover y tutelar la libre competencia entre los agentes económicos, para garantizar la eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores, mediante el fomento de la cultura de la competencia, la prevención, la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas.”*



# Ámbito de aplicación

*“Están sujetos a las disposiciones de esta Ley cualquier acto, conducta, transacción o convenio realizado por los agentes económicos en todos los sectores de la economía nacional, incluyendo los efectuados fuera del país, en la medida en que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en el mercado nacional.”*



# Excepciones

El artículo 4 establece las siguientes exclusiones:

- a) derechos de propiedad intelectual
- b) Actividades que busquen mayor eficiencia, armonización de estándares técnicos y de calidad, adopción de marcas colectivas y cooperación en materia de desarrollo tecnológico o medio ambiental.
- c) Beneficios laborales que sean resultado de acuerdos de negociación colectiva.
- d) Acuerdos de promoción de las exportaciones compatibles con las normas de la Organización Mundial del Comercio.
- e) Acciones promovidas por el Estado para garantizar la salud y la seguridad alimentaria.

Salvo por la “e)”, las excepciones aplican siempre y cuando no se realice una práctica prohibida por Ley.

Adicionalmente, el artículo 18 excluye a los acuerdos entre agentes nacionales y compradores externos *“que favorezcan el reconocimiento de condiciones más favorables para los productores nacionales”*.



# Prácticas entre agentes económicos competidores

El artículo 18 de la Ley 601 prohíbe las siguientes prácticas:

- a) Fijación de precios y el intercambio de información con el mismo objeto o efecto,
- b) Repartición de mercados,
- c) Limitación de la oferta de bienes o servicios,
- d) Licitaciones colusorias,
- e) Acuerdos para limitar el acceso de otros agentes en el mercado.

Aun cuando no hay referencia expresa a la regla *per se* en la Ley, no se exigen condiciones probatorias adicionales a la tipificación para sancionar. En la práctica las conductas parecen ser sancionables bajo la regla *per se*. Esta ha sido la interpretación de PROCOMPETENCIA.

Sin embargo, el artículo 22 del Reglamento indica que se debe valorar si hay perjuicio a los intereses de los consumidores u otros agentes económicos, y si de las prácticas se derivan eficiencias y beneficios.



# Prácticas entre agentes económicos no competidores

El artículo 19 de la Ley 601 prohíbe las siguientes conductas:

- a) Distribución exclusiva,
- b) Imposición de precios u otras condiciones de reventa,
- c) Venta atada o condicionada,
- d) Compra o venta sujeta a la condición de no usar o adquirir otros bienes o servicios,
- e) Negativa de trato
- f) Discriminación,
- g) Ejercer presión contra algún cliente o proveedor, para disuadirlo de una conducta o aplicar represalias,
- h) Venta de bienes o servicios por debajo de los costos marginales,
- i) Cualquier acción anticompetitiva tendiente a encarecer los costos de los competidores.



# Regla de análisis (regla de la razón)

El artículo 20 establece los siguientes elementos para determinar la ilegalidad de las prácticas entre agentes económicos no competidores:

- a) Posición de dominio,
- b) Que la práctica se realice en el mercado en el cual se tiene dominio,
- c) Que se impida, limite el acceso o desplace a competidores del mercado, y en todo caso, que produzcan un perjuicio a los intereses de los consumidores.

El artículo 22 del Reglamento indica las posibles ganancias de eficiencias a considerar.



# Prácticas tipificadas en el Código Penal

El artículo 273 del Código Penal tipifica el delito de “prácticas anticompetitivas” como:

*La imposición del precios de reventa o el intercambio de información con el mismo objeto o efecto, el establecimiento de las limitaciones a la producción, el reparto de mercados y la exclusión de agentes económicos del mercado.*

El delito se comete cuando: **a)** exista un acuerdo, **b)** restrinja la competencia y **c)** ponga en peligro la estabilidad económica del país, o afecte bienes de primera necesidad.



# Control de concentraciones

- **Definición:** combinación, adquisición del control de una empresa por otra, o transferencia de activos que otorgue influencia dominante en la adopción de decisiones de administración de una empresa (cambio de control).
- **Notificación previa obligatoria cuando se cumplen los siguientes umbrales:**
  - cuando se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado relevante; o
  - cuando las partes que se concentran tengan ingresos bruto combinados superiores a un promedio de 642.847 salarios mínimos (aproximadamente 87 millones de USD).



# Control de concentraciones

## **Regla de análisis:**

Artículo 26 de la Ley 601 establece los siguientes criterios para bloquear una concentración:

- cuando confiera o pueda conferir al agente resultante de la concentración poder sustancial en el mercado;
- cuando pueda tener por objeto desplazar a otros agentes al mercado, o impedirles el acceso al mismo;
- cuando tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente la realización de prácticas anticompetitivas.

Adicionalmente, el artículo 27 de la Ley 601 establece que PROCOMPETENCIA no podrá prohibir las concentraciones cuando las partes demuestren beneficios al consumidor que no podrían alcanzarse por otros medios, y siempre que no se traduzcan en reducciones de la oferta en el mercado.



# Control de concentraciones

## **Procedimiento:**

Se realiza un análisis de dos etapas. El examen preliminar tiene un plazo máximo de 30 días hábiles, y la segunda etapa dura 90 días adicionales.

Al notificar la operación se debe pagar un canon que va de US\$ 50,000.00 a US\$ 100,000.00, dependiendo del valor de la adquisición.

## **Resolución:**

PROCOMPETENCIA podrá aprobar, rechazar o condicionar la concentración.

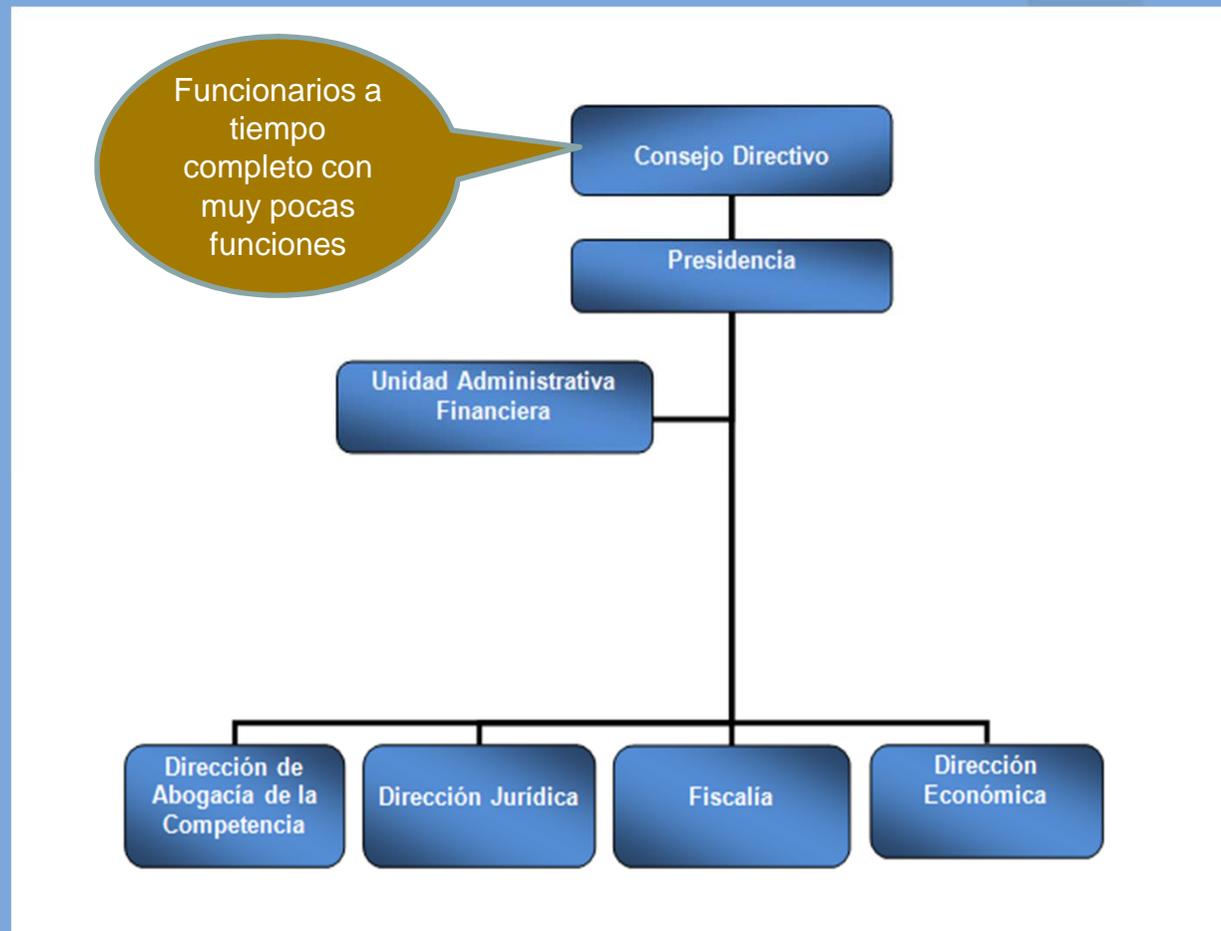


# Aspectos institucionales

- Institución de derecho público de carácter técnico, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestaria.
- PROCOMPETENCIA cuenta con recursos independientes del Gobierno Central. Debe presentar su presupuesto anual al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como parte del Presupuesto General de la República.
- Sin embargo, el presupuesto de la institución ha sido muy limitado.
  - 2009 aproximadamente 41.500 USD
  - 2010 aproximadamente 250.000 USD
  - 2011 aproximadamente 290.000 USD
  - 2012 aproximadamente 374.000 USD
- Existencia depende de cooperación internacional (principalmente programa COMPAL).
- **El diseño institucional de la autoridad favorece su independencia, pero en la práctica su poder de acción, se ve limitado por la escasez de recursos.**



# Organigrama: PROCOMPETENCIA



**Insuficiencia de recursos les impide contratar personal suficiente.**

**Organigrama real no corresponde al diseñado para la institución.**

Fuente: PROCOMPETENCIA



# Personal de PROCOMPETENCIA

- 4 miembros del Consejo Directivo
- 4 Abogados
- 1 Economista
- 1 Contador
- 1 Secretaria
- 1 Jefe de Despacho
- 1 Conserje

Los 4 abogados y el economista han sido financiados por la cooperación internacional.

**TOTAL: 13**



# Facultades de PROCOMPETENCIA

- Facultades de investigación:
  - Inspecciones *in situ*
  - Exigir información
  
- Aplicar sanciones hasta por 10% de las ventas prácticas horizontales, y 6% de las ventas por prácticas verticales.
  
- Imposición de medidas cautelares a solicitud de parte (no de oficio).
  
- Programa de clemencia (aplica para horizontales y verticales)
  
- No se contempla la posibilidad de finalizar anticipadamente vía compromisos o transacciones.



# Aspectos procedimentales

- Procedimiento administrativo ante la propia autoridad (investigación y resolución).
- Procedimientos no están claramente definidos en la Ley y el Reglamento, y no son uniformes para las diferentes actuaciones.
- Carga de la prueba corresponde al quejoso.
- Casi todo el impulso del proceso corresponde a las partes no a la autoridad.
- Requisitos para denunciar se contradicen entre la Ley y Reglamento.
- Resolución final la emite el Presidente. Apelable ante el Consejo.
- Resoluciones son controlables por el juez (vía de amparo o juicio contencioso).



## Sectores regulados

- Según interpretación de la Corte Suprema de Justicia al artículo 15 sobre sectores regulados, PROCOMPETENCIA carece de funciones para investigar prácticas anticompetitivas en dichos sectores.
- PROCOMPETENCIA deberá emitir opinión, de previo a la resolución del regulador.
- Regulaciones sectoriales, sin embargo, no contienen reglas de competencia que deban aplicar dichos reguladores.
- Se da un vacío normativo en sectores claves de la economía, que no están sujetos a ninguna regla de competencia.
- Sin embargo, en materia de control de concentraciones parece que queda salvaguardada la competencia de PROCOMPETENCIA.



# Análisis de la práctica de cumplimiento de la ley (*enforcement*)

	2009		2010		2011		2012	
	Recibidos	Resueltos	Recibidos	Resueltos	Recibidos	Resueltos	Recibidos	Resueltos
Denuncias por prácticas verticales, horizontales y de competencia desleal.	1	1	12	12	3	2	5	1
Concentraciones Económicas			1	1	3	2	2	

**Principales casos investigados:** tarjetas de crédito, gas licuado, derivados de la harina.

**Concentraciones:** hidrocarburos y sector avícola.

**Fuente:** PROCOMPETENCIA



# Análisis de la práctica de cumplimiento de la ley (*enforcement*)

- Debe aclararse la responsabilidad de las asociaciones y gremios cuando promueven actividades anticompetitivas de sus miembros.
- Debe revertirse el criterio legal que atribuye toda la carga de la prueba al denunciante.
- PROCOMPETENCIA debe aplicarse más en la definición del mercado relevante en cada caso concreto, explicitando los razonamientos que le llevan a su conclusión al respecto.
- En cuanto a los remedios impuestos a las partes, éstos deben limitarse a solucionar los problemas creados por la práctica o la concentración de que se trate, y no pretender solucionar otros problemas ni utilizar los remedios como una vía para regular los mercados.
- PROCOMPETENCIA debe profundizar en el análisis de los efectos anti- y procompetitivos de las conductas y operaciones de concentración. Para ello sería fundamental que pudiera fortalecer su equipo económico.



# Abogacía de la competencia

- La normativa otorga a PROCOMPETENCIA funciones en las dos áreas típicas en materia de abogacía de la competencia: **a) la promoción de una cultura de la competencia y b) el acompañamiento a decisiones regulatorias con incidencia en la dinámica competitiva.**
- También se le asignan otras funciones que son más comunes a los órganos que se encargan de la simplificación de trámites y la mejora regulatoria.
- Aún con sus limitados recursos, PROCOMPETENCIA ha llevado a cabo importantes acciones en materia de abogacía de la competencia, sin embargo, todavía hay bastante desconocimiento en el país sobre los alcances de la legislación de competencia.
- Entre los esfuerzos que se pueden destacar están los siguientes:
  - **Capacitación a más de 500 personas del Poder Judicial, los entes reguladores, el sector privado, abogados litigantes y asociaciones de consumidores.**
  - **Emisión de guías para las asociaciones gremiales, prácticas anticompetitivas, la presentación de denuncias, entre otras.**
  - **Creación de cursos en las universidades.**
  - **Emisión de opiniones sobre leyes.**
  - **Estudio sobre 14 sectores del país.**



# Asuntos internacionales

- **Cooperación Internacional:**

- Grupo de Trabajo de Política de Competencia de la Integración Centroamericana, cuyo objetivo es fortalecer la política de competencia por medio del diseño de una política regional y el fomento a la cultura de competencia.
- Acuerdos de cooperación con agencias homólogas (El Salvador, Costa Rica, Panamá).
- Participación de PROCOMPETENCIA en redes de competencia.

- **Asistencia técnica:**

- El programa COMPAL contribuyó a que la autoridad de Nicaragua pudiera abrir sus puertas y conocer sus primeros casos, lo cual es un logro muy significativo para una institución con recursos tan limitados.
- Otros convenios: Brasil, Colombia España y México



## Recomendaciones relacionadas con el ámbito de aplicación de la Ley 601.

- Las exclusiones contenidas en el artículo 4 de la Ley no son verdaderas exclusiones a la aplicación de la Ley.
- Se debería valorar la posibilidad de eliminar la exclusión que establece el artículo 18 en relación con los acuerdos entre agentes nacionales y compradores externos “*que favorezcan el reconocimiento de condiciones más favorables para los productores nacionales*”.



## Recomendaciones relacionadas con la estructura e institucionalidad.

- Revisar la conveniencia que los miembros del Consejo Directivo provengan de propuestas de sectores interesados, ya que podría generar conflictos de intereses.
- Separar las funciones de instrucción y de fallo con la posibilidad de reservar la gestión del Presidente únicamente para la toma de decisiones finales.
- Se deben revisar las funciones del Presidente y del resto del Consejo de PROCOMPETENCIA, toda vez que en la actualidad existe un claro recargo de funciones.
- Reforzar labores de abogacía entre quienes ejercen el control sobre PROCOMPETENCIA.
- Generar una memoria institucional desde el principio de las actividades de la autoridad.



## Recomendaciones relacionadas con la coordinación de PROCOMPETENCIA con otras entidades públicas.

- Proponer un esquema de autoridad única para todos los sectores de la economía, sin perjuicio de la garantía de colaboración permanente por parte de los reguladores sectoriales.
- En este sentido, el artículo 37 del Reglamento a la Ley 601 prevé que PROCOMPETENCIA solicite opinión técnica y la colaboración de entidades especializadas sectorialmente en materia de concentraciones.



# Recomendaciones relacionadas con la abogacía de la competencia.

- Revisar la necesidad de dejar a PROCOMPETENCIA un rol en materia de simplificación de trámites.
- Continuar con los esfuerzos de abogacía de la competencia con ciertas instituciones claves y con el sector privado.
- Seguir fortaleciendo las actividades de abogacía en el Poder Judicial y la Asamblea Nacional.
- Realizarse esfuerzos por capacitar y coordinar acciones con los reguladores sectoriales.
- Sería beneficioso establecer un programa de capacitación con los organismos de contratación pública, con objetivo de que éstos puedan diseñar los procedimientos de contratación de forma procompetitiva y detectar prácticas anticompetitivas.



# Recomendaciones relacionadas con las prácticas anticompetitivas.

- Aclarar expresamente la regla *per se* para determinar la ilegalidad de las prácticas entre competidores.
- Revisar la redacción del artículo 20 del Reglamento, que confunde los criterios de valoración con indicios de la configuración de dichas prácticas.
- Aclarar el artículo 21 del Reglamento, que más que ‘criterios de valoración’ parecieran ser en algunos casos elementos de tipo sancionador y en otros, posibles efectos anticompetitivos.



# Recomendaciones relacionadas con las prácticas anticompetitivas.

- El inciso d) del artículo 21 del Reglamento contradice la Ley al hacer referencia a 'costo medio total y 'costo medio variable' para determinar la existencia de prácticas predatorias.
- Aclarar el artículo 22 del Reglamento, para determinar si el perjuicio a los intereses de los consumidores es un elemento para configurar el ilícito o un criterio de graduación de la sanción.
- El artículo 24 del Reglamento debe aclararse ya que más que criterios para determinar poder en el mercado, lo que se establece son ejemplos de barreras de entrada.



# Recomendaciones relacionadas con las concentraciones.

- Considerar un procedimiento expedito de consulta.
- Abandonar los umbrales basados en la participación de mercado.
- Revisar a la baja el umbral para desatar la obligación de informar operaciones de concentración.
- Frente a la interpretación del artículo 26, el criterio para informar una concentración no puede que la asociación se realice por un plazo determinado, sino que dicho plazo no implique un cambio en la estructura del mercado.
- Se debe aclarar el artículo 32 del Reglamento, para determinar con mayor precisión el momento a partir del cual corre el plazo para notificar la concentración.



# Recomendaciones relacionadas con las concentraciones.

- Debe establecerse que el paso a la segunda fase sea porque existen dudas sobre el impacto que la operación pueda causar en el mercado.
- Unificar las reglas de procedimiento para investigaciones por concentraciones no informadas con el general de prácticas restrictivas de la competencia.
- Disminuir el monto establecido para el canon de concentraciones, ya que es sumamente alto y desproporcionado para una economía del tamaño de Nicaragua.



# Recomendaciones relacionadas con el procedimiento.

- Se recomienda la revisión integral los principios del procedimiento, y la elaboración de principios homogéneos para la aplicación de las normas sobre libre competencia.
- Debe reformarse el artículo 48 del Reglamento, ya que se contradice con el artículo 31 de la Ley respecto de los casos de competencia desleal.
- Se debe revisar el papel del denunciante en el procedimiento, y reforzar los poderes de instrucción e impulso procesal de la autoridad.
- Reducir la cantidad de requisitos para denunciar exigidos por el artículo 49 del Reglamento. Los requisitos mínimos deben ser los establecidos en la Ley.
- Establecer que PROCOMPETENCIA también pueda decretar de oficio medidas cautelares.
- Regular quién será el responsable de oír las alegaciones de las partes y de decretar la suspensión en los trámites de medida cautelar.



# Recomendaciones relacionadas con el procedimiento.

- Reformar el inciso b) del artículo 43 de la Ley 601, ya que establece como requisito para imponer una medida cautelar “que no exista la posibilidad de causar daños irreparables a los interesados”, cuando lo que se busca con una medida de esta naturaleza es totalmente lo contrario.
- Adecuar el artículo 64 del Reglamento al artículo 36 de la ley y a las opciones que el Presidente de PROCOMPETENCIA tiene a la hora de decidir una actuación.
- Incluir en el artículo 47 de la Ley un literal que incluya la gravedad de la conducta como uno de los criterios a tomar en cuenta al momento de fijar la sanción.
- Emitir a futuro manuales o guías de interpretación de la Ley, que consideren indicaciones sobre la gravedad de las conductas.
- Mejorar la profundidad en el análisis de los casos, principalmente en temas económicos.



## Recomendaciones relacionadas con el beneficio de exoneración una sanción-programa de clemencia y facultades de investigación.

- Especificar las condiciones del programa aclarando que únicamente aplica para los casos de prácticas entre competidores.
- Para el caso de las prácticas entre no competidores, se recomienda valorar la posibilidad de alcanzar acuerdos con las autoridades por las vías de los compromisos o la transacción.
- Además de las obligaciones de colaboración consagradas en el artículo 53 de la Ley, se deberían ampliar las facultades instrucción de la autoridad.



## Recomendaciones relacionadas con la indemnización de daños y perjuicios.

- Debe ser clara la opción para los afectados de obtener reparación de daños generados en conductas declaradas anticompetitivas.
- El término prescriptivo de esta acción debería ser el general de la responsabilidad civil.



## Recomendaciones relacionadas con la obligación de colaboración y convenios de cooperación.

- Profundizar los mecanismos regionales y bilaterales para poder proscribir prácticas y concentraciones con efectos transfronterizos.
- La dependencia que tiene PROCOMPETENCIA de los recursos de la cooperación internacional merma su independencia y le impide comprometer un verdadero plan de acción.



**MUCHAS GRACIAS !**

