

**CONSEJO DIRECTIVO
DE LA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(PRO-COMPETENCIA)**

RESOLUCIÓN NÚM. 018-2018

QUE DECIDE SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚM. 001-2018 DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO COMPETENCIA), CON MOTIVO DE LA OBSERVACIÓN DE INDICIOS RAZONABLES DE LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, NÚM. 42-08, EN EL MERCADO DE PRODUCCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE CERVEZA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA POR EL AGENTE ECONÓMICO CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A.

El Consejo Directivo de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA** (en lo adelante “**PRO-COMPETENCIA**”), en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 promulgada el 16 de enero de 2008 y publicada en Gaceta Oficial núm. 10458 de fecha 25 de enero de 2008 (en lo adelante, “Ley núm. 42-08” o por su nombre completo), reunido válidamente previa convocatoria, dicta la presente **RESOLUCIÓN**:

Para una comprensión más clara del presente acto administrativo, hemos organizado su contenido de la manera siguiente:

INDICE TEMÁTICO	Pág.
I. Antecedentes de hecho	1
A. Fase de inicio del procedimiento de investigación	1
B. Fase de instrucción del procedimiento de investigación	3
a. Colaboración de las instituciones del Estado en el proceso de investigación	4
b. Colaboración de los agentes económicos y/o relacionados con el mercado en el proceso de investigación.	5
c. Ausencia de terceros intervinientes en el presente proceso.....	8
d. Actuaciones del agente económico investigado durante la fase de instrucción.	15
e. Conclusiones del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva y alegatos de defensa presentados por el agente económico investigado	20
C. Procedimiento ante este Consejo Directivo	22
D. Alegatos finales y conclusiones de las partes.....	31
 II. CONSIDERACIONES DE DERECHO.....	 36
A. Objeto del presente proceso	37

III. ASPECTOS INCIDENTALES (Consideraciones de Derecho)	38
A. Sobre la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva	39
a. Sobre el alcance de las atribuciones de inspección de la Dirección Ejecutiva en el marco de la investigación	40
b. Sobre la alegada invalidez o nulidad del Informe de Instrucción	43
c. Sobre la alegada falta de motivación de los requerimientos de información por parte del órgano instructor	44
d. Sobre el alegato de Investigación indiscriminada o <i>fishing expedition</i>	47
B. Sobre la desestimación del procedimiento por hechos sobrevenidos por la exclusión del estudio económico anexo al Informe de Instrucción	49
C. Sobre la alegada aplicación retroactiva de la Ley núm. 42-08 en perjuicio del agente económico	52
IV. ASPECTOS DE FONDO (Consideraciones de Derecho)	55
A. Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución	56
B. Determinación del mercado relevante en el presente caso.....	58
C. Determinación de la posición dominante en el mercado.....	66
D. Determinación del abuso de posición dominante de un agente económico	73
a. Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras	75
b. La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique.....	100
i. Restricciones a la competencia a través de la imposición de precios de reventa.....	101
ii. Restricciones a la competencia a través de contratos de exclusividad de promoción	105
iii. Restricciones de visibilidad y espacio en góndolas de marcas competidoras.....	117
iv. Sobre las restricciones a la competencia derivadas de la colocación de neveras, refrigeradores o freezers	123
c. Venta o transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero.....	128
E. Especial responsabilidad del agente económico por su posición de dominio	138
F. Determinación de la sanción	141
a) Sanción aplicable a la falta cometida	154
G. En caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta	159
H. Sobre el cese inmediato de la conducta	160
I. Sobre la nulidad de los acuerdos suscritos en contravención a la Ley núm. 42-08..	161
J. Sobre la relevancia social de la conducta sancionada y de la sanción impuesta	163
V. Parte Dispositiva	167
VI. Votos particulares	170

I. Antecedentes de hecho

SUMARIO:

Este procedimiento administrativo sancionador inició con una investigación de oficio por la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** que culminó con la presentación del informe de instrucción en fecha 21 de diciembre de 2017, donde consideró que existían indicios razonables de prácticas contrarias a la Ley núm. 42-08, en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana en contra de la **CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA (CND)**. Como resultado de esto y luego de las ponderaciones de lugar, el Consejo Directivo dictó la Resolución núm. 001-2018 en fecha 5 de enero de 2018, donde dio formal inicio al procedimiento administrativo que nos ocupa. A partir de ello, se presentaron y discutieron las pruebas de lugar, la CND presentó sus argumentos en fase de pruebas, como en fase de fondo.

Los artículos 22 y siguientes de la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (en lo adelante, la “Ley núm. 107-13”) describen las fases del procedimiento administrativo. Este mismo esquema es seguido en la Ley 42-08 cuando en sus artículos 35 al 50 establece el procedimiento que debe seguirse ante **LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**. Con ocasión a esto, a continuación desarrollaremos lo siguiente: **I.** Antecedentes de hecho; **A.** Fase de inicio del procedimiento de investigación; **B.** Fase de instrucción del procedimiento de investigación; **a.** Colaboración de las instituciones del Estado en el proceso de investigación, **b.** Colaboración de los agentes económicos y/o relacionados con el mercado en el proceso de investigación; **c.** Ausencia de terceros intervinientes en el presente proceso; **C.** Actuaciones del agente económico investigado durante la fase de instrucción; **D.** Conclusiones del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva y alegatos de defensa presentados por el agente económico investigado; **E.** Procedimiento ante este Consejo Directivo; **F.** Alegatos finales y conclusiones de las partes.

A. Fase de inicio del procedimiento de investigación

1. Las sociedades comerciales **CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A.** (en lo adelante, “**CND**”) y **AMBEV BRASIL BEBIDAS** (en lo adelante “**AMBEV**”), subsidiarias de **E. LEÓN JIMÉNEZ S.A.** y de la **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS-AMBEV** respectivamente, informaron a los medios de comunicación que en el mes de abril del año 2012 suscribieron un acuerdo para la fusión de sus divisiones de cervezas, así como el control conjunto de sus operaciones (en lo adelante, al referirnos a “**CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA**” o “**CND**”, se hará referencia a la entidad resultante de la fusión).¹ Dicha transacción incluyó el negocio de maltas, bebidas carbonatadas y ron.

¹ Cfr. Periódico El Nacional, 12 de abril de 2012. Disponible en: <https://elnacional.com.do/amb-ev-compra-51-de-cerveceria-nacional-dominicana-por-1-237-millones-dolares/>; Cfr. Periódico Listín Diario, 12 de abril de 2012. Disponible en: <https://listindiario.com/economia/2012/04/16/228989/amb-ev-compra-el-51-de-las-acciones-de-la-cerveceria-por-mil-237-millones-de-dolares>

2. En fecha 11 de agosto de 2016, fue publicado el “Estudio de competencia en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza de la República Dominicana post fusión: Cervecería Nacional Dominicana y AmBev”², realizado con el auspicio realizado del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), donde se analizó las condiciones de competencia del mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza de la República Dominicana posterior a la referida fusión.

3. En fecha 31 de enero de 2017, la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** (en lo adelante la “Dirección Ejecutiva”) conforme con lo dispuesto en los artículos 33, literal “a” y 36 de la Ley núm. 42-08, emitió la *Resolución núm. DE-001-2017, Que Ordena el Inicio del Procedimiento de Investigación de Oficio, con Motivo de la Observación de Indicios Razonables de la Existencia de Prácticas Contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia No. 42-08, en el Mercado de la Cerveza en la República Dominicana* (en lo adelante “Resolución núm. DE-001-2017”).³ El citado acto administrativo, reza en su parte dispositiva de la manera siguiente:

“PRIMERO: ORDENAR el inicio de un procedimiento de investigación de oficio en el mercado de la producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana, en virtud de la existencia de hechos que pueden constituir indicios razonables para presumir la realización de prácticas de abuso de posición dominante por parte la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) en dicho mercado, las cuales se encuentran tipificadas en el artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, como prácticas restrictivas de la competencia.

PÁRRAFO: A estos fines, esta Dirección Ejecutiva con la asistencia de sus Departamentos de Estudios Económicos y Legal, recabará por los medios que le permite el ordenamiento jurídico vigente, todas las pruebas necesarias para la instrumentación del expediente, que concluirá con la presentación al Consejo Directivo del Informe de Instrucción correspondiente.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) y a los agentes económicos que participan en el mercado de la producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana, así como al Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA); y de igual forma, PUBLICAR en el portal institucional, a los fines de que cualquier parte con interés legítimo pueda participar en el procedimiento o aportar información que contribuya con la investigación que se ordena.

² Dicho estudio fue realizado por el economista Jaime Aristy Escuder, PhD, MSc2, con el auspicio del Proyecto Caribbean Compete del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Vid. Disponible: <http://procompetencia.gob.do/Docs/Publicaciones/CNDC%20Estudio%20cervezas%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20Dominicana.pdf>

³ Cfr. *Resolución núm. DE-001-2017, Que Ordena el Inicio del Procedimiento de Investigación en contra de la CND*. Disponible en : <http://procompetencia.gob.do/Docs/Resoluciones/2017/Direcci%C3%B3n%20Ejecutiva/001-17%20Inicio%20Procedimiento%20Oficio%20Mercado%20Cervezas.pdf>

TERCERO: INFORMAR a la sociedad comercial CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND), que de conformidad con el literal “b” del artículo 44 de la Ley, la notificación de la presente Resolución constituye el emplazamiento formal al agente económico presuntamente responsable de conductas tipificadas por la Ley, por lo que se le otorga un plazo de veinte (20) días hábiles para el depósito de su escrito de contestación contentivo de sus argumentos y medios de defensa.”⁴

4. Una vez iniciado el procedimiento administrativo, se procedió con la fase de instrucción y sustanciación del expediente, la cual describiremos a continuación.

B.Fase de instrucción del procedimiento de investigación

5. En cumplimiento del numeral segundo del dispositivo de la citada Resolución núm. DE-001-2017, la Dirección Ejecutiva procedió a notificar dicho acto administrativo, observando lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley núm. 42-08. A partir esta notificación, se puso en conocimiento a **CND** de la investigación en su contra y se le invitó a participar en el procedimiento aportando pruebas que fuesen de interés para las indagaciones.

6. Asimismo, la Dirección Ejecutiva también le notificó su Resolución núm. DE-001-2017 a los agentes económicos y/o relacionados con el mercado objeto de la investigación, a saber, **UNITED BRANDS, S.A., MERCASID, S. A., CERVECERÍA VEGANA, S.R.L., DISTRIBUIDORA RAIVAN, S.R.L., ASOCIACIÓN DOMINICANA DE FABRICANTES DE CERVEZA (ADOFACE), PRICESMART DOMINICANA, S.R.L., MERCATODO, S.A. (SUPERMERCADOS LA CADENA) y GRUPO RAMOS, S.A.**⁵

7. Durante el período comprendido entre el 20 de julio y el 14 de agosto de 2017, el Departamento de Estudios Económicos y de Mercado de **PRO-COMPETENCIA**, realizó un trabajo de campo consistente en sondeos y encuestas a consumidores y a distintos establecimientos comerciales, como colmados, restaurantes, bares y discotecas en las distintas provincias del país, haciendo un total de ochocientos veinticinco (825) encuentros entre sondeos y encuestas.

8. De igual forma, el proceso incluyó como herramienta de levantamiento de información la realización de treinta y nueve (39) entrevistas a diferentes agentes económicos relacionados con el mercado de la cerveza en la República Dominicana, en su calidad de competidores, establecimientos comerciales, clientes, ex empleados de la CND, productores de eventos, entre otros. Esto se realizó en el período comprendido entre los meses de septiembre a noviembre de 2017.

⁴ *Vid.* Resolución núm. DE-001-2017, de fecha 31 de enero de 2017, dictada por la Dirección Ejecutiva, pp. 7 y 8.

⁵ *Cfr.* Comunicación dirigida a United Brands, S.A., identificada como DE-133-2017 de fecha 2 de febrero de 2017; *Cfr.* Comunicación dirigida a MERCASID, S. A. DE-130-2017 de fecha 2 de febrero de 2017; *Cfr.* Comunicación dirigida a Cervecería Vegana; S.R.L. DE-132-2017 de fecha 3 de febrero de 2017; *Cfr.* Comunicación dirigida a Distribuidora Raivan, S.R.L, DE-131-2017 de fecha 6 de febrero de 2017; *Cfr.* Comunicación dirigida a la Asociación Dominicana de Fabricantes de Cerveza (ADOFACE), identificada DE-156-017 de fecha 9 de febrero de 2017; *Cfr.* Comunicación dirigida a Pricesmart Dominicana, S.R.L., identificada DE-206-2017 de fecha 1 de marzo de 2017; *Cfr.* Comunicación dirigida a MERCATODO, S.A. (Supermercados La Cadena), identificada DE-208-2017 1 de marzo de 2017; y, *Cfr.* Comunicación dirigida a Grupo Ramos, S.A., identificada DE-209-2017 de fecha 1 de marzo de 2017.

9. El propósito de este ejercicio era conocer su apreciación sobre las condiciones de competencia en el mercado objeto de investigación, así como las posibles conductas o situaciones que pueden entorpecer el correcto desempeño de los agentes participantes del mercado. De igual forma, se realizaron diecisiete (17) visitas de “mystery shopping” [, a los fines de conocer las condiciones de comercialización de la cerveza en la República Dominicana.

10. Asimismo, en atención a las facultades atribuidas por el artículo 33 de la Ley núm. 42-08, en fecha 23 de febrero de 2017, la Dirección Ejecutiva solicitó a varios agentes económicos y a diversos entes de la administración pública, información y documentación relevante con ocasión a la investigación en curso.⁶ A saber:

a. Colaboración de las instituciones del Estado en el proceso de investigación

11. Conforme con solicitudes de información y documentación tramitada por la Dirección Ejecutiva en fecha 23 de febrero 2017, las mismas fueron debidamente respondidas por el **BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA**⁷, la **DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS (DGII)**⁸, la **DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS (DGA)**⁹ y el **MINISTERIO DE TRABAJO**¹⁰.

12. En fecha 3 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva remitió una comunicación al **INSTITUTO DOMINICANO PARA LA CALIDAD (INDOCAL)**¹¹, entidad adscrita al **MINISTERIO DE INDUSTRIA,**

⁶ Cfr. Comunicación dirigida a PriceSmart Dominicana, S.R.L. en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/206/17; Cfr. Comunicación dirigida a Supermercados la Cadena en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/208/17 Cfr. Comunicación dirigida a Grupo Ramos en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/209/17; Cfr. Comunicación dirigida al Ministerio de Trabajo en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/2010/17; Cfr. Comunicación dirigida a LA Dirección General de Aduanas en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/2013/17; Cfr. Comunicación dirigida a Brugal & Co. S.A. en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/203/17 ; Cfr. Comunicación dirigida a Cervecería Vegana, S.R.L. en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/202/17; Cfr. Comunicación dirigida a Centro Cuesta Nacional en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/204/17; Cfr. Comunicación dirigida a MERCASID, S.A. en fecha 23 de febrero de 2018, identificada como DE/207/17; Cfr. Comunicación dirigida a Oficina Nacional de Estadística (ONE) en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/2011/17; Cfr. Comunicación dirigida al Ministerio de Hacienda en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/2012/17; Cfr. Comunicación dirigida a la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/2015/17; Cfr. Comunicación dirigida al Banco Central de la República Dominicana en fecha 23 de febrero de 2017, identificada como DE/2014/17; Cfr. Comunicación dirigida a Cerveza Canita en fecha 1 de marzo de 2017, identificada como DE/223/17; Cfr. Comunicación dirigida a United Brands, S.A. en fecha 1º de marzo de 2017, identificada como DE/224/17.

⁷ Cfr. Oficio número 3490, identificado con el código de recepción C-130-17, recibido en fecha 9 de marzo de 2017.

⁸ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-148-17, depositada en fecha 21 de marzo de 2017.

⁹ Cfr. Carta núm. SDT/2017, 004146, depositada en fecha 23 de marzo de 2017, identificada con el código de recepción C-149-17.

¹⁰ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-336-17, depositada en fecha 26 de junio de 2017.

¹¹ Las normas requeridas fueron las siguientes: NORDOM 42: Cervezas. Método de Muestreo, NORDOM 128: Cervezas. Determinación electrométrica del PH, NORDOM 186: Cervezas. Especificaciones. (2da Revision-2012), NORDOM 187: Cervezas. Cervezas: Determinación de la densidad relativa, NORDOM 188: Cervezas.

COMERCIO Y MIPYMES (MICM), solicitándole las normativas aplicables al mercado de la cerveza, lo cual fue debidamente entregado.¹²

13. Asimismo, en fecha 14 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva también solicitó al **MINISTERIO DE TURISMO (MITUR)** la clasificación de los hoteles, bares, discotecas y restaurantes¹³, lo cual fue debidamente entregado.¹⁴

14. Posteriormente, en fecha 17 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva le pidió a **DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS (DGA)** información y documentación relevante para el proceso¹⁵, lo cual no fue respondido por dicha institución.

15. En igual sentido, le fue requerida a la **OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICA (ONE)** información y documentación relevante sobre estructura de costos, cantidad de establecimientos, entre otras cosas de las empresas relacionadas con actividades de producción o comercialización de bebidas alcohólicas¹⁶, lo cual fue entregado en fecha 4 de septiembre.¹⁷

16. En fecha 23 de octubre de 2017, la Dirección Ejecutiva envió una solicitud de información y documentación relevante con ocasión a procedimiento de investigación de oficio iniciado mediante la Resolución núm. DE-001-2017 a la **DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS (DGII)**¹⁸, la cual fue respondida por dicha institución en fecha en fecha 15 de enero de 2018, indicando que no podía entregar las informaciones solicitadas en razón de que las mismas están protegidas por el deber de reservas, establecido en el artículo 47 del Código Tributario.¹⁹

b. Colaboración de los agentes económicos y/o relacionados con el mercado en el proceso de investigación.

17. Como resultado de las notificaciones de la Resolución núm. DE-001-2017 descritas anteriormente, **UNITED BRANDS, S.A. y DISTRIBUIDORA RAIWAN, S.R.L.** respondieron. En el primero caso, mediante comunicación de fecha 14 de febrero de 2017, **UNITED BRANDS, S.A.** se limitó a solicitar una prórroga al plazo que poseía para “aportar información o participar como terceros

Determinación volumétrica del contenido del alcohol etílico, NORDOM 337: Cervezas. Preparación de la muestra para análisis, NORDOM 352: Cervezas. Determinación del contenido de aire y anhídrido carbónico. *Vid.* Comunicación DE-670-17, de fecha 3 de julio de 2017, notificada en fecha 6 de julio de 2017.

¹² *Cfr.* Comunicación remitida por el Instituto Dominicano para la Calidad (INDOCAL) e identificada con el código de recepción C-381-17, depositada en fecha 10 de julio de 2017

¹³ *Cfr.* Comunicación DE-669-17, de fecha 3 de julio de 2017, notificada en fecha 6 de julio de 2017.

¹⁴ Comunicación remitida por el Ministerio de Turismo e identificada con el código de recepción C-394-17, depositada en fecha 14 de julio de 2017.

¹⁵ *Cfr.* Comunicación DE-744-17, de fecha 14 de julio de 2017, notificada en fecha 17 de julio de 2017.

¹⁶ *Cfr.* Comunicación DE-745-17, de fecha 14 de julio de 2017, notificada en fecha 17 de julio de 2017

¹⁷ *Cfr.* Comunicación identificada con el código de recepción C-555-17, depositada en fecha 4 de septiembre de 2017.

¹⁸ *Cfr.* Comunicación DE-IN-2017-1364, de fecha 20 de octubre de 2017, notificada en fecha 23 de octubre de 2017.

¹⁹ *Cfr.* Comunicación identificada con el código de recepción C-026-18, depositada en fecha 15 de enero de 2018.

intervinientes, y/o formular los alegatos correspondientes.”²⁰ Dicha solicitud fue respondida por la Dirección Ejecutiva en fecha 17 de febrero de 2017, informándole a dicho agente económico que no procedía acoger la prórroga debido a que “(...) toda parte con interés legítimo podrá aportar, datos y pruebas durante toda la fase de investigación”²¹ y que, por tanto, tendría la oportunidad de aportar cualquier prueba durante el curso de la investigación.

18. Asimismo, en el caso de **DISTRIBUIDORA RAIVAN, S.R.L.** remitió una comunicación a la Dirección Ejecutiva, donde expresó “(...) su disposición para cualquier información que considere necesaria.... Queremos destacar que Cerveza Canita es una cerveza regional (Zona Este del país), por lo que nuestro conocimiento se circunscribe al ámbito de la Provincia de la Altagracia.”²² En tal sentido, en fecha 22 de junio de 2017 colaboró con la institución, entregando la información y documentación requerida²³, lo cual también motivó que en fecha 11 de julio 2017, la Dirección Ejecutiva emitiera la Resolución núm. DE-007-2017, que establece una reserva de confidencialidad sobre el material probatorio aportado.²⁴

19. En el caso de los agentes económicos **GRUPO RAMOS**²⁵, **BRUGAL & CO. S.A.**²⁶, **CENTRO CUESTA NACIONAL (CCN)**²⁷, **MERCATODO, S. A. (SUPERMERCADOS LA CADENA)**²⁸, **PRICESMART DOMINICANA, S.R.L.**²⁹ **CERVECERÍA VEGANA, S.R.L.**³⁰ y **MERCASID, S. A.**³¹, no dieron respuesta en el plazo solicitado. Consecuencia de lo anterior, una vez vencidos los plazos para la presentación de la documentación requerida, el 19 de junio de 2017, la Dirección Ejecutiva se vio en la necesidad de reiterar las solicitudes de información. En cumplimiento a ello, **GRUPO RAMOS**³², **BRUGAL & CO. S.A.**³³ y **MERCASID, S.A.**³⁴, depositaron las informaciones y

²⁰ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-076-17, depositada en fecha 14 de febrero de 2017.

²¹ Cfr. Comunicación DE-182-17, de fecha 16 de febrero de 2017, notificada en fecha 17 de febrero de 2017.

²² Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-103-17, depositada en fecha 24 de febrero de 2017.

²³ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-326-17, depositada en fecha 22 de junio de 2017.

²⁴ En ese mismo tenor, la Dirección Ejecutiva notificó al agente económico antes mencionado la resolución DE-007-2017, en fecha 5 de mayo de 2017. Cfr. Comunicación DE-737-2017, notificada en fecha 13 de julio de 2017.

²⁵ Cfr. Comunicación DE-582-17, de fecha 14 de junio de 2017, notificada en fecha 19 de junio de 2017.

²⁶ Vale resaltar que en fecha 24 de marzo de 2017, **BRUGAL & CO., S.A.** depositó una comunicación mediante la cual acusó de recibo la solicitud de información y documentación de la Dirección Ejecutiva. Posterior a ello, se le reiteró la solicitud, mediante comunicación DE-581-17, notificada en fecha 19 de junio de 2017, pero nunca aportó la información ni documentación requerida.

²⁷ Cfr. Comunicación DE-584-17, de fecha 2 de junio de 2017, notificada en fecha 19 de junio de 2017.

²⁸ Cfr. Comunicación DE-585-17, de fecha 2 de junio de 2017, notificada en fecha 19 de junio de 2017.

²⁹ Cfr. Comunicación DE-586-17, de fecha 2 de junio de 2017, notificada en fecha 19 de junio de 2017.

³⁰ Cfr. Comunicación DE-587-17, de fecha 2 de junio de 2017, notificada en fecha 19 de junio de 2017.

³¹ Cfr. Comunicación DE-588-17, de fecha 2 de junio de 2017, notificada en fecha 19 de junio de 2017.

³² Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-342-17, depositada en fecha 27 de junio de 2017.

³³ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-468-17, depositada en fecha 9 de agosto de 2017.

³⁴ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-471-17, depositada en fecha 10 de agosto de 2017.

documentaciones relevantes, a la vez que solicitaron la confidencialidad sobre las informaciones suministradas.

20. En atención a los argumentos presentados por el agente económico **BRUGAL & CO., S.A.** en su comunicación de fecha 9 de agosto de 2017, el 14 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva le requirió otras informaciones,³⁵ las cuales fueron entregadas en fecha 18 de agosto de 2017, junto con una solicitud formal de reserva de confidencialidad de los documentos suministrados.³⁶ Asimismo, en fecha 19 de octubre de 2017, la sociedad comercial **BRUGAL & CO., S.A.** depositó información y documentación relevante complementaria, al tiempo que solicitó una reserva de confidencialidad para dichas informaciones.³⁷

21. En 17 de julio 2017, la Dirección Ejecutiva emitió la Resolución núm. DE-009-2017, que establece una reserva de confidencialidad sobre material probatorio aportado por la sociedad **GRUPO RAMOS S.A.** De igual forma, en fecha 30 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva emitió la Resolución núm. DE-023-2017, que establece una reserva de confidencialidad sobre material probatorio aportado por la sociedad comercial **BRUGAL & CO., S.A.**, en fechas 9 y 18 de agosto de 2017; así como también dictó en fecha 9 de noviembre de 2017 la Resolución núm. DE-049-2017 que establece una reserva de confidencialidad sobre material probatorio entregado en fecha 19 de octubre de 2017. De igual modo, en fecha 31 de agosto de 2017³⁸, la Dirección Ejecutiva dictó la Resolución núm. DE-024-2017, que establece una reserva de confidencialidad sobre el material probatorio aportado por la sociedad comercial **MERCASID, S. A.**, en fecha en fecha 10 de agosto de 2017.³⁹

22. En fecha 28 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva remitió a la **ASOCIACIÓN DE CERVECERÍAS ARTESANALES DOMINICANA (ACAD)** una comunicación por medio de la cual se le requirió información y documentación relevante⁴⁰ y en fecha 29 de septiembre de 2017, la mencionada institución respondió al requerimiento de información.⁴¹

23. Asimismo, en fecha 28 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva también remitió a las sociedades comerciales **ISIDRO BORDAS, S. A.**⁴² y **VINÍCOLA DEL NORTE, S.A.**⁴³ comunicaciones por medio de las cuales se les requirió información y documentación relevante.

³⁵ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-920, de fecha 10 de agosto de 2017, notificada en fecha 14 de agosto de 2017.

³⁶ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-498-17, depositada en fecha 18 de agosto de 2017.

³⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-685-17, depositada en fecha 19 de octubre de 2017. En cuanto a la solicitud de confidencialidad la Dirección Ejecutiva en fecha 9 de noviembre de 2017 emitió la resolución núm. DE-049-2017, que decide sobre la solicitud de tratamiento de confidencialidad al material probatorio suministrado a la Dirección Ejecutiva por **BRUGAL & CO., S.A.**, el 19 de octubre de 2017.

³⁸ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1067, notificada el 8 de septiembre de 2017.

³⁹ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1087, notificada el 9 de septiembre de 2017.

⁴⁰ Cfr. Comunicación DE-821-17, notificada en fecha 31 de julio de 2017.

⁴¹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-622-17, depositada en fecha 29 de septiembre de 2017.

⁴² Cfr. Comunicación DE-819-17, notificada en fecha 1 de agosto de 2017.

⁴³ Cfr. Comunicación DE-820-17, notificada en fecha 1 de agosto de 2017.

24. En el caso de **ISIDRO BORDAS, S. A.**, no respondió los requerimientos de la Dirección Ejecutiva. **VINÍCOLA DEL NORTE, S.A.**, por otro lado, mediante comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva en fecha 22 de agosto de 2017, indicó que su falta de respuesta al requerimiento de información se debía a que la comunicación recibida por ellos el 1º de agosto de 2017 “se había extraviado” por un error involuntario y que procederían a analizar la solicitud formulada.⁴⁴ Ante esto, la Dirección Ejecutiva procedió en fecha 23 de agosto de 2017, a remitirle a dicha sociedad comercial una nueva comunicación reiterando la referida solicitud.⁴⁵

25. Con ocasión a una entrevista sostenida con la Dirección Ejecutiva en fecha 18 de septiembre de 2017, el agente económico **REPÚBLICA BREWERIES, S.R.L.**, depositó información relevante para el proceso de investigación.⁴⁶ Una vez recibida, dicha información fue revisada por el equipo técnico de la Dirección Ejecutiva, generando la necesidad de algunas aclaraciones que fueran formuladas mediante correo electrónico de la Subdirección de Defensa de la Competencia de esta institución en fecha 22 de septiembre de 2017. En respuesta a ello, mediante correo electrónico del 27 de septiembre de 2017, **REPÚBLICA BREWERIES, S.R.L.** aclaró las dudas formuladas por la referida Subdirección. Asimismo, por esa misma vía, dicha sociedad comercial solicitó la confidencialidad de esta información, así como de los documentos depositados el 18 de septiembre de 2017.⁴⁷ En tal sentido, en fecha 7 de noviembre de 2017, la Dirección Ejecutiva emitió la Resolución núm. DE-044-2017, que decide de oficio sobre la confidencialidad del material probatorio suministrado por esta sociedad comercial en fechas 18 y 27 de septiembre de 2017.

c. Ausencia de terceros intervinientes en el presente proceso

26. Acorde con el artículo 40 de la Ley núm. 42-08, para participar como terceros intervinientes en el curso de un procedimiento administrativo deberá mostrar su interés dentro de los 10 días posteriores a la publicación, en el portal institucional de **PRO-COMPETENCIA**, del extracto de la denuncia o investigación de oficio.

27. En fecha 6 de marzo de 2017, la Dirección Ejecutiva solicitó a **UNITED BRANDS, S.A.**, información y documentación relevante con ocasión al proceso iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017.⁴⁸ En tal sentido, en fecha 31 de marzo de 2017, la Dirección Ejecutiva recibió también del mencionado agente económico un escrito con algunas de informaciones y documentos relevantes.⁴⁹ En esta misma comunicación, esta sociedad comercial realizó solicitudes de confidencialidad sobre los documentos depositados y expresó inquietudes relacionadas a varios documentos requeridos por la Dirección Ejecutiva y que no fueron depositados, sin embargo, no

⁴⁴ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-510-17, depositada en fecha 22 de agosto de 2017.

⁴⁵ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1002, notificada en fecha 23 de agosto de 2017.

⁴⁶ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-592-17, depositada en fecha 18 de septiembre de 2017.

⁴⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-701-17, depositada en fecha 27 de septiembre de 2017.

⁴⁸ Cfr. Comunicación DE-224-17, de fecha 1 de marzo de 2017, notificada el 6 de marzo de 2017.

⁴⁹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-163-17, depositada en fecha 31 de marzo de 2017.

mostró interés en ser declarado como tercero interviniente. Dichas inquietudes fueron respondidas por la Dirección Ejecutiva en fecha 10 de abril de 2017, al mismo tiempo que la Dirección Ejecutiva reiteró mediante esta misma comunicación del 10 de abril de 2017, el requerimiento de las informaciones que se encontraban pendientes desde fecha 6 de marzo de 2017.⁵⁰

28. Por otra parte, en fecha 8 de marzo de 2017, **UNITED BRANDS, S.A.** solicitó a la Dirección Ejecutiva una copia del escrito de contestación contentivo de los argumentos y medios de defensa depositados por la **CND** en fecha 1 de marzo de 2017⁵¹, lo cual fue respondido en fecha 9 de marzo de 2017.⁵² Posteriormente, en fecha 27 de marzo de 2017, dicho agente económico solicitó a la Dirección Ejecutiva una prórroga al plazo que poseía para presentar sus consideraciones al escrito de la **CND**,⁵³ lo cual fue concedido mediante comunicación de fecha 29 de marzo de 2018.⁵⁴ Como resultado de ello, en fecha 7 de abril de 2017, dicho agente económico presentó su escrito, conjuntamente con una solicitud de confidencialidad.⁵⁵ En tal sentido la Dirección Ejecutiva, en fechas 21 y 26 de abril de 2017, dictó las Resoluciones núm. DE-003-2017 y DE-004-2017, las cuales establecen reservas de confidencialidad sobre material probatorio aportado por dicho agente económico.

29. De manera adicional, el 3 de abril de 2017, **UNITED BRANDS S. A.** envió a la Dirección Ejecutiva una copia simple de un expediente de carácter laboral que involucraba a la **CND**, en calidad de demandada, indicando que, “esta información debe contribuir a que la Dirección Ejecutiva arribe a las conclusiones correspondientes al evaluar la conducta que investiga.”⁵⁶ En esa misma fecha y por medio de comunicación separada, fue depositada copia del Acta de Reunión del Consejo de Administración de dicha sociedad comercial, celebrada en fecha 21 de marzo de 2017, mediante la cual designó a sus abogados apoderados.⁵⁷

30. En fecha 15 de mayo de 2017, y en consideración del tratamiento de reserva de confidencialidad otorgado en virtud de la Resoluciones de la Dirección Ejecutiva Números DE-003-2017 y DE-004-2017 dictadas en fecha 21 y 26 de abril del mismo año, respectivamente, **UNITED BRANDS, S.A.** remitió a la Dirección Ejecutiva una comunicación contentiva del resumen público de los montos de gastos en publicidad y promoción de las cervezas que comercializan.⁵⁸ Asimismo, el 18 de mayo de 2017, el agente económico antes mencionado depositó el documento titulado “no objeción resumen público documentos confidenciales **UNITED BRANDS, S.A.**”, mediante el cual expresaba su no

⁵⁰ Cfr. Comunicación DE-322-2017, de fecha 6 de abril de 2017, notificada en fecha 10 de abril de 2017.

⁵¹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-131-17, recibida en fecha 9 de marzo de 2017.

⁵² Cfr. Comunicación DE-235-17, de fecha 9 de marzo de 2017, notificada en fecha 10 de marzo de 2017.

⁵³ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-156-17, depositada en fecha 27 de marzo de 2017.

⁵⁴ Cfr. Comunicación DE-263-2017, de fecha 28 de marzo de 2017, notificada en fecha 29 de marzo de 2017.

⁵⁵ Cfr. Comunicaciones identificadas con los códigos de recepción C-179-2017 y C-180-17, depositada el 7 de abril de 2017.

⁵⁶ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-165-17, depositada en fecha 3 de abril de 2017.

⁵⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-166-17, depositada en fecha 3 de abril de 2017.

⁵⁸ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-244-17, depositada en fecha 15 de mayo de 2017.

oposición a que la Dirección Ejecutiva redacte los resúmenes públicos de los documentos declarados confidenciales.⁵⁹

31. En cumplimiento de las disposiciones del ordinal Tercero de la Resolución núm. DE-004-2017, en fecha 22 de mayo de 2017, la Dirección Ejecutiva notificó dicho acto administrativo a **UNITED BRANDS, S.A.**, solicitándole la presentación de los resúmenes públicos de los documentos declarados confidenciales⁶⁰; requerimiento que fuera atendido en fecha 29 de mayo de 2017.⁶¹

32. En fecha 16 de enero de 2018, **UNITED BRANDS, S.A.** solicitó a este Consejo Directivo los escritos de formulación de alegatos preliminares y solicitud de actos de instrucción ante el procedimiento administrativo de investigación y el Informe de Instrucción.⁶² Asimismo, en fecha 16 de enero de 2018 solicitó certificaciones de diversas actuaciones realizadas durante el procedimiento.⁶³

33. Por otro lado, en fecha 18 de enero de 2018, **BRUGAL S.A.** solicitó a este Consejo Directivo copia del expediente del procedimiento administrativo sancionador,⁶⁴ lo cual fue negado por este Consejo Directivo mediante comunicación de fecha 31 de enero de 2018, informándole a dicha sociedad comercial que su solicitud era improcedente por aplicación del artículo 17 literal f) de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública núm. 200-04, así como también que su requerimiento era extemporáneo ya que el proceso administrativo se encontraba en la fase probatoria definida por el artículo 47 de la Ley núm. 42-08.⁶⁵ En fecha 28 de febrero de 2018, reiteró su solicitud afirmando en el párrafo II de la comunicación lo siguiente: “queremos precisar que formulamos la solicitud del expediente bajo el entendido de que en nuestra calidad de parte interesada en el proceso, nos asiste el derecho de acceder del expediente tal y como se desprende de las disposiciones de los artículos 17 y 21 de la Ley 107-13, así como en virtud de las disposiciones del artículo 2 de la Ley 200-04.⁶⁶ En vista de la errada interpretación y aplicación del concepto de parte interesada, en fecha

⁵⁹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-249-17, depositada en fecha 18 de mayo de 2017.

⁶⁰ Cfr. Comunicación DE-468-17, de fecha 22 de mayo de 2017, notificada en fecha 22 de mayo de 2017.

⁶¹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-272-17, depositada en fecha 29 de mayo de 2017.

⁶² Solicitó lo siguiente: Primero: copia del “Escrito de formulación de alegatos preliminares y solicitud de actos de instrucción ante el procedimiento administrativo de investigación”, depositado por [CND] ante la [Dirección Ejecutiva] en fecha veintiocho (28) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) y sus anexos”. Segundo: COPIA del “Escrito de formulación de alegatos preliminares y solicitud de actos de instrucción ante el procedimiento administrativo de investigación”, depositado por [CND] ante la [Dirección Ejecutiva] en fecha veintiocho (28) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) y sus anexos”. Tercero: COPIA del “Informe de Instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017, de fecha 31 de enero de 2017, dictada por la [Directora Ejecutiva], que ordena el inicio del procedimiento de investigación de oficio, con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana.” Vid. Comunicación identificada con el código de recepción C-029-18, de fecha 16 de enero de 2018.

⁶³ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-030-18, de fecha 16 de enero de 2018.

⁶⁴ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-033-18, de fecha 17 de enero de 2018.

⁶⁵ Cfr. Comunicación núm. PR-IN-2018-0077 de fecha 31 de enero de 2018.

⁶⁶ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-112-18, de fecha 28 de febrero de 2018.

1º de marzo de 2018, este Consejo Directivo respondió ratificando los términos esbozados en la comunicación de fecha 31 de enero de 2018.

34. Nuevamente la sociedad comercial **UNITED BRANDS, S.A.** en fecha 23 de enero de 2018, remitió a Consejo Directivo una comunicación por medio de la cual solicitó lo siguiente:

“PRIMERO: Una certificación en la cual conste la fecha en la que en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el ordinal tercero de la resolución número 001-2018 dictada por este organismo en fecha 5 de enero de 2018- fue notificada una copia certificada de esta resolución al agente económico Cervecería Nacional Dominicana, S.A. y SEGUNDO: Una certificación en la cual conste la fecha en que en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el ordinal tercero de la resolución número 001-2018 dictada por este organismo en fecha 5 de enero del 2018-fue publicada en el portal institucional, a los fines de que cualquier parte con interés legítimo pueda participar en el procedimiento.”⁶⁷

35. Una vez esto, en fecha 24 de enero de 2018 fue enviado por la Dirección Ejecutiva dicho requerimiento, procediendo a entregar las referidas certificaciones.⁶⁸

36. Asimismo, en fecha 17 de abril de 2018, **UNITED BRANDS, S.A.** depositó ante este Consejo Directivo un escrito titulado “Intervención voluntaria en el Procedimiento Administrativo Sancionador ordenado por el Consejo Directivo de **PRO-COMPETENCIA** mediante Resolución núm. 001- 2018, del 5 de enero de 2018”, cuyas conclusiones rezan de la manera siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR ADMISIBLE la INTERVENCIÓN VOLUNTARIA DE UNITED BRANDS, S.A., COMO TERCERO INTERESADO en el Procedimiento Administrativo Sancionador ordenado mediante Resolución Número 001-2018 de fecha cinco (5) de enero del año dos mil dieciocho (2018), por cumplir con las disposiciones de los artículos 47.1 y 48 de la Ley No. 42-08, y con los requisitos formales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, CITAR a UNITED BRANDS, S.A. para asistir a la audiencia de presentación de pruebas fijada por este Consejo Directivo para el mes de abril del año en curso y todas las ulteriores.

SEGUNDO: ORDENAR la entrega a UNITED BRANDS, S.A. de todos los documentos y piezas que integran el expediente.

TERCERO: RESERVAR a UNITED BRANDS, S.A. el derecho a depositar cualesquiera documentos, participar en los debates, proponer comparecencias de testigos y pruebas para la defensa de sus legítimos intereses, presentar sus conclusiones para solicitar la imposición de las sanciones de la faltas e imponer obligaciones contra la CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A.,

⁶⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-035-18, de fecha 23 de enero de 2018.

⁶⁸ Cfr. Comunicación núm. PR-IN-2018-0074, de fecha 24 de enero de 2018.

establecidas por la Ley, a los fines de corregir la distorsión en el mercado y promover la competencia y, ser notificada de la Resolución a intervenir.”⁶⁹

37. En fecha 25 de abril de 2018, este Consejo Directivo dictó la Resolución *núm. 006-BIS-2018, Que Decide sobre la Solicitud de Intervención Voluntaria como Alegado Tercero Interesado Presentada por la Sociedad Comercial United Brands, S. A. en Fecha Diecisiete (17) de Abril de Dos Mil Dieciocho (2018), con Ocasión a la Resolución núm. 001-2018 Dictada por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia)*⁷⁰ (en lo adelante, “Resolución núm. 006-BIS-2018”), en la cual se estableció lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso; sin embargo, no todos son titulares del derecho capaces de reclamar la tutela administrativa; que, en tal sentido, este Consejo Directivo entiende necesario aclarar los significados y alcances de los términos “parte con interés legítimo” y “tercero interviniente” descritos en artículo 40 de la Ley 42-08;

CONSIDERANDO: Que “parte con interés legítimo”, a los fines del referido texto legal, debe ser entendido como cualquier persona que pueda aportar información o documentación al proceso, sin que reclame en su propio interés o en interés de otro, ‘o que en el proceso se actúe para ayudar a otro a la obtención de su pretensión, o simplemente que proteja sus derechos reclamando por otro para sí.’; que, en suma, “parte con interés legítimo” será todo aquel que por la ley (forzosamente) o por voluntad, deba o quiera intervenir en el proceso;

CONSIDERANDO: Que, en cambio, “terceros intervinientes” es una persona natural o jurídica que se manifiesta por iniciativa propia para ser parte e intervenir en el procedimiento administrativo, procurando que le sea acreditada su calidad y, posteriormente en sede judicial, pueda reclamar indemnización civil por los daños que el agente infractor haya causado;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, para que sea acreditada dicha calidad, debe expresar claramente su voluntad a través de un acto, en los términos del artículo 40 de la Ley 42-08.”⁷¹

38. Como resultado de ello, en la citada Resolución núm. 006-BIS-2018, este Consejo Directivo falló de la manera siguiente:

⁶⁹ *Vid.* Intervención voluntaria en el Procedimiento Administrativo Sancionador ordenado por el Consejo Directivo mediante Resolución núm. 001- 2018 depositado por **UNITED BRAND, S.A.**, de fecha 5 de enero de 2018, p. 8.

⁷⁰ Es importante destacar que esta resolución fue numerada en principio como “Resolución núm. 006-2018”, debido a un error material involuntario, lo cual fue rectificado por este Consejo Directivo y posteriormente, fue numerada como hasta ahora consta, es decir, “Resolución núm. 006-BIS-2018”. Dichas rectificaciones fueron notificadas, anexando la resolución con la nueva numeración. *Cfr.* Comunicación CD-IN-2018-0420, remitida a CND en fecha 1 de mayo de 2018.; *Cfr.* Comunicación CD-IN-2018-0420, remitida a UNITED BRANDS, S. A. en fecha 1 de mayo de 2018; *Cfr.* Oficio CD-IN-2018-1064, remitido a la Dirección Ejecutiva en fecha 1 de mayo de 2018.

⁷¹ *Vid.* Resolución núm. 006-BIS-2018 del Consejo Directivo, pp. 7- 8.

“PRIMERO: En cuanto a la forma, DECLARAR la CADUCIDAD de la “Intervención voluntaria en el Procedimiento Administrativo Sancionador ordenado por el Consejo Directivo de PRO- COMPETENCIA mediante Resolución número 001- 2018, del cinco (5) de enero del dos mil dieciocho (2018)”, por la misma haber sido presentada fuera del plazo establecido en el artículo 40 de la Ley 42-08;

SEGUNDO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado Víctor Eddy Mateo Vásquez, para que proceda a notificar la presente resolución a la sociedad comercial UNITED BRANDS, S.A.;

TERCERO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado Víctor Eddy Mateo Vásquez, para que ponga en conocimiento de la presente resolución a la CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A. y a la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA; y se autoriza su publicación en la página web de esta institución.”⁷²

39. No conforme con la decisión, **UNITED BRANDS, S.A.** interpuso un recurso de reconsideración en fecha 10 de mayo de 2018⁷³, el cual motivó que este Consejo Directivo dictara en fecha 11 de junio de 2018, la *Resolución núm. 009-2018, Que Decide El Recurso de Reconsideración Interpuesto por la Sociedad Comercial United Brands, S. A. en Fecha Diez (10) de Mayo del Año Dos Mil Dieciocho (2018) en Contra de la Resolución núm. 006-Bis-2018, que Decide sobre La Solicitud De Intervención Voluntaria como Alegado Tercero Interesado Presentada por la Sociedad Comercial United Brands, S. A. en Fecha Diecisiete (17) de Abril del Año Dos Mil Dieciocho (2018), con Ocasión a la Resolución núm. 001-2018 Dictada por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia)*, donde este Consejo Directivo expuso lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Que siguiendo la práctica de otros países, el legislador valoró la conveniencia de posibilitar o facilitar a los órganos de la Administración pública la gestión de la comunicación del acto a los interesados y, de forma particular, estableció en el artículo 40 de la Ley 42-08 la publicación en el portal de internet de la institución "(...) el extracto de las denuncias consideradas procedentes, o de la investigación de oficio, así como de las resoluciones que ordenan los respectivos procedimientos de investigación, a los fines de que cualquier parte con interés legítimo pueda aportar información o participar en el proceso como terceros intervinientes, dentro del plazo de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación.”;

CONSIDERANDO: Que existiendo indeterminación de los agentes económicos a los que se dirige el acto, es lógico que no sea posible una notificación personal de este, por lo que es sustituida por una comunicación pública a todos, logrando con ello posibilitar una comunicación del acto que de otra forma sería imposible;

CONSIDERANDO: Que este principio solo tiene como excepción cuando, durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan

⁷² Ibid, pp. 10- 11.

⁷³ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-303-18, de fecha 10 de mayo de 2018.

resultar afectados por la resolución que se dicte, donde se les deberá comunicar la tramitación del procedimiento; que esto, sin duda, no es lo que ha sucedido con UNITED BRANDS quien, en aparente negligencia, no ha tramitado su solicitud conforme los plazos expresamente establecidos en la Ley;

CONSIDERANDO: Que precisamente, los argumentos relativos a las actuaciones de UNITED BRANDS en el proceso muestran el conocimiento de dicha empresa del proceso, entre ellas, el plazo en el cual deba acreditarse como interviniente”⁷⁴;

40. En otro orden este Consejo Directivo estableció:

“CONSIDERANDO: Que en este sentido, si bien es obligatorio que el personal al servicio de la Administración Pública proporcione información y orientación a los administrados sobre los procedimientos y requisitos que impone la legislación vigente en las diligencias que realice ante cualquier ente público, como de hecho le fue proporcionada a UNITED BRANDS, esta obligación, en ningún caso, implicará que la Administración ignore el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 42-08, entre estas, el cumplimiento o no de los plazos establecidos para presentar la solicitud de intervención;

CONSIDERANDO: Que conforme consta en los hechos que han sido descritos en los antecedentes de la presente resolución, la Dirección Ejecutiva de manera oportuna y en los plazos indicados, ha mantenido el intercambio de informaciones y documentaciones de UNITED BRANDS, con el objetivo de asegurar un estricto cumplimiento a los principios de debido proceso y de contradictoriedad, no habiendo demostrado el recurrente, el agravio válido y justificativa que sustente violaciones a sus derechos fundamentales podría tardanza o la indebida atención, por lo que este Consejo Directivo entiende que las actuaciones se encuentren enmarcadas dentro principio de eficacia;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, la caducidad de dicha solicitud no puede ser ignorada por este Consejo Directivo, sobre todo cuando la voluntaria o negligente omisión en presentar su solicitud como interviniente se pretende justificar en que este Consejo Directivo violente las disposiciones legales vigentes y conocidas por los recurrentes.”⁷⁵

41. Como resultado de ello, en dicha resolución, este Consejo Directivo falló de la manera siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, DECLARAR bueno y válido el recurso de reconsideración interpuesto por UNITED BRANDS, S.A. en fecha 10 de mayo de 2018, en contra de la Resolución núm. 006-BIS-2018 de este Consejo Directivo, por haber sido realizados acorde con los plazos y forma establecidos;

SEGUNDO: En cuanto al fondo, RECHAZAR, el recurso de reconsideración interpuesto por UNITED BRANDS, S.A. en fecha 10 de mayo de 2018, en contra de la Resolución núm. 006-BIS-2018 de este Consejo Directivo, conforme las razones expuestas en el cuerpo de esta resolución;

⁷⁴ *Vid.* Resolución núm. 009-2018 del Consejo Directivo, pp. 4 y 5.

⁷⁵ *Ibid*, p. 8.

TERCERO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado Víctor Eddy Mateo Vásquez, para que proceda a notificar una copia certificada la presente resolución a la sociedad comercial UNITED BRANDS, S.A.;

CUARTO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado Víctor Eddy Mateo Vásquez, para que ponga en conocimiento de la presente resolución a la CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A. y a la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA; y se autoriza su publicación en la página web de esta institución.”⁷⁶

42. Como consecuencia de todo ello, se comprobó que no existió ningún agente económico que pueda ser considerado como tercero interviniente ya que ninguno evidenció una clara y expresa intención voluntaria de serlo de conformidad con las disposiciones del artículo 40 de la Ley núm. 42-08 y que, por tanto haciendo acopio de lo anterior, posea los derechos derivados de tal condición.

d. Actuaciones del agente económico investigado durante la fase de instrucción.

43. La Dirección Ejecutiva, observando lo dispuesto en el literal “a” artículo 44 de la Ley núm. 42-08, procedió a notificar la Resolución núm. DE-001-2017 de fecha 31 de enero de 2017, resultando de ello diversas actuaciones procesales por parte de la **CND** y la Dirección Ejecutiva, que serán detalladas a seguidas.

44. En efecto, en fecha 2 de mayo de 2017, la **CND** solicitó a la Dirección Ejecutiva una reunión para aclarar sus dudas sobre el alcance del procedimiento,⁷⁷ celebrándose la misma el 9 de mayo de 2017 en las oficinas de la institución.

45. Asimismo, dentro de las facultades investigativas otorgadas por el artículo 42 de la Ley núm. 42-08, en fecha 10 de mayo de 2017, la Dirección Ejecutiva le requirió a la **CND** “información y cierta documentación relevante”.⁷⁸ Mediante comunicación de fecha 31 de mayo de 2017, dicho agente económico solicitó a la Dirección Ejecutiva una prórroga para la entrega de lo requerido,⁷⁹ la cual fue concedida mediante oficio de fecha 6 de junio de 2017⁸⁰. Sin embargo, como se describirá más adelante, dicho agente económico nunca respondió, lo cual motivó que la Dirección Ejecutiva notificara un acto de alguacil para poner en mora al agente económico y conminarlo a la entrega de lo requerido.

⁷⁶ Ibid, pp. 10-11. En esa misma fecha, este Consejo Directivo procedió a notificar la Resolución núm. 009-2018, mediante las siguientes comunicaciones: i) CD-IN-2018-1099 (oficio interno), dirigido a la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, ii) CD-IN-2018-0595, dirigida a la sociedad comercial UNITED BRANDS, S.A., con copia a sus abogados apoderados y iii) CD-IN-2018-0596 dirigida al agente económico, con copia a sus abogados apoderados.

⁷⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-212-17, depositada en fecha 2 de mayo de 2017.

⁷⁸ Cfr. Comunicación DE-440-17, de fecha 9 de mayo de 2017, notificada en fecha 10 de mayo de 2017.

⁷⁹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-280-17, depositada en fecha 31 de mayo de 2017.

⁸⁰ Cfr. Comunicación DE-543-17, de fecha 5 de junio de 2017, notificada en fecha 6 de junio de 2017.

46. En fecha 11 de julio de 2017, el agente económico depositó un documento titulado “Término de compromiso”, el cual establecía como propósito “(...) definir las condiciones mediante la cuales **CND** velaría por el cumplimiento de las reglas de utilización y distribución de los refrigeradores **CND** cedidos en comodato por **CND** a los puntos de venta. Con esto, el indicado acuerdo alcanza el proceso de investigación iniciado por **PROCOMPETENCIA** en base a la Resolución No. 001-2017 y, por consiguiente, la totalidad de hechos, alegaciones y pedidos derivados del mismo.”⁸¹ En vista de la naturaleza del proceso y de las pretensiones realizadas por el agente económico, mediante comunicación de fecha 12 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva le remitió una copia de la Resolución Número 013-17 dictada por el Consejo Directivo en fecha 12 de junio de 2017, que “Aprueba los Lineamientos Generales para Planes de Cumplimiento de los Agentes Económicos en Materia de Política de Competencia”, con la cual procuraba informar a la **CND** que el fin de este documento es que “provea de una orientación básica a los agentes económicos para identificar sus áreas de riesgo, considerando sus características, estructura interna y modo de desempeño en el mercado, con el cual es posible diseñar controles que puedan dar soluciones adecuadas y proporcionales para cada uno de estos.”

47. Asimismo, mediante la citada comunicación de fecha 12 de julio, la Dirección Ejecutiva le reiteró a la **CND** el vencimiento de la prórroga que se le había otorgado, ante su incumplimiento de entregar la información que se le requirió e 10 de mayo de 2017.⁸² En respuesta a ello y ya habiendo vencido el plazo de la prórroga otorgada por la Dirección Ejecutiva para la entrega de información, la **CND** solicitó en fecha 24 de julio de 2017 una nueva prórroga⁸³, otorgándosele por segunda vez.⁸⁴ Pese a las oportunidades brindadas a **CND**, vencido este nuevo plazo, el referido agente económico tampoco respondió.

48. A causa de estos reiterados incumplimientos y ante la actitud mostrada por el agente económico, la Dirección Ejecutiva intimó a **CND** mediante Acto núm. 706/2017, instrumentado en fecha 1 de agosto de 2017, para que en el plazo de un (1) día franco entregara las informaciones solicitadas en fecha 10 de mayo de 2017.⁸⁵

49. En fecha 1 de agosto de 2017, la **CND** remitió a la Dirección Ejecutiva una comunicación por medio de la cual dio respuesta al requerimiento de información solicitado mediante comunicación de fecha 10 de mayo de 2017, indicando que la entrega parcial de las informaciones solicitadas en fecha 10 de mayo de 2017 se debían a lo siguiente: **i)** son confidenciales; **ii)** constituyen información ya entregada previamente a **PRO-COMPETENCIA**, y; **iii)** son informaciones cuya remisión no es necesaria o que no se encuentran relacionada al procedimiento de investigación en curso.⁸⁶ Con

⁸¹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-386-17, depositada en fecha 11 de julio de 2017.

⁸² Cfr. Comunicación DE-739-17, remitida y notificada en fecha 12 de julio de 2017.

⁸³ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-415-17, depositada en fecha 24 de julio de 2017.

⁸⁴ Cfr. Comunicación DE-792-17, de fecha 25 de julio de 2017, notificada en fecha 26 de julio de 2017.

⁸⁵ Vid. Acto núm. 706/2017, instrumentado por el ministerial Rafael A. Pujols Díaz, Alguacil de Estrados del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Departamento Central, en fecha 1º de agosto de 2017

⁸⁶ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-443-17, depositada en fecha 1 de agosto de 2017.

ocasión a la puesta en mora realizada por La Dirección Ejecutiva mediante Acto núm. 706/2017, la **CND** notificó mediante acto de alguacil núm. 343/17 en fecha 1 de agosto de 2017 su posición al respecto, estableciendo, que las respuestas de dicha intimación se encontraban en la comunicación citada en el principio de este párrafo.⁸⁷

50. En esta misma fecha, mediante Acto núm. 718/2017 de fecha 4 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva procedió a establecer cuál era el alcance de la investigación iniciada por medio de la Resolución núm. DE-001-2017, así como el objeto de toda la información y documentación solicitada, al tiempo que se conminó a la **CND** para entregar la información y, por tercera ocasión, se le otorgó un plazo para entregar la información solicitada sin desmedro de su derecho a solicitar el tratamiento confidencial de la misma.⁸⁸ En dicho acto La Dirección Ejecutiva refiere la posibilidad del agente económico de solicitar la confidencialidad de cualquier información provista a la administración.⁸⁹

51. Luego de transcurrido el plazo otorgado para la presentación de la información y documentación requeridos, la **CND** depositó una comunicación dirigida a la Directora Ejecutiva, dando respuesta al Acto núm. 718/2017, donde pese a las disposiciones legales y explicaciones dadas por la Dirección Ejecutiva, el agente económico investigado reiteró los términos de su comunicación de fecha 1 de agosto de 2017, indicando que "(...) no va a entregar ninguna documentación adicional, hasta tanto reciba con claridad su posición sobre los temas antes planteados, bajo toda clase de reservas."⁹⁰

52. Como consecuencia de lo anterior, en fecha 10 de agosto de 2017, la Dirección Ejecutiva solicitó a este Consejo Directivo la autorización para que, en atención a los artículos 31, literales d) y e), y 42 de la Ley núm. 42-08 y del Código Procesal Penal, se le autorizara a requerir una orden de allanamiento para acceder, con auxilio del Ministerio Público, a las instalaciones de la **CND**, en su condición de agente económico investigado. Una vez que fueron ponderados los requerimientos realizados dentro del marco de la Ley núm. 42-08 y que, pese a las reiteradas prórrogas otorgadas a la **CND**, nunca fue entregada la información requerida, mediante acta de sesión extraordinaria de fecha 10 de agosto de 2017, dicha solicitud fue aprobada por el Consejo.

53. La **CND** en fecha 14 de agosto de 2017, interpuso una medida cautelar anticipada por ante el Tribunal Superior Administrativo contra la Resolución núm. DE-001-2017 y el Acto de Alguacil núm. 718/2017, de fecha 4 de agosto de 2017. Luego de ponderar los argumentos y los documentos probatorios aportados, dicho tribunal dictó la Sentencia núm. 0030-2017-SSMC-00084 en fecha 13 de octubre de 2017, por medio de la cual rechazó en todas sus partes la referida acción judicial, al no verificarse el perjuicio relacionado con la entrega de la información requerida por la Dirección Ejecutiva ni, en general, cumplir con los criterios establecidos por la Ley núm.13-07 que crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo (en lo adelante, la "Ley núm. 13-07) en su artículo 7, relativo a la interposición de una medida cautelar.

⁸⁷ Cfr. Acto núm. 343/17 de fecha 1º de agosto de 2017, instrumentado por el ministerial José Ramón Vargas Mata, Alguacil Ordinario de la Suprema Corte de Justicia

⁸⁸ Cfr. Acto núm. 718/2017, instrumentado en fecha 4 de agosto de 2017 por el ministerial Rafael A. Pujols Díaz

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Vid.* Comunicación identificada con el código de recepción C-473-17, depositada en fecha 10 de agosto de 2017.

54. Como resultado de lo anterior, en fecha 16 de octubre de 2017, la **CND** realizó un depósito parcial de las informaciones y documentación solicitadas el 10 de mayo de 2017, es decir, más de cinco (5) meses antes.⁹¹ Como respuesta a esta entrega parcial de información y documentos, en fecha 16 de octubre de 2017, la Dirección Ejecutiva emitió una certificación en la que se hace constar el cumplimiento, con reserva expresa de que el mismo sería considerado como completo una vez fueran analizadas las informaciones depositadas. En fecha 18 de octubre de 2017, de manera complementaria, el referido agente económico depositó otra parte de las informaciones solicitadas por la Dirección Ejecutiva.⁹²

55. Luego de la revisión de la información recibida en fecha 16 y 18 de octubre por parte de la **CND**, en fecha de 25 de octubre de 2017, la Dirección Ejecutiva envió a la empresa **CND** un segundo requerimiento de información y documentación relevante en el marco del proceso de investigación abierto por efecto de la Resolución núm. DE-001-2017.⁹³

56. Así mismo, en fecha 25 de octubre de 2017, la Dirección Ejecutiva reiteró a **CND** el listado de las informaciones y documentación pendiente de entrega conforme el requerimiento realizado el 10 de mayo de 2017, procediendo con la devolución de documentación aportada no pertinente a los fines del proceso de investigación.⁹⁴

57. En respuesta a los requerimientos realizados por medio de las comunicaciones DE-IN-2017-1359 y DE-IN-2017-1367, citadas anteriormente, la **CND** remitió una comunicación en la cual hizo formal depósito de algunos de los documentos solicitados por la Dirección Ejecutiva y a la vez requirió una prórroga para completar los documentos faltantes.⁹⁵

58. Como resultado de la revisión anteriormente descrita, la Dirección Ejecutiva emitió una certificación en fecha 1 de noviembre de 2017, donde hizo constar que la **CND** realizó depósitos de documentos los días 16, 18 y 31 de octubre de 2017, y que dicha certificación era expedida bajo reservas, en el entendido de que hubo algunos puntos del requerimiento de información que no fueron aportados⁹⁶. En fecha 15 de noviembre de 2017, la Dirección Ejecutiva dictó la Resolución núm. DE-052-2017, estableciendo reservas de confidencialidad sobre material probatorio suministrado por la **CND** en fechas 16, 18 y 31 de octubre de 2017, siendo esta resolución notificada a **CND** en fecha 17 de noviembre de 2017.⁹⁷

⁹¹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-665-17, depositada en fecha 16 de octubre de 2017.

⁹² Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-702-17, depositada en fecha 18 de octubre de 2017.

⁹³ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1359, de fecha 20 de octubre de 2017, notificada en fecha 25 de octubre de 2017.

⁹⁴ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1367, de fecha 20 de octubre de 2017, notificada en fecha 25 de octubre de 2017.

⁹⁵ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-728-17, depositada en fecha 31 de octubre de 2017.

⁹⁶ Cfr. Certificación de la Dirección Ejecutiva de fecha 1 de noviembre de 2017.

⁹⁷ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1463, de fecha 16 de noviembre de 2017, notificada en fecha 17 de noviembre de 2017.

59. En ese mismo tenor, en fecha 3 de noviembre de 2017, la Dirección Ejecutiva envió a la **CND** una comunicación mediante la cual dio formal acuse de recibo de la documentación aportada parcialmente por la **CND** en respuesta al requerimiento de fecha 10 de mayo de 2017; y, asimismo, rechazó la solicitud de prórroga formulada el 31 de octubre de 2017. Por último, mediante la misma comunicación, la Dirección Ejecutiva solicitó a la **CND** autorización para realizar una visita de inspección a sus instalaciones.⁹⁸ Subsecuentemente, mediante comunicación de fecha 7 de noviembre de 2017, la **CND** expuso a la Dirección Ejecutiva que la inspección solicitada no podía ser realizada en las fechas propuestas, pues la empresa se encontraba en las labores de cierre del Festival Presidente, proponiendo una nueva fecha⁹⁹. Por su parte, la Dirección Ejecutiva en fecha 10 de noviembre de 2017, remitió una comunicación a la **CND** rechazando la propuesta de nueva fecha para inspección debido a compromisos previos e informando que en consecuencia, la inspección no sería realizada en esta fase del procedimiento.¹⁰⁰

60. Concluida la fase de instrucción de medios probatorios en fecha 13 de noviembre de 2017, la Dirección Ejecutiva le notificó a la **CND** una comunicación por medio de la cual se le informó al agente económico la conclusión del proceso de levantamiento de los medios de prueba en el marco del proceso de investigación ordenado por la Resolución núm. DE-001-2017.¹⁰¹

61. Una vez esto, conforme con lo dispuesto en el literal d, artículo 44 de la Ley núm. 42-08¹⁰², se le otorgó un plazo de **10 días** al agente económico investigado para que presentara sus alegatos.¹⁰³

62. En tal sentido, en fecha 15 de noviembre de 2017, el agente económico **CND** solicitó copia de algunos documentos que conforman dicho expediente¹⁰⁴, requerimiento que fue atendido en esa misma fecha por la Dirección Ejecutiva.¹⁰⁵ Posteriormente, en fecha 21 de noviembre de 2017, solicitó copia de otros documentos que obran en el expediente¹⁰⁶, lo cual fue entregado en fecha 22 de noviembre de 2017.¹⁰⁷

⁹⁸ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1413, de fecha 1ro. de noviembre de 2017, notificada en fecha 3 de noviembre de 2017.

⁹⁹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-741-17, depositada en fecha 7 de noviembre de 2017.

¹⁰⁰ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1439, de fecha 9 de noviembre de 2017, notificada en fecha 10 de noviembre de 2017.

¹⁰¹ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1459, de fecha 15 de noviembre de 2017, notificada en la misma fecha.

¹⁰² Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1450, de fecha 13 de noviembre de 2017, notificada en fecha 13 de noviembre de 2017.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-756-17, depositada en fecha 15 de noviembre de 2017.

¹⁰⁵ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1459, de fecha 15 de noviembre de 2017, notificada en fecha 15 de noviembre de 2017.

¹⁰⁶ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-771-17, depositada en fecha 21 de noviembre de 2017.

¹⁰⁷ Cfr. Comunicación DE-IN-2017-1795, de fecha 22 de noviembre de 2017, notificada en fecha 22 de noviembre de 2017.

63. En fecha 28 de noviembre de 2017, la **CND** depositó dos instancias tituladas: “Escrito de formulación de alegatos sobre elementos probatorios”¹⁰⁸ y “Escrito de formulación de alegatos preliminares y solicitud de instrucción ante procedimiento administrativo de investigación”¹⁰⁹ respectivamente, ambas como respuesta al oficio DE-IN-2017-1450 de fecha 13 de noviembre de 2017.

e. Conclusiones del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva y alegatos de defensa presentados por el agente económico investigado

64. En virtud de las disposiciones del artículo 43, literal numeral 1 de la Ley núm. 42-08, en fecha 21 de diciembre de 2017, la Dirección Ejecutiva presentó a este Consejo Directivo el “Informe de Instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017, de fecha 31 de enero de 2017, dictada por la Directora Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA**, que ordena el inicio del procedimiento de investigación de oficio, con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana” (en lo adelante el “Informe de Instrucción”).

65. A través del Informe de Instrucción, la Dirección Ejecutiva fundamentó su solicitud de apertura al procedimiento administrativo sancionador por existir indicios de violación a los literales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08 por parte de la **CND**¹¹⁰ y solicitó a este Consejo Directivo lo siguiente:

I. Conforme los medios probatorios que obran en el expediente, el agente económico investigado, **CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A.**, es la persona jurídica responsable de haber incurrido en prácticas violatorias del artículo 6, en sus literales “a”, “b” y “d” de la Ley núm. 42-08, por lo que esta Dirección Ejecutiva recomienda imponer la sanciones correspondientes conforme el artículo 61, literal “c”, de dicho texto: multas mínimas equivalentes de 30 veces el salario mínimo a un máximo de 3,000 veces el salario mínimo.

II. En este sentido, en caso de que dicho Consejo Directivo decida imponer las sanciones a que haya lugar, para efectos de graduar la sanción aplicable, esta Dirección Ejecutiva recomienda que, además de las conductas investigadas, tome en cuenta, de manera especial, la premeditación e intencionalidad y el alcance exclusorio de dichas conductas, de conformidad con el artículo 62 de la Ley núm. 42-08.

¹⁰⁸ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-794-17, depositada en fecha 28 de noviembre de 2017.

¹⁰⁹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-795-17, depositada en fecha 28 de noviembre de 2017.

¹¹⁰ A este informe se anexó el documento denominado “Análisis económico sobre las condiciones de competencia del mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en República Dominicana”. Vid. Oficio número DE-IN-2017-1098 de fecha 21 de diciembre de 2017.

III. En cuanto a la posible violación del literal “c” del citado artículo 6, esta Dirección Ejecutiva recomienda al Consejo Directivo realizar las diligencias probatorias que estime pertinentes de conformidad con el artículo 47 numeral “2” a los fines de comprobar si, en efecto, el agente económico investigado ha incurrido en alguna violación de dicha disposición legal.

IV. Adicionalmente, de conformidad con el literal “k” del artículo 31, recomendamos decretar la suspensión de los actos infractores descritos en el cuerpo del presente informe, “a los fines de corregir la distorsión en el mercado y restaurar la competencia”. Y ordenar las medidas correctivas que ese órgano decisorio estime pertinentes.”¹¹¹

66. Como fue indicado *ut supra*, en fecha 6 de febrero de 2018, la **CND** depositó ante este Consejo Directivo un “Escrito de formulación de alegatos ante el documento denominado ‘Informe de Instrucción’, de fecha 21 de diciembre de 2017 expedido por la Dirección Ejecutiva (...)”, por medio del cual expone sus medios de defensa ante lo recogido en el Informe de Instrucción y la investigación realizada por la Dirección Ejecutiva (en lo adelante, “Escrito de Formulación de Alegatos de la CND al Informe de Instrucción”)¹¹². En dicho documento, el agente económico investigado presentó las conclusiones siguientes:

Primero (1º): Declarar regular y valido, en cuanto a la forma, el presente escrito de contestación, por haberse presentado conforme a ley.

Segundo (2º): Declarar la nulidad del acto administrativo -"informe de instrucción"- que cerró la "investigación" y planteó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, emitido en fecha 21 de diciembre de 2017 por la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PROCOMPETENCIA), por versar sobre hechos distintos a los que motivaron el inicio de la investigación administrativa y, en consecuencia, menoscabar los derechos y garantías -materiales y formales- de la Cervecería Nacional Dominicana, S. A. (CND), en transgresión de las disposiciones contenidas en los artículos 69 y 138 de la Constitución; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 3.1, 3.9, 4.7, 20 y 28 de la Ley núm. 107-13, sobre Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo.

Tercero (3º): Excluir del presente procedimiento a los terceros intervinientes, por haber inobservado el plazo dispuesto por el artículo 40 de la Ley núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia.

Cuarto (4º): Declarar la invalidez del informe económico y, en consecuencia, disponer su exclusión, así como de cualesquier otros medios de prueba que se

¹¹¹ *Vid.* Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, pp.176-177.

¹¹² *Cfr.* Escrito de formulación de alegatos ante el documento denominado ‘Informe de Instrucción’, de fecha 21 de diciembre de 2017 expedido por la Dirección Ejecutiva (...)” (en lo adelante, “Escrito de Formulación de Alegatos de la CND al Informe de Instrucción”). *Vid.* Comunicación identificada con el código de recepción C-065-18, de fecha 6 de febrero de 2018.

encuentren relacionados con el referido informe, por transgredir los artículos 69 de la Constitución de la República, 209 del Código Procesal Penal y 19 de la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

Quinto (5º): De manera subsidiaria, en el hipotético e improbable caso de que la pretensión contenida en el ordinal cuarto no fuese acogida, ordenar la realización de un informe económico-pericial, a cargo de terceros imparciales e independientes, conforme a las disposiciones de la Ley núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia, el Código Procesal Penal y la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

Sexto (6º): En base a lo anteriormente expuesto, decretar la inadmisión de las imputaciones formuladas en contra de la CND, con base a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia.

Séptima (7º): En cuanto al fondo, y en atención a lo anteriormente argüido, rechazar las imputaciones realizadas núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia, y, en especial, abuso de posición dominante.

Octavo (8º): Que en virtud del artículo 47.1 de la Ley núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia, fijar audiencia para preservar el derecho de defensa de la CND, reservando el derecho de depositar medios de prueba, escrito de formulación de alegatos y conclusiones adicionales.

Noveno (9º): Que virtud de que a la CND no se la ha suministrado, de manera íntegra, el expediente sancionador concernido, y en base a los artículos 44.c de la Ley núm. 42-08 y 4.15 de la Ley núm. 107-13, se hace la más amplia y expresa reservar del derecho de depositar posteriormente, en caso de ser necesario o de interés, cualquier media de prueba, escrito de formulación de alegatos y observaciones adicionales."¹¹³

C. Procedimiento ante este Consejo Directivo

67. Conforme con los artículos 31, 46 y siguientes de Ley núm. 42-08, el Consejo Directivo “deberá resolver sobre su admisión o inadmisión, mediante resolución motivada, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, teniendo en cuenta si se han aportado al mismo los antecedentes necesarios.”¹¹⁴ En vista de ello, le corresponde primero fallar los incidentes presentados en la fase de pruebas y, consecuentemente, decidir sobre el fondo del proceso.

68. Este Consejo Directivo consideró que los argumentos y pruebas presentadas en el Informe de Instrucción tenían fundamento suficiente, razón por la cual emitió en fecha 5 de enero de año 2018, la *Resolución núm. 001-2018, que ordena el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador contra la Sociedad Comercial Cervecería Nacional Dominicana, S. A. con motivo de la observación*

¹¹³ Vid. Escrito de formulación de alegatos de la CND de fecha 28 de noviembre de 2017, pp. 26-28.

¹¹⁴ Vid. República Dominicana, Ley núm. 42-08, art. 46.

de indicios razonables de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa De La Competencia número 42-08, en el mercado de la cerveza en la República Dominicana, la cual reza en su parte dispositiva de la manera siguiente:

“PRIMERO: ORDENAR, el inicio del PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR contra el agente económico investigado, la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A., por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia al tenor de las disposiciones del artículo 6, literales a), b) y d) de la Ley General de Defensa de la Competencia Número 42-08 de fecha dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008), con base en el “Informe de Instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017, de fecha 31 de enero de 2017, dictada por la Directora Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, que ordena el inicio del procedimiento de investigación de oficio, con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana.”(El “Informe de Instrucción”) rendido ante este Consejo Directivo por la Dirección Ejecutiva de PRO COMPETENCIA en fecha veintiuno (21) diciembre de dos mil diecisiete (2017), por la misma estar fundamentada documentalmente y con suficientes argumentos que demuestren las aseveraciones o infiera la existencia de indicios razonables de violación a la Ley General de Defensa de la Competencia Número 42-08.

SEGUNDO: DECLARAR que este acto administrativo es de obligado e inmediato cumplimiento, de conformidad con las disposiciones del artículo 49 Párrafo I de la Ley General de Defensa de la Competencia Número 42-08 y los principios generales que rigen el Derecho Administrativo.

TERCERO: ORDENAR a la Directora Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA la notificación de una copia certificada de esta resolución al agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.; y de igual forma, PUBLICAR esta resolución en el portal institucional, a los fines de que cualquier parte con interés legítimo pueda participar en el procedimiento a los fines de dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 47 Numeral 1 de la Ley General de Defensa de la Competencia Número 42-08.

CUARTO: ORDENAR a la Directora Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA la notificación al agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A., de una copia del “Informe de Instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017, de fecha 31 de enero de 2017, dictada por la Directora Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, que ordena el inicio del procedimiento de investigación de oficio, con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana”.

QUINTO: CONCEDER al agente económico investigado, la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A. Un plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que presente a este Consejo Directivo los argumentos y medios de prueba que considere pertinentes y convenientes en su defensa.

SEXTO: INFORMAR a las partes que conforman este expediente que, en virtud de las disposiciones del artículo 47 numeral 3 de la Ley General de Defensa de la Competencia Número 42-08, la presente resolución es recurrible en el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de su notificación, mediante un recurso administrativo de reconsideración por ante este mismo Consejo Directivo.”¹¹⁵

69. En cumplimiento con lo dispuesto en el numeral 1 artículo 47 de la Ley núm. 42-08, en fecha 9 de enero del año 2018, la Dirección Ejecutiva notificó a **CND** la citada Resolución núm. 001-2018 del Consejo Directivo, así como una versión no confidencial del Informe de Instrucción.¹¹⁶ En respuesta a ello, mediante comunicación de fecha 12 de enero de 2018, dicho agente económico solicitó a este Consejo Directivo copia certificada del expediente.¹¹⁷

70. En fecha 17 de enero de 2018, este Consejo Directivo entregó a **CND**¹¹⁸ copia del expediente contentivo del procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra, lo cual le fue informado a los abogados apoderados del agente económico mediante comunicación escrita.¹¹⁹

71. Asimismo, en fecha 1 de febrero de 2018¹²⁰ el agente económico **CND** solicitó a este Consejo Directivo saber si el documento titulado “análisis económico” formaba parte del expediente administrativo, además solicitaron que les sea entregada una copia certificada del elemento probatorio, sin establecer a que se refería. En atención a tal imprecisión, en fecha 2 de febrero de 2018, el referido agente económico remitió otra comunicación por medio de la cual rectificó la información, solicitando la “decisión del Consejo Directivo de **PRO-COMPETENCIA** que decide sobre la solicitud de autorización para diligencias probatorias realizadas por la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA**, en fecha 10 de agosto de 2017.”¹²¹

72. En fecha 5 de febrero de 2018, este Consejo Directivo notificó a la **CND** la respuesta a la solicitud de copia certificada de elemento probatorio que le había formulado, indicando lo siguiente:

“i. el informe de análisis económico es un anexo que forma parte íntegra del Informe de Instrucción, según consta en las paginas 36, 37, 48, 107 y 108 del Informe de Instrucción y que con respecto a su solicitud de copia certificada, la misma no podía ser atendida, toda vez que las actas de sesiones de este Consejo Directivo no pueden ser entregadas a los particulares por su contenido sensitivo y por no estar clasificadas como informaciones públicas.”¹²²

¹¹⁵ Vid. Resolución núm. 001-2018, emitida por el Consejo Directivo en fecha 5 de enero de 2018, pp. 29 y 30

¹¹⁶ Cfr. Comunicación núm. DE-IN-2018-0010 de fecha 9 de enero de 2018.

¹¹⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-025-18, de fecha 12 de enero de 2018.

¹¹⁸ Cfr. Comunicación núm. PR-IN-2018-0030, de fecha 17 de enero de 2018.

¹¹⁹ Cfr. Comunicación núm. PR-IN-2018-0031 de fecha 17 de enero de 2018.

¹²⁰ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-053-18, de fecha 1 de febrero de 2018.

¹²¹ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-055-18, de fecha 2 de febrero de 2018

¹²² Cfr. Comunicación PR-IN-2018-0097, de fecha 5 de febrero de 2018.

73. En fecha 8 de febrero de 2018, este Consejo Directivo notificó a la Dirección Ejecutiva el escrito de formulación de alegatos presentado por la **CND** en contra del Informe de Instrucción y contra la Resolución núm. 001-2018 de este Consejo Directivo,¹²³ (en lo adelante, “Escrito de Formulación de Alegatos de la **CND** al Informe de Instrucción”), cumpliendo así con las disposiciones contenidas en los artículos 69, 74.4 y 138 de la Constitución Dominicana y 31.c, 46 y 47 de la Ley núm. 42-08.

74. En fecha 8 de febrero de 2018, este Consejo Directivo convocó a la Dirección Ejecutiva¹²⁴ y a la **CND**¹²⁵ para que comparecieran a la audiencia de formulación y discusión de pruebas a celebrarse en fecha 5 de marzo de 2018, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 69, 74.4 y 138 de la Constitución Dominicana, 4.9, 4.15, 4.29, 42 y 43 de la Ley núm. 107-13, y los artículos 31.c y 47 de la Ley núm. 42-08.

75. En atención a ello, en fecha 5 de marzo del año 2018 fue celebrada la primera audiencia de discusión y formulación de pruebas ante los miembros del Consejo Directivo, con la comparecencia de los representantes legales del agente económico investigado y de la Dirección Ejecutiva y sus dependencias. Durante esta audiencia fue solicitado por la **CND**, la notificación de todos los documentos que componen el expediente administrativo sancionador en su contra, ya que alegaron no haberlos recibidos. Asimismo, en esta audiencia dicha sociedad comercial solicitó que se le notificara la decisión del Consejo Directivo de fecha 10 de agosto de 2017, por medio de la cual se autorizó las diligencias probatorias, lo cual fue acogido.

76. Asimismo, la Dirección Ejecutiva presentó una solicitud de comparecencia de tres testigos, lo cual fue rechazado por este Consejo Directivo bajo el entendido de que su pedimento era extemporáneo, debido a que la fase de aporte de pruebas para la Dirección Ejecutiva había pasado. Una vez esto, se procedió a posponer dicha audiencia a los fines siguiente: “1. Se ordena entregar los documentos solicitados por el agente económico **CND**, 2. Se otorga un plazo de Diez (10) días hábiles, tomados a partir de la entrega para que estos obtengan conocimiento de los mismos, 3. Se fija audiencia si los documentos son recibido el día seis (06) de marzo para el día veinte (20) de marzo del año en curso y si el documento es recibido el día siguiente será conocida el día veintiuno (21) de marzo a las 9:00 A.M., se levanta la sesión.”¹²⁶

77. En fecha 6 de marzo de 2018, este Consejo Directivo procedió a remitir a la **CND** los documentos requeridos por ellos, a saber: copia del Acta de la Sesión Extraordinaria celebrada en fecha diez (10) de agosto del año dos mil diecisiete (2017) por el Consejo Directivo; así como el propio listado de documentos entregados por ellos mismos y la sentencia núm. 0030-207-SSMC-00084 del Tribunal Superior Administrativo.¹²⁷ Con esta remisión y la realizada en fecha 17 de enero de 2018, el agente económico quedó plenamente notificado sobre todas las piezas que componen el expediente administrativo en su contra.¹²⁸ Igualmente, este Consejo Directivo reiteró por medio del mismo

¹²³ Cfr. Oficio Interno PR-IN-2018-1021, de fecha 7 de febrero de 2018.

¹²⁴ Cfr. Oficio Interno PR-IN-2018-1023, de fecha 8 de febrero de 2018.

¹²⁵ Cfr. Comunicación PR-IN-2018-1116, de fecha 9 de febrero de 2018.

¹²⁶ Vid. Acta de audiencia celebrada en fecha 5 de marzo de 2018, p. 8.

¹²⁷ Cfr. Comunicación PR-IN-2018-0235, de fecha 6 de marzo de 2018.

¹²⁸ Cfr. Comunicación núm. PR-IN-2018-0031 de fecha 17 de enero de 2018.

documento, la convocatoria hecha en audiencia de fecha 5 de marzo de 2018, para comparecer el 21 de marzo de 2018, a la audiencia de discusión y formulación de pruebas.

78. En la audiencia celebrada en fecha 21 de marzo de 2018, la **CND** presentó ante este Consejo Directivo varios pedimentos, a saber:

- a) “La exclusión del Estudio Económico que consta como anexo del Informe de Instrucción, en razón de que este no era una prueba del proceso. Esta solicitud, fue acumulada por el Consejo Directivo durante la audiencia para ser fallada previo al fondo, por lo cual fue fallada el 30 de agosto de 2018 mediante la Resolución núm. 012-2018, tal como se detallará más adelante;
- b) La realización de un peritaje relativo al análisis económico realizado en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza: fallada en fecha 30 de agosto de 2018 mediante la Resolución núm. 012-2018.
- c) La aprobación de la comparecencia de varios testigos. Los testigos fueron aceptados por este Consejo Directivo, requiriéndole al agente económico que depositara una lista con las generales de los testigos.”¹²⁹

79. Ante estos pedimentos formulados por dicha sociedad comercial, la Dirección Ejecutiva indicó lo siguiente:

- a) “También queremos precisar un dato muy importante con relación a las pretensiones del agente económico, investigado, que el documento titulado análisis económico, preparado por el Depto. de Estudios Económicos de esta Dirección Ejecutiva no es una prueba, sino que es un anexo del Informe de instrucción que contiene la metodología y los análisis de carácter económico que requieren un informe de instrucción.”¹³⁰
- b) “Nosotros entendemos que no hay necesidad de tener un perito, de hecho si nos vamos a como se manejan los casos en otras jurisdicciones, lo que ocurre es que el funcionario instructor prepara su informe y el agente económico prepara un contra-informe económico, mercadológico, legal, este contra-informe es lo que hemos estado esperando desde que se notificó la apertura de la fase decisoria. ¹³¹ Nosotros no estamos de acuerdo con un peritaje, sin con (sic) que ellos presenten un análisis de condiciones de Competencia, no un peritaje.”¹³²
- c) “Con relación a ese pedimento (comparecencia de varios testigos), nosotros no tenemos objeción, de hecho lo agradecemos porque fue mucha gente que quisimos conversar y nos informaron que Cervecería les había impedido participar en esta investigación, a excepción de una persona que cuanto tengamos las cédulas vamos a hacerle saber a la contraparte (...)”¹³³.

80. Con ocasión a lo anterior, el Consejo Directivo pospuso nuevamente la audiencia discusión y formulación de pruebas, fijándose una nueva convocatoria para el día 18 de abril de 2018.

¹²⁹ *Vid.* Acta de la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2018, p. 24.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹³¹ *Ibid.*, p. 27.

¹³² *Ibid.*, p. 30.

¹³³ *Ibid.*, p. 25.

81. En atención al pedimento realizado y a lo ordenado por este Consejo Directivo, en fecha 27 de marzo de 2018, el agente económico investigado depositó la lista de testigos,¹³⁴ lo cual fue formalmente comunicado a la Dirección Ejecutiva.¹³⁵

82. En fecha 18 de abril de 2018 se conoció la audiencia de presentación de pruebas que había sido pospuesta en dos ocasiones anteriores por solicitudes del propio agente económico, en ejercicio de su derecho de defensa y acogidas por este Consejo Directivo en ejercicio de una tutela administrativa efectiva. Durante este encuentro se presentaron las pruebas de las partes envueltas en el proceso y, la **CND** recordó los incidentes pendientes de fallo, a lo cual este Consejo Directivo respondió que contestaría oportunamente y de conformidad a lo expresado en audiencias anteriores. En esta audiencia también se comunicó la solicitud de **UNITED BRANDS, S.A.** por medio de la cual pretendía ser considerada parte en el proceso y se les otorgó oportunidad tanto a la Dirección Ejecutiva como a la **CND** de pronunciarse sobre la misma. Como resultado de ello, fue luego dictada la Resolución núm. 006-BIS- 2018, del 25 de enero de 2018, en la cual se rechazó dicha solicitud.¹³⁶

83. Considerando que la **CND** no depositó un estudio económico en el que pudiera presentar datos que contradijeran los datos presentados por la Dirección Ejecutiva en su Informe de Instrucción o que justificaran económica o financieramente su comportamiento, este Consejo Directivo consideró oportuno en la audiencia del 18 de abril de 2018, otorgarle a dicho agente económico un plazo para depositar un escrito que confrontara el análisis económico de la Dirección Ejecutiva.¹³⁷

84. En fecha 24 de abril de 2018, el agente económico solicitó a este Consejo Directivo diversas cuestiones, a saber: 1. Las actas y grabaciones correspondientes a las audiencias de pruebas celebradas por este Consejo Directivo en fechas 5 y 21 de marzo, así como el 18 de abril de 2018; 2. Las copias fotostáticas, audios y grabaciones de todas las entrevistas prácticas por la Dirección Ejecutiva en el procedimiento de investigación iniciado por la Resolución núm. DE-001-2017 y 3. Copia Fotostática de los documentos de convicción, grabaciones de las entrevistas y de todos los anexos que fundamentan el análisis económico que acompaña al Informe de Instrucción elaborado por la Dirección Ejecutiva.¹³⁸ Por igual, mediante comunicación separada remitida en esta misma fecha, el agente económico **CND** solicitó una “[c]ertificación donde se haga constar la existencia o inexistencia de las autorizaciones otorgadas por este Consejo Directivo, a fin de que la Dirección Ejecutiva practique las diligencias probatorias, exámenes de documentos privados de empresas, allanamientos o cualquier otra medida en el curso del procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución No. DE-001-2017, conforme al artículo 31.e de la Ley núm. 42-08, General

¹³⁴ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-184-18, de fecha 27 de marzo de 2018.

¹³⁵ Cfr. Comunicación DE-IN-2018-1055, elaborada y notificada en fecha 28 de marzo de 2018.

¹³⁶ Esta decisión fue notificada a la Dirección Ejecutiva mediante oficio CD-IN-2018-1064, de fecha 1 de mayo de 2018 y a la CND, mediante comunicación CD-IN-2018-0420, de fecha de mayo de 2018.

¹³⁷ Cfr. Acta de la audiencia de Presentación de Pruebas celebrada el día dieciocho (18) de abril del año dos mil dieciocho 2018, por ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), en ocasión del Procedimiento Administrativo Sancionar seguido contra el agente económico Cervecería Nacional Dominicana, S. A. (CND), p. 52.

¹³⁸ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-255-18, de fecha 24 de abril de 2018.

de Defensa de la Competencia.”¹³⁹ Finalmente, por correspondencia distinta depositada también el 24 de abril de 2018, la **CND** requirió a este Consejo Directivo “(...) aclaración sobre el estado jurídico actual de la fase probatoria, establecida en el artículo 47 de la Ley núm. 42-08 (...)”¹⁴⁰.

85. En vista de que parte de la documentación e informaciones requeridas se encuentran al cuidado y resguardo de la Dirección Ejecutiva por haber sido levantadas en la fase de instrucción del proceso, en fecha 3 de mayo de 2018, la Presidencia del Consejo Directivo remitió a la Dirección Ejecutiva la solicitud hecha por la **CND** sobre “[l]as copias fotostáticas, audios y grabaciones de todas las entrevistas prácticas por la Dirección ejecutiva en el procedimiento de investigación iniciado por la Resolución núm. DE-001-2017 y la Copia fotostática de los documentos de convicción, grabaciones de las entrevistas y de todos los anexos que fundamentan el análisis económico que acompaña al informa de instrucción elaborado por la Dirección Ejecutiva.”¹⁴¹

86. En fecha 11 de mayo de 2018, este Consejo Directivo le informó al agente económico **CND** la respuesta dada por la Dirección Ejecutiva respecto a su solicitud de información de fecha 24 de abril de 2018¹⁴², indicando que el requerimiento de copias, audios y grabaciones de las entrevistas realizadas en el procedimiento de investigación elaborado por la **CND** en fecha 24 de abril de 2018 constituyen documentos internos que se encuentran protegido por reservas de confidencialidad, los cuales no forman parte del expediente en contra de la **CND**; asimismo, tales pruebas tampoco fueron utilizadas para la sustentación de las imputaciones que se recogen en el Informe de Instrucción.¹⁴³ De igual forma, en lo relativo a las actas de audiencias de formulación y discusión de pruebas celebradas los días 5 y 21 de marzo y 18 de abril de 2018, le fue entregada en formato digital. Es importante destacar que en cuanto a las grabaciones, fueron puestas a su disposición para ser consultadas en las instalaciones de **PRO-COMPETENCIA**, siempre que hayan participado en ellas, esto. por los “riesgos que implica y la confidencialidad de las informaciones que son ventiladas.”¹⁴⁴

87. En fecha 3 de mayo de 2018, es decir, el último día del plazo otorgado, la **CND** depositó por ante este Consejo Directivo un inventario de documentos, en el cual numeraba 8 piezas documentales, estableciendo en la última lo siguiente: 8) Copia fotostática de las entrevistas y documentos que recogen los datos que justifican los resultados del estudio descrito en el ítem 1) del presente inventario de documentos; específicamente; 634 entrevistas correspondientes al año 2014, 624 entrevistas correspondientes al año 2016 y 1544 entrevistas correspondientes al año 2018¹⁴⁵. De ello, se entregaron 10 cajas de documentos, sin que se presentara un adecuado inventario u organización de los mismos que pudiera permitir a este Consejo Directivo valorar adecuadamente, interpretar el valor probatorio de ellos o, simplemente, constatar la existencia de lo entregado.¹⁴⁶ Como resultado de ello, en fecha 9 de mayo de 2018 este Consejo Directivo le notificó a la **CND** la recepción de su

¹³⁹ *Vid.* Comunicación identificada con el código de recepción C-256-18, de fecha 24 de abril de 2018.

¹⁴⁰ *Vid.* Comunicación identificada con el código de recepción C-257-18, de fecha 24 de abril de 2018.

¹⁴¹ *Vid.* Oficio Interno PR-IN-2018-1066, de fecha 27 de abril de 2018 y notificada en fecha 3 de mayo de 2018.

¹⁴² *Cfr.* Comunicación CD-IN-2018-0455, elaborada y notificada en fecha 11 de mayo de 2018.

¹⁴³ *Cfr.* Comunicación DE-IN-2018-1068, elaborada y notificada en fecha 8 de mayo de 2018.

¹⁴⁴ *Vid.* Comunicación CD-IN-2018-0455, *Supra* nota

¹⁴⁵ En fecha 8 de mayo de 2018, este Consejo Directivo, le notificó a la Dirección Ejecutiva el inventario de documentos mediante oficio CD-IN-2018-1069.

¹⁴⁶ *Cfr.* Comunicación identificada con el código de recepción C-283-18, de fecha 3 de mayo de 2018.

comunicación de fecha 3 de mayo de 2018, informándole que “de todos los documentos que se encuentran en las diez (10) cajas, se pudo constatar que no hay un detalle mínimo de cada documento en cada caja, ni organizados, ni contabilizados de forma alguna, lo que imposibilita asegurarnos y confrontar su relación con el “estudio de políticas comerciales **CND**” descrito en el ordinal 1 del referido inventario, lo que dificulta poder valorar su pertinencia para el caso y la fase del procedimiento en la que nos encontramos.”¹⁴⁷

88. En respeto al principio de eficacia, facilitación y celeridad, contenidos en los artículos 3.6, 3.18 y 3.19 de la Ley 107-13, este Consejo Directivo le solicitó al agente económico que procediera a inventariar los documentos depositados de conformidad con las especificaciones dadas en la comunicación.¹⁴⁸ En tal sentido, se le requirió la numeración e identificación de los documentos depositados en 10 cajas¹⁴⁹, lo cual fue aceptado por la **CND** mediante comunicación de fecha 11 de mayo.¹⁵⁰ En atención a lo anterior, en fecha 14 de mayo de 2018, este Consejo Directivo procedió a informar a la **CND** sobre las políticas para garantizar la integridad y confidencialidad de la documentación, así como las pautas de enumeración e identificación de los documentos contenidos en las 10 cajas depositadas en fecha 3 de mayo de 2018.¹⁵¹

89. Pese al plazo otorgado y las facilidades dadas, no cumplió con lo requerido en la comunicación CD-IN-2018-0446 de fecha 9 de mayo de 2018, por lo que, en fecha 23 de mayo de 2018, este Consejo Directivo debió conminar a la **CND** a concluir con el proceso de inventariado,¹⁵² lo cual motivó a que en fecha 24 de mayo de 2018 cumpliera con lo solicitado.¹⁵³ En fecha 30 de mayo de 2018, este Consejo Directivo procedió a remitirle a la Dirección Ejecutiva el inventario en donde se enumeran e identifican los documentos depositados.¹⁵⁴

90. En fecha 25 de mayo de 2018, la Dirección Ejecutiva presentó ante este Consejo Directivo sus observaciones con respecto a los medios aportados por la **CND** en fecha 3 de mayo de 2018¹⁵⁵, las cuales le fueron notificadas en fecha 29 de mayo de 2018.¹⁵⁶

91. En fecha 4 de junio de 2018, la **CND** depositó ante este Consejo Directivo un requerimiento de entrega de documentos, por medio del cual solicitaron que le fueran entregadas copias del **i)** análisis económico, **ii)** trabajos de campo realizados, y **iii)** las encuestas y sondeos y **iv)** las fichas metodológicas de muestreo¹⁵⁷. En fecha 6 de junio de 2018 se le remitió dicha comunicación a la Dirección Ejecutiva para que se refiriera a la solicitud realizada¹⁵⁸.

¹⁴⁷ Comunicación CD-IN-2018-0446, elaborada y notificada en fecha 9 de mayo de 2018.

¹⁴⁸ Comunicación CD-IN-2018-0446, elaborada y notificada en fecha 9 de mayo de 2018.

¹⁴⁹ comunicación CD-IN-2018-1069, de fecha 8 de mayo de 2018 y notificada en fecha 11 de mayo de 2018.

¹⁵⁰ Comunicación identificada con el código de recepción C-307-18 de fecha 11 de mayo de 2018.

¹⁵¹ Comunicación CD-IN-2018-0462, elaborada y notificada en fecha 14 de mayo de 2018.

¹⁵² Comunicación CD-IN-2018-0510, de fecha 23 de mayo de 2018.

¹⁵³ Comunicación identificada con el código de recepción C-349-18, de fecha 24 de mayo de 2018

¹⁵⁴ Oficio CD-IN.2018-1086, de fecha 29 de mayo de 2018, notificado en fecha 30 de mayo de 2018.

¹⁵⁵ Oficio DE-IN-2018-1081, notificado en fecha 25 de mayo de 2018.

¹⁵⁶ Comunicación CD-IN-2018-0527, de fecha 29 de mayo de 2018.

¹⁵⁷ Cfr. Comunicación identificada con el código de recepción C-378-18 de fecha 4 de junio de 2018.

¹⁵⁸ Comunicación PR-IN-2018-1096 de fecha 6 de junio de 2018.

92. En respuesta a ello, en fecha 21 de junio de 2018, la Dirección Ejecutiva notificó a este Consejo Directivo sus consideraciones sobre la entrega de la documentación e información requerida por la CND,¹⁵⁹ lo cual le fue remitido al agente económico en fecha 22 de junio de 2018, comunicándole siguiente: **i)** que todos los cargos e imputaciones que se le atribuye a la **CND** están contenidos en el Informe de Instrucción, no en el análisis económico, **ii)** el análisis económico es un anexo metodológico que apoya el Informe de Instrucción, **iii)** ninguna de las prácticas que se acreditaron en el marco del procedimiento de investigación se deriva de los resultados de las encuestas contenidas en el título 9 del análisis económico, **iv)** los hechos y las conductas que se le atribuyen a la **CND** en el Informe de Instrucción tienen su fundamento y base en las evidencias recopiladas a partir de los contratos comerciales aportados por dicho agente económico, y **v)** finalmente que le anexaban a dicha comunicación el título 9 del análisis económico, el cual contiene los subtítulos, gráficos y cuadros requeridos por la **CND** y la ficha metodológica.¹⁶⁰

93. Mediante el *Escrito de Formulación de Alegatos de la CND al Informe de Instrucción* la **CND** presentó tres (3) incidentes, a saber: **1.** La exclusión de terceros intervinientes en el procedimiento administrativo sancionador de que se trata; **2.** La ilegalidad y subsecuente invalidez del informe denominado “Análisis económico sobre las condiciones de competencia del mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en República Dominicana; y, **3.** Solicitud de autorización para la realización de un peritaje por un tercero.

94. Que luego de ponderar los argumentos expuestos, en fecha 30 de agosto de 2018, este Consejo Directivo dictó la *Resolución núm. 012-2018, Que Resuelve Los Incidentes Planteados Por La Sociedad Comercial Cervecería Nacional Dominicana, S.A., en el Curso de la Fase Probatoria del Procedimiento Administrativo Sancionador Iniciado Mediante la Resolución núm. 001-2018 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Procompetencia)*, el cual su parte dispositiva reza de la manera siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, DECLARAR buena y válida la interposición de los incidentes por parte del agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, ACOGER la solicitud de exclusión del informe económico presentado como anexo del Informe de Instrucción preparado por la Dirección Ejecutiva de PRO COMPETENCIA, por las razones que han sido expuestas en la presente resolución.

TERCERO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado Víctor Eddy Mateo Vásquez, para que proceda a notificar una copia certificada la presente resolución a la sociedad comercial CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A., y a la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE

¹⁵⁹ Oficio interno DE-IN-2018-1108, elaborado y notificado en fecha 21 de junio de 2018.

¹⁶⁰ Cfr. Comunicación CD-IN-2018-0639, elaborada y notificada en fecha 22 de junio de 2018.

PROCOMPETENCIA y se autoriza su publicación en la página web de esta institución.”¹⁶¹

95. Subsecuentemente y en cumplimiento del numeral tercero Resolución núm. 012-2018 de fecha 30 de agosto de 2018, este Consejo Directivo procedió a notificar la referida resolución.¹⁶² Una vez esto, fue convocada la audiencia para presentar conclusiones.

D. Alegatos finales y conclusiones de las partes

96. En fecha 30 de agosto de 2018, este Consejo Directivo procedió a convocar a la **CND**¹⁶³ y a la Dirección Ejecutiva¹⁶⁴ a comparecer a la audiencia que se celebraría a las nueve de la mañana (9:00 a.m.) del día 14 de septiembre de 2018, en las instalaciones de **PRO-COMPETENCIA**.¹⁶⁵ En esta fecha, el agente económico **CND** y la Dirección Ejecutiva presentaron sus argumentaciones finales y conclusiones. Por su parte, una vez terminados los alegatos y de conformidad con el derecho de defensa de los actores envueltos en el proceso administrativo, este Consejo Directivo dispuso un plazo común de 10 días hábiles para la presentación de sus escritos justificativos de conclusiones.

97. Asimismo, la Dirección Ejecutiva luego de la presentación de sus alegatos y conclusiones, depositó en la audiencia de fecha 14 de septiembre de 2018, su *Escrito Justificativo de Conclusiones*, en donde concluye de la forma que sigue:

“PRIMERO: COMPROBAR Y DECLARAR que el Informe de Instrucción del procedimiento de investigación de oficio iniciado por virtud de la Resolución núm. DE-001-2017 de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), de fecha 31 de enero de 2017, con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de

¹⁶¹ Vid. Resolución núm. 012-2018, de fecha 30 de agosto de 2018, dictada por el Consejo Directivo, p. 21

¹⁶² La CND fue notificada mediante comunicación CD-IN-2018-0997 de fecha 30 de agosto de 2018 y la Dirección Ejecutiva mediante oficio interno CD-IN-2018-1153, de fecha 3 de septiembre de 2018

¹⁶³ Cfr. Comunicación CD-IN-2018-0996, elaborada y notificada en fecha 30 de agosto de 2018.

¹⁶⁴ Cfr. Oficio Interno DE-IN-2018-1148, elaborada y notificada en fecha 30 de agosto de 2018.

¹⁶⁵ Mediante comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva en fecha 11 de junio de 2018, este Consejo Directivo procedió a convocar a la celebración de la audiencia para el día 5 de julio de 2018, conforme dispone el artículo 48 de la Ley núm. 42-08. En la misma fecha, este Consejo Directivo procedió también a notificar a la CND y a sus abogados apoderados de la audiencia prevista para el 5 de julio de 2018. Posteriormente fue recibida en fecha 12 de junio de 2018 una comunicación de la CND por medio de la cual le solicitaba a este Consejo Directivo la variación de fecha de la audiencia que había sido propuesta para el día 5 de julio de 2018, por motivos profesionales, indicando su disponibilidad para los días 25 de junio o 9 de julio del año de 2018. En fecha 13 de junio de 2018 del Consejo Directivo notificó a la Dirección Ejecutiva la solicitud de cambio de fecha que presentara la CND, requiriéndole su no objeción a la reasignación de la audiencia para el día 2 de agosto de 2018. Como respuesta a lo anterior, y en la misma fecha, la Dirección Ejecutiva mediante memorándum interno DE-IN-2018-1102 procedió a notificar al Consejo Directivo su disponibilidad para participar en la audiencia de fecha el 2 de agosto de 2018. Ante la solicitud de variación de la fecha de audiencia depositada en fecha 12 de junio por CND, en fecha 18 de junio de 2018, este Consejo Directivo notificó la modificación de la fecha de la audiencia que tenía previsto celebrarse el 2 de agosto de 2018, siendo fijada para el día 31 de julio de 2018, tanto a la Dirección Ejecutiva mediante oficio interno-1105, como a CND y a sus abogados apoderados mediante comunicación PR-IN-2018-0618. En definitiva, en fecha 27 de julio de 2018, este Consejo Directivo informó al agente económico CND, a sus abogados apoderados y a la Dirección Ejecutiva, la posposición de la audiencia fijada para el 31 de julio.

prácticas de abuse de posición dominante realizadas por el agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en el República Dominicana; notificado en fecha 21 de diciembre de 2017, al Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA y admitido por dicho órgano colegiado en fecha 5 de enero de 2018, mediante la Resolución núm. 001-2018, que ordena el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador contra la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND); ha sido suscrito con estricta sujeción al artículo 43 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 que establece los requisitos formales que debe cumplir dicho Informe de Instrucción, así como en cumplimiento de los principios y disposiciones contenidas en los artículos 3, 9, 26, y 27 de la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

SEGUNDO: RECHAZAR por improcedente, infundada y carente de todo fundamento legal y fáctico, las pretensiones de CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A. (CND) de que sea declarada la nulidad del Informe de Instrucción del Procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución núm. DE-001-2017, por haber sido dictado de conformidad con los lineamientos del debido proceso y con absoluta sujeción a las disposiciones de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 y en cumplimiento de los principios de transparencia, contradicción y fiabilidad o consistencia, establecidos en la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, pues desde el inicio del procedimiento de investigación, a través de la resolución que le dio inicio, está la Dirección Ejecutiva estableció claramente cuál era el objeto y alcance del procedimiento de investigación, y su instrucción fue realizada atendiendo a las amplias facultades investigativas reconocidas por la Ley núm. 42-08 a dicho órgano instructor.

TERCERO: COMPROBAR Y DECLARAR que, durante la fase de instrucción ante la Dirección Ejecutiva y la fase probatoria ante el Consejo Directivo, la sociedad comercial CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) ha sido reiterativa en reconocer que es el agente con posición dominante en el mercado relevante de producción y comercialización de cerveza en la República Dominicana.

CUARTO: COMPROBAR Y DECLARAR que: A) En el marco de la fase probatoria del procedimiento decisorio llevado a cabo ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), el agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) con los elementos de prueba presentados por esa empresa no ha refutado las evidencias directas recopiladas por la Dirección Ejecutiva de PROCOMPETENCIA a partir de los requerimientos de información y documentación que le fueron formulados a ese agente económico, que pretenden evidenciar la configuración de un abuso de la posición dominante de CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) a partir de las conductas específicamente contempladas en los literales "a", "b" y "d" del artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08; y, B) Que las pruebas directas presentadas por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, que

procuran evidenciar la configuración del abuso de la posición dominante de CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) a partir de la existencia de las conductas específicamente contempladas en los literales "a", "b" y "d" del artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, se encuentran debidamente identificados en el informe de instrucción y constaban sus ejemplares en el expediente de instrucción, cuyo acceso le fue garantizado durante todo el procedimiento a dicho agente, y muy especialmente al momento del cierre de la fase de investigación.

QUINTO: COMPROBAR Y DECLARAR que en virtud de la Resolución núm. 001-2018, dictada por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), de fecha 5 de enero de 2018, que ordena el inicio del procedimiento sancionador administrativo contra la sociedad comercial CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A. (CND), con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de prácticas de abuso de posición dominante, en el presente proceso decisorio no se están ventilando imputaciones por la conducta de ventas atadas contemplada en el literal "c" del artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, por lo que los argumentos y medios de prueba presentados per CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A. (CND) respecto de dicha conducta, en el marco de la fase probatoria, carecen de objeto en el marco de este proceso.”¹⁶⁶

98. En tal sentido, haciendo uso del plazo concedido por este Consejo Directivo, en fecha 1 de octubre de 2018, la **CND** depositó su *escrito justificativo de las Conclusiones* presentadas *in voce* (en lo adelante, “*Escrito Justificativo de Conclusiones de la CND*”), solicitando lo siguiente:

“De manera principal,

Primero (1º): declarar inadmisibles el procedimiento administrativo iniciado mediante la Resolución No. 001-2018 contra la sociedad comercial Cervecería Nacional Dominicana, S. A. (CND), debido a que, como consecuencia de la exclusión del "informe económico", ha sobrevenido una situación que imposibilita la continuación del proceso.

De manera subsidiaria,

Segundo (2º): declarar la nulidad del acto administrativo – “informe de instrucción” que cerró la "investigación" y planteo el inicio del procedimiento administrativo sancionador, emitido en fecha 21 de diciembre de 2017 por la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PROCOMPETENCIA), por versar sobre hechos distintos a los que motivaron el inicio de la investigación administrativa y, en consecuencia, menoscabar los derechos y garantías -materiales y formales- de la Cervecería Nacional Dominicana; S. A. (CND), en transgresión de las disposiciones contenidas en los artículos 69 y 138 de la Constitución; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 9 del Pacto Internacional sobre

¹⁶⁶ *Escrito Justificativo de Conclusiones de la Dirección Ejecutiva*, depositado en fecha 14 de septiembre de 2018, pp. 25 y 26 (en lo adelante, “*Escrito Justificativo de las Conclusiones Principales de la Dirección Ejecutiva*”). Una copia del referido documento le fue notificada el mismo día y entregada formalmente a CND al finalizar la audiencia.

Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 3.1, 3.9, 4.7, 20 y 28 de la Ley núm. 107-13, sobre Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo.

De manera más subsidiaria,

Tercero (3º): en base a lo anteriormente expuesto, decretar la inadmisión de las imputaciones formuladas en contra de la CND, con base a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia.

De manera aún más subsidiaria y en cuanto al fondo,

Cuarto (4º): en cuanto al fondo, y en atención a lo anteriormente argüido, rechazar las imputaciones realizadas contra la CND, por no configurarse ninguna infracción de la Ley núm. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia, y, en especial, abuso de posición dominante.”¹⁶⁷

99. Posteriormente, en fecha 1 de octubre de 2018, la Dirección Ejecutiva depositó un documento denominado “*Escrito de Réplica a Conclusiones de la sociedad comercial Cervecería Nacional Dominicana, S.A. (CND) presentadas in voce en la audiencia de conclusiones de fecha 14 de septiembre de 2018, en el marco del Procedimiento Sancionador Administrativo iniciado por la Resolución núm. 001-2018 del Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, en ocasión de la admisión a trámite del informe de Instrucción correspondiente al procedimiento de investigación iniciado mediante resolución núm. DE-001-2017 de la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA*”, en el cual se refería a las conclusiones incidentales presentadas por la CND (en lo adelante, “Escrito de Réplica a las Conclusiones Incidentales de la CND”). En el referido *Escrito de Réplica a las Conclusiones Incidentales de la CND*, la Dirección Ejecutiva mantuvo sus alegatos y conclusiones principales y, refiriéndose a los nuevos aspectos tratados por la CND en su *Escrito Justificativo de Conclusiones*, concluyó de la forma que sigue:

“PRIMERO: COMPROBAR Y DECLARAR que el Informe de instrucción del procedimiento de investigación de oficio iniciado por virtud de la Resolución núm. DE-001-2017 de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), de fecha 31 de enero de 2017, con motivo de la observación de indicios razonables de la existencia de prácticas de abuso de posición dominante realizadas para el agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en el República Dominicana; notificado en fecha 21 de diciembre de 2017, al Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA y admitido por dicho órgano colegiado en fecha 5 de enero de 2018, mediante la Resolución núm. 001-2018, que ordena el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador contra la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND); ha sido suscrito con estricta sujeción al artículo 43 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 que establece los requisitos formales que debe cumplir dicho

¹⁶⁷ Vid. *Escrito justificativo de las conclusiones vertidas en la audiencia de conclusiones celebrada el día 14 de septiembre de 2018* depositado por la CND en 1 de octubre de 2018 (en lo adelante, “*Escrito Justificativo de Conclusiones de la CND*”), pp. 58 y 59.

Informe de instrucción, así como en cumplimiento de los principios y disposiciones contenidas en los artículos 3, 9, 26, y 27 de la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

SEGUNDO: RECHAZAR por improcedente, infundada y carente de toda fundamento legal y fáctico, las pretensiones de CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A. (CND) de que sea declarada la nulidad del Informe de instrucción del Procedimiento de investigación iniciado mediante la resolución núm. DE-001-2017, por haber sido dictado de conformidad con los lineamientos del debido proceso y con absoluta sujeción a las disposiciones de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 y en cumplimiento de los principios de transparencia, contradicción y fiabilidad o consistencia, establecidos en la ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, pues desde el inicio del procedimiento de investigación, a través de la resolución que le dio inicio, está la Dirección Ejecutiva estableció claramente cuál era el objeto y alcance del procedimiento de investigación, y su instrucción fue realizada atendiendo a las amplias facultades investigativas reconocidas por la Ley núm. 42-08 a dicho órgano instructor.

TERCERO: RECHAZAR la solicitud de archivo del expediente presentado por CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S. A. (CND) en el marco de la audiencia de conclusiones celebrado en fecho 14 de septiembre de 2018, por haber sido instruido de conformidad con los lineamientos del debido proceso y con absoluta sujeción a los disposiciones de la ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 y en cumplimiento de los principios de transparencia, contradicción y fiabilidad o consistencia, establecidos en la Ley 107-13 sobre los Derechos de los Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

CUARTO: COMPROBAR Y DECLARAR que, durante la fase de instrucción ante la Dirección Ejecutiva y la fase probatoria ante el Consejo Directivo, la sociedad comercial CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) no sido reiterativa en reconocer que es el agente con posición dominante en el mercado relevante de producción y comercialización de cerveza en la República Dominicana.

QUINTO: COMPROBAR Y DECLARAR que: A) En el marco de la fase probatoria del procedimiento decisorio llevado a cabo ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO·COMPETENCIA), el agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) con los elementos de prueba presentados por esa empresa no ha refutado las evidencias directas recopiladas por la Dirección Ejecutiva de PRO·COMPETENCIA a partir de los requerimientos de información y documentación que le fueron formulados a ese agente económico, que pretenden evidenciar la configuración de un abuso de la posición dominante de CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) a partir de las conductas específicamente contempladas en los literales "a", "b" y "d" del artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08; B) Que los pruebas directas presentadas por la Dirección Ejecutivo de PRO·COMPETENCIA, que

procuran evidenciar la configuración del abuso de la posición dominante de CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) a partir de la existencia de las conductas específicamente contempladas en los literales "a", "b" y "d" del artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, se encuentran debidamente identificados en el Informe de instrucción y constaban sus ejemplares en el expediente de instrucción, cuyo acceso le fue garantizado durante todo el procedimiento a dicho agente, y muy especialmente al momento del cierre de la fase de investigación; y C) Que en la fase de instrucción llevada a cabo ante la Dirección Ejecutiva de PRO·COMPETENCIA, ni en la fase decisorio seguida ante el Consejo Directivo de PRO·COMPETENCIA, el agente económico dominante CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) no aportó argumentos ni medios probatorios orientados a sustentar la existencia de posibles eficiencias derivadas de las prácticas restrictivas que le son imputadas, pero lo que no procede realizar el análisis del efecto neto de las conductas, contemplado en el numeral 2, del artículo 7 de la ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08.

SEXTO: RATIFICAR todas las conclusiones presentadas por escrito y de manera "in voce" por esta Dirección Ejecutiva en la audiencia de conclusiones celebrada el 14 de septiembre de 2018."¹⁶⁸

100. Habiendo las partes depositado sus escritos, el artículo 49 de la Ley núm. 42-08 establece el plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para que este Consejo Directivo dicte su resolución.¹⁶⁹

101. Luego de haber sido ponderados el Informe de Instrucción, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas por la Dirección Ejecutiva y la **CND** en el expediente administrativo sancionador de referencia, el **CONSEJO DIRECTIVO** de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA) acuerda lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

102. Acorde con lo dispuesto en los artículos 46 al 50 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo está facultado a decidir los expedientes instruidos por la Dirección Ejecutiva. Con ocasión a esto, a continuación abordaremos los siguientes puntos: **I.** Antecedentes de hecho **A.** Fase de inicio del procedimiento de investigación; **B.** Fase de instrucción del procedimiento de investigación; **a.** Colaboración de las instituciones del Estado en el proceso de investigación; **b.** Colaboración de los agentes económicos y/o relacionados con el mercado en el proceso de investigación; **c.** Ausencia de

¹⁶⁸ *Vid.* Escrito de Réplica de la Dirección Ejecutiva a las Conclusiones Incidentales de la CND, pp. 21-23.

¹⁶⁹ Para este caso el plazo debe ser analizado de la siguiente manera: Al finalizar la audiencia de conclusiones de fecha 14 de septiembre de 2018 este Consejo Directivo otorgó 10 días hábiles a las partes para el depósito de los escritos justificativos de conclusiones, este plazo terminó el 1º de octubre del mismo año, considerando el día feriado correspondiente al 23 de septiembre. Por tanto, la fecha de inicio del plazo para dictar esta resolución empezó el día 2 de octubre de 2018 y finaliza el 4 de diciembre del mismo año, tomando en cuenta el día feriado correspondiente al 5 de noviembre de 2018. Los días feriados mencionados en este párrafo se ha hecho de acuerdo a lo establecido por el Ministerio de Trabajo, véase: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UVvh6i6Ms8J:mt.gob.do/index.php/noticias/item/ministerio-de-trabajo-informa-feriados-correspondientes-al-ano-2017+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=do>

terceros intervinientes en el presente proceso C. Actuaciones del agente económico investigado durante la fase de instrucción; D. Conclusiones del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva y alegatos de defensa presentados por el agente económico investigado; E. Procedimiento ante este Consejo Directivo; F. Alegatos finales y conclusiones de las partes; I. CONSIDERACIONES DE DERECHO; II. Objeto del presente proceso; III. ASPECTOS INCIDENTALES (Consideraciones de Derecho); A. Sobre la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva; a. Sobre el alcance de las atribuciones de inspección de la Dirección Ejecutiva en el marco de la investigación; b. Sobre la alegada invalidez o nulidad del Informe de Instrucción; c. Sobre la alegada falta de motivación de los requerimientos de información por parte del órgano instructor; d. Sobre el alegato de Investigación indiscriminada o *fishing expedition*; B. Sobre la desestimación del procedimiento por hechos sobrevenidos por la exclusión del estudio económico anexo al Informe de Instrucción; C. Sobre la alegada aplicación retroactiva de la Ley núm. 42-08 en perjuicio del agente económico; IV. ASPECTOS DE FONDO (Consideraciones de Derecho); A. Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución; B. Determinación del mercado relevante en el presente caso; C. Determinación de la posición dominante en el mercado; D. Determinación del abuso de posición dominante de un agente económico; a. Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras; b. La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique; i. Restricciones a la competencia a través de la imposición de precios de reventa; ii. Restricciones a la competencia a través de contratos de exclusividad de promoción; iii. Restricciones de visibilidad y espacio en góndolas de marcas competidoras; iv. Sobre las restricciones a la competencia derivadas de la colocación de neveras, refrigeradores o *freezers*; c. Venta o transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero; E. Especial responsabilidad del agente económico por su posición de dominio; F. Determinación de la sanción; a. Sanción aplicable a la falta cometida; G. En caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta; H. Sobre el cese inmediato de la conducta; I. Sobre la nulidad de los acuerdos suscritos en contravención a la Ley núm. 42-08; J. Sobre la relevancia social de la conducta sancionada y de la sanción impuesta; V. Parte Dispositiva

A. Objeto del presente proceso

103. En virtud del artículo 25 de la Ley núm. 42-08 y en observancia de los principios de debido proceso y de ejercicio normativo del poder, se reconoce la separación entre la función instructora y la decisora, al disponer que dichas facultades sean ejercidas por la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo, respectivamente; lo anterior, con el propósito de garantizar que los procedimientos administrativos ejecutados por esta Comisión sean acordes a los principios administrativos vigentes.¹⁷⁰

¹⁷⁰ En cumplimiento del principio de separación de funciones, el Miembro de este Consejo Directivo, licenciado VÍCTOR EDDY MATEO VÁSQUEZ, funge como secretario *ad-hoc* del presente proceso; que, en consecuencia, la licenciada NILKA JANSEN SOLANO, Directora Ejecutiva, no participó en la deliberación de la presente decisión ni en su redacción.

104. En tal sentido, la Dirección Ejecutiva presentó ante este Consejo Directivo en fecha 21 de diciembre de 2017 el Informe de instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017, de fecha 31 de enero de 2017, el cual fue acogido por este órgano mediante Resolución núm. 001-2018 de fecha 5 de enero de 2018, en virtud de las disposiciones del artículo 46 de la Ley núm. 42-08.

105. Con ocasión a ello, este Consejo Directivo se encuentra apoderado de un procedimiento administrativo sancionador en contra del agente económico, **CND**, por la presunta comisión de prácticas restrictivas a la competencia al tenor de las disposiciones del artículo 6, literales a), b), y d) de la Ley núm. 42-08, los cuales tipifican el abuso de posición dominante por: **i.** Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras; **ii.** La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique, **iii.** Venta o transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero.

106. Como parte de su defensa, el agente económico ha planteado varios medios incidentales y conclusiones al fondo del proceso, solicita su rechazo ya que considera que sus actuaciones no configuran ninguna de las conductas tipificadas en la Ley núm. 42-08.

107. Luego de culminado el proceso de instrucción y estando edificado este Consejo Directivo sobre los argumentos planteados por la Dirección Ejecutiva y la **CND**, procederemos decidirlos a continuación, examinando en primer lugar, los *Aspectos Incidentales (I)* y, posteriormente, los *Aspectos de Fondo (II)*.

III. ASPECTOS INCIDENTALES (Consideraciones de Derecho)

SUMARIO:

A continuación se abordarán los medios incidentales presentados por la **CND**, específicamente los siguientes: **A)** Sobre la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva; **B)** Sobre la desestimación del procedimiento por hechos sobrevenidos por la exclusión del estudio económico anexo al Informe de Instrucción, e, **C)** Sobre la aplicación retroactiva de la Ley núm. 42-08 en perjuicio del agente económico. A partir de estos aspectos, el agente económico procura que el proceso se desestime, sin que el Consejo Directivo se adentre a conocer las conductas imputadas en el Informe de Instrucción.

108. Durante el curso del procedimiento administrativo sancionador el agente económico investigado, **CND**, presentó mociones incidentales a las cuales este Consejo Directivo procederá a referirse en el presente apartado, a saber: **A)** Sobre la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección

Ejecutiva, **B)** Sobre la desestimación del procedimiento por hechos sobrevenidos por la exclusión del estudio económico anexo al Informe de Instrucción, y, **C)** Sobre la aplicación retroactiva de la Ley núm. 42-08 en perjuicio del agente económico.

A. Sobre la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva

109. En el *Escrito de Formulación de Alegatos de la CND al Informe de Instrucción* la CND alegó, entre otras cuestiones, la invalidez del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva por encontrarse afectado de nulidad absoluta.¹⁷¹

110. Tal pedimento se presentó, como indicamos, en el *Escrito de Formulación de Alegatos para controvertir el Informe de Instrucción* de la Dirección Ejecutiva, lo que implica que fue presentado de forma extemporánea y en la fase procesal inadecuada de este procedimiento administrativo; que, como resultado de ello, este órgano decisor dictó la Resolución núm. 012-2018, en la que indicó lo siguiente:

“(…) se ha advertido que lo planteado por la **CND** con respecto a dicho informe esta intrínsecamente vinculado con el fondo del presente caso, razón por la cual este Consejo Directivo no hará referencia a la invalidez o no del informe de instrucción y procederá a acumular dicha petición para ser fallada conjuntamente con el fondo, sin necesidad de hacer constar dicha decisión en la parte dispositiva de la presente resolución.”

111. La **CND** volvió a presentar dicho pedimento en el *Escrito Justificativo de las Conclusiones*¹⁷². Así las cosas, en cumplimiento a su Resolución núm. 012-18 y en respeto a los derechos y garantías del agente económico imputado, este Consejo Directivo procede a conocer y decidir el incidente presentado.

112. En tal sentido, la petición de nulidad del agente económico se funda en los siguientes alegatos: **i.** sobre el alcance de las atribuciones de inspección de la Dirección Ejecutiva en el marco de la investigación; **ii.** Sobre la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción; **iii.** la falta de motivación de los requerimientos de información por parte del órgano instructor; y **iv.** Que se ha hecho una investigación indiscriminada de cara al objeto del procedimiento de investigación.

¹⁷¹ En la Resolución núm. 012-2018 de este Consejo Directivo, al conocer este alegato que “ (...) se ha advertido que lo planteado por la **CND** con respecto a dicho informe esta intrínsecamente vinculado con el fondo del presente caso, razón por la cual este Consejo Directivo no hará referencia a la invalidez o no del informe de instrucción y procederá a acumular dicha petición para ser fallada conjuntamente con el fondo, sin necesidad de hacer constar dicha decisión en la parte dispositiva de la presente resolución”

¹⁷² Vid. *Escrito justificativo de las conclusiones vertidas en la audiencia de conclusiones celebrada el día 14 de septiembre de 2018* depositado por la CND en 1 de octubre de 2018 (en lo adelante, “*Escrito Justificativo de Conclusiones de la CND*”).

a. Sobre el alcance de las atribuciones de inspección de la Dirección Ejecutiva en el marco de la investigación

113. Que el agente económico imputado, la CND, afirma que la investigación iniciada por la Dirección Ejecutiva es una manifestación de la potestad de inspección y que la investigación no se circunscribió a hechos precisos;¹⁷³

114. Que, con respecto a estos planteamientos, la Dirección Ejecutiva respondió indicando que la inspección es una actividad que se desarrolla en virtud de las facultades investigativas que le son reconocidas a la Dirección Ejecutiva¹⁷⁴ y está orientada a la detección de concretos comportamientos anticompetitivos. A estos efectos, la Dirección Ejecutiva afirma que lo relevante es “(...) delimitar el objeto de la investigación, lo cual, no significa que las autoridades de competencia deban: (i) identificar previamente y de manera precisa los documentos a controlar: (ii) desvelar a los interesados toda la información de que dispongan.”¹⁷⁵ Que, en vista de ello, los requerimientos de información formulados por la Dirección Ejecutiva establecían que se realizaban en el ejercicio de las facultades reconocidas en el artículo 42 de la Ley núm. 42-08, y con el interés de analizar efectivamente el mercado objeto de la investigación, conforme con los artículos 8 y 9 de dicho texto normativa.¹⁷⁶

115. Que además de otras cuestiones que se abordarán en los siguientes apartados, es necesario recordar el alcance que tiene la potestad de investigar:

“En primer lugar, tenemos que la potestad administrativa de investigación, a través de la cual se ejerce una de las actividades y funciones fundamentales de la Administración (la actividad de control o, en su denominación clásica, «de policía»), la habilita para indagar hechos, recabar informaciones, así como comprobar situaciones, de ahí que esta potestad en sentido amplio comprenda dos modalidades de actividades en sentido estricto: (i) la actividad de investigación propiamente dicha, mediante la cual se descubren hechos anteriormente ignorados o desconocidos; y (ii) la actividad de comprobación, a través de la cual se constata la existencia de hechos conocidos pero inciertos”¹⁷⁷.

116. Que la función que tiene atribuida la Dirección Ejecutiva en el artículo 33 literal “a”, le otorga la potestad de “investigar y actuar de oficio en los casos en que existan indicios en el mercado de violación a Ley núm. 42-08”.

117. Que la facultad de investigar que posee la Dirección Ejecutiva se enmarca en las facultades que tiene reconocida la Administración y muy puntualmente, que la Ley núm. 42-08 reconoce en el literal “a” del artículo 33 como una de las funciones de dicho órgano;

¹⁷³ Cfr. Escrito de formulación de alegatos de la CND, p.9.

¹⁷⁴ Vid. Escrito de Réplica a las Conclusiones Incidentales de la CND, p.13

¹⁷⁵ *Ibid*, p.14-16

¹⁷⁶ *Ibid*, p.18

¹⁷⁷ Vid. Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 236. Cit. Servillano Abache Carvajal, “Forma y Tiempo de la Potestad Administrativa de Investigación”, Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, No. 3/2014, p. 25. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/12/Forma-y-Tiempo-de-la-Potestad-Administrativa-de-Investigaci%C3%B3n.pdf>

118. Que la Ley núm. 107-13 establece que el procedimiento de dictado de actos y principios generales sobre la etapa de instrucción de los procedimientos administrativos, así lo vemos en el párrafo I de su artículo 26:

“Artículo 26. Instrucción.

Párrafo I. Para la adopción de la resolución que proceda en cada caso deberán llevarse a cabo todas las actuaciones de instrucción o investigación que resulten necesarias y, en general, aquellas actuaciones de obtención y tratamiento de la información que sean adecuadas para el fin perseguido. Al órgano que tramite el procedimiento le corresponde apreciar los actos y actuaciones que hayan de practicarse para asegurar una decisión bien informada, sin perjuicio de las que el interesado pueda solicitar o proponer.

119. Que, en igual sentido, el artículo 42 de la Ley núm. 42-08 dispone lo siguiente:

“Artículo 42.- De la instrucción de pruebas, de las inspecciones e investigaciones. El proceso de la inspección e investigación de denuncias y actuaciones de oficio estará a cargo del Director Ejecutivo. Durante la fase del procedimiento de investigación, y con el objeto de recabar las pruebas, el Director Ejecutivo podrá entre otros recursos, citar a los representantes legales del presunto o presuntos responsables, citar testigos, recibir declaraciones, realizar careos y llevar a cabo audiencias con la participación de los denunciados, presuntos agraviados, presuntos responsables, testigos y peritos.

Podrá también controlar, hacer extracto y copias de libros, documentos y registros contables de la parte investigada, pedir a las dependencias del presunto o presuntos responsables las explicaciones verbales correspondientes y tener acceso, incluso por allanamiento, a los terrenos, locales, instalaciones y medios de transporte del o los imputados. Para todo el proceso contará con un plazo de treinta (30) días hábiles. Para tal efecto, los funcionarios deberán contar con la autorización previa de los ocupantes del lugar objeto de inspección o una orden judicial dictada por el tribunal competente de conformidad con el Código Procesal Penal.

Párrafo I.- En caso de negativa de las personas a comparecer o a permitir el acceso o control de los documentos y registros contables, la Dirección Ejecutiva, una vez obtenida la autorización judicial correspondiente, podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública para obligarlas a cumplir el requerimiento. La obstrucción o impedimento de la actividad de inspección, podrá ser sancionada por la Dirección Ejecutiva con una multa igual a la establecida en el Artículo 64 de esta ley.

Párrafo II.- Todos los elementos de pruebas que recopile el Director Ejecutivo serán válidos, siempre y cuando hayan sido obtenidos lícitamente y de conformidad a las disposiciones de la presente ley y del Código Procesal Penal.

Párrafo III.- En los casos en que se realicen interrogatorios a una persona física o a los administradores o representantes de una persona jurídica imputada de cometer alguna infracción a la presente ley, deberá ser requerida la presencia de su abogado defensor y se deberá levantar un acta que será firmada por la

persona física o los administradores o representantes de una persona jurídica interrogada, todo esto a pena de nulidad. En caso de que la parte se negara a firmar el acta, se hará constar.”

120. De la lectura de las disposiciones legales arriba citadas, los actos administrativos de requerimiento de información, así como el Informe de Instrucción que emanaron de la Dirección Ejecutiva, constituyen un ejercicio legalmente sustentado y en respeto de sus facultades investigativas.

121. Conforme se visualiza en la Resolución DE-001-2017, se ha podido advertir que la misma expuso los hechos que podían constituir prácticas contrarias a la libre y leal competencia. En efecto, la Dirección Ejecutiva afirmó lo siguiente:

“(…) que el objetivo del procedimiento de investigación que se ordena en la presente resolución es determinar la existencia de cualquier acto o conducta que puedan estar realizando el o los agentes económicos investigados, siempre y cuando del ejercicio de una posible posición dominante se puedan derivar actuaciones ser (sic) susceptibles de crear barreras injustificadas en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana.”¹⁷⁸

122. Asimismo, dicho órgano instructor también planteó que:

“En efecto, según declaraciones recogidas por la prensa CND-AMBEV incurre en prácticas anticompetitivas al utilizar “su poder de mercado para obligar a los clientes Premium a que no acepten ninguna promoción de las cervezas que distribuye United Brands. De igual manera destaca el estudio que “a los clientes que no acepten quitar todo tipo de promoción de Heineken o Coors se les retiran las ofertas y freezers de cerveza Presidente.”¹⁷⁹

123. Consecuencia de lo anterior, es claro advertir que la Resolución núm. DE-001-2017 tiene por propósito iniciar un procedimiento de investigación en el mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas, motivando ampliamente las razones que llevaban a ese órgano instructor a considerar que la posible existencia de abuso de posición dominante.

124. Así las cosas, la Resolución núm. DE-01-2017 -que dio inicio a la investigación- y el Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva -que pone fin a dicho procedimiento administrativo-, no difieren en su objeto ni desvirtúan o se desvinculan de la investigación, el cual era analizar las actuaciones que los productores, comerciantes y distribuidores del mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza estaban realizando, y el Informe de Instrucción concluye refiriéndose a las actuaciones de estos agentes en el referido mercado.

125. De todo lo anterior se evidencia que la Dirección Ejecutiva se ciñó al mercado relevante y, todos los requerimientos de información o documentación realizados, se enmarcaron en respeto de los

¹⁷⁸ Vid. Resolución DE-001-2017 de la Dirección Ejecutiva, considerando 29, p. 6.

¹⁷⁹ Ibid, p. 1.

derechos fundamentales a la buena administración y al debido procedimiento administrativo, de los cuales es titular la **CND**.

126. Resultado de ello, este Consejo Directivo comprueba que no ha existido una búsqueda genérica o indiscriminada de datos ni tampoco una búsqueda de información sobre conductas anticompetitivas distintas a las investigadas y delimitadas en la Resolución núm. DE-01-2017.

b. Sobre la alegada invalidez o nulidad del Informe de Instrucción

127. Como segundo argumento para fundamentar la invalidez o nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, afirma que el informe de instrucción versa sobre cuestiones fácticas distintas a las que motivaron el referido procedimiento de investigación, ello porque se trata de un acto administrativo cuyo dictado supuso la vulneración de múltiples derechos, prescindiendo del procedimiento¹⁸⁰ ya que, afirma, la Dirección Ejecutiva hizo múltiples requerimientos que no indicaron las razones que justifican los mismos¹⁸¹, “(...) es decir: la pretendida pertinencia que tienen los documentos solicitados en relación con el objeto de la investigación y la finalidad del procedimiento administrativo, lo que imposibilita que la empresa investigada pueda ponderar sobre la relevancia o no de esos requerimientos (...)”¹⁸².

128. En respuesta a ello, la Dirección Ejecutiva indica que en el Informe de Instrucción no se incorporaron nuevas conductas, puesto que el objeto y alcance de la investigación quedó establecido claramente en la Resolución DE-001-2017, cuando se indica que se pretende determinar la existencia o no de cualquier acto o conducta que puedan estar realizando el o los agentes económicos investigados, abusando de su posición dominante en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana.¹⁸³

129. Asimismo, la Dirección Ejecutiva expresa que los hechos destacados en Resolución DE-001-2017, que es el acto administrativo que le da inicio al procedimiento de investigación, no establece una acusación o imputación a un agente económico, puesto que eso solo se determine a partir de los resultados y evidencias obtenidas en el marco de la investigación, lo que luego se enmarca dentro de las conductas tipificadas en los numerales del artículo 6 de la Ley núm. 42-08.¹⁸⁴ En tal sentido, dichos hechos y situaciones constituyen simplemente indicios de posibles o probables prácticas anticompetitivas que motivaron la investigación. Por ello, la mencionada Resolución DE-001-2017, establece que los indicios no constituyen en sí mismo, un prejuzgamiento sobre el resultado de la investigación.¹⁸⁵

130. Este Consejo Directivo resalta que conforme con el numeral 1 del artículo 43 de la Ley núm. 42-08, el Informe de Instrucción se remite a este órgano una vez se ha sustanciado debidamente el expediente, debiendo acompañarlo con la delimitación expresa de “(...) las conductas observadas,

¹⁸⁰ *Ibid*, p. 23.

¹⁸¹ *Ibid*, p. 22.

¹⁸² *Ibid*, p.14.

¹⁸³ *Cfr.* Escrito Justificativo de las Conclusiones Principales de la Dirección Ejecutiva, pp.10 y 11.

¹⁸⁴ *Ibid*, pp. 11 y 12.

¹⁸⁵ *Ibid*, p. 11; *Cfr.* Escrito de Réplica a las Conclusiones Incidentales de la CND, p. 6

las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.”

131. Sobre esto se puntualiza que en el Informe de Instrucción no prejuzga el fondo ni impacta de forma alguna el resultado de un procedimiento de investigación por los hechos que se presentan en el cuerpo de este.

132. La Ley núm. 107-13, normativa supletoria de la Ley núm. 42-08 en lo referente al procedimiento administrativo, aborda el tema de la invalidez de los actos administrativos y establece en su artículo 14 lo siguiente:

“Invalidez de los actos administrativos. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los dictados por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello, los carentes de motivación, cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales, los de contenido imposible, los constitutivos de infracción penal y los que incurran en infracciones sancionadas expresamente con nulidad por las leyes”.

133. Que en virtud de lo anterior para que un acto administrativo estar viciado de nulidad absoluta, deben darse las causales previstas en la Ley núm. 107-13, razón por la cual este Consejo Directivo procederá a revisar si el Informe de Instrucción fue dictado conforme las disposiciones de la Ley núm. 42-08 y respetando los parámetros dictaminados por la Ley núm. 107-13.

134. Que la instrucción del procedimiento administrativo de investigación y la emisión del Informe de Instrucción está a cargo de la Dirección Ejecutiva, conforme con lo dispuesto en los artículos 43 y 44, literal “e” de la Ley núm. 42-08

135. Que de la revisión del expediente administrativo y, muy especialmente, de las actuaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva previo al Informe de Instrucción, así como las comunicaciones instrumentadas en el curso del procedimiento por medio de las cuales se evidenciaba el fundamento de su solicitud, no se constata violaciones a la normas constitucionales ni legales vigentes, que invaliden o anulen el Informe de Instrucción.

c. Sobre la alegada falta de motivación de los requerimientos de información por parte del órgano instructor

136. La **CND** también indica que los requerimientos de información que le fueron formulados por parte de la Dirección Ejecutiva, que son actos administrativos, son nulos por carecer de motivación alguna y, en consecuencia, los documentos resultantes de los mismos no pueden ser admitidos como medios de prueba válidos, lo que implica la nulidad del Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, conforme al artículo 14 de la Ley núm. 107-13.”¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 24.

137. La Dirección Ejecutiva, por el contrario, afirma que las solicitudes de información a dicho agente económico se realizaron, como se recogió más arriba, dentro del marco de las potestades legales atribuidas por la Ley Núm. 42-08, donde se le indicó el objeto y finalidad de tales requerimientos. Por tanto, ninguna de las actuaciones realizadas está viciada de nulidad, como tampoco el Informe de Instrucción.¹⁸⁷

138. Atendiendo a lo expuesto, hay que destacar la importancia de los poderes de investigación de la Dirección Ejecutiva y, dentro de esta, las facultades para requerir información. Por ello, debemos aclarar que los poderes de la Dirección Ejecutiva se refuerzan porque se pueden solicitar explicaciones a los representantes y de los miembros del personal del agente económico, limitados antes a los documentos y ahora extendiéndose a los hechos; que, de otra forma, difícilmente podría llevar a cabo la finalidad que le atribuye la norma.

139. Si la Dirección Ejecutiva no tuviese la capacidad de solicitar información cuando entienda que existen indicios de que se están cometiendo actuaciones contrarias a la Ley núm. 42-08, la efectiva aplicación de dicha normativa se vería completamente condicionado.

140. En tal sentido, siempre que el requerimiento de información contenga la base jurídica y el objeto de la solicitud, la Dirección Ejecutiva puede solicitar -y el agente económico debe entregar- cualquier información -dentro los límites impuestos en su investigación y el mercado relevante-, que sea importante para la investigación. En suma, la Dirección Ejecutiva debe dar a conocer al destinatario las razones del requerimiento que se adopta, estableciendo el fin del pretendido y la vinculación de esto con el ejercicio legal de las funciones de la Dirección Ejecutiva.

141. Corresponde a la Dirección Ejecutiva, pues, valorar el tipo de requerimiento necesario para cumplir su finalidad y este estará, en cualquier caso, suficientemente motivado cuando se haga alusión al objeto de la investigación, a efectos de que el agente económico investigado comprenda el alcance de esta y pueda ejercer su derecho de defensa. Por tanto, una solicitud de requerimiento genérica, fundamentada en la potestad atribuida por la Ley núm. 42-08, ha de considerarse como motivación suficiente en virtud de la relación entre la finalidad que se pretende y el objeto del requerimiento que se hace.

142. La Dirección Ejecutiva, a su vez, posee límites impuestos por la Constitución y la Ley núm. 42-08. En efecto, los requerimientos de información se dirigen a satisfacer las finalidades de la norma, quedando obligado este órgano instructor al cumplimiento del principio de proporcionalidad entre la información requerida y la utilización de esta para los fines que justifican la solicitud.

143. La motivación no debe confundirse, por lo tanto, con la irrazonable exigencia de proveer alegatos o afirmaciones puntuales de hecho o de Derecho sobre las presuntas conductas cometidas por el agente económico ya que, de hacerlo, la Dirección Ejecutiva no solo estuviera refiriéndose a asuntos sin tener los elementos de prueba suficiente, sino que, además, estuviera desarrollando aspectos de forma extemporánea, puesto que tales cuestiones corresponden al Informe de Instrucción.

¹⁸⁷ *Ibid*, p. 22.

144. De igual forma, imputar conductas concretas en una fase tan preliminar de la investigación, constituiría una violación al derecho de defensa y debido proceso del cual es titular el agente económico, por ser un ejercicio irresponsable y carente de objetividad de las potestades legales dadas a la Dirección Ejecutiva en la Ley núm. 42-08, quien actuaría alejado al procedimiento establecido.

145. Así las cosas, se enfatiza que aun cuando el agente económico pudiese alegar que las fórmulas insertas en estos requerimientos deben contener referencias todavía más explícitas, ya con la base jurídica y el objeto de la solicitud se cumple con el voto de la ley y se respetan a cabalidad los derechos reconocidos a la **CND** en el ordenamiento jurídico dominicano. Así lo ha afirmado el hoy Tribunal de la Unión Europea, en el caso *Hoechst AG (1989)*, al indicar lo siguiente:

“(...) Esta obligación es un requisito fundamental, no solo para demostrar que la investigación que se debe llevar a cabo en los locales de las empresas en cuestión está justificada, sino también para permitirles comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa.”¹⁸⁸

146. Por todo lo anterior, ante un requerimiento de información por la Dirección Ejecutiva, los representantes o propietarios del agente económico están obligados de proporcionar la información requerida; en caso de no entrega de información o en caso de entrega de información falsa, la Ley núm. 42-08, se le otorga la potestad a esta Consejo Directivo en sancionar dicha falta. Sobre ello, debemos de insistir y recalcar en la garantía de confidencialidad que se produce al momento de que sea entregada una información.

147. Pese a esto, como fue expuesto en los antecedentes en el cuerpo de esta resolución, la **CND** no entregó la información solicitada pese a los insistentes requerimientos y a las prórrogas otorgadas; que su cumplimiento no vino sino hasta que una decisión judicial, dictada por el Tribunal Superior Administrativo, se lo indicara expresamente, en un proceso que, vale resaltar, fue promovido por el mismo agente económico en procura de no cumplir con sus obligaciones legales.

148. En este sentido, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organismo homólogo a esta institución, ha afirmado lo siguiente:

“(...) pretender, por el contrario, que la orden de investigación aporte una información exhaustiva y con amplio grado de detalle no es, por un lado, estrictamente necesario por la fase preliminar de la investigación..., y resulta ciertamente dificultoso y en ocasiones imposible, pues justamente uno de los objetivos de la actuación inspectora es determinar con precisión muchos de los

¹⁸⁸ Traducción nuestra. Vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de la Unión Europea), *Hoechst AG v. Commission of the European Communities*, 21 de septiembre de 1989, p. 2859, párr. 29. En el mismo sentido, ver el caso *Dow Chemical Ibérica, S. A. y otros v. Comisión*, los asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, 17 de octubre de 1989, p. 3165, párr. 45.

detalles de la conducta infractora, como la concreta duración o el exacto ámbito geográfico.”¹⁸⁹

149. En virtud de todo ello, ha podido validarse que el procedimiento de instrucción y las actuaciones realizadas por el órgano que ejerce esta potestad, fueron debidamente comunicadas a las partes interesadas, tal y como hemos desarrollado en los hechos de la presente resolución, respetando con ello el derecho de defensa de los administrados, y particularmente del agente económico **CND**; que, por tanto, es opinión de este Consejo Directivo que los requerimientos de información han sido debidamente motivados y cumplen con el voto de la ley, por lo que los mismos ni están viciados de ineficacia o nulidad alguna.

d. Sobre el alegato de Investigación indiscriminada o *fishing expedition*

150. Íntimamente relacionada a la falta de motivación, nos referiremos ahora a los alegatos presentados por la **CND**, sobre la investigación realizada por la Dirección Ejecutiva y la indiscriminación de su actuación.

151. Por último, la **CND** expone que la Dirección Ejecutiva incumplió con la obligación de indagar exclusivamente sobre los supuestos indicios de prácticas de abuso de posición dominante en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza ya que se “[se] ha hurgado sobre cuestiones absolutamente irrelevantes e impertinentes para los hechos en torno a los cuales la Resolución No. DE-001-2017”¹⁹⁰ lo que considera el agente económico constituye una “fishing expedition” [expedición de pesca], violentando sus derechos fundamentales a la buena administración y al debido procedimiento administrativo.¹⁹¹

152. Con respecto a estos planteamientos, la Dirección Ejecutiva responde indicando que los resultados de la investigación que constan claramente en el Informe de Instrucción, refieren sobre la existencia de conductas que pueden configurar prácticas de abuso de posición dominante por parte de **CND** en el mercado de producción y comercialización de cerveza en la República Dominicana, los cuales guardan absoluta relación con el objeto de la investigación establecido en la Resolución DE-001-2017.¹⁹²

153. Por todo ello, la Dirección Ejecutiva reafirma el procedimiento de investigación fue llevado a cabo en apego a las disposiciones de la Ley núm. 42-08 y no se constituye una “fishing expedition” [expedición de pesca], ni se han violentado los derechos fundamentales a la buena administración y al debido procedimiento administrativo. En consecuencia, ninguna de las actuaciones realizadas está viciada de nulidad, como tampoco el Informe de Instrucción.¹⁹³

¹⁸⁹ España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Sala de Competencia, Resolución (Expte. R/AJ/056/17, PHILIP MORRIS), 26 de octubre de 2017, p.8. Disponible en: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/1831912.pdf>

¹⁹⁰ *Ibidem*

¹⁹¹ *Ibid*, p.13.

¹⁹² *Ibid*, p.12

¹⁹³ *Ibid*, p. 22.

154. En tal sentido este Consejo Directivo trae a colación nueva vez la Resolución núm. DE-01-2017, donde en su ordinal primero, ya previamente citado, indica lo siguiente:

“PRIMERO: ORDENAR el inicio de un procedimiento de investigación de oficio en el mercado de la producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana, en virtud de la existencia de hechos que pueden constituir indicios razonables para presumir la realización de prácticas de abuso de posición dominante por parte la sociedad comercial CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) en dicho mercado, las cuales se encuentran tipificadas en el artículo 6 de la Ley General de Defensa de la Competencia, No. 42-08, como prácticas restrictivas de la competencia.”¹⁹⁴

155. Conforme se evidencia de los documentos aportados, incluyendo los precisos y delimitados argumentos aportados por el propio agente económico durante el proceso de investigación, no se dio una investigación genérica en vulneración de la Ley; que, asimismo, la investigación se limitó a una actividad mercantil delimitada, la relacionada con el “el mercado de la producción, comercialización y distribución de la cerveza.

156. Por igual, con respecto al ámbito territorial, tampoco el alcance de la investigación es cuestionable puesto que las actividades se desarrollan a nivel nacional y, esto, es consistente con el ámbito de aplicación de la Ley núm. 42-08 y las actuaciones de la Dirección Ejecutiva. Precisamente con esta clara delimitación, se pretenden evitar las denominadas “*fishing expeditions*” (inspecciones genéricas), sino que la búsqueda de información está relacionada con el objeto de la investigación.

157. Este Consejo Directivo considera que sí se ha delimitado suficientemente el objeto y la finalidad de la investigación, tanto en lo relativo a las supuestas conductas anticompetitivas como al mercado y, por lo tanto, se cumple con los requisitos de la Ley núm. 42-08; que, en consecuencia, este órgano decisor es de opinión que la Dirección Ejecutiva no investigó indiscriminadamente o realizó alguna actuación alejada a los límites competenciales y materiales que la Ley núm. 42-08 le da;

158. En suma, al revisar el expediente administrativo y, los actos administrativos que recogen las actuaciones de la Dirección Ejecutiva durante la fase de inicio e instrucción del proceso, no se constata, como afirmó el agente económico, que se realizó un: **i.** ejercicio incorrecto de las atribuciones de inspección y/o investigación por parte de la Dirección Ejecutiva, **ii.** Que no se indicó el objeto de la investigación, **iii.** Que los requerimientos de información y documentación de la Dirección Ejecutiva no estaban debidamente motivados, o **iv.** que la Dirección Ejecutiva realizó una investigación indiscriminada “hurgando”, como afirma el agente económico, sobre aspectos irrelevantes de cara al objeto del procedimiento de investigación.

159. Por el contrario, al revisar el Informe de Instrucción y los documentos previos y posteriores a este, podemos extraer del mismo lo siguiente: **i.** Fue dictado por el órgano competente y facultado a tales fines, es decir, la Dirección Ejecutiva; **ii.** Que el objeto de la investigación versa sobre presuntas prácticas anticompetitivas descritas en la Ley núm. 42-08 sobre las cuales la Dirección Ejecutiva puede ejercer su potestad de investigación, y **iii.** El Informe de Instrucción cuenta con la motivación

¹⁹⁴ Ibid, numeral primero del dispositivo.

suficiente tanto para su emisión, como para sus conclusiones, ya que expresa las conductas observadas que alegadamente contravienen la Ley núm. 42-08 y las evidencias que las demuestran, hace una relatoría de los hechos acontecidos y los efectos en el mercado, identifica al autor de dichas prácticas, establece una calificación de los hechos ilícitos establecidos por la Ley y plantea las sanciones imponibles al agente económico investigado; concluyendo con la solicitud del inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de la **CND** por presentar indicios de violación a los literales a), b) y d) de la Ley núm. 42-08.

160. Este Consejo Directivo considera que el Informe de instrucción fue realizado por la Dirección Ejecutiva en cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia, sin vulnerar los derechos del agente económico investigado **CND** y sin incurrir en prácticas que pudiesen considerarse como desmedidas o ilegales, por lo cual, el incidente planteado debe **RECHAZADO**.

B. Sobre la desestimación del procedimiento por hechos sobrevenidos por la exclusión del estudio económico anexo al Informe de Instrucción

161. El Departamento de Estudios Económicos y de Mercado de **PRO-COMPETENCIA** elaboró un estudio económico sobre el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana (en lo adelante, el “Estudio Económico”), que fue posteriormente excluido mediante Resolución núm. 012-2018 de este Consejo Directivo, una vez fueron evaluados los argumentos presentados por el agente económico en la fase probatoria.¹⁹⁵

162. En la audiencia de pruebas celebrada en fecha 14 de septiembre de 2018, el agente económico investigado alegó que ha sobrevenido una imposibilidad jurídica de ponderar la acusación realizada por la Dirección Ejecutiva en contra de la **CND**, debido a que el Estudio Económico excluido mediante la Resolución núm. 012-2018, contenía los datos e informaciones concernientes a la relevancia del mercado, la incidencia negativa de las conductas imputadas-reducción o efecto de cierre del mercado- y todo parecer técnico sobre el tema.

163. Como parte de la justificación planteada por el agente económico es que de la lectura de las páginas 115 y siguientes del Estudio Económico, “(...) merece especial consideración el “título número 9”, página 116, denominado “análisis de prácticas investigadas”, que contiene toda la información referente a las encuestas practicadas durante el procedimiento de investigación, las evidencias encontradas, análisis neto de las conductas, los efectos anticompetitivos -supuestamente-encontrados, entre otros”¹⁹⁶ y que, sin el Estudio Económico es imposible determinar una serie de cuestiones que resultan imprescindibles para el conocimiento de las acusaciones imputadas a la **CND**; que, así las cosas, parecería indicar que el Informe de Instrucción, sin el Análisis Económico, se limitan a una demostración de elementos fácticos que no cumplen con los criterios necesarios para la aplicación de la Ley núm. 42-08.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Cfr. Resolución núm. 012-2018 de este Consejo Directivo, 30 de agosto de 2018, pp. 18-19

¹⁹⁶ Cfr. *Escrito Justificativo de Conclusiones de la CND*, p. 3, párr. 3.

¹⁹⁷ *Ibid*, párr. 4.

164. Por otro lado, la Dirección Ejecutiva solicita el rechazo de este pedimento ya que indica que no existe imposibilidad sobrevenida toda vez que el fundamento de su acusación se recoge íntegramente en el Informe de Instrucción y que, por tanto, el Estudio Económico no sostiene o fundamenta el referido informe; que, en tal sentido, afirma que: i. todos los cargos e imputaciones atribuidos a la **CND**, están contenidos en el Informe de Instrucción, no en el análisis económico “(...) y que, de igual forma, el sustento de todas las imputaciones se encuentra en las evidencias directas recopiladas por este órgano instructor a partir de los requerimientos de información y documentación que fueron formulados a ese agente económico, los cuales están debidamente identificados en el informe de instrucción”¹⁹⁸, ii. el Estudio Económico fue presentado como un anexo del Informe de Instrucción, pero el Informe de Instrucción “(...) contiene los aspectos que fueron considerados, los análisis económicos realizados por el DEEM [Departamento de Estudios Económicos y de Mercados] atendiendo a los criterios establecidos en los artículos 8 y 9 de la Ley núm. 42-08, para la caracterización del mercado relevante y la posición dominante (identificación del producto, sustituibilidad de la oferta y la demanda, costos de distribución, insumos más importantes, análisis de barreras de entrada, participación del mercado, entre otros,)¹⁹⁹; y que iii. existen pruebas además del Estudio Económico que permiten determinar: i. el mercado relevante, ii. la posición dominante de la **CND**, iii. Los efectos exclusorios y los objetivos anticompetitivos explícitos,²⁰⁰ por lo que no existe imposibilidad sobrevenida: que, en suma, el fundamento de las conductas imputadas se recoge íntegramente en el Informe de Instrucción y que, por tanto, la exclusión del Estudio Económico no condiciona la existencia del Informe de Instrucción.

165. Luego de este órgano decisor ponderar y verificar la pertinencia de la solicitud realizada ha podido establecer que la misma versa fundamentalmente sobre la imposibilidad jurídica de conocer el presente procedimiento administrativo sancionador, una vez fue excluido el informe de análisis económico como elemento probatorio en la Resolución núm. 012-2018 de este Consejo Directivo.

166. El procedimiento administrativo contemplado en la Ley núm. 42-08 establece que el Informe de Instrucción debe contener las conductas observadas, las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que merecen los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.²⁰¹

167. En tal sentido, el Informe de Instrucción se constituye como el documento formal de acusación del cual se derivan todas las consecuencias jurídicas de un proceso por violación a la Ley núm. 42-08, sin que el Estudio Económico impida su curso ni limite sus efectos atribuidos por la norma.

168. La imposibilidad material de continuar con un procedimiento administrativo implica desestimar todas las pretensiones de fondo presentadas por la Dirección Ejecutiva, si se considerara que el Estudio Económico, el cual fungía como anexo al Informe de Instrucción, no posee los elementos de prueba suficientes o los criterios técnicos necesarios para pasar el filtro de los criterios normativos exigidos en la materia.

¹⁹⁸ *Ibid*, p. 23, párr. 73.

¹⁹⁹ *Ibid*, párr. 74.

²⁰⁰ *Ibid*, p.13.

²⁰¹ República Dominicana, Ley núm. 42-08, art. 43.

169. Corresponde entonces ahora a este Consejo Directivo evaluar si el Estudio Económico es la única fuente documental que aporta los criterios necesarios para que este Consejo Directivo pueda decidir y, por tanto, la subsistencia del Informe de Instrucción está condicionado al uso y permanencia del Estudio Económico en el proceso.

170. El Estudio Económico procuraba ampliar aspectos relevantes de índole económica, que ayudan en los casos de competencia. En cambio, el Informe de Instrucción puede subsistir sin el primero, ya que conforme con el numeral 1 del artículo 43 de la Ley núm. 42-08, en este último se recogen las “conductas observadas, las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.”²⁰²

171. De la lectura del Informe de Instrucción este Consejo Directivo ha podido comprobar que la Dirección Ejecutiva basó sus alegatos en los análisis, pruebas y argumentos expuestos en el Informe de Instrucción, sin observar los argumentos que se presentaron en este Estudio Económico que este órgano decisor procedió a excluir el referido documento, presentado como anexo del informe de instrucción preparado por la Dirección Ejecutiva.²⁰³

172. Este Consejo Directivo se encuentra apoderado de un procedimiento administrativo sancionador en contra del agente económico **CND**, por presuntamente haber incurrido en violación de los literales “a”, “b” y “d”, del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, lo cual se recoge en el Informe de Instrucción. Como se ha comprobado también, en el Informe de Instrucción se delimita claramente el mercado relevante y se plasman los análisis técnicos y económicos necesarios, para que este órgano pueda conocer y decidir.

173. Si este órgano decisor optara por acoger los planteamientos de la **CND** de finalizar el procedimiento administrativo sancionador porque fue excluido un anexo (el Estudio Económico) al documento principal (Informe de Instrucción), sin conocer los medios de prueba que dentro de este último se presentan, sería un contrasentido a los principios básicos de la tutela administrativa efectiva y la buena administración.

174. En suma, las informaciones y análisis económicos que este Consejo Directivo requiere para ponderar y analizar los argumentos planteados por la Dirección Ejecutiva, se encuentran en el Informe de Instrucción presentado en fecha 21 de diciembre de 2017 ante este Consejo Directivo. En consecuencia, no se verifica la desaparición del objeto del presente procedimiento administrativo sancionador por la exclusión del Estudio Económico ni una imposibilidad material sobrevenida como efecto de ello, por lo que el incidente planteado debe ser **RECHAZADO**.

²⁰² Resultado nuestro.

²⁰³ Cfr. Resolución núm. 012-2018 de este Consejo Directivo, 30 de agosto de 2018, pp. 18-19.

C. Sobre la alegada aplicación retroactiva de la Ley núm. 42-08 en perjuicio del agente económico

175. La **CND** ha planteado que, en virtud de la temporalidad de la Ley núm. 42-08 y la prohibición de retroactividad contenida en la Ley núm. 107-13 es imposible aplicar retroactivamente las disposiciones normativas de carácter sancionador, lo que estaría haciendo la Dirección Ejecutiva con sus impugnaciones y que tal situación vulnera el párrafo II del artículo 36 de la Ley 107-13.²⁰⁴

176. Asimismo, el agente económico imputado expresa que la vigencia de la Ley No. 42-08 inició el 6 de enero de 2017 con el nombramiento de la Directora Ejecutiva, tal como lo prescribe el artículo 67 del citado texto legal, por lo que con anterioridad a esa fecha las disposiciones de la indicada ley no resultan aplicables a ninguna de las actuaciones llevada a cabo por la **CND**, o ningún agente económico en República Dominicana²⁰⁵; que en suma, el agente económico aduce que al momento en el que se llevaron a cabo los hechos investigados no se encontraba vigente la Ley núm. 42-08 y, a su juicio, la aplicación de dicha normativa a su caso particular constituye una lesión al principio de irretroactividad de la norma.

177. Con relación a lo expuesto por la **CND**, la Dirección Ejecutiva expresó que no pretende que la **CND** sea sancionada por el período total estudiado, durante el cual se ha comprobado una violación a la Ley 42-08,²⁰⁶ sino que "(...) únicamente deberá calcular una sanción en base a la existencia de la entrada en vigencia de la Ley, conforme puede observarse a partir de contratos de exclusividad aportados con fecha del año 2017"²⁰⁷; que, por el contrario, la Dirección Ejecutiva abunda sobre el tema al puntualizar que la ilegalidad de las conductas imputadas debe ser vista desde la promulgación de la Ley núm. 42-08, es decir, el 16 de enero de 2008, ya que han estado prohibidas desde el pasado 2008; que, en tal sentido, "[l]a entrada en vigor lo que supone es el inicio del ejercicio por parte de los órganos competentes de las facultades conferidas por la Ley núm. 42-08 a esta Comisión. Lejos de todo lo argumentado por **CND**, la realidad es que el agente económico tuvo 9 años de *vacatio legis* como ellos mismos arguyen, periodo durante el cual mantuvo en ejecución una serie de prácticas abusivas, consideradas como infracciones administrativas, en vez de organizar su empresa para dar fiel cumplimiento a las disposiciones establecidas en la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08."²⁰⁸

178. Para resolver el planteamiento de la **CND**, debe estudiarse en primer lugar la noción de *efecto retroactivo de la ley*, recogida en el artículo 110 de la Constitución dominicana; que en virtud de la certeza que debe imperar en el ordenamiento jurídico, el referido texto constitucional establece el principio de *irretroactividad de la ley*, el cual debe entenderse en el sentido de que las situaciones jurídicas se rigen conforme a las reglas vigentes al momento de constituirse esos vínculos, de modo que los administrados puedan saber a qué atenerse en las relaciones con el poder público. Por lo

²⁰⁴ Cfr. *Escrito de Formulación de Alegatos*, pp. 56 y 57. Asimismo, este planteamiento también fue expuesto en la audiencia de fecha 14 de septiembre de 2018.

²⁰⁵ *Ibid*, pp. 54-57

²⁰⁶ Cfr. *Escrito de Réplica a las Conclusiones Incidentales de la CND*, p.11.

²⁰⁷ *Ibid*.

²⁰⁸ *Ibid*, p. 11, párr. 3.

tanto, “[e]n ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.”²⁰⁹

179. En igual sentido, el artículo 36, párrafo II de la Ley núm. 107-13, establece que “[l]as disposiciones legales sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. Serán de aplicación a los hechos que constituyan infracción administrativa en el momento de su vigencia.”

180. Lo normal es que las normas jurídicas se promulguen para regular situaciones fácticas o hechos que ocurren dentro de la época de su vigencia, dejando fuera de su alcance tanto los hechos acaecidos antes de su entrada en vigor, como también los que suceden luego de su derogación. En consecuencia, no se admite aplicar válidamente hacia el pasado normas jurídicas posteriores para resolver situaciones acontecidas con anterioridad al dictado de dichas normas, “(...) sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena”, acorde con lo dispuesto en la mencionada disposición constitucional.

181. Este Consejo Directivo entiende necesario evaluar la promulgación y la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08, a fin de comprobar la fecha exacta a partir de cuándo serían evaluadas las infracciones que pudieran derivarse del presente proceso administrativo sancionador.

182. Sobre el tema que nos ocupa, queremos resaltar el adecuado análisis y correcta interpretación realizada al artículo 67 de la Ley núm. 42-08 por parte de la **CND** ya que, como bien cita,²¹⁰ el momento de entrada en vigor la ley, fue a partir del 6 de enero de 2017, con el nombramiento de la Directora Ejecutiva.²¹¹ Sin embargo, se debe indicar que dicho agente económico confunde conceptos claros y distintos del ordenamiento jurídico, estos son, la promulgación y la vigencia de las leyes.

183. Al hablarse de *promulgación* se refiere a la publicación oficial de una ley después de agotada su fase de aprobación, quedando a cargo de esta acción el Poder Ejecutivo en virtud de las disposiciones del artículo 101 de la Constitución dominicana. La entrada en *vigencia o vigor* de una norma, por otro lado, está condicionada a que se cumplan los presupuestos de espacio y tiempo para su aplicación.

184. Que sobre la vigencia de las leyes que componen nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 109 de nuestra Carta Magna refiere lo siguiente:

“Art. 109.- Entrada en vigencia de las leyes. Las leyes, después de promulgadas, se publicarán en la forma que la ley determine y se les dará la más amplia difusión posible. Serán obligatorias una vez transcurridos los plazos para que se reputen conocidas en todo el territorio nacional.”

185. En armonía con la disposición constitucional, el Código Civil de la República Dominicana, refiere en su artículo 1, párrafo I lo siguiente:

²⁰⁹ Vid. República Dominicana, Constitución política, art. 110.

²¹⁰ Ibid, p. 53.

²¹¹ El Poder Ejecutivo designó mediante Decreto 5-17, de fecha 6 de enero de 2017 a la Directora Ejecutiva.

“Art. 1. Párrafo I.- Las leyes, salvo disposición legislativa expresa en otro sentido, se reputarán conocidas en el Distrito Nacional y en cada una de las Provincias, cuando hayan transcurrido los plazos siguientes, contados desde la fecha de la publicación hecha en conformidad con las disposiciones que anteceden, a saber: En el Distrito Nacional, el día siguiente al de la publicación. En todas las Provincias que componen el resto del territorio nacional, el segundo día. Párrafo. - Las disposiciones que anteceden se aplican también a las Resoluciones y a los Decretos y Reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo.”²¹²

186. En atención a lo anterior, resaltamos que la Ley núm. 42-08, fue promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 16 del mes de enero de 2008 y publicada en la Gaceta Oficial núm. 10458 del 25 de enero de 2008, siendo esta la fecha en que la norma ingresó formalmente a ordenamiento jurídico, así como las obligaciones que emanan de ella. Por lo tanto, desde el 25 del mes de enero de 2008, una vez la Ley núm. 42-08 fue publicada en la Gaceta Oficial, se reputa conocida para todo el mundo y su cumplimiento es obligatorio.

187. Sin embargo, el agente económico confunde el origen y nacimiento de sus obligaciones con el alcance de la investigación; que, así las cosas, si bien las obligaciones nacieron para los agentes económicos desde el 25 de enero de 2008, no es hasta el 6 de enero de 2017 donde el incumplimiento de estas podía ser investigado (se requería a un funcionario específico, en este caso la Dirección Ejecutiva).

188. En suma, las conductas de la **CND** que pudiesen ser consideradas anticompetitivas, lo son desde la promulgación de la Ley núm. 42-08. La investigación de las conductas y la sanción que pudiera imponerse si se retienen los presupuestos necesarios, serán aquellas que se encontraban o encuentran en curso desde el 6 de enero de 2017. Sumado a lo anterior, se hace imprescindible enfatizar que, además de lo anterior, este Consejo Directivo es competente para conocer de conductas anticompetitivas que, aún originándose antes del 6 de enero de 2017, su ejecución se ha mantenido con posterioridad a esa fecha (falta continua o continuada).

189. Se hace menester aclarar que el principio de irretroactividad se violentaría solo cuando, este Consejo Directivo tome los hechos o conductas acontecidas con anterioridad a la vigencia de la Ley núm. 42-08, es decir, el 6 de enero de 2017, y pretenda sancionarlos. Además de lo anterior, la tesis que presenta el agente económico podría resultar peligrosa, en tanto parece sugerir que, las relaciones jurídicas se deben decidir y resolver conforme a las reglas que estuvieron vigentes antes del 2008, es decir, antes de la Ley núm. 42-08, lo que implicaría una imposible e ilógica inmutabilidad del ordenamiento jurídico dominicano que daría cabida a incontables situaciones jurídicas.

190. Enfatizamos que el principio de irretroactividad no implica la conservación o perpetuación de las reglas que rigieron en un momento dado, si estas son modificadas con posterioridad o si se les ha otorgado consecuencias jurídicas concretas, como ha sucedido con aquellas conductas que se aplicaban ante la falta de legislación y, en algunos casos, ante controles de una inadecuada actividad empresarial; que, por el contrario, lo que protege el artículo 110 de nuestra Constitución es el carácter

²¹² *Resaltados nuestro.*

retroactivo de actos que vayan en detrimento de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas.

191. Así las cosas, conforme se evidencia con lo expuesto por la Dirección Ejecutiva, la referencia a situaciones ocurridas antes del 6 de enero de 2017 son datos que han sido provistos al proceso para evaluar la permanencia en el tiempo de la conducta y delimitar un período demostrable del origen. Con ello, se permite verificar si aquellas actuaciones anteriores al 6 de enero de 2017, continúan en curso o, en su defecto, si han cesado pero continúan produciendo consecuencias jurídicas. Asimismo, este Consejo Directivo ha comprobado que la Dirección Ejecutiva no ha imputado falta alguna a hechos acontecidos antes del 6 de enero de 2017 ni solicita sanción por acontecimientos previos a esta fecha.

192. Consecuencia de las motivaciones expuestas, se verifica que no se ha violentado el principio de irretroactividad y, por lo tanto, el incidente planteado debe **RECHAZADO**.

IV. ASPECTOS DE FONDO (Consideraciones de Derecho)

SUMARIO:

Una vez decididas las cuestiones incidentales, el Consejo Directivo evaluará las imputaciones y sustento probatorio de la Dirección Ejecutiva, así como los argumentos y pruebas a descargo depositadas por la CND en ejercicio de su derecho de defensa. Una vez esto, le corresponderá a este Consejo determinar si se ha cometido o no abuso de la posición dominante que ostenta la CND en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana, acorde con los ordinales a, b y/o d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08. De tal forma, en caso de configurarse alguna de las conductas prohibidas imputadas, se procedería a imponer la debida sanción pero, en caso de no retenerse falta administrativa de ningún tipo, brindarle al agente económico una decisión favorable que desestime la acusación y ponga fin al procedimiento.

193. En el ejercicio de las atribuciones conferidas en el literal “k” del artículo 31 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo conoce y decide los asuntos de fondo presentados en los procedimientos administrativos sancionadores e impone las sanciones por la comisión de faltas administrativas previstas en la norma; que, con ocasión a ello, estaremos abordando varios aspectos.

194. Durante el curso del procedimiento administrativo sancionador surgieron diversos aspectos que requieren ser tratados y aclarados, como resolución de principio, así como los demás aspectos que, como Consejo Directivo, debemos referirnos en el conocimiento del fondo del proceso: **A)** Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución, **B)** Determinación del mercado relevante en el presente caso, **C)** Determinación de la

posición dominante en el mercado; **D)** Determinación del abuso de posición dominante de un agente económico; **E)** Determinación del daño causado por el abuso de la posición dominante.

A. Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución

195. Es posible reconocer la confidencialidad de la información obtenida conforme a las estipulaciones de la Ley núm. 42-08, protegiéndola de toda divulgación que pudiere perjudicar la posición competitiva del particular. En esencia, la administración pública debe ser garante de la transparencia y el derecho de acceso de la información pública, pero, también, de la confidencialidad de la información de carácter privado.

196. De igual forma, el artículo 41 de la Ley núm. 42-08 refiere de manera puntual, lo siguiente: “Solicitud de confidencialidad sobre secretos comerciales. Sin perjuicio del carácter público de las denuncias y actuaciones de oficio de las conductas prohibidas por esta ley, la Dirección Ejecutiva, ante solicitud motivada por alguna de las partes, podrá proceder a la instrucción de una reserva de confidencialidad sobre todo o parte del material probatorio calificado de secreto comercial (...)”.

197. Conforme con esta disposición, toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con este carácter a los efectos de su valoración, será considerada confidencial y, en consecuencia, no puede ser revelada sin autorización expresa del agente económico o la entidad del Estado que haya suministrado dicha información.

198. Así las cosas, en fecha 14 de noviembre del 2016, el Consejo Directivo de **PRO-COMPETENCIA** dicto la resolución núm. FT-14-2016 en la cual aprobó los lineamientos y criterios para el establecimiento de reservas de confidencialidad sobre material probatorio a la luz de las disposiciones del artículo 41 de la Ley núm. 42-08.²¹³ En dicha resolución, en la cual constan las indicaciones sobre reserva de confidencialidad del material probatorio y se describen sus implicaciones y fundamento, su artículo 1 expresa lo siguiente:

“De conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 41 de la Ley General de Defensa de la Competencia, No. 42-08, las partes con interés legítimo podrán solicitar a la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** que las informaciones económicas, comerciales, datos contables y estadísticos solicitados por la institución o suministrados a la misma en el marco de los procedimientos de investigación, que sean consideradas como secreto comercial o industrial, sean declarados como confidenciales por un período de tiempo determinado.”

199. En tal sentido, en virtud de las facultades conferidas por la Ley núm. 42-08, específicamente en su artículo 41, la Dirección Ejecutiva pronunció las siguientes resoluciones de confidencialidad:

²¹³ Asimismo, el referido artículo 41 de la Ley núm. 42-08, indica que deben observarse las disposiciones de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04 (en lo adelante “Ley núm. 200-04”).

Resolución núm.	Fecha de emisión
DE-003-2017	21 de abril de 2017
DE-004-2017	26 de abril de 2017
DE-007-2017	11 de julio de 2017
DE-009-2017	14 de julio de 2017
DE-023-2017	30 de agosto de 2017
DE-024-2017	31 de agosto de 2017
DE-044-2017	7 de noviembre de 2017
DE-049-2017	9 de noviembre de 2017
DE-052-2017	16 de noviembre de 2017

200. Sobre ello es importante recordar que las reservas que confidencialidad responde al respeto de la administración pública, en este caso **PRO-COMPETENCIA**, por las informaciones privadas de los agentes económicos que son consideradas como secreto comercial y que no deben ser conocidas por terceros, ya que se encuentran revestidas de privacidad para todo aquel no autorizado al manejo de dichas informaciones.

201. Para el caso que nos ocupa, hemos verificado las resoluciones de la Dirección Ejecutiva sobre confidencialidad de informaciones y ha comprobado una actuación apegada a los lineamientos constitucionales y legales atribuibles dados por la Ley núm. 42-08 y la Ley núm. 200-04.

202. Por otro lado, este Consejo Directivo se encuentra plenamente comprometido con el respeto de la Constitución y las leyes, procurando siempre evidenciar en sus actuaciones los principios rectores de la actividad administrativa pública y, por tanto, ser un fiel garante de derechos. Por ello, esta Resolución es emitida con pleno apega a los lineamientos legales de confidencialidad, respetando el secreto comercial y manteniendo reserva de los datos sensibles, tales como aquellos que puedan comprometer las operaciones del agente económico imputado, los nombres de las partes envueltas en los contratos suscritos por la **CND** o información económica sensible.

203. Sin embargo, cualquier otra información que no contenga datos que afecte dicho secreto comercial, sino que se constituyan en información genérica por parte de los documentos de la **CND**, será utilizada por este Consejo Directivo bajo el entendido de que no vulnera la privacidad comercial.

204. Especificamos que, las informaciones declaradas confidenciales y expuestas en esta Resolución, son de conocimiento de la **CND**, por lo cual la versión que sea notificada a dicho agente económico será completamente íntegra, es decir, sin los cuidados o resguardos pertinentes de las informaciones confidenciales. Con ello, este Consejo Directivo le da la plena oportunidad al agente económico de conocer los elementos de convicción que nos han llevado a dictaminar como lo haremos. En la versión pública de este acto administrativo, la cual estará a disposición de toda la población, serán suprimidas las informaciones que contenga datos declarados confidenciales para los terceros.

205. Se aclara, además, que toda esta información declarada “confidencial” -y que será utilizada y citada a continuación- son documentos a los que tuvo acceso pleno el agente económico durante

todo el proceso, ya que fueron provistos por el propio agente económico o fueron resultado de la investigación, de los que también recibió un ejemplar.

206. Asimismo, el derecho a ser oído y el derecho de defensa de la **CND** ha estado plenamente garantizado al permitírsele el acceso absoluto y en todo momento al expediente -no solo a los documentos inculpatorios-, pudiendo presentar pruebas y alegatos sobre todos los documentos e informaciones que sustentan el presente acto administrativo. Por lo tanto, cualquier alegato que pretendiera justificar en la indefensión, falta de motivación o cualquier otro, carece de sustento.

207. Consecuencia de todo ello, la presente Resolución se dicta exponiendo datos e informaciones precisas para darle la oportunidad al agente económico a que tenga pleno conocimiento de los elementos de convicción que han llevado a este Consejo a dictaminar como lo hará. Sin embargo, en respeto pleno a la confidencialidad de informaciones y documentos aportados y declarados como tales a lo largo del proceso, será resguardada en la versión pública de este acto administrativo.

B. Determinación del mercado relevante en el presente caso

208. En el ámbito de las normas generales de defensa de la competencia, para decidir si un agente económico ha llevado a cabo una conducta anticompetitiva consistente en abuso de posición dominante, es preciso realizar tres actuaciones de forma sucesiva, a saber: i) definir el mercado relevante; ii) identificar una posición dominante en ese mercado y iii) demostrar que la conducta realizada es un abuso de la posición de dominio que ostenta en ese mercado.

209. En ese orden de ideas, el mercado relevante es “(...) aquel que comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”²¹⁴

210. A los fines de valorar si existe o no competencia efectiva, se requiere la previa definición del mercado relevante, que es el ámbito geográfico, temporal y objetivo en el que actúan las empresas²¹⁵, lo que nos lleva a realizar la primera de las actuaciones anteriormente enunciadas.

211. Es propicio establecer que para la determinación del mercado relevante se deben evaluar dos dimensiones imprescindibles, a saber: una dimensión material (mercado de producto) y una dimensión espacial (geográfico).²¹⁶ Cónsonos con este criterio, la jurisprudencia comparada ha establecido lo que sigue a continuación:

“Respecto de la posición de dominio, lo primero a reseñar es que la posición de dominio no se predica de un mercado en abstracto sino de un determinado

²¹⁴ Vid. Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil, Introducción y estatuto del empresario derecho de la competencia y de la propiedad industrial derecho de sociedades*, vol. 1, 16va. Edición, Editado por Fernando Martínez Sanz, Madrid: Editora Tecnos, 2009, p. 169.

²¹⁵ Cfr. Laguna De Paz, José Carlos, *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 3ª Edic, Thomson-Aranzadi, 2010, pp. 369 y ss.

²¹⁶ Cfr. Montt Rettig, Nehme Nicole, *Libre Competencia y Retail, Un Análisis Crítico*. Chile, Legal Publishing, 2010, p.11.

mercado sobre el que se proyecta, y al que se llama mercado relevante, que resulta esencial su delimitación para comprobar si hay o no posición de dominio. Para ello se acude a varios factores: a) funcional: individualizando productos o servicios determinados y valorando si son intercambiables o sustituibles con otros; b) geográfico: teniendo en cuenta la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades; c) temporal: con acotación del periodo a valorar, y d) normativo, con ponderación de las barreras legales, fiscales, etc.”²¹⁷

212. De igual forma, la Ley núm. 42-08 contiene una definición de carácter general del mercado relevante, en su artículo 4, estableciendo que:

“(…) El ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los bienes o servicios sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si una restricción o abuso diera lugar a un aumento significativo de los precios;”

213. A los fines de su determinación, el artículo 8 de la Ley núm. 42-08, establece una serie de consideraciones que deben ser tomadas en cuenta, a saber:

a) Identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar;

b) Identificación del área geográfica correspondiente;

c) La probabilidad efectiva de sustituir el bien o servicio de que se trate por otro suficientemente similar en cuanto a función, precio y atributos, de origen nacional o extranjero, para ser contemplados por los consumidores como sustitutos razonables, en el tiempo y costo requerido para efectuar la sustitución, por considerarlos con el suficiente grado de intercambiabilidad;

d) El costo de distribución del bien o servicio, sus insumos más importantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero, teniendo en cuenta los fletes, seguros, aranceles y cualquier otra medida que afecte su comercio, así como las limitaciones impuestas por otros agentes económicos y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros lugares;

e) La sustitución de la demanda, en particular, el costo y la probabilidad de que suplidores de otros productos o servicios que no son sustituibles, en principio, desde el punto de vista de la demanda, pues no son similares a la oferta del bien a sustituir, puedan fácilmente pasar a producir y ofrecer productos o servicios que por igual satisfagan la demanda de los consumidores; es decir, que los consumidores puedan acudir a otros mercados alternos de productos y servicios, que produzcan resultados suficientes para satisfacer su demanda de bien o servicio; y,

²¹⁷ Vid. España, Consejo General del Poder Judicial de España, sentencia 7/2016, de fecha 08 de enero de 2016.

f) Las restricciones normativas nacionales o internacionales que limiten el acceso de los consumidores a fuentes alternativas de abastecimiento o el de los proveedores a clientes alternativos”.

214. Sobre la determinación del mercado relevante, la Dirección Ejecutiva expone en el Informe de Instrucción lo siguiente:

- a) Identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar:** La cerveza es el producto objeto de análisis, entendiéndose como tal a la “bebida alcohólica hecha con granos germinados de cebada u otros cereales fermentados en agua, y aromatizada con lúpulo, boj, casia, etc. (...)”²¹⁸.
- b) Identificación del área geográfica correspondiente:** Afirma la Dirección Ejecutiva, para la determinación del mercado relevante geográfico se analizan los efectos del comercio exterior en el mercado de la cerveza en la República Dominicana. Es importante resaltar que el abastecimiento de cerveza en el mercado dominicano es fundamentalmente de producción nacional, en el entendido de que la Cervecería Nacional Dominicana, S.A., representa aproximadamente el 99% del mercado de cerveza dominicano y la misma tiene sus plantas de producción en el territorio nacional, lo que relega la participación de las importaciones en la oferta total de cerveza; por su lado, las exportaciones de cerveza de la República Dominicana representan menos del 5% de la producción nacional.”²¹⁹
- c) La probabilidad efectiva de sustituir el bien o servicio:** Atendiendo a sus diferencias en sabor, procesos de fabricación y patrones de consumo, este producto no es sustituible. Para explicar tal afirmación, la Dirección Ejecutiva expone que “[e]ste producto pasa por 3 procesos productivos: malteado, maceración y fermentación²²⁰, lo cual difiere de la línea de producción de otros licores u bebidas alcohólicas. Esto lo hace un producto diferente y no sustituto de otras bebidas alcohólicas como vinos y ronés.”²²¹

Por estas razones, es que vemos que la cerveza se diferencia de otras bebidas alcohólicas, tanto por sus insumos ya que las materias primas de la producción de cerveza están representadas por commodities, las cuales les da volatilidad a sus precios, como por su proceso productivo, lo cual se resume según lo indicado en el siguiente cuadro:

²¹⁸ Vid. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, *Óp. Cit*, p. 34.

²¹⁹ Ibid, p. 54.

²²⁰ Ibid, pp. 35 y 36.

²²¹ Ibid, p. 35.

Cuadro 3. Principales características de las bebidas alcohólicas.

Características	Cervezas ¹⁴⁰	Ron	Vino
Grados de alcohol	0.5-6.1%	38-54%	9-14%
Insumos	Agua, cebada malteada, azúcar, sémola de maíz, lúpulo y levadura.	Caña de azúcar y levadura.	Uva
Proceso productivo	<ul style="list-style-type: none"> • Molienda • Calderada (obtención del mosto) • Enfriamiento • Fermentación • Maduración • Filtrado • Envasado 	<ul style="list-style-type: none"> • Molienda • Fermentación • Destilación • Envejecimiento • Blending • Envasado 	<ul style="list-style-type: none"> • Estrujado • Fermentación • Escurrido • Presando • Depósito de guarda • Embotellado

Fuente. Elaborado por el departamento de Estudios Económicos y de Mercado de PRO-COMPETENCIA, a partir de datos de NORDOM 186, Decreto 528-01, las paginas institucionales de CND y Ron Barceló, así como Carretero Casado, Francisco Innovación Tecnológica En La Industria De Bebidas, 2006.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de que en el mercado estén o se introduzcan otros proveedores, con el objetivo de “descubrir la existencia o no de presión competitiva sobre el fabricante de un determinado producto, pero en este caso, la eventual presión sería ejercida por la amenaza de entrada de nuevos competidores en el mercado y el consecuente incremento de la producción”, lo que se llama “**competidor potencial inmediato**”; en el caso de marras se revisó si existían empresas con las condiciones necesarias para ingresar en el mercado de cervezas de la República Dominicana, tomando en consideración que una empresa debe poder ingresar mínimo en el plazo de 1 año y sin grandes inversiones, esto debido entre otras cosas a que los costos iniciales y operativos para incorporarse en la industria cervecera son extremadamente altos.

d) El costo de distribución del bien o servicio: sobre ello, se indica que “resulta complejo acceder a los canales de distribución de la cerveza para nuevos agentes que deseen incorporarse en dicho mercado, los cuales en su gran mayoría están controlados por el agente económico **CND**.”²²²

e) La sustituibilidad de la demanda de la cerveza no es equiparable con otra bebida alcohólica debido a que no existe un producto con características pasibles de ser un remplazo idóneo y que los consumidores lo vean como un igual ante la cerveza. Según los datos arrojados en el informe de instrucción al respecto, se puntualiza lo siguiente:

- El 63% de los consumidores elige la bebida alcohólica de su preferencia basado en la temperatura, siendo la cerveza la bebida predilecta.

²²² *Ibid*, pp. 44 y 45.

- Según el Test del Monopolista Hipotético (SSNIP), ante un aumento de la cerveza de 5-10 % un 65.76% de los consumidores encuestados se mantendrían consumiendo la misma marca, 13.33% cambiaría de marca, el 6.36 % consumiría ron, 1.52% consumiría vino y 1.21 % consumiría whisky, 11.52 abandonaría el consumo de alcohol y 0.30 no respondieron.
- Según el Test del Monopolista Hipotético (SSNIP), ante un aumento de la cerveza de 5-10 % en el establecimiento que suele adquirirla, el 56.19% no seguiría adquiriendo bebidas en ese establecimiento y el 43.81 cambiaría de establecimiento.
- Según el Test del Monopolista Hipotético (SSNIP), ante un aumento de la cerveza de 5-10% los colmados en el 96.47% no cambiarían la cerveza por otra bebida, en contraposición al 2.45% que la sustituiría por ron, y el 1.09% lo sustituye por vino.
- Según el Test del Monopolista Hipotético (SSNIP), ante un aumento de la cerveza de 5-10% los bares y discotecas en un 74.42% comprarían la cerveza en igual cantidad, el 23.26% compra menos cerveza y 2.33 % compraría otra marca de cerveza.
- Si bien es cierto, los precios de las materias primas por su naturaleza fluctúan, lo más determinante es el gasto de la publicidad en el que tienen que incurrir las empresas al momento de comercializar en el mercado de cerveza, el cual puede llegar a representar hasta el 63.4% de los costos operacionales de una empresa importadora.
- De los análisis de correlación de precios, los de cointegración de precios Engle-Granger y Johansen, los de casualidad en el sentido de Granger y el análisis del logaritmo de ratio de precios de los productos, se puede establecer que la cerveza forma parte de un único mercado relevante.²²³

f) Las restricciones normativas: Sobre ello, en nuestro ordenamiento jurídico "(...) los productores e importadores de cervezas deben cumplir con ciertos requisitos de carácter legal para poder operar en el mercado, lo cual representa una restricción de carácter indirecto para acceder a dicho mercado y de costos usualmente bastante elevados, por otro lado no existen normativas que imposibiliten el acceso directo de los proveedores al mercado de cerveza."²²⁴

g) Sobre la estructura y composición del mercado relevante: la oferta que se da en la industria cervecera de la República Dominicana está compuesta tanto por fabricantes e importadores, estando integrado por: Cervecería Nacional Dominicana, S.A. y Cervecería Vegana, S.R.L. (como productores e importador Premium en caso de **CND**) e importadores como United Brands, S.A., Manuel González Cuesta, C. por A., Mercatodo, S.A., y Distribuidora Raivan, S.R.L. y

²²³ *Ibid*, pp. 37 y 41.

²²⁴ *Ibid*, pp. 55 y 56.

República Brewing, S.R.L., esta última como fabricante de cervezas artesanales.

Con respecto a los canales de distribución, los mismos se componen de mayoristas y detallistas, siendo los colmados los de mayor porcentaje en cuando a la distribución, los cuales en un 81.79% afirmaron que adquieren las cervezas a través de la **CND**, el 9.23 por medio de almacenes, un 4.75% de licor stores, colmados y surtidoras, el 2.11% no tiene preferencia de proveedor, el 1.85% no vendía alcohol y el 0.26 no indico su preferencia.”²²⁵

215. Por otro lado, la **CND** no se opuso o cuestionó la definición presentada por la Dirección Ejecutiva del mercado relevante y, de hecho, de sus argumentos a lo largo del proceso administrativo sancionador nos permiten presumir que coinciden con la misma.²²⁶

216. Puntualizado lo anterior, debemos iniciar definiendo con el **mercado de producto** (o mercado objetivo) para poder determinar el mercado relevante implicado en el caso de marras. En tal sentido, debemos resaltar que “(...) es aquel mercado que comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores o usuarios consideran fácilmente intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”²²⁷ Es decir, resultan suficientemente intercambiables o sustituibles entre sí, no sólo por sus características objetivas (idoneidad para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, precio o uso previsto), sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y demanda.²²⁸

²²⁵ Ibid, pp. 57 y 65.

²²⁶ En tal sentido vemos que en el “escrito de alegatos ante el denominado Informe de Instrucción” la **CND** expone que: i, “(...) Reafirma que sigue y seguirá siempre apegada a las mejores prácticas comerciales en el mercado de producción, distribución y comercialización de cervezas en la Republica Dominicana, en total consonancia con el ordenamiento jurídico”, p. 6; ii. “(...) “PROCOMPETENCIA ha definido el mercado dominicano de cerveza como un mercado de alcance nacional, compuesto por una gran variedad de puntos de venta (como supermercados, colmados, canal HORECADI, etc.) de los cuales los colmados son los más relevantes bajo la perspectiva de distribución de cervezas (...)” p. 88; iii. “Con relación a esa afirmación se debe destacar de inicio que **CND** que tales contratos tienen alcance muy limitado en el mercado como un todo. Vale decir que **CND**, suple a más de 40, 000 puntos de venta en todo el territorio nacional”, p. 89.

²²⁷ Vid. Rodríguez Natal, Mirian et al, *Abuso de Posición de Dominio, Tratado de derecho de la Competencia*, España, Editorial Aranzadi, 2013, p. 185; Cfr. Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Introducción y estatuto del empresario derecho de la competencia y de la propiedad industrial derecho de sociedades, vol. 1, 16va. Edición, Editado por Fernando Martínez Sanz (Madrid: Editora Tecnos, 2009), p. 169.

²²⁸ En este sentido, desde hace décadas, existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este tema, entre las que podemos mencionar las siguientes: *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, asunto 6/72, 21 de febrero de 1973, párr. 32; Cfr. *Hoffmann -La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, párr. 23; Cfr. *NV L'Oréal and SA L'Oréal v PVBA "De Nieuwe AMCK*, asunto 31/80, 11 de diciembre de 1980, párr. 25; Cfr. *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, asunto C-333/94, 14 de noviembre de 1996, párr. 13; Cfr. *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* asunto C-475/99, 25 de octubre de 2001, párr. 3.

217. Sobre el particular, la jurisprudencia comparada, en este caso el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, ha establecido la forma para delimitar el mercado relevante de productos, saber:

“El mercado de referencia de producto o servicio, considerado desde la perspectiva de la competencia, debe tener en cuenta básicamente la estructura de preferencias de los consumidores, es decir, debe abarcar aquellos bienes y servicios que los consumidores consideran sustituibles por razones de sus características, su precio o el uso que se pretenda hacer de ellos.”²²⁹

218. Así la cosas, tal y como fue establecido en el Informe de Instrucción, cuyos razonamientos y conclusiones se incorporan por referencia a la presente resolución, el **producto cuyo mercado relevante se va a determinar es** la cerveza, entendiéndose como tal a la “bebida alcohólica hecha con granos germinados de cebada u otros cereales fermentados en agua, y aromatizada con lúpulo, boj, casia, etc. (...)”²³⁰.

219. A esos fines es importante establecer que el objeto de la presente investigación es “es determinar la existencia de cualquier acto o conducta que puedan estar realizando el o los agentes económicos investigados, siempre y cuando del ejercicio de una posible posición dominante se puedan derivar actuaciones ser susceptibles de crear barreras injustificadas en el mercado de la cerveza en la República Dominicana.”²³¹

220. En consecuencia, de los documentos aportados y de la información provista, este Consejo Directivo ha podido determinar que el mercado relevante implicado en la presente investigación lo es el de la producción, comercialización y distribución de la cerveza.

221. En lo referencia a la segunda de las dimensiones del mercado relevante, es decir, el **mercado geográfico**, el mismo comprende la zona en la que las empresas suministran los productos y prestan los servicios de referencia bajo condiciones de competencia suficientemente homogéneas, es decir, que existen unas condiciones similares para todos los operadores económicos.²³² El mercado así delimitado puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, cuyas condiciones de competencia son sensiblemente diferentes.²³³ En tal sentido, los criterios para determinar el mercado geográfico, son entre otros:

²²⁹ Vid. España, Tribunal de Defensa de la Competencia, Sentencia del Tribunal General (Sala Octava), 29 de marzo de 2012.

²³⁰ Vid. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 34.

²³¹ Vid. Resolución no. DE-001-2017, dictada por la Dirección Ejecutiva en fecha 31 de enero de 2017.

²³² Cfr. Osorio, Diego Loma, *Op. Cit.* pp. 188-189.

²³³ Existe jurisprudencia constante sobre el particular, a saber: *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities*, asunto 27/77, 14 de febrero de 1978, párr. 44; *Cfr. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, asunto 322/81, 9 de noviembre de 1983, párr. 26; *Cfr. Tiercé Ladbroke SA v Commission of the European Communities*, asunto T-504/93, 12 de junio de 1997, párr. 102; *Cfr. Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v Commission of the European Communities*, asunto T-139/98, 22 de noviembre de 2001, párr. 39.

“La prueba en el pasado, de desvío de pedido a otras zonas, las características básicas de la demanda, las opiniones de clientes y competidores, la localización geográfica de las compras, los flujos comerciales y estructura de compra, y las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas.”²³⁴

222. De conformidad con el Informe de Instrucción, el alcance de este mercado es **nacional**, pues no se han detectado ámbitos inferiores en los que las condiciones de competencia aplicables al producto descrito sean suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional²³⁵; que, por igual, la **CND** reconoció el referido alcance nacional en audiencia de presentación de pruebas del día 18 de abril de 2018.²³⁶

223. El argumento antes esbozado se robustece con las pruebas aportadas a este Consejo Directivo, las cuales permiten inferir que el agente económico imputado tiene relación comercial con el canal conformado por hoteles, restaurantes, bares, cafeterías (colmados) y discotecas (en lo adelante “HORECADI”), los cuales se encuentran en todo el territorio nacional.

224. En efecto, el establecimiento de la **CND** en el canal **HORECADI** representa un poder de distribución preponderante en el mercado de cervezas, ya que en dicho canal los agentes económicos utilizan su infraestructura de almacenamiento, y transporte para cubrir el mercado en numerosos puntos de venta, los cuales terminan por situarse en una determinada zona que da como resultado una distribución exclusiva por parte del agente económico.

225. Acorde con lo anterior, este Consejo Directivo asume como dimensión geográfica el territorio nacional de la República Dominicana ya que, de la evaluación de las zonas de incidencia del producto, las características básicas de la demanda, la localización geográfica de la compra y los demás requisitos del mercado geográfico, se concluye en que la dimensión espacial del caso objeto de esta Resolución comprende todo el territorio de la República Dominicana.

226. Por igual, de los contratos aportados por la **CND**²³⁷ y que presumimos se encuentran vigentes por lo que más adelante se explicará, hemos comprobados que el agente económico tiene incidencia

²³⁴ Vid. Osorio, Diego Loma, *Op. Cit.* pp. 188-189.

²³⁵ Cfr. Informe de instrucción, pp. 54 y 55.

²³⁶ Vid. Acta de audiencia de presentación de pruebas celebrada el día 18 de abril de 2018, p.57

²³⁷ En tal sentido, fueron verificados los contratos aportados por la **CND** en fecha 18 de octubre de 2017 y las encuestas de estudios de políticas comerciales realizadas a diferentes comercios en todo el territorio nacional, las cuales fueron depositadas en fecha 3 de mayo de 2018 e inventariadas en fecha 24 de mayo de 2018 ante este Consejo Directivo, demostrándose evidencia de las relaciones comerciales en todo territorio nacional de la **CND**.

Vid. (a modo enunciativo) **i**) Contrato de exclusividad suscrito con [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], (Santo Domingo), **ii**) Contrato de exclusividad suscrito con [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], (Santiago); **iii**) Contrato de exclusividad suscrito con [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017] (Santo Domingo, Samaná y Puerto Plata); **iv**) Contrato de exclusividad suscrito con [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]), **v**) Contrato de exclusividad suscrito con [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017] (La Romana), **vi**) Contrato de góndola suscrito con

en todo el territorio nacional²³⁸, ya que produce sus cervezas para todo el territorio nacional y las comercializa y distribuye en canales que están esparcidos por todas las provincias de la República Dominicana.

227. En cuanto a la dimensión **temporal**, se reafirma lo expuesto en esta Resolución en lo referente a que, si bien se han investigado y presentado hechos ocurridos antes del 6 de enero de 2017, solo podrán sancionarse conductas en curso el día 6 de enero de 2017 -día de entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08- y en lo adelante.

228. Por último, en cuanto a la dimensión normativa, pudimos ponderar que las disposiciones de los artículos 4 y 8 de la Ley núm. 42-08, a fin de garantizar todas las exigencias de la ley sobre la determinación del mercado relevante.

229. Siendo así las cosas, el mercado relevante para el presente caso es el de la producción, comercialización y distribución de cerveza en todo el territorio de la República Dominicana, para lo cual en virtud de la Ley núm. 42-08, este Consejo evaluará y decidirá si se configuran las imputaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva a la **CND** por abuso de posición dominante cometidas a partir de la entrada en vigor de la referida norma.

C. Determinación de la posición dominante en el mercado

230. Una vez delimitado el mercado relevante, nos corresponde ahora evaluar si la **CND** tiene posición dominante en él; que, en ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido el concepto de posición de dominio, afirmando lo siguiente:

“(...) atañe a la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.”²³⁹

231. De igual forma, el órgano homólogo a este Consejo Directivo en Colombia ha referido lo siguiente:

“Para determinar la posición de dominio en un mercado relevante se debe analizar, en esencia, la estructura en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras de entrada, así como otros

[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], (Santo Domingo, Santiago, Puerto Plata, La Vega, San Francisco, San Cristóbal, Bonao, Higüey, Moca, Baní, La Romana).

²³⁸ Vid. Escrito de alegatos ante el denominado Informe de Instrucción; “Actualmente **CND** atiende a un total de mas de 40, 000 puntos de venta en todo el territorio nacional (...)”, p. 68.

²³⁹ Vid. Hoffmann-La Roche, *Op. Cit.*, párr. 38; *Cfr.* Deutsche Telekom AG v European Commission, C-280/08, 14 de octubre de 2010, párr. 170.

factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente al mercado. En concreto, lo que se quiere determinar al analizar si una empresa tiene posición dominante es si dicho ente económico tiene la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado.²⁴⁰

232. Asimismo, el literal g) del artículo 4 de la Ley núm. 42-08 define la posición dominante como el “control del mercado relevante que disfruta un agente económico, por sí o conjuntamente con otros, y que le brinda el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva o le permita actuar en dicho mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores. La posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí solo, no constituye una violación a la presente ley.”

233. Así las cosas, la posición dominante puede ser el resultado de un buen desempeño empresarial de un agente económico que, al competir con otros, logró una posición de superioridad en uno o varios aspectos determinados del mercado; que, en efecto, la posición dominante se puede dar por políticas empresariales que tenga una compañía respecto a la fidelización del consumidor a una empresa o producto a través de estrategias de precios y calidades.

234. La posición dominante no constituye por sí sola una infracción, pero sí es la plataforma para que se puedan producir otras actuaciones que podrían considerarse como ilícitas en un determinado mercado de bienes y servicios. En efecto:

“Resulta oportuno señalar, sin que ello suponga ningún reproche a la dominancia per se, que la noción de posición dominante implica que a los agentes que detenten dicha posición les sea aplicado un régimen especial de responsabilidad al que no estarían sometidas las demás empresas que compiten en el mismo mercado. Esta responsabilidad especial se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente transcendencia que sus conductas implican en el mismo. De tal suerte, las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de una agente dominante.”²⁴¹

235. En razón a esto, verificar si un agente económico tiene o no posición dominante resulta imprescindible en el caso de marras, para lo cual este Consejo Directivo seguirá lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley núm. 42-08, para su determinación, a saber:

“Art. 9.-**De la determinación de posición dominante.** Para determinar si una empresa o un conjunto de ellas tienen posición dominante en el mercado relevante, conforme la definición que aparece en el artículo 4 de esta ley, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia deberá considerar los siguientes elementos:

²⁴⁰ Vid. Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, resolución núm. 4907, de fecha 18 de febrero de 2013, hoja no. 26. Subrayado es nuestro.

²⁴¹ Resaltados nuestros. Vid. Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, resolución núm. 53403, de fecha 3 de septiembre de 2013, hoja no. 68.

- a) La existencia de barreras a la entrada al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras;
- b) La participación en el mercado y el poder de fijar precios unilateralmente, o de restringir de forma sustancial el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar dicho poder;
- c) Participación de mercado en términos porcentuales (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado;
- d) Las posibilidades de acceso de los demás participantes del mercado a fuentes de insumos; y,
- e) La relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes.”

236. En tal sentido, para determinar la posición dominante de un agente existen dos tipos de factores: los estructurales y los conductuales. En el caso de los factores estructurales, se refieren al mercado en su conjunto y, por otro lado, los factores conductuales están vinculados a las actuaciones realizadas por los agentes en el mercado; que, en este sentido, la Dirección Ejecutiva indica en su Informe de Instrucción lo que a seguidas se copia:

- a) **La existencia de barreras a la entrada al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras:** podría decirse que son los aspectos que limitan el que un determinado agente incursione en un determinado mercado de manera rápida y sin costos excesivos. Las mismas pueden tener su origen en una disposición legal, en costes económicos, en requerimientos propios del mercado que atienden a su estructura o naturaleza, lo cual no necesariamente implica que sean contrarias a la competencia, pues para ello deben de ser arbitrarias e injustificadas. Del análisis realizado por la Dirección Ejecutiva podemos extraer lo siguiente:

- “(...) que la industria cervecera se caracteriza por tener altas barreras de entrada, debido a las economías de escala, la diferenciación de los productos, los requerimientos de capital, el acceso a los canales de distribución, los requerimientos legales para permisos sanitarios y para instalar las fábricas, así como los permisos y requisitos para la importación.”²⁴²
- Para poder operar en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza de la República Dominicana un agente económico deberá cumplir con los requisitos del Reglamento 79-03 sobre la Aplicación del Título IV del Código Tributario de la República Dominicana, del Reglamento General para el Otorgamiento de Permisos de Funcionamiento para el Ministerio de Salud, núm. 34728-S, los requisitos del Ministerio de Agricultura para la importación de lúpulo el Reglamento General para el Control de Riesgos en Alimentos y Bebidas en República Dominicana aprobado mediante Decreto núm. 528-01, NORDOM (186- Cerveza

²⁴² Cfr. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 77, párr. 290.

Especificaciones, 42- Cerveza Métodos de Muestreo, 64 (3era revisión 2011) sobre Agua Potable Envasada – 128 Cerveza – Determinación electromecánica de PH, 187 Cervezas – Determinación de la densidad relativa, 188 Cervezas – Determinación Volumétrica del contenido de alcohol etílico, 337 Cervezas – Preparación de la muestra para análisis, y 352 Cervezas – Determinación del contenido de aire y de anhídrido carbónico).²⁴³

- La naturaleza de la estructura del mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas, hace que para poder iniciar un agente económico deba incurrir en costos iniciales de operación elevados, más los gastos de promoción y publicidad para poder darse a conocer por los consumidores (lo cual se constituye como un costo hundido).²⁴⁴
- El acceso a los canales de distribución constituye una barrera de entrada, debido a que la comercialización de los productos a la mayor cantidad posible de puntos de ventas disponibles, implica tener flotas de transporte en grandes cantidades.²⁴⁵
- Las barreras estratégicas o artificiales, considerándose como tales aquellas que limitan la entrada de agentes económicos al mercado o pretenden aniquilar la entrada de posibles competidores, las mismas son instauradas por empresas que ya actúan en el mercado y que pretenden elevar los costos de entrada de los posibles ingresantes. Estas acciones se ha considerado que pueden ser tanto los gastos en publicidad en niveles más intensos de los habituales (barrera estructural), o los contratos de exclusividad con canales de distribución (barrera estratégica), en los cuales la **CND** ha realizado para otros productos de su línea de servicio. Se pudo verificar que existen contratos comerciales aportados por la **CND** en el cual impone exclusividad de ventas para su cerveza, para sus marcas de ron y de refrescos, y compromete a que el 75% del espacio de las góndolas para la cerveza de la CND y el 75% de las publicaciones deben estar en la categoría de cervezas, estando el 25% restante disponible para las 61 marcas de cervezas del mercado, y en el caso de la Región Este para 62 marcas.²⁴⁶

b) La participación en el mercado y el poder de fijar precios unilateralmente, o de restringir de forma sustancial el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar dicho poder: Este aspecto alude fundamentalmente al porcentaje del mercado de producción, comercialización

²⁴³ *Ibid*, pp. 77-81.

²⁴⁴ *Ibid*, p. 82.

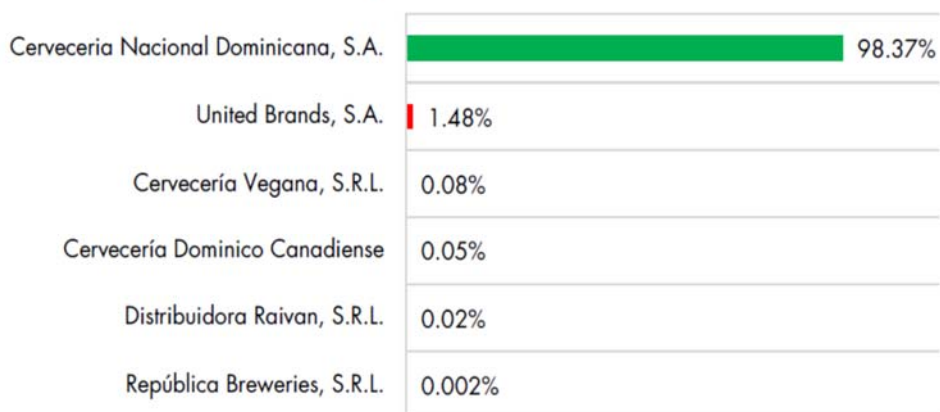
²⁴⁵ *Ibid*, p. 85.

²⁴⁶ *Ibid*, pp. 86 y 87.

y distribución de cervezas que le corresponde al agente económico **CND**, por medio del cual se determina la cuantía de consumidores que prefieren su cerveza y adquieren su producto y durante el tiempo que han ostentado dicha posición, de lo analizado por la Dirección Ejecutiva sobre este punto se puede extraer lo siguiente: **i.** El 98.37% de la participación en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza corresponde a la **CND**, siendo las 62 marcas competidoras de todo el territorio nacional menor de un 2%, y **ii.** **CND** por su alta participación en el mercado tiene la capacidad de determinar de manera unilateral las condiciones del mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas.²⁴⁷

c) Participación de mercado en términos porcentuales (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado: Según los datos extraídos de las operaciones gravadas por la DGII y sobre las ventas, el mercado de la cerveza altamente concentrado, con participaciones porcentuales según se muestra en el grafico presentado a continuación²⁴⁸:

Gráfico 19. Cuotas de mercado de agentes económicos en el mercado de cerveza, 2017.



Fuente. Elaborado por el Departamento de Estudios Económicos y de Mercados de PRO-COMPETENCIA, en base a datos de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), además de datos suministrados por United Brands, S.A. y Distribuidora Raivan S.R.L.

d) Las posibilidades de acceso de los demás participantes del mercado a fuentes de insumos: Sobre este aspecto la Dirección Ejecutiva en el informe de instrucción indicó que el acceso a los insumos por parte de los productores de cervezas del tipo artesanales no tenía dificultad para adquirir la materia prima para la creación de cerveza, razón por la cual este elemento no representa un aspecto controvertido.²⁴⁹

²⁴⁷ *Ibid*, pp. 87 y 88.

²⁴⁸ *Ibid*, p. 88.

²⁴⁹ *Ibid*, p. 89.

e) La relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes: este aspecto nos lleva a establecer tomando como referencia la cuota del mercado del agente económico CND que tanto incide su poder de mercado en los consumidores y en los competidores, de la investigación realizada sobre este punto por la Dirección Ejecutiva se puede establecer que:

- i. la CND determina condiciones de promoción y comercialización de sus productos,
- ii. establece obligaciones de exclusividad de ventas y promoción, reservas de espacio y metas de incremento de ventas, cláusulas de exclusividad durante eventos,
- iii. la CND induce a la cancelación de acuerdos previos con otras marcas en eventos específicos.²⁵⁰

237. Tomando como parámetros las características estructurales y los comportamientos de los agentes que participan en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, incluyendo el agente económico investigado, este último tiene posición dominante, lo cual le permite tener total independencia en sus actuaciones con respecto a demás competidores y con las reacciones de los competidores ante cambios en cuanto al producto brindado.

238. Por su parte, el agente económico admitió poseer el dominio del mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas en la República Dominicana.²⁵¹

239. Luego las pruebas presentadas por la Dirección Ejecutiva y el expreso reconocimiento del propio agente económico, este Consejo Directivo ha podido verificar y la **CND** posee un 98.37%²⁵² de participación en el referido mercado, lo que evidencia una clara posición dominante.

240. Ahora bien, un participante del mercado sea dominante implica que debe prestarle especial atención a su accionar, ya que este eventualmente podría abusar de tal condición. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Michelin v. Comisión*, ha establecido que

“la constatación de que una empresa tiene una posición dominante no es sí misma un reproche. Solamente supone que la empresa tiene la especial responsabilidad de no actuar de modo que obstaculice la existencia de una competencia genuina y no distorsionada en el mercado común.”²⁵³

²⁵⁰ *Ibid*, pp. 89 y 90.

²⁵¹ *Vid.* Acta de audiencia de presentación de pruebas celebrada el día 18 de abril de 2018, pp.56 y 57, en la cual el señor [CONFIDENCIAL] afirmó: “Perdonen hoy yo estoy sin corbata, solo para hacer 2 o 3 puntos muy rápidos el tema de posición dominante y mercado relevante yo estuve aquí personalmente hace un año y dije que admito, no tengo ningún problema cervecería tiene 98% de cerveza en el mercado en República Dominicana, inclusive cuando estábamos discutiendo el tema de los documentos (...)”

²⁵² Datos suministrados por la Dirección Ejecutiva en su informe de Instrucción, p. 74, Cuadro 15. Titulado Participación porcentual por empresa en el mercado de cerveza, 2010 – 2016. Los cuales a su vez se remite a documentos depositados por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), que determinaron este porcentaje.

²⁵³ *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Michelin c. Comisión*, asunto 322/81. Desde el 1973 se admite en la jurisprudencia comunitaria la teoría de la “especial responsabilidad”. A saber: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Europemballage Corporation y Continental Can.*, asunto 6/72, 21 de febrero de 1973; *Cfr.* *Michelin I*, asunto 322/81, 9 de noviembre de 1983; *Cfr.* *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, asunto T-65/89, 1 de abril de 1993; *ITT Promedia c. Comisión*, asunto T-111/96, 17 de julio de 1998; *Cfr.* *Michelin c.*

241. En tal sentido, las empresas en posición dominante, debido a su “especial responsabilidad”, están en la obligación de evitar estrategias dirigidas a obstaculizar que sus clientes y proveedores contraten con los nuevos competidores. En efecto, “los dominantes tienen una especial responsabilidad en impedir que su conducta perjudique una competencia genuina y no distorsionada en mercados donde la competencia se encuentra ya limitada por la existencia de su dominio.”²⁵⁴ Aclaremos, sin embargo, que no es ilegal querer triunfar sobre sus competidores. En efecto, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

“(…) no [se] considera ilegal la intención, incluso para una empresa dominante, de triunfar sobre sus rivales. Un dominante tiene derecho a competir basándose en sus propios méritos. Tampoco sugiere la Comisión que las grandes empresas deben estar obligadas a abstenerse de competir enérgicamente con competidores más pequeños o nuevos entrantes.”²⁵⁵

242. No obstante lo anterior, si un agente económico posee una posición de dominio, está impedido de competir con las mismas herramientas y en los mismos términos que cualquier otro que no goza de esa posición, sin que medie una justificación económica objetiva para ello.²⁵⁶ En tal sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó expresamente en el caso *Michelin c. Comisión* que “[u]na empresa con posición de dominio no puede recurrir a otros medios que los basados en sus méritos (…) sin una justificación económica objetiva para ello.”²⁵⁷

243. De igual forma, el Tribunal General de la Unión Europea en el asunto *Irish Sugar* precisó que “(…) la empresa en posición dominante le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.”²⁵⁸

244. En definitiva, se trata de poner de manifiesto que determinadas conductas que son competitivas y constituyen estrategias de mercado, pueden ser consideradas conductas prohibidas por el poder de mercado de su autor y por los efectos que produce sobre dicho mercado.²⁵⁹ La **CND**, por tanto, posee una especial responsabilidad por su poder de mercado que no puede ser obviada.

Comisión, asunto T-203/01, 30 de septiembre de 2003; Cfr. Van den Bergh Foods c. Comisión, asunto T-65/98, 23 de octubre de 2003; Cfr. *British Airways c. Comisión*, asunto T-219/99, 17 de diciembre de 2003. El Tribunal de Justicia también asumió la tesis de la especial responsabilidad en la

²⁵⁴ Traducción nuestra. Estados Unidos (EEUU), *Atlantic Container Lines*, Case T-191/98, 30 de septiembre de 2003, párr. 1460.

²⁵⁵ Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *AKZO*, OJ L 375, 31.12.1985, párr. 81

²⁵⁶ Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Michelin c. Comisión*, 9 de noviembre de 1983, asunto 322/1981; Cfr. *Michelin II*, asunto T-203/200130, de septiembre de 2003; *Azko*, (TJCE\1991\229), 3 de julio de 1991; Cfr. *Irish Sugar plc*, asunto T-228/97, 7 de octubre de 1999; *Tetra Pak Internacional SA c. Comisión*, asunto T-83/1991, 6 de octubre de 1994; *France Telecom*, asunto C-202/07 P, 2 de abril de 2009; *Microsoft*, asunto T- 201 de 2004, 17 de septiembre de 2004.

²⁵⁷ Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Michelin II*, párrs. 107, 110.

²⁵⁸ Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Irish Sugar plc*, asunto T-228/97, 7 de octubre de 1999, párr. 112

²⁵⁹ Cfr. RUPPELT, H. J., “Abuse Control: Objectives, Restrictive Practices and Institutions”, en *Eighth Annual EU Competition Law and Policy Workshops*, European University Institute, 2003, p. 2.

D. Determinación del abuso de posición dominante de un agente económico

245. Una vez determinado la posición dominante, corresponde ahora a este Consejo Directivo evaluar y decidir si la **CND** ha abusado su poder en el mercado de la cerveza en la República Dominicana.

246. Para ello, debemos resaltar que la posición dominante está intrínsecamente vinculada a la capacidad de un agente económico para actuar independientemente de sus competidores, proveedores, distribuidores y del consumidor final. En efecto, cuando un agente económico con posición dominante utiliza su capacidad y poder de mercado para aumentar precios, vender productos de menor calidad o reducir el grado de innovación respecto al escenario competitivo, esto deriva en un abuso.

247. En este sentido, el abuso de posición dominante es la conducta unilateral de una o varias empresas con posición de dominio en el mercado y que, a través de ella, restringe indebidamente a la competencia. En efecto, ha considerado que el abuso de posición dominante:

“[son aquellas] prácticas comerciales anticompetitivas (como la explotación abusiva de clientes o la exclusión de competidores) de las que se puede valer una empresa dominante para mantener o aumentar su posición en el mercado. El Derecho de la competencia prohíbe este comportamiento porque va en detrimento de la competencia efectiva entre empresas, explota a los consumidores y dispensa a la empresa dominante de entrar en una competencia verdadera con otras empresas. El artículo 82 del Tratado CE recoge algunos ejemplos de abuso, a saber, la imposición de precios no equitativos, la limitación de la producción y la aplicación de condiciones desiguales o innecesarias en las transacciones con socios comerciales.”²⁶⁰

248. En nuestro ordenamiento jurídico se sanciona las actuaciones que, haciendo abuso de ese dominio, pretendan restringir la libre competencia, debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otros agentes económicos o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores; que, en el caso que nos ocupa, la CND ha sido imputada por la Dirección Ejecutiva de dicha conducta, por lo que procederemos a continuación a evaluar los alegatos presentados por las partes y determinar si se retienen las violaciones alegadas.

249. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Hoffmann- La Roche & CO, AG* (1979) indicó lo siguiente:

“Cuotas muy elevadas de mercado es un indicio muy significativo de la existencia de una posición dominante. Otros factores relevantes son la relación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores, sobre todo las de los más inmediatos en tamaño, el avance tecnológico respecto

²⁶⁰ Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea”. Comisión Europea, 2004, p. 3. Disponible en: http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf

a sus competidores, la existencia de una red comercial de ventas extremadamente desarrollada y la ausencia de competencia potencial.”²⁶¹

250. Partiendo de este criterio, asentado y reafirmado de forma invariable a nivel internacional, se reconoce que el abuso de posición dominante lo constituyen las conductas de un agente económico que, teniendo una posición de dominio, establece condiciones mediante las cuales pone en riesgo la libre y leal competencia y por tanto afecta el desarrollo normal del mercado.

251. Asimismo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en el Perú, ha establecido que para configurar la posición dominante se debe evaluar lo siguiente:

“(…) que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o impedir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).”²⁶²

252. En lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el artículo 36 de la Ley núm. 107-13 establece que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública está condicionada a la tipificación de los hechos o conductas evaluadas como infracciones administrativas en la ley, la que establecerá las sanciones administrativas correspondientes.

253. En este sentido, la Ley núm. 42-08 tipifica los actos o conductas que constituyen abuso de posición dominante en su artículo 6, literales a), b) y d) lo siguiente:

“Artículo 6.- Del abuso de posición dominante. Quedan prohibidas las conductas que constituyan abusos de la posición dominante de agentes económicos en un mercado relevante susceptibles de crear barreras injustificadas a terceros. Se incluyen dentro de los abusos de posición dominante las siguientes conductas:

- a) Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras;
- b) La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique;
- (…)
- d) La venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero.”

254. En vista de lo anterior, luego de presentadas las imputaciones de la Dirección Ejecutiva contra la **CND**, determinarse el *mercado relevante* y comprobarse la *posición dominante* del agente

²⁶¹ Traducción nuestra. Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Hoffmann- La Roche & CO, AG*, Op. Cit., párr. 5

²⁶² Vid. Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 18 de junio de 2012.

económico en dicho mercado, evaluaremos si existe o no abuso de su posición por presunta violación al artículo 6, literales a), b), y d) de la Ley núm. 42-08.

a. Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras

255. La Dirección Ejecutiva considera que las actuaciones de la **CND** configuran la conducta de abuso de posición dominante, señalada en el literal a) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, por parte de la **CND**, específicamente lo referente a “subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras.”²⁶³

256. Para fundamentar las imputaciones al agente económico investigado, la Dirección Ejecutiva argumentó en su Informe de Instrucción lo siguiente:

- i. “El literal “a” del artículo 6 de la Ley núm. 42-08 establece como práctica prohibida el “subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras”. En el derecho de la competencia, este tipo de conductas usualmente se enmarcan en acuerdos de exclusividad, compra exclusiva o acuerdos de marca única.”²⁶⁴
- ii. De la evidencia recabada durante la investigación, incluyendo los documentos depositados por el agente económico investigado, se pudo evidenciar que la **CND** ha suscrito acuerdos de exclusividad con un número considerable de los principales establecimientos de expendio y consumo de cerveza, lo que ha tenido el efecto de excluir o limitar la presencia de sus competidores en el mercado relevante.²⁶⁵
- iii. Se analizó el consumo de cerveza envasada atendiendo a los patrones de consumo de los hogares, y se concluyó que, proporcionalmente, el cuarto quintil poblacional es el que más gasta en cerveza.²⁶⁶
- iv. De hecho, de acuerdo con la información recolectada se desprende una estrategia de comercialización por parte de **CND**, que procura limitar, y en algunos casos eliminar la presencia de las marcas competidoras, especialmente en los establecimientos comerciales de las empresas que conforman del canal **HORECADI**.²⁶⁷
- v. Lo anterior puede comprobarse a partir de los análisis de los contratos aportados por **CND** en respuesta al requerimiento de información realizado por esta Dirección Ejecutiva, donde se establecen condiciones de exclusividad de venta con cargo a establecimientos comerciales del canal **HORECADI**. Adicionalmente, **CND** también depositó un listado de establecimientos con los cuales dice tener acuerdo de exclusividad, denominado “Listado de los clientes con los cuales se mantienen contratos y/o cartas de acuerdos de exclusividad (2015-2016)”, cuya cifra supera los 4,000 centros de consumo y/o expendio de cerveza.²⁶⁸

²⁶³ Vid. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 94.

²⁶⁴ Ibid, p. 94, párr. 366.

²⁶⁵ Ibid, p. 94, párr. 369.

²⁶⁶ Ibid, p. 95, párr. 370.

²⁶⁷ Ibid, p. 95, párr. 372.

²⁶⁸ Ibid, pp. 95 y 96, párr. 373.

- vi. De hecho, la conducta investigada, que constituye un presunto abuso de la posición dominante conforme a las disposiciones del literal “a” del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, ha sido materializada por **CND** a través de contratos comerciales, por medio de los cuales dicha empresa impuso obligaciones a establecimientos del canal **HORECADI** para adquirir y vender de manera exclusiva productos de dicha empresa, a los fines de crear barreras y restringir la participación de las empresas competidoras en dichos canales.²⁶⁹
- vii. Con respecto a la exclusividad en las ventas, de la lectura de los contratos que obran en el expediente, se verifica que en los mencionados contratos comerciales se estipula con algunas diferencias según la particularidad de cada contrato.²⁷⁰
- viii. Adicionalmente, en dichos acuerdos se establece la obligación del comercio de “no ofrecer ni conceder a terceros, los derechos conferidos a favor de **CND**, sin antes ofrecerlos previamente a **CND**, bajo los mismos términos y condiciones consignados en este documento, o con un incremento no mayor de un cinco por ciento (5%)”, ni “en términos y condiciones menos favorables que los previamente ofertados a **CND**, sin antes haberlos ofertado nuevamente a **CND** bajo estos nuevos términos”. Adicionalmente, dicha estrategia estuvo acompañada, en algunos casos, del pago por parte de **CND** de recursos económicos a los establecimientos.”²⁷¹

257. En adición a los argumentos anteriores, la Dirección Ejecutiva en aras de ilustrar las imputaciones relativas a la violación del literal a) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, generó un cuadro que contiene un listado de los contratos con cláusulas de exclusividad de ventas aportados por la **CND**.

258. Se hace imprescindible aclarar que los contratos que serán descritos a continuación, fueron aportados por la **CND** ante el expreso requerimiento de la Dirección Ejecutiva de que le fueran entregados los contratos que se encontraban vigentes. Asimismo, estos contratos fueron entregados solo después de que, mediante sentencia judicial, el Tribunal Superior Administrativo ordenara el cumplimiento de dicha entrega.

259. Al verificar estos acuerdos, hemos podido comprobar que, por su fecha de duración, estos ya no se encontraban vigentes. Sin embargo, en cumplimiento y aplicación del principio *in dubio pro administrado*, nos corresponde interpretar que los mismos se encuentran vigentes. De hecho, interpretar algo distinto implicaría que la **CND** habría incumplido el mandato dado por la ley núm. 42-08 y, a su vez, que habría incumplido con la sentencia judicial que le ordenó. Esto, a su vez, implicaría que, si la **CND** entregó información falsa o declarara -como futuro medio de defensa- que entregó contratos no vigentes, esto se consideraría que no entregó la información requerida y que, la aportada al proceso, es falsa.

260. En efecto, recordemos que al tenor del literal d) del artículo 61 de la Ley núm. 42-08, es pasible de ser sancionado todo agente económico si, en el curso del procedimiento, se niega a entregar la información requerida por la Dirección Ejecutiva o entrega información falsa, a saber:

“Ley Núm. 42-08:

²⁶⁹ Ibid, p. 96, párr. 376.

²⁷⁰ Ibid, p. 96, párr. 377.

²⁷¹ Ibid, p. 97, párr. 378.

42. 1 - En caso de negativa de las personas a comparecer o a permitir el acceso o control de los documentos y registros contables, la Dirección Ejecutiva, una vez obtenida la autorización judicial correspondiente, podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública para obligarlas a cumplir el requerimiento. La obstrucción o impedimento de la actividad de inspectoría, podrá ser sancionada por la Dirección Ejecutiva con una multa igual a la establecida en el Artículo 64 de esta ley.

61. d Por haber proporcionado información falsa a la Comisión, multa equivalente a un mínimo de 50 veces el salario mínimo y máxima equivalente a 200 veces el salario mínimo.

261. Esto, a su vez, pudiera representar la comisión de infracciones a las disposiciones contenidas en la Ley Núm. 42-08, son los artículos 42.I y 61.d de la Ley Núm. 42-08, y del artículo 5.2 y 5.5 de la Ley Núm. 107-13.

262. Sobre el particular, es imprescindible resaltar la posición que ha asumido este órgano sobre la no entrega de información o entrega de información falsa,

“(...) este Consejo Directivo considera que el incumplimiento de las disposiciones de la Ley Núm.- 42-08 y de las demás normas que complementan los requerimientos de los procedimientos administrativos, tiene igual trascendencia y relevancia que la violación directa a la normativa de competencia, ya que nuestro rol no es solo velar por la protección de la libre y leal competencia en los mercados de bienes y servicios, sino procurar que la aplicación de la Ley Núm. 42-08 sea homogénea en todas sus partes, en cada etapa del proceso y por todos los agentes económicos que interactúan en los mercados de bienes y servicios.”²⁷²

263. Asimismo, de acuerdo con el también principio *in dubio pro actione*, en caso de duda, ésta debe resolverse atendiendo a la interpretación más favorable al derecho de acción, al derecho del interesado, este órgano asume como válida la entrega de documentos hechas por la **CND** y, por tanto, vigentes los contratos.

264. Aclarado este punto, a continuación transcribiremos la relación de contratos con cláusulas de exclusividad que reputamos vigentes acorde con lo que ha sido explicado:

Cuadro 19. Relación de Contratos con cláusulas de exclusividad de ventas aportados por CND en el marco del procedimiento de investigación.²⁷³

²⁷² Vid. Consejo Directivo, Resolución núm. 015-2018, que ordena el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las sociedades comerciales Molinos del Ozama, S.A., César Iglesias, S.A., y la Asociación Dominicana de Industriales Molineros de Trigo (ADOIMT), por indicios razonables de actuaciones contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia Número 42-08, en el marco del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-014-2017.

²⁷³Ibid, pp. 98-104.

CONTRATOS CON CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD DE VENTAS SUSCRITOS POR CND					
	Persona moral o física	Local	Tipo de establecimiento	Fecha de Suscripción	Vigencia
1	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]		Bar	15/11/2013	2 años
2			Bar	12/1/2013	1 año
3			Hotel	12/2/2013	1 año
4			Bar	11/15/2013	1 año
5			Bar	10/16/2013	1 año
6			Restaurante	14/10/2017 - <u>14/11/2013</u>	1 año
7			Restaurante	11/11/2013 y <u>21/10/2015</u>	1 año
8			Bar	16/10/2013 - 16/10/2014	1 año
9			Bar	24/10/2013	1 año
10			Bar	11/1/2013	1 año
11			Restaurante	11/6/2017	3 años
12			Restaurante	4/9/2015	5 años
13			Restaurante	29/3/2016	1 año

14		Restaurante	15/02/2016	2 años
15	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Bar	15/2/2014	1 año
16			29/4/2017	1 año
17		Restaurante	7/3/2015	2 años
18		Restaurante	14/10/2015	3 años y 3 meses
19		Licor	3/1/2015	2 años
20		Restaurante	08/08/2014 21/06/2013	- 2 años
21		Hotel	17/2/2016	desde el momento de la firma hasta el 31 de diciembre 2017
22		Hotel	21/5/2015	4 años
23		Restaurante	21/9/2015	2 años
24		Restaurante	7/11/2016	2 años
25		Bar	15/7/2017	12 meses
26		Restaurante	23/6/2016	2 años
27		Restaurante	9/12/2016	2 años

28		Restaurante	22/2/2017	2 años
29	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	evento	5/1/2016 24/1/2017	y hasta que termine el EVENTO
30		Restaurante	28/1/2016 30/10/2013	- 2 años
31		Restaurante	6/12/2014	2 años
32		Bar	18/3/2014	1 año
33		Restaurante	3/10/2014	1 año
34		Bar	3/7/2014	1 año
35		Bares Restaurantes	y 23/6/2014	3 años
36			24/ 6/2014 18/03/2013	- 1 año
37			29/7/2014 02/07/2013	- 2 años
38		Restaurante	20/3/2014	1 año
39		Restaurante	3/1/2014	1 año
40		Restaurante	3/1/2014	1 año
41		Bar & Lounge	6/3/2014	2 años
42		Restaurante	19/3/2014	1 año
43		Bar	18/3/2017	1 año
44		Bar	7/2/2014	2 años
45		Drink	6/13/2014	2 años
46	Restaurante	5/16/2014	2 años	

47		Drink	20/6/2017	2 años
48	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Club	13/6/2014	2 años
49		Bar, Café	28/5/2014	2 años
50		Restaurante	28/5/2014	2 años
51		Bar	28/5/2014	2 años
52		Bar	10/07/2014 13/06/2013 08/09/2011	2 años
53		Restaurante	18 /7/2014	2 años
54		Restaurante	18/2/2014	1 año
55		Bar & Lounge	15/2/2014	1 año
56		Restaurante	5/2/2014	2 años
57		Restaurante	3/10/2014	1 año
58		Restaurante	17/3/2014	1 año
59		Restaurante	3/14/2014	1 año
60		Liquor	24/1/2014	1 año
61		Liquor	15/6/2014	2 años
62		Bar & Lounge	29/7/2014 02/07/2013	2 años
63		Bar & Lounge	29/7/2014 02/07/2013 05/10/2010	2 años
64		Restaurante	28/5/2014	2 años
65		Licor	20/7/2014	2 años
66	Bar & Lounge	29/5/2014	1 año	

67		Liquor	20/8/2014 12/10/2013 -	2 años
68	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Bar	24/4/2014	2 años
69		Restaurante	7/16/2014	2 años
70		Discoteca	02/08/2014 21/05/2013 09/02/2011 -	2 años
71		Bar	12/08/2014 14/09/2011 -	2 años
72		Drink	02/08/2014 15/07/2013 -	2 años
73		Bar	29/7/2014 02/07/2013 -	2 años
74		Bar	20/8/2014 07/07/2011 20/06/2013 -	2 años
75		Restaurante	14/3/2014	1 año
76		Bar & Lounge	15/2/2014	1 año
77		Restaurante	28/2/2014	1 año
78		Liquor	15/2/2014	1 año
79		Restaurante	15/3/2014	1 año
80		Restaurante	15/3/2014	1 año
81			3/12/2014	1 año
82		Restaurante	15/3/2014	1 año
83		Restaurante	15/2/2014	1 año
84		Bar	5/1/2014	1 año
85		Liquor	5/1/2014	1 año

86		Terraza	25/9/2014 28/05/2013 -	2 años
87		Terraza	15/9/2014	3 años
88	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Liquor	8/15/2014	2 años
89		Restaurante	7/1/2014	2 años
90		Discoteca	25/9/2014 26/08/2013 14/11/2011 -	1 año
91		Drink	02/08/2014 02/05/2013 -	2 años
92		Restaurante	02/09/2014 15/07/2013 10/03/2011 -	2 años
93		Liquor	02/09/2014 15/07/2013 -	2 años
94		Liquor	24/10/2014 12/04/2013 25/05/2011 -	3 años
95			1/1/2014	2 años
96		Restaurante	15/2/2014	1 año
97		Drink	4/10/2014	1 año
98		Bar & Liquor	8/2/2014	2 años
99		Restaurante	27/6/2014 - 27/06/2013	2 años
100		Bar & Lounge	21/8/2014	2 años

101		Bar	22/8/2014 - 25/09/2013 - 25/08/2011 (Furgón Cerveceros)	2 años
102	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Restaurante	3/1/2014	1 año
103		bar	4/1/2014	1 año
104		Restaurante	4/1/2014	1 año
105		Restaurante	7/2/2014	1 año
106		Bar	15/2/2014	1 año
107		Bar	15/2/2014	1 año
108		Drink	21/2/2014	1 año
109		bar	2/7/2014	1 año
110		Restaurante	2/7/2014	1 año
111		Bar	15/2/2014	1 año
112		Bar	21/2/2014	1 año
113		Restaurante	30/10/2014 - 30/10/2013	2 años
114		Drink	sin fecha, faltan hojas (entregado incompleto)	2 años
115		Liquor	3/7/2014	1 año
116		Bar	27/8/2013	1 año
117		Restaurante	11/1/2013	1 año
118		Drink	4/9/2013	1 año
119		Bar	11/5/2013	1 año

120		Restaurante	3/7/2014	1 año
121		Restaurante	05/11/2013 - 23/05/2011	1 año
122		Restaurante	20/12/2013	2 años
123	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Club	02/08/2014 - 02/05/2013 - 05/02/2011	2 años
124		Liquor Sotro	01/08/2013 - 21/01/2011	1 año
125		Bar	7/5/2013	1 año
126		restaurante	15/2/2014	2 año
127				15/06/2017 - Addendum 30/08/2016 - 22/09/2015 - 20/03/2014

265. Que respecto a los contratos de exclusividad que ha suscrito, la **CND** afirma en su *Escrito de Formulación de Alegatos* que los mismos no causan un cierre del mercado y que no tienen un efecto anticompetitivo en el mercado, lo cual sustenta en base a las siguientes premisas:

- i. "Los acuerdos de exclusividad pueden producir efectos notablemente favorables para el mercado, como lo sería la garantía de una demanda firme que viabilice inversiones intensivas en capital o la prevención del parasitismo (free riding); asimismo, cuando hay inversiones específicas que puedan ser usurpadas por terceros en la inexistencia de acuerdos de exclusividad. Esos efectos favorables hacen que los acuerdos de exclusividad sean muy usuales en algunos mercados y que los mismos formen parte de una saludable estrategia de competitividad empresarial."²⁷⁴
- ii. "La exclusividad contractual no constituye per se una conducta típica de abuso de posición dominante: es imprescindible que previamente se determinen sus efectos nocivos (efectos exclusorios) sobre el mercado relevante. Asimismo, la "magnitud del efecto exclusorio" depende esencialmente de la verificación de un "cierre de mercado" en perjuicio de agentes económicos; esto es, si existen acuerdos comerciales de esta naturaleza (exclusividad) en escala suficiente para impedir el acceso de competidores a canales relevantes de venta y distribución de sus productos. Se trata de una carga probatoria atribuible exclusivamente a la autoridad de competencia, conforme exige el artículo 43 de la Ley núm. 107-13. En adición, es necesario que se demuestre que la práctica comercial carece de racionalidad económica."²⁷⁵

²⁷⁴ Vid. *Escrito de Formulación de Alegatos de la CND al Informe de Instrucción*, p. 77.

²⁷⁵ *Ibid*, p. 77, párr. 3.

- iii. “De acuerdo con el Informe de Instrucción, las alegaciones en cuanto a un alegado efecto de cierre de mercado resultante de las obligaciones de exclusividad están divididas en dos especies distintas de contratos mantenidos por **CND**. Según el referido documento, **PROCOMPETENCIA** señala que habría restricciones a la competencia por la existencia de contratos de exclusividad para la provisión de cerveza a determinados establecimientos y de contratos de exclusividad para la exposición de material promocional, como se pasa a tratar separadamente a seguir.”²⁷⁶

266. Que, asimismo, el agente económico imputado refiere que sobre los contratos de exclusividad suscritos en los cuales se regula la distribución de las cervezas en el mercado de producción, comercialización y distribución de la misma y la exposición de su promoción en los diferentes comercios y canales **HORECADI**, en tal sentido considera que representan una ínfima parte del mercado y que los mismos no afectan a la competencia efectiva en los mismos, lo cual sustenta en los siguientes puntos:

- i. “En el presente caso no se ha presentado ninguna prueba que establezca la ocurrencia de conductas anticompetitivas por parte de **CND**; todo lo contrario, las imputaciones se basan en meras alegaciones, vacías y desprovistas del necesario lastre probatorio. En tal virtud, y con el objetivo de demostrar la improcedencia de las imputaciones que se han realizado contra **CND**, hacemos algunas aclaraciones respecto a la conducta exhibida por esta empresa, en lo que concierne específicamente a la exclusividad en los contratos de comercialización dentro del mercado dominicano de cervezas.”²⁷⁷
- ii. “Partiendo de informaciones relacionadas al mercado dominicano de cerveza como un todo, se percibe que **CND** mantiene contratos de exclusividad con apenas 0,32% de los puntos de venta disponibles; una parcela ínfima para este análisis. De tal modo, considerando ese dato, se percibe que no existe restricción a la competencia alguna, como consecuencia de los contratos de exclusividad firmados por **CND**. Adicionalmente, los datos presentados por **CND** indican la existencia de 127 acuerdos de exclusividad relacionados solamente al denominado canal **HORECADI**. En términos porcentuales, eso representaría 4,8% del total de puntos de venta de esa categoría, aunque no haya indicación del volumen de ventas (en litros) atribuible a tales establecimientos.”²⁷⁸
- iii. “Así, se percibe que tales contratos de exclusividad para el suministro de cerveza se limitan a una pequeña parte de los establecimientos en cuestión. El porcentaje arriba indicado demuestra que, de la totalidad de establecimientos integrantes del canal **HORECADI**, 95,2% no están sujetos a obligación de exclusividad alguna y son libremente accesibles por empresas competidoras de **CND**. En este sentido, aunque la tesis sostenida por **PROCOMPETENCIA** sea considerada válida en lo que atañe la mayor intensidad de competencia en el canal **HORECADI**, el hecho de que 95,8% de tales establecimientos no están sujetos a obligaciones de exclusividad para el suministro de cerveza demuestra la inexistencia de cualquier alegado efecto de cierre de mercado.”²⁷⁹
- iv. “**PROCOMPETENCIA** afirma que la existencia de contratos de exclusividad para la exposición de material promocional de **CND** con 209 establecimientos comerciales -de los cuales solamente 16, según la Dirección Ejecutiva, se encuentran vigentes- podría acarrear restricciones a la competencia en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, obstaculizando la actuación de empresas competidoras. Según

²⁷⁶ Ibid, p. 78, párr. 1.

²⁷⁷ Ibid, párr. 2.

²⁷⁸ Ibid, p. 88, párr. 3.

²⁷⁹ Ibid, párr. 4.

PROCOMPETENCIA, la necesidad de inversiones en publicidad sería una barrera a la entrada de nuevos competidores en el mercado dominicano de cerveza²⁸⁰ Con relación a esa afinación se debe destacar de inicio que tales contratos tienen alcance muy limitado en el mercado como un todo. Vale decir, **CND** supe a más de 40,000 puntos de venta en todo el territorio nacional. Considerando esta base, se verifica que un total de 209 contratos representa una parte insignificante del total de puntos de venta disponibles en el mercado - suponiendo que todos estuviera vigentes, cosa que no es así: solamente 16 lo están, indicando que las empresas competidoras no tienen su acceso al mercado impedido debido a una alegada práctica adoptada por **CND**. En el mismo tenor del punto anterior, en el canal **HORECADI** tales contratos representan solamente 8% del total de establecimientos, de tal modo que el restante 92% no están sujetos a obligación contractual de exclusividad con **CND**. Se debe resaltar aquí, además, que la exclusividad a que se refieren tales contratos es apenas para la exposición de material publicitario, no impiden establecimiento la adquisición y comercialización de productos de marcas competidoras.”²⁸¹

267. Que atendiendo a los argumentos expuestos tanto por la Dirección Ejecutiva como por la **CND**, este Consejo Directivo desea recordar que los acuerdos de exclusividad son aquellos en los cuales las partes incluyen cláusulas que implican la prohibición de contratar con otros agentes económicos con respecto a un determinado bien o servicio; que estos acuerdos, si bien es cierto en algunas oportunidades crean ciertos beneficios de cara al incentivo de la inversión y la premiación de los logros alcanzados por algunos agentes económicos, también crean barreras de entrada a nuevos competidores.

268. Que en ese mismo ámbito se ha ponderado que este tipo de contratos son un “(...) acuerdo expreso o tácito por medio del cual un agente económico accede a no comprar o vender productos provenientes de empresas distintas de aquella con la que suscribe el acuerdo, a cambio de un pago, descuento o, lisa y llanamente, como consecuencia de una amenaza (...)”²⁸².

269. Que, en el caso de marras, hemos apreciado la gran cantidad de contratos de exclusividad suscritos por el agente económico, con negocios que corresponden a diferentes canales de distribución.

270. Que de lo que se trata pues este proceso, no es de cuestionar un grande por serlo, sino por los efectos distorsionantes que el abuso de su posición dominante y poder de mercado causaría en perjuicio de otros actores económicos competidores, los consumidores y al mercado relevante objeto del presente caso.

271. Que en ese orden de ideas se ha pronunciado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile mediante sentencia núm. 26/2005, al tener la oportunidad de exponer su posición sobre los efectos de los contratos de exclusividad en el mercado analizado:

²⁸⁰ Ibid, p. 89, párr. 1.

²⁸¹ Ibid, párr. 3.

²⁸² Abad, Mario Ybar, *Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina u jurisprudencia nacional comparada sobre las principales prácticas exclusorias*. Revista de Derecho Económico, Departamento de Derecho Económico Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2016. p. 37. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDE>

“Vigésimo. Que, en consecuencia, a este Tribunal le asiste la convicción de que las condiciones de exclusividad pactadas en los contratos de CCT constituyen, en los hechos, una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos Philip Morris, circunstancia que obstaculiza la competencia en el mercado en cuestión y adquiere la connotación de barrera estratégica a la entrada que permite a CCT mantener su predominio en dicho mercado.”²⁸³

272. De cara a estos efectos y tomando en consideración como la posición del agente económico es pasible de afectar la efectiva competencia en el mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas es que este Consejo Directivo comparte el criterio esbozado por el tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso de *Irish Sugar plc*, donde se desarrolla un criterio jurisprudencial que ha sido ampliamente compartido: el de la responsabilidad especial de las empresas en posición de dominio;

“Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. Del mismo modo, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella.”²⁸⁴

273. Ciertamente las empresas en posición dominante adquieren una responsabilidad derivada de su posición, ya que sus acciones son capaces de incidir y afectar en proporciones que los demás en condiciones desiguales no pueden, de ahí que sea necesario que las mismas sepan asumir su rol y su papel respetando a sus posibles/ actuales competidores y procurando que los efectos que causen sus acciones en el mercado tengan un impacto positivo.

274. Por ello este Consejo Directivo como bien ha querido denotar a lo largo de la presente resolución, no está en contra de la posición que ocupa el agente económico en el mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas, sino de que esa posición sea la plataforma que le permita realizar actuaciones que afecten la competencia en contravención con lo dispuesto en la Ley núm. 42-08.

²⁸³ Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia núm. 26/2005 de fecha 5 de agosto del 2005. p. 33. Disponible en: [http://www.batchile.com/group/sites/bat_9yfd2p.nsf/v wPagesWebLive/DOA8LKU4/\\$FILE/medMDA8 LL8Q.pdf?openelement](http://www.batchile.com/group/sites/bat_9yfd2p.nsf/v wPagesWebLive/DOA8LKU4/$FILE/medMDA8 LL8Q.pdf?openelement)

²⁸⁴ Vid. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Irish Sugar PLC c. Comisión*, asunto T-228/97, 7 de octubre de 1999, párr. 112; Cfr. *United Brands*, párr. 189; Cfr. *BPB Industries and British Gypsum*, párr. 69; Cfr. *Tetra Pak*, párr. 147; *Compagnie Maritime Belge Transports*, párr. 107.

275. Que, en esta tesitura, resulta pertinente evaluar aquellos contratos que se encuentren vigentes y cuya acción no haya prescrito al momento de haber iniciado el procedimiento de investigación de oficio por parte de la Dirección Ejecutiva, para luego ponderar este Consejo Directivo si los mismos tienen un matiz anticompetitivo;

276. Que, en este sentido, de los documentos aportados por **CND**²⁸⁵, fueron analizados los siguientes contratos por encontrarse los mismos vigentes al momento de la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08, en virtud de lo explicado anteriormente, a saber:

CONTRATOS CON CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD DE VENTAS SUSCRITOS POR CND			
	Persona moral o física (establecimiento)	Fecha de suscripción	Vigencia
1	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	15/2/2014	2 años
2		24/4/2014	2 años
3		2/5/2014	2 años
4		16/5/2014	2 años
5		28/5/2014	2 años
6		28/5/2014	2 años
7		28/5/2014	2 años
8		28/5/2014	2 años
9		3/6/2014	2 años
10		12/6/2014	2 años
11		13/6/2014	2 años
12		13/6/2014	2 años
13		15/6/2014	2 años
14		20/6/2014	2 años
15		18/7/2014	2 años
16		20/7/2014	2 años
17		2/8/2014	2 años

²⁸⁵ Documentos depositados mediante comunicación identificada con el código de recepción C-702-17, de fecha 18 de octubre de 2017.

18		2/8/2014	2 años
19		2/8/2014	2 años
20		2/8/2014	2 años
21		2/9/2014	2 años
22		15/9/2014	2 años
23	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	24/10/2014	2 años
24		16/10/2014	2 años
25		21/5/2015	4 años
26		9/4/2015	5 años
27		15/6/2017- 22/9/2017	2 años - 1 año
28		17/2/2016	desde el momento de la firma hasta el 31 de diciembre 2017
CONTRATOS CON CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD DE PROMOCIÓN			
	Persona moral o física (establecimiento)	Fecha de suscripción	Vigencia
1	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	23/6/2014	3 años
2		27/6/2014	2 años
3		1/7/2014	2 años

4		2/7/2014	2 años
5		16/7/2014	2 años
6		10/7/2014	2 años
7		22/7/2014	2 años
8		29/7/2014	2 años
9	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	29/7/2014	2 años
10		29/7/2014	2 años
11		29/7/2014	2 años
12		2/8/2014	2 años
13		5/8/2014	2 años
14		8/8/2014	2 años
15		12/8/2014	2 años
16		15/8/2018	2 años
17		20/8/2014	2 años
18		20/8/2014	2 años
19		21/8/2014	2 años
20		22/8/2014	2 años
21		2/9/2018	2 años
22		2/9/2014	2 años
23		3/7/2015	2 años
24		21/9/2015	2 años
25		21/10/2015	2 años

26		14/10/2015	3 años
27		28/1/2016	2 años
28		15/2/2016	2 años
29		29/3/2016	1 año
30		23/6/2016	2 años
31		11/7/2016	2 años
32	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	12/9/2016	1 año
33		22/2/2017	2 años
34		29/4/2017	1 año
35		16/6/2017	1 año
CONTRATOS CON CLÁUSULAS RESERVA DE ESPACIO EN GÓNDOLAS			
1	Persona moral o física (establecimiento)	Fecha de suscripción	Vigencia
2	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	12/9/2016	2 años
3		12/9/2014	2 años
4		29/5/2015-	2 años
5		20/11/2015	1 año
6		27/7/2016	1 año
7		1/8/2016	1 año y 5 meses
8		10/8/2016	1 año y 5 meses

277. Que, de su lectura, se puede visualizar las siguientes cláusulas:

“Segundo: Promoción y publicidad de los productos. A fin de promocionar y publicitar los productos fabricados, distribuidos y comercializados por **CND**, el

cliente se obliga y compromete a proporcionar lo siguiente: **1)** Exclusividad en venta y actividades promocionales en cervezas, **2)** Exclusividad en presencia de materiales promocionales de las marcas de cervezas en la parte interior y exterior del negocio, **3)** exclusividad y confección y/o insert de menú en el renglón de cervezas previo acuerdo entre las partes, **4)** presencia preferencial en la valla principal del negocio para la implementación de un arte de las marcas de **CND** pre aprobadas por el cliente, y **5)** presencia preferencial en las mesas del negocio para colocación de imagen de las marcas de **CND** pre aprobadas por el cliente.”²⁸⁶

278. Que los contratos de exclusividad son un tipo de los acuerdos verticales, es decir, acuerdo “(...) que se producen entre compradores y vendedores, esto es, entre agentes del mercado que no compiten entre sí, sino que operan en distintos niveles de la cadena productiva.”²⁸⁷

279. Que, en este sentido, son consideradas anticompetitivas los contratos que “(...) causen daño a otros competidores, incluyendo entre estos a posibles entrantes al mercado”²⁸⁸; que, asimismo, este Consejo Directivo aclara que ha considerado que no siempre el objetivo de las restricciones verticales es lograr la exclusión de otros agentes económicos competidores sino que, como consecuencia de la imposición de las mismas, se logra elevar los costos del rival, se afianza la posición dominante o se fuerza un precio que en circunstancias de competencia justa no sería posible.²⁸⁹

280. Que este mismo orden, este Consejo Directivo ha encontrado dentro de los contratos de exclusividad, cláusulas que se imponen a los clientes de **CND** por medio de las cuales estos deben dar igual tratamiento de preferencia a otros productos que no se encuentran dentro del mercado relevante investigado, pero que se ven obligados a comercializar, estas dicen lo indicado a continuación:

*“Segundo: Promoción y publicidad de los productos. A fin de vender y publicitar los productos fabricados, distribuidos y comercializados por **CND**, el cliente se compromete a proporcionar lo siguiente: 1) Exclusividad y promoción categoría de cervezas, 2) Exclusividad en ventas de refrescos Seven Up y refrescos de sabores, 3) Participación en venta en la categoría de refrescos Pepsi, Agua Mont-Pellier y Tónica, 4) Exclusividad en presencia de materiales promocionales en las marcas de cervezas en la parte interior y exterior del negocio, 5) Exclusividad en confección y/o insert de menú en el renglón de cervezas previo acuerdo entre las partes, 6) Presencia preferencial en la barra principal del negocio para la implementación de un arte de las marcas de **CND**, pre aprobada por el cliente, 7) Presencia preferencial en las mesas del negocio para la colocación de imagen de las marcas de **CND**, pre*

²⁸⁶ Vid. Contrato de comercialización suscrito entre la **CND** y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], de fecha 28 de enero de 2016.

²⁸⁷ Vid. Rojas Covarrubias, Nicolás, *Libre Competencia y Retail, Un Análisis Crítico, Restricciones Verticales a la Competencia en el Ámbito del Retail*, p. 176.

²⁸⁸ Ibid, p. 177.

²⁸⁹ Ibid, p. 184.

*aprobados del cliente, 8) Exclusividad de los productos CND en neveras de CND.*²⁹⁰

281. Que, en este sentido, la Unión Europea plantea “*block exemption*” para las restricciones verticales, salvo que el acuerdo vertical venga impuesto por empresas cuya participación del mercado sea de más de un 30 por ciento (30%) y las conductas se consideren *reprochables*²⁹¹; que, asimismo, el Reglamento (CE) Num. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Texto pertinente a efectos del EEE), toma en cuenta la estructura de mercado de proveedores y compradores, y en sus considerandos, establece:

“En particular, los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia, como los precios de reventa mínimos y fijos y determinados tipos de protección territorial, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas.”²⁹²

282. Que como ha indicado la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, “(...) los contratos de exclusividad siempre implican una restricción a la competencia, lo cual conduce a que se deben ponderar los efectos negativos y los efectos positivos de los mismos en el contexto determinado, para determinar si dichos contratos son anticompetitivos.”²⁹³, que, por tanto, este tipo de contratos, no son anticompetitivos sino están acompañados de poder de mercado.²⁹⁴

283. Que, asimismo, “[I]a creación de barreras de entrada o la exclusión de otros competidores requiere poder de mercado por parte del distribuidor y, luego, se necesita demostrar que habría exclusión de los competidores a nivel de producción.”²⁹⁵

284. Que ha quedado establecido en la presente resolución que el agente económico posee una participación de 98.37% en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza y que ello implica su capacidad de abusar de dicha posición,

285. Que siendo así las cosas, para el caso de marras es evidente el poder del mercado que tiene el agente económico, debido a su alto porcentaje de participación en el mismo al concentrarse el mercado con la fusión del hoy agente económico investigado; que es de conocimiento general que la

²⁹⁰ Vid. Contrato de comercialización suscrito entre la CND y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], de fecha 28 de enero de 2016.

²⁹¹ Cfr. Rojas Covarrubias, Op. Cit., p. 185.

²⁹² Vid. Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31999R2790>

²⁹³ Vid. Uruguay, Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, Resolución No. 121/2017, ASUNTO Nº 22/2016: MILOTUR S.A. C/ FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. – DENUNCIA, Montevideo, 8 de noviembre de 2017, párr. 8. Disponible en: <http://competencia.mef.gub.uy/innovaportal/file/23024/1/resolucion-121-17-milotur-con-fnc---denuncia.pdf>

²⁹⁴ Cfr. Rojas Covarrubias, Nicolás, *Libre competencia y retail un análisis crítico*, Chile, 2010, p. 187.

²⁹⁵ *Ibidem*.

CND posee una posición consolidada desde hace décadas -afianzada por la fusión más tarde con AmBev- y, por otro lado, una consecuencia directa sobre los productores de cerveza en nuestro país, es el poco margen de actividad en el mercado que los mismos tienen para ofrecer sus productos, pues es más que lógico que en el escenario en cual un agente que denominaremos **X**, llega a ofrecer un nuevo producto este se encontrara que **P** (para referirnos al producto de **CND**) tiene un dominio en la mayoría de los establecimientos y que quienes podrían ser sus clientes no pueden establecer relaciones comerciales con él, debido a que ya lo hicieron con **CND** y ese acuerdo les impide vincularse con los competidores de este; que, en tal escenario, es evidente que no habrá competencia y mucho menos igualdad de condiciones.

286. Esto se pudo evidenciar en la audiencia de pruebas de fecha 18 de abril de 2018, cuando el señor [CONFIDENCIAL], presidente de la [CONFIDENCIAL], testigo propuesto por el agente económico, expuso lo siguiente:

“El colmado es una imposición permanente de distintas marcas eso lo podemos comprobar muy fácil y hasta ahora yo no conozco ninguna marca que haya tenido ningún tipo de inconvenientes para colocarse en el colmado, hemos tenido experiencias de productos que han llegado nuevo, que han prácticamente ganado espacio, que han comenzado de cero, han encontrado un producto líder y han comenzado de cero, y luego obtiene el 40, 50 % casi del mercado en el caso de los productos comestible me estoy refiriendo, por ejemplo cuando llego Ambev al país por ejemplo que empezó de cero con la cerveza Brama, muchos negocios la vendían, otros no la vendían, pero sin ningún tipo de problema con eso hasta que Ambev ya está ocupando cerca del 20 o 25% del mercado, ósea que ya se colocó en un posicionamiento en el mercado y eso se da libremente, eso se da espontáneamente y lo que creo es que cada empresa emplea una estrategia de posicionamiento que es lo que le permite colocarse en el gusto de la gente, que al final son los que tienen la voz cantante, ósea, cuando un producto te lo piden varias veces el colmado lo busca no importa quién lo venda, ellos no entran en eso de decir no hay, no hay es un concepto que no se aplica en los colmados.”

287. Que sobre ello, se debe recordar que AmBev entró al mercado dominicano y era competencia de la **CND**. En ese momento, existía una sana competencia entre ambas, previa a la fusión. Hoy, sin embargo, la historia es otra: AmBev y la **CND** es el mismo agente económico, por lo cual, esta permisibilidad no existe en la actualidad con productos de sus competidores.

288. De igual forma, el señor [CONFIDENCIAL], presidente de la [CONFIDENCIAL]²⁹⁶, en la audiencia de pruebas de fecha 18 de abril de 2018, en su calidad de testigo propuesto por la CND, indicó lo siguiente:

²⁹⁶ Acorde con el Sr. [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL], es una institución que va a cumplir 45 años, surgió como por los ausentes de [CONFIDENCIAL] que pensamos en hacer algo por nuestra comunidad y hemos hecho bastante y está constituida en su mayoría por comerciantes. Tenemos filiales en [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL], en el momento yo soy el presidente del Comité ejecutivo que agrupa todas las filiales y soy también de la filial de Santo Domingo” y agrupa “unos 65 a 70 % de comerciantes”. Vid. Acta de audiencia del 18 de abril de 2018, pp. 26-27.

“[Dirección Ejecutiva]

Entonces ahora si nos permite le vamos a hacer unas preguntas en su calidad de propietario de colmados.

-¿Qué porcentaje de las ventas tuyas son aproximadamente derivadas de la venta de cerveza?

-Sr. [Testigo]: Como un 80%.

-Dirección Ejecutiva: Y de esas, ¿qué porcentaje de las cervezas de Cervecería Nacional Dominicana?

-Sr. [Testigo]: Podría decir, no lo sé, pero la gran mayoría, es el producto líder, no porque yo lo imponga, sino porque el cliente va y eso es lo que pide.

Dirección Ejecutiva: ¿Qué influencia tiene en las ventas la exhibición o no de los productos?

Sr. [Testigo] : Fíjese, normalmente tiene, porque por ejemplo cuando tengo un producto nuevo, lo exhibo, como no acostumbro a venderlo por ejemplo, la cerveza Paulaner yo no la vendía, sucede que mi hija de 25 años la consumía y me dice papi, pero usted vende Cerveza, y que pasa cual es esa? Entonces fuimos donde unos alemanes, hace tiempo, la consumimos y busque el representante de los importadores, Manuel González Cuesta, le digo cuál te interesa, y ella me dice no tenga de las dos que de vez en cuando yo, cuando comenzamos yo lo que hice fue que compre de las 2, la rubia y la negra y lógicamente yo la ponía para que la gente viera, que ya tengo de esa.

Dirección Ejecutiva: ¿Y dónde la refrigera?

Sr. [Testigo]: En las neveras.

Dirección Ejecutiva: ¿En cuáles?

Sr. [Testigo]: A veces escondido de Cervecería [Nacional Dominicana] porque [no es] su producto desde el punto de vista, su producto, pero yo tengo también mi nevera para refrigerar, yo tengo neveras para refrigerar, rotuladas por Cervecería, pero son más, yo tengo equipos.²⁹⁷

289. Se visualiza de la espontánea declaración del testigo propuesto por la **CND**, que al indicar que debe colocar productos de otros competidores “escondido” del agente económico, muestra una vez más que limita y condiciona que sus refrigeradores sean para colocar exclusivamente sus productos.

290. Asimismo, de los documentos aportados por la **CND** permiten comprobar que dicho agente económico ha incluido en sus contratos de exclusividad disposiciones que condicionan la posibilidad

²⁹⁷ Vid. Acta de la audiencia celebrada en fecha 18 de abril de 2018, pp. 35-36

de los clientes de ceder, concluir o transferir los beneficios que les son concedidos en estos contratos, a saber:

“Artículo quinto, párrafo I. Durante y después de la vigencia del presente contrato, **EL CLIENTE** se obliga y compromete a no ofrecer ni conceder a terceros, los derechos conferidos a favor de **CND**, en virtud del presente contrato sin antes ofrecerlos previamente a **CND** bajo los mismos términos y condiciones consignados en este documento, o con un incremento no mayor de un 5%. En caso de que **CND** no acepte dicha oferta dentro de los 60 días que sigan a la fecha de recepción de la misma, **EL CLIENTE** estará en libertad de ofertarlo y venderlo a terceras personas, en el expreso entendido que la **EL CLIENTE** no podrá conceder los derechos consignados en el presente contrato a terceros, en términos y condiciones menos favorables que los previamente ofertados a **CND**, sin antes haberlos ofertado nuevamente a **CND** bajo estos nuevos términos y condiciones.”²⁹⁸

291. Que un argumento común es de alegar razones de eficiencia para las mismas, o evitar el fenómeno del “free rider” (que no es más que el competidor que se monta sobre la estructura de otro para promover y vender sus productos o servicios); que de igual forma, es imprescindible resaltar el ordinal 2 del artículo 7 de la Ley núm. 42-08 expresa lo siguiente:

“2. En la evaluación de las imputaciones de abuso de posición dominante, se examinará la contribución o reducción de dicha conducta a la eficiencia económica, mediante el análisis del efecto neto de dicha conducta; es decir, si sus efectos anticompetitivos superan los efectos pro-competitivos, o de incremento de la eficiencia económica o viceversa.

Párrafo I.- A tales fines, corresponde a quien persigue una sanción demostrar el efecto anticompetitivo de la conducta, mientras al agente económico investigado le corresponde demostrar posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia económica.”²⁹⁹

292. Que, sin embargo, la **CND** no aportó prueba que le permitiera a este Consejo Directivo validar que existe una justificación económica o una eficiencia que le fuera transmitida al mercado por estas conductas, razón por la cual las mismas no encuentran justificación alguna en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que el efecto positivo de las mismas en el presente caso no haya sido evidenciado y, por lo tanto, este elemento no pudo ser ponderado como eximente o atenuante por este órgano.

293. Una situación parecida fue conocida en el año 2017 por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, donde atendiendo a una denuncia interpuesta contra una filial de Anheuser-Busch InBev, principal accionista de AmBev, quien es el mayor accionista de la **CND**, se indicó lo siguiente:

“9. Que, respecto a las posibles razones de eficiencia económica que justifiquen la existencia de las referidas exclusividades, el informe económico

²⁹⁸ Vid. Contrato de comercialización suscrito entre CND e [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], de fecha 22 de agosto de 2014.

²⁹⁹ Resaltados nuestros.

citado analiza las características del mercado, concluyendo que no se encuentran argumentos de eficiencia para justificar, con la estructura de mercado existente, la restricción a la competencia realizada a través de los contratos de exclusividad de FNC S.A. con los minoristas, ya que no se trata de un producto complejo, el costo para el consumidor no insume una parte importante de sus ingresos, el producto se adquiere en reiteradas ocasiones, los lugares de adquisición son de fácil acceso, los consumidores cuentan con suficiente información sobre las características del producto, no se trata de un producto nuevo o innovador, no hay grandes barreras a la entrada de nuevos minoristas, y las economías de alcance no serían considerables (fs. 387 a 389).³⁰⁰

294. Que asimismo en la referida decisión se ha indicado con acierto que:

“ (...) la comisión de un abuso de posición de dominio en el mercado de la cerveza mediante la imposición de restricciones verticales que obstaculizan y restringen la competencia en perjuicio de los consumidores a partir de la celebración de acuerdos de exclusividad, limitando a los consumidores de la posibilidad de optar entre diversas marcas de cerveza y obtener diversos precios y prestaciones, además de representar un obstáculo a los restantes competidores para el desarrollo efectivo de la competencia, corresponde sancionar a la denunciada y ordenar el cese de su conducta.”³⁰¹

295. En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal de Competencia de Chile, al exponer que:

“Vigésimo Segundo. Que, a juicio de este Tribunal, las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicadas son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta High Trade, los que, además, no pueden negarse a pactarlas, pues, por una parte, no les es conveniente prescindir de la venta de cigarrillos de Chiletabacos, dado que, tal como se ha acreditado, éstos son los más consumidos por el público y, por la otra, reciben incentivos económicos evidentes por aceptarlas.”³⁰²

296. Sumado a los casos anteriores, también la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia afirmó que:

“Con todo, aunque la presencia de tales elementos puede ser un indicador del potencial discriminatorio de una conducta, existen múltiples factores que pueden desvirtuar el carácter anticompetitivo de las mismas. Como se manifestó al comienzo, una conducta es discriminatoria sino tiene otra justificación

³⁰⁰ Vid. Uruguay, Resolución No. 121/2017, ASUNTO N° 22/2016: MILOTUR S.A. C/ FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. – DENUNCIA, Montevideo, 8 de noviembre de 2017, párr. 8.

³⁰¹ Resaltado nuestro. Vid. Uruguay, Resolución No. 121/2017, ASUNTO N° 22/2016: MILOTUR S.A. C/ FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. – DENUNCIA, Montevideo, 8 de noviembre de 2017, párr. 8.

³⁰² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, sentencia núm. 26/2005 de fecha 5 de agosto del 2005. p. 33. Disponible en: [http://www.batchile.com/group/sites/bat_9yfd2p.nsf/vwPages_WebLive/DOA8LKU4/\\$FILE/medMDA8LL8Q.pdf?openement](http://www.batchile.com/group/sites/bat_9yfd2p.nsf/vwPages_WebLive/DOA8LKU4/$FILE/medMDA8LL8Q.pdf?openement)

económica distinta a erosionar la competencia en el mercado. Así, mediante la adecuada justificación económica de la conducta, se puede desvirtuar su carácter presuntamente anticompetitivo. Todo contrato de exclusividad vertical puede ser justificable si los beneficios provenientes de reducir los costos propios de la relación vertical, o de un incremento en la calidad del producto final, son mayores que los costos asociados con su negociación. Del mismo modo, la existencia de economías de escala en la distribución, o el posicionamiento de una marca, también constituyen justificaciones adecuadas.”³⁰³

297. Por todo ello, si bien es cierto que parte de los beneficios que crea el mismo mercado para los agentes económicos eficientes es la fidelidad de sus clientes, esta particularidad hace que el portador de esta confianza sea buen administrador de la misma en un mercado en el cual concurren otros agentes económicos, pues la realidad es que los clientes no se van a arriesgar a suprimir un contrato con el agente económico **CND** cuando estos tienen preferencia de los consumidores, lo que se traduce en beneficios económicos.

298. En este sentido este órgano entiende que esta decisión los clientes de la **CND** en acceder a las pretensiones que comercializan el producto líder del mercado, es parte de la racionalidad del mercado, pero, lo que no obedece a una lógica de sana competencia es el comportamiento que ha venido adoptado el agente económico al utilizar de manera desmedida su posición de dominio para imponer condiciones a sus clientes que atentan contra los demás productores de cerveza e impiden que otros ingresen al mercado o compitan en igualdad de condiciones;

299. Sin dudas, estas cláusulas representan un disuasivo a la inversión porque en un mercado en el cual estén capturados con contratos de exclusividad los distribuidores, los posibles competidores por un tema de eficiencia y lógica no lo verán como un mercado rentable o en donde pueden depositar sus recursos económicos para ponerlos a producir, pues saben que se verían con el impedimento material de entrada y de llegar a posicionarse en el mercado.

300. Así las cosas, de la revisión de estas cláusulas se verificar que en la práctica las mismas crean un sistema de blindaje para la **CND** que, a su vez, produce que estas impidan el crecimiento de los pequeños competidores y que, en un escenario distinto, es muy posible que su entrada al mercado y su posicionamiento tuviese otro matiz. Por tanto, si los competidores de **CND** al ingresar al mercado no se encontrarán con esta barrera tendrían capacidad de competir y de ingresar al mercado de referencia, lo cual con estas disposiciones es actualmente un obstáculo o barrera;

301. Aunado a esto, las cláusulas son tan rígidas que para poder liberarse de las mismas los clientes, es con el consentimiento del agente económico a través de fuertes penalidades, como las que se muestran a continuación:

“Artículo Quinto, Párrafo III. Rescisión unilateral anticipada. En caso de que EL CLIENTE rescinda el contrato o invoque su rescisión anticipada antes de la llegada de la fecha del término, deberá pagar a título de penalidad a **CND**, sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial lo siguiente: a) Un multa consistente en un

³⁰³ Resaltados nuestros. *Vid.* Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, resolución núm. 31434, de fecha 7 de junio de 2011. p. 7.

cincuenta por ciento (50), de los montos y/o incentivos establecidos (sic) en el Artículo Tercero (3ro); b) Una proporción del dinero pagado o por pagar y/o los incentivos otorgados, por cada mes del contrato que falte por transcurrir, calculados entre la fecha de rescisión anticipada y la fecha de terminación del mismo prevista inicialmente por las PARTES. Todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran resultar (sic) de la inobservancia de lo establecido en el presente contrato.”³⁰⁴

302. Con condiciones como las expuestas, es poco probable que los clientes decidan o se arriesguen a concluir el contrato con anterioridad a su terminación, cuando el negocio se mantiene rentable y dando beneficios, una conducta racional pero con derivaciones anticompetitivas por la posición de dominio que posee la **CND** en el mercado.

303. De la revisión de los referidos contratos, nos hemos percatado que los mismos tienen una naturaleza anticompetitiva en el mercado de las cervezas y, por ende, crean barreras injustificadas al impedir la concurrencia igualitaria de los competidores actuales y potenciales, razón por la cual este Consejo Directivo estima que esta conducta amerita acciones de este órgano que frenen de manera inmediata esta práctica y equilibren la competencia efectiva en este mercado.

304. Estos contratos de exclusividad que impone suscribir la **CND**, si bien es cierto no representan la totalidad del mercado relevante -y se vinculan al canal de comercialización **HORECADI**, debe considerarse la posición que dicho agente económico ostenta en el mismo-, ya que es el elemento determinante. En efecto, para los competidores que restan (menos de un 2%) , estas acciones tienen importantes implicaciones que crean efectos negativos en mayor medida por la poca participación que ya tienen.

305. Además de lo anterior, si a esta limitada participación en el mercado de los competidores se le adiciona la imposición de prácticas anticompetitivas, estamos en una actuación desproporcional que este Consejo Directivo estima insostenible en un mercado de libre y leal competencia.

306. En el caso de marras, la **CND** no aportó documentación alguna ni argumentó sobre los posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia económica acorde con el párrafo I del artículo 7 de la Ley núm. 42-08; que, por todo lo antes expuesto, queda configurada la conducta tipificada en el ordinal a) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08.

b. La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique

307. En el Informe de Instrucción, la Dirección Ejecutiva retuvo la conducta tipificada en el literal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, la cual se refiere a “[l]a imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique.

³⁰⁴ Vid. Contrato suscrito entre la **CND** y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], de fecha 2 de septiembre de 2014.

308. En este sentido, la Dirección Ejecutiva considera que existen restricciones a la competencia a través de la imposición de precios de reventa, a través de contratos de exclusividad de promoción, a través de reservas de espacios en góndolas. Para fundamentar su postura, dicho órgano instructor expresó lo siguiente:

- i. El literal “b” de la Ley núm. 42-08 prohíbe expresamente la “imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique.”³⁰⁵
- ii. Del conjunto de pruebas recabadas durante la investigación, también resaltaron algunos hechos y conductas de **CND** que podrían constituir una violación a las disposiciones antes citadas, en el sentido de que dicha empresa, en algunos casos, ha impuesto precios de reventa en las tapas y/o materiales promocionales de la marca Presidente colocados en distintos establecimientos comerciales y ha impuesto cláusulas de exclusividad de promoción.³⁰⁶
- iii. Adicionalmente, se ha verificado la práctica de exigir la reserva de aproximadamente el 75% de los espacios en góndolas en las cadenas de grandes supermercados que limitan la visibilidad y comercialización de las marcas competidoras. A continuación, desarrollaremos las referidas conductas de cara a la investigación y análisis realizado por esta Dirección Ejecutiva.³⁰⁷

309. Con ocasión a lo anterior, este Consejo Directivo procede a referirse a cada uno de los aspectos tratados, a saber: **i) Restricciones a la competencia a través de la imposición de precios de reventa; i) Restricciones a la competencia a través de contratos de exclusividad de promoción; ii) Restricciones de visibilidad y espacio en góndolas de marcas competidoras; iii) Restricciones de visibilidad y espacio en góndolas de marcas competidoras; y, iv) Sobre las restricciones a la competencia derivadas de la colocación de neveras, refrigeradores o freezers**

i. Restricciones a la competencia a través de la imposición de precios de reventa

310. Para iniciar, debemos recordar que el establecimiento de precios de reventa según parte de la doctrina preponderante implica que:

“Existen variadas razones al respecto. En lo esencial, se mantiene el argumento básico de Dr. Milles, pues la fijación de precios de reventa puede utilizarse como método para facilitar la colusión, al permitir un rápido monitoreo de precios. Adicionalmente, ante la concentración que se ha vivido en el último tiempo en el mercado del retail en casi todo el mundo, se señala que la fijación de precios mínimos puede ser utilizada por los grandes distribuidores para aminorar la competencia que enfrentan por parte de distribuidores más pequeños y especializados, con estructuras de costo más livianas y que, en consecuencia, pueden ofrecer menores precios en algunas líneas de productos.”³⁰⁸

³⁰⁵ Ibid, párr. 383.

³⁰⁶ Ibid, párr. 384.

³⁰⁷ Ibid, párr. 385.

³⁰⁸ Vid. Covarrubias, Nicolás, Op. Cit. p. 192.

311. En ese sentido este Consejo Directivo ha estimado que los abusos explotativos son aquellos en los cuales la empresa dominante aprovecha su posicionamiento en el mercado para establecer condiciones no equitativas a los clientes que dependen de ella para suplirse de determinados productos, en este caso [el abuso] sería la imposición de precios se reventa. En ese orden de ideas se ha conceptualizado que:

“La jurisprudencia comunitaria ha indicado que se prohíbe expresamente que una empresa dominante imponga directa o indirectamente precios no equitativos; así para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, debe apreciarse el conjunto de circunstancias y examinar si dicha práctica tiende a privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento-o, al menos limitar dicha posibilidad- impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia.”³⁰⁹

312. En igual sentido, jurisprudencia norteamericana ha podido establecer, que la fijación de precios de reventa sobre topes máximos resulta anticompetitivas, así lo exponen:

“(…) Un acuerdo para pagar o cobrar precios rígidos y uniformes sería un acuerdo ilegal bajo la Ley Sherman. Pero también lo harían los acuerdos para aumentar o disminuir los precios, independientemente de la maquinaria utilizada para la fijación de precios”. (....) una combinación formada con el propósito y con el efecto de aumentar, deprimir, arreglar, fijar o estabilizar el precio de un producto en el comercio interestatal o extranjero es ilegal *per se*(...)”³¹⁰.

313. Que al referirse a la imposición de precios de reventa, sancionado por el ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, la Dirección Ejecutiva se refiere de la siguiente forma:

- i. Conforme se pudo observar en el análisis de la estrategia de ventas denominada “Plan 4x4 SM INDEPENDIENTES” aportado por **CND** a esta Dirección Ejecutiva, parte de los objetivos específicos de sus estrategias comerciales son los siguientes: “Cervezas: **a)** Aumentar share y bloquear competencia 244 +25% anual.” **b)** “Ron: mejorar share de góndola a 70% del espacio y aumentar volumen + 25% anual³¹¹” Lo anterior, mediante la suscripción de cartas acuerdos de vigencia anual y revisión trimestral para la ejecución del denominado Plan 4x4, cuyos beneficios se detallan en el siguiente cuadro:

Cuadro 20. Resumen de los beneficios del “Plan 4x4”

Beneficios clientes	Beneficios CND
Descuento por firma	140 Cabezales de cerveza
Descuento por cumplimiento	50 Cabezales Ron
Calendario promocional	90 Islas de Ron

³⁰⁹ Vid. Rodríguez Natal, Mirym, et al, *Abuso de posición de dominio*, Tratado de Derecho de la Competencia, España, 2013, p. 199.

³¹⁰ Traducción nuestra. EEUU, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Séptimo Circuito, *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 182 F.2d 228, 9 de mayo de 1950.

³¹¹ *Ibid*, párr. 386.

Disponibilidad de Neveras	140 Instalación de Neveras de Cervezas
Apoyo de Iniciativas	95% Share Góndola de Cervezas
Decoración de espacios	100% Share Publicaciones (si aplica)
	70% share de ron
	80% participación Canasta Navidad
	Preferencia de espacios
	<u>Cumplir precios sugeridos</u>
	<u>Cumplir Precios promocionales</u>
	Preferencia en iniciativas

Fuente. Elaborado por el Departamento de Estudios Económicos y de Mercados de PRO-COMPETENCIA, en base a presentación de fuerzas de ventas de agosto de 2015, suministrado por CND.”³¹²

- ii. “Producto de una comparación de precios se pudo verificar que los precios de las marcas Presidente, Brahma y Bohemia, comercializadas por **CND**, mantenían hasta diciembre 2016, precios reales sin impuestos por encima de las tendencias esperadas en marzo 2012, donde **CND** y **AmBev** aún eran competidoras y el mercado estaba menos concentrado. Así hasta marzo de 2012, Brahma había mostrado una tendencia positiva de su precio real sin impuesto, contrario a Bohemia y Presidente, cuya tendencia temporal era negativa.”³¹³
- iii. La Dirección Ejecutiva entiende que luego de las evaluaciones sobre los precios fruto de la fusión de **CND** y **AmBev** se pudo: “establecer que los precios están siendo unilateralmente establecidos por **CND** muy por encima del costo marginal, en el sentido de que elimina completamente la transacción entre ésta y sus distribuidores, mediante la fijación del precio de venta al público que genere mayor beneficio conjunto.”³¹⁴
- iv. Se podría considerar que esta conducta es contraria a la libre competencia en el mercado relevante, considerando que los mismos se aplican directamente a los consumidores a través de la imposición de precios que podrían producir efectos explotativos, puesto que reducen el bienestar del consumidor al hacerle pagar más por un bien de lo que pagaría si el precio de este se mantuviera en un nivel competitivo.”³¹⁵
- v. De igual forma, en el marco de una entrevista realizada a la Asociación de Detallistas de Provisiones, INC. del Distrito Nacional, los representantes presentes argumentaron que **CND** marcaba sus márgenes de beneficios al establecer los precios de reventa en las vallas y en las trameras de promoción que ponía en sus establecimientos.”³¹⁶
- vi. En el mismo sentido, en algunos casos **CND** obliga al establecimiento comercial a vender sus productos al menor precio en sus categorías de productos, mediante la inclusión de una cláusula que establece “El negocio no puede vender un producto competidor por debajo del precio de los nuestros (Cervezas y Ron).”³¹⁷

314. Sobre este aspecto, la **CND** expone que las sugerencias de precios que realiza a sus clientes son realizadas con respecto al precio máximo posible de ser aplicado y que las mismas son la

³¹² Ibid, p. 106.

³¹³ Ibid, p. 107, párr. 396.

³¹⁴ Ibid, p. 108, párr. 399.

³¹⁵ Ibid, p. 108 párr. 400.

³¹⁶ Ibid, p. 106, párr. 389.

³¹⁷ Ibid, párr. 390.

contrapartida a una serie de beneficios, los referidos argumentos de manera textual se exponen a continuación:

- i. “La práctica de RPM (fijación de precio de reventa) puede ser entendida como problemática en el caso que se verifique una fijación de precios mínimos al establecimiento comercial, mediante amenazas o sanciones, impidiéndole la libertad de establecer sus propios precios al consumidor. En el caso en concreto, lo que se verifica por parte de **CND** es la existencia de una política de, sugerir precios máximos a los establecimientos comerciales, que pueden o no ser seguidas por el punto de venta. Esas sugerencias son establecidas como contrapartida a una serie de beneficios concedidos por **CND**, como la concesión de descuentos en la adquisición de sus marcas de cervezas.”³¹⁸
- ii. “Con el objetivo de asegurar que tales descuentos serian traspasados a los consumidores, beneficiándolos directamente, **CND** sugiere la adopción de precios máximos de reventa. De tal modo, se crea un techo para los precios fijados al consumidor final, sin que, al mismo tiempo, el punto de venta tenga su libertad para establecer sus propios precios coartada por **CND**. Por ese mecanismo, se garantiza que los mismos descuentos concedidos al establecimiento sean efectivamente traspasados al consumidor final.”³¹⁹
- iii. “Asimismo, en lo que atañe al mérito de otras alegadas prácticas de la **CND** presentadas por PRO-COMPETENCIA, verbigracia, prácticas de fijación de precios de reventa, no es ilegal per se y debe ser analizada por los efectos reales que sobre el mercado de cerveza tiene. Para fundamentar su acusación, la autoridad cita al caso Dr. Milles y John Park, en la cual la práctica de fijación de precios de reventa fue entendida como ilícita por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.”³²⁰

315. Este Consejo Directivo entiende que los precios de reventa aluden a los precios que les son impuestos por los productores de manera directa o indirecta a los distribuidores para que vendan a los consumidores sus productos dentro de un rango de precio específico, este rango puede asumir valores mínimos o máximos. En el derecho de la competencia esto tiene relevancia toda vez que esta actuación crea condiciones propicias para afectar a los consumidores y ser una práctica explotativa.

316. De los datos aportados a lo largo del proceso administrativo sancionador que ocupa nuestra atención, se pudo certificar que los precios de las marcas comercializadas por la **CND** están siendo unilateralmente establecidos por dicha empresa, muy por encima del costo marginal; que, en efecto, el agente económico elimina completamente la transacción entre ésta y sus distribuidores, mediante la fijación del precio de venta al público que genere mayor beneficio conjunto.³²¹

317. La doctrina preponderante ha establecido un concepto que recoge el criterio de este Consejo Directivo sobre la fijación de precios de reventa:

“La sospecha de la Comisión Europea hacia la fijación de precios de reventa alcanza no solo a los precios mínimos, sino también a los precios máximos y

³¹⁸ Ibid, p. 91, párr. 2.

³¹⁹ Ibid, p. 91, párr. 3.

³²⁰ Escrito justificativo de conclusiones de la **CND**, Op. Cit. p. 46.

³²¹ Cfr. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 108

sugeridos ya que los mismos ‘actuarán como punto de referencia para los revendedores y podría ser aplicado en la mayoría o en la totalidad de ellos’, debilitando –así- la competencia. Este riesgo incrementa cuando la participación del mercado del proveedor es importante, ya que los distribuidores preferirían no desviarse ‘de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado.’”³²²

318. Asimismo, la práctica que realiza la **CND** impacta directamente a los consumidores a través de la imposición de precios que podrían producir efectos explotativos. Esta situación, a su vez, reduce el bienestar del consumidor al hacerle pagar más por un bien de lo que pagaría si el precio de este se mantuviera en un nivel competitivo.

319. Dicho lo anterior, el agente económico no ha mostrado la eficiencia económica o el efecto pro competitivo de sus actuaciones, lo que resulta en que el comportamiento de dicho agente económico no encuentre sustento configurándose, por lo tanto, la conducta tipificada en el ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08.

ii. Restricciones a la competencia a través de contratos de exclusividad de promoción

320. Que los llamados contratos de exclusividad de promoción se circunscriben al concepto que este Consejo Directivo ha venido desarrollando a lo largo de la presente resolución respecto a los acuerdos, pero con la particularidad de que estos tienen la finalidad de revender, publicitar y promocionar los productos de un determinado agente económico.

321. Que la importancia de estos contratos y como afectan e impactan los mismos en los agentes económicos es un tema que fue abordado por el Conselho Administrativo De Defesa Económica (CADE) de Brasil, donde en un proceso contra AmBev por prácticas iguales a las imputadas en la actualidad, reconoció lo siguiente:

“Como se ve, en la industria productora de cerveza, para extraer ingresos extraordinaria, la firma necesita ser conocida, y, para ello, se hace imprescindible su divulgación y posterior creación de una imagen diferenciada frente a los consumidores. Las elevadas inversiones en marketing constituyen la principal forma de diferenciación de producto adoptada por la industria de la cerveza. Y de esta forma que las preferencias del consumidor son alteradas haciendo la demanda más inelástica.”³²³

322. Con ocasión a ello, es natural que las empresas suscriban acuerdos de exclusividad de promoción, pero estos deben respetar los parámetros dados nuestro ordenamiento. Sobre ellos, este Consejo Directivo tuvo la oportunidad de revisar los contratos que se describirán a continuación, aportados al proceso por la **CND**, bajo el supuesto de que los mismos se encontraban vigentes:

³²² Vid. Cervio, Guillermo y Ropolo, Esteban, *Ley 25.156 Defensa de la Competencia, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, 2010. P. 217.

³²³ Traducción nuestra. Vid. Brasil, Conselho Administrativo De Defesa Económica (CADE), proceso Administrativo núm. 08012.003805/2004-10-PÚBLICO, 22 de julio de 2009, p. 78, párr. 238.

Cuadro 21. Relación de Contratos con cláusulas de exclusividad de promoción aportados por CND en el marco del procedimiento de investigación.³²⁴

	Persona Moral o Física	Local	Tipo de Establecimiento	Fecha de Suscripción	Vigencia
1	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]		Bar	15/11/2013	2 años
2			Bar	12/1/2013	1 año
3	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]		Restaurante	12/5/2013	1 año
4			Hotel	12/2/2013	1 año
5			Bar	11/15/2013	1 año
6			Bar	10/16/2013	1 año
7			Restaurante	14/10/2017 - <u>14/11/2013</u>	1 año
8			Restaurante	<u>11/11/2013</u> y 21/10/2015	1 año
9			Bar	16/10/2013 - 16/10/2014	1 año
10			Bar	24/10/2013	1 año
11			Bar	11/1/2013	1 año
12			Restaurante	11/6/2017	3 años
13			Restaurante	4/9/2015	5 años
14			Restaurante	29/3/2016	1 año
15			Restaurante	15/02/2016	2 años
16			Bar	15/2/2014	1 año
17			Discoteca	8/5/2014	2 años

³²⁴ Ibid, p. 109-118.

18			29/4/2017	1 año	
19		Restaurante	7/3/2015	2 años	
20		Restaurante	14/10/2015	3 años y 3 meses	
21		Licor	3/1/2015	2 años	
22		Restaurante	08/08/2014 - 21/06/2013	2 años	
23		Hotel	21/5/2015	4 años	
24	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Restaurante	21/9/2015	2 años	
25		Restaurante	7/11/2016	2 años	
26		Bar	15/7/2017	12 meses	
27		Restaurante	23/6/2016	2 años	
28		Restaurante	9/12/2016	2 años	
29		Restaurante	22/2/2017	2 años	
30		Restaurante	28/1/2016 - 30/10/2013	2 años	
31		Bar	19/3/2014	1 año	
32		Restaurante	6/12/2014	2 años	
33		Bar	18/3/2014	1 año	
34		Restaurante	3/10/2014	1 año	
35		Bar	3/7/2014	1 año	
36		Bares y Restaurantes	23/6/2014	3 años	
37				24/ 6/2014 - 18/03/2013	1 año
38				29/7/2014 - 02/07/2013	2 años

39		Restaurante	20/3/2014	1 año
40		Restaurante	01/0132014	1 año
41		Restaurante	1/3/2014	1 año
42		Bar & Lounge	6/3/2014	2 años
43		Restaurante	19/3/2014	1 año
44		Bar	18/3/2017	1 año
45	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Bar	2/7/2014	2 años
46		Drink	13/6/2014	2 años
47		Restaurante	16/5/2014	2 años
48		Drink	20/6/2017	2 años
49		Club	6/13/2014	2 años
50		Bar, Café	28/5/2014	2 años
51		Restaurante	28/5/2014	2 años
52		Bar	28/5/2014	2 años
53		Bar	07/10/2014 - 13/06/2013 - 08/09/2011	2 años
54		Restaurante	18 /7/2014	2 años
55		Restaurante	19/2/2014	1 año
56		Restaurante	18/2/2014	1 año
57		Bar & Lounge	15/2/2014	1 año
58		Restaurante	5/2/2014	2 años
59		Restaurante	4/10/2014	1 año
60		Restaurante	17/3/2014	1 año
61		Restaurante	14/3/2014	1 año

62		Liquor	24/1/2014	1 año
63		Liquor	15/6/2014	2 años
64		Bar & Lounge	29/7/2014 - 02/07/2013	2 años
65		Bar & Lounge	29/7/2014 - 02/07/2013 - 05/10/2010	2 años
66		Restaurante	28/5/2014	2 años
67	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Licor	20/7/2014	2 años
68		Bar & Lounge	29/5/2014	1 año
69		Liquor	20/8/2014 - 12/10/2013	2 años
70		Bar	24/4/2014	2 años
71		Restaurante	16/7/2014	2 años
72		Discoteca	02/08/2014 - 21/05/2013 - 09/02/2011	2 años
73		Bar	12/08/2014 - 14/09/2011	2 años
74		Drink	02/08/2014 - 15/07/2013	2 años
75		Bar	29/7/2014 - 02/07/2013	2 años
76		Bar	20/8/2014 - 07/07/2011 - 20/06/2013	2 años
77		Restaurante	14/3/2014	1 año
78		Bar & Lounge	15/2/2014	1 año
79		Restaurante	28/2/2014	1 año
80		Liquor	15/2/2014	1 año
81		Restaurante	15/3/2014	1 año

82		Restaurante	15/3/2014	1 año
83			3/12/2014	1 año
84		Restaurante	15/3/2014	1 año
85		Restaurante	15/2/2014	1 año
86		Bar	01/052014	1 año
87		Liquor	5/1/2014	1 año
88		Terraza	25/09/2014 - 28/05/2013	2 años
89	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Terraza	15/9/2014	3 años
90			le faltan paginas	2 años
91		Liquor	15/8/2014	2 años
92		Restaurante	7/1/2014	2 años
93		Discoteca	25/9/2014 - 26/08/2013 - 14/11/2011	1 año
94		Drink	08/02/2014 - 02/05/2013	2 años
95		Restaurante	09/02/2014 - 15/07/2013 - 10/03/2011	2 años
96		Liquor	02/09/2014 - 15/07/2013	2 años
97		Liquor	24/10/2014 - 12/04/2013 - 25/05/2011	3 años
98			1/1/2014	2 años
99		Restaurante	15/2/2014	1 año
100		Drink	4/10/2014	1 año
101		Bar & Liquor	8/2/2014	2 años

102		Bar	22/7/2014 - 15/03/2013 - 15/01/2011	2 años
103		Restaurante	27/6/2014 - 27/06/2013	2 años
104		Bar & Lounge	21/8/2014	2 años
105		Bar	22/8/2014 - 25/09/2013 - 25/08/2011 (Furgón Cerveceros)	2 años
106	David Crockett Dominicana	Restaurante	3/1/2014	1 año
107		bar	4/1/2014	1 año
108		Restaurante	4/1/2014	1 año
109		Restaurante	7/2/2014	1 año
110		Bar	15/2/2014	1 año
111		Bar	15/2/2014	1 año
112		Drink	21/2/2014	1 año
113		bar	2/7/2014	1 año
114		Restaurante	2/7/2014	1 año
115		Bar	15/2/2014	1 año
116		Bar	21/2/2014	1 año
117		Restaurante	30/10/2014 - 30/10/2013	2 años
118		Drink	sin fecha, faltan hojas (entregado incompleto)	2 años
119		Liquor	3/7/2014	1 año
120		Bar	27/8/2013	1 año
121		Restaurante	1/11/2013	1 año
122		Drink	4/9/2013	1 año
123		Bar	5/11/2013	1 año
124	Restaurante	3/7/2014	1 año	

[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]

125		Restaurante	20/12/2013	2 años	
126		Restaurante	05/11/2013 - 23/05/2011	1 año	
127		Restaurante	20/12/2013	2 años	
128		Club	02/08/2014 - 02/05/2013 - 05/02/2011	2 años	
129		bar	11/1/2010	1 año	
130		Bar	12/1/2010	1 año	
131	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Restaurante y Bar	15/12/2010	1 año	
132		Bar & Lounge	1/1/2011	1 año	
133		Restaurante y Bar	1/1/2011	1 año	
134		Liquor	1/7/2011	1 año	
135		Restaurante	1/7/2011	1 año	
136		Club	Ilegible / Faltan páginas		
137		Liquor	1/20/2011	2 años	
138		Bar & Lounge	25/1/2011	2 años	
139		Bar	15/2/2011	1 año	
140		Bar	20/2/2011	1 año	
141		Bar	3/5/2011	1 año	
142			Restaurante	3/9/2011	1 año
143			Discoteca	4/1/2011	1 año
144			Bar	4/1/2011	1 año
145				4/1/2011	1 año

146		Restaurante/ Drink	4/1/2011	1 año
147		Restaurante	15/4/2011	1 año
148		Club	5/1/2011	1 año
149		Drink	5/10/2011	1 año
150		Discoteca	5/24/2011	1 año
151		Drink	28/6/2011	1 año
152	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Liquor Sotre	7/1/2011	1 año
153		Restaurante	7/1/2011	1 año
154		Liquor Sotre	01/08/2013 - 21/01/2011	1 año
155		Drink	25/8/2011	2 años
156		Liquor	9/1/2011	1 año
157		Drink	9/1/2011	1 año
158		Drink	10/13/2011	1 año
159		Parque de Diversiones	26/10/2011	1 año
160		Bar & Disco	12/09/2011 - 26/10/2011	1 año
161		Restaurante y Bar	11/1/2011	1 año
162		Bar	25/11/2011	1 año
163		Restaurante	12/10/2011	1 año
164		Liquor Sotre	12/12/2011	1 año
165		Bar/ Restaurante	15/12/2011	1 año
166			Restaurante/Café	16/12/2011

167		Bar & Lounge	20/12/2011	1 año
168		Bar & Disco	15/2/2013	1 año
169		Restaurante	15/2/2013	1 año
170		Bar	15/2/2013 - 01/12/2011	1 año
171		Liquor Store	18/2/2013 - 08/04/2011 - 01/08/2011	1 año
172		Discoteca	13/3/2013	1 año
173	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Restaurante	15/3/2013 - 12/01/2012 - 28/12/2010	1 año
174		bar	4/1/2013	1 año
175		Liquor Store	2/5/2013	1 año
176		Liquor Store	5/2/2013	1 año
177		Bar	03/05/2013 - 01/09/2011	1 año
178		Liquor Store	5/3/2013	1 año
179		Bar	5/7/2013	1 año
180		Drink	13/3/2013 - 30/06/2011	1 año
181		Drink	31/10/2013 - 15/05/2013	1 año
182		Bar	28/5/2013	1 año
183		Liquor Store	6/12/2013	1 año
184		Bar	6/12/2013	1 año
185		Restaurante y bar	6/13/2013	1 año
186		Restaurante	26/6/2013	1 año
187		Bar	27/6/2013	1 año
188		Bar	7/5/2013	1 año
189		Bar	15/7/2013	1 año
190		Bar	24/7/2013	1 año
191		Bar	8/2/2013	1 año

192			8/5/2013	1 año	
193		restaurante	8/5/2013	1 año	
194		Bar	8/21/2013	1 año	
195		Bar/restaurante	22/8/2013	1 año	
196		Restaurante	26/8/2013	1 año	
197		drink	28/8/2013 - 17/03/2011	1 año	
198	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Bar/restaurante	30/9/2013 - 12/09/2011	1 año	
199		restaurante	15/2/2014	2 año	
200		Colmado	3/16/2015		
202		Colmado	1/23/2017		
203		Colmado	1/19/2017		
204		Colmado	1/21/2017		
205		Colmado	1/2/2017		
206		Colmado	1/20/2016		
207		Colmado	3/7/2017		
208		Colmado	1/9/2017		
209				15/06/2017 - Addendum 30/08/2016 - 22/09/2015 - 20/03/2014	24 meses

323. Sobre tales acuerdos, la Dirección Ejecutiva indicó lo siguiente:

- i. En virtud de lo anteriormente expuesto podemos concluir afirmando que: **i)** La publicidad es un elemento indispensable para el desarrollo y posicionamiento de las marcas de cerveza y, en consecuencia, el consumo del producto en los establecimientos *on trade* (venta y consumo in situ) se encuentra fuertemente influenciado por la presencia y exposición de marcas en dichos establecimientos comerciales, la cual se hace por medio de la publicidad y promoción; y **ii)** Las cláusulas de exclusividad de promoción impuestas por **CND** en sus contratos con dichos establecimientos comerciales constituyen una barrera injustificada, que limita o restringe la decisión de un nuevo agente de entrar al mercado y, por otra parte, dificulta la

permanencia de los actuales competidores de **CND**, distorsionado de esta forma la competencia en este mercado.³²⁵

ii. Adicional a los contratos que contienen cláusulas de exclusividad de promoción, reposan en el expediente presentaciones de la fuerza de venta de **CND** donde se puede verificar la intencionalidad de excluir a los competidores mediante pactos de exclusividad de promoción. De hecho, como resultados de dichas estrategias queda plasmado en la presentación “SDG Segmentados – Agosto 2015”, como una fortaleza, lo siguiente: **“94% de los negocios importantes del casco urbano y pueblos firman cartas de exclusividad de promociones y eliminamos accionar de la competencia.”**³²⁶

324. Al revisar dichos acuerdos, este Consejo Directivo se ha podido percatar de cláusulas comunes como las que copiamos a seguidas:

“Primero: Objeto del Contrato. Mediante el presente contrato, EL CLIENTE se compromete y obliga, bajo los términos y condiciones que se estipulan en este acto, a comprar para revender, promocionar y publicitar, los productos fabricados, distribuidos y comercializados por CND en la actualidad y los que pudiera fabricar o comercializar en el futuro.

Segundo: Promoción y Publicidad de los productos. A fin de promocionar y publicitar los productos fabricados, distribuidos y comercializados por CND, EL CLIENTE se obliga y compromete a proporcionar lo siguiente:

1. Exclusividad en actividades promocionales en cervezas, destilados y refrescos.
2. Exclusividad en presencia de materiales promocionales en la parte interior y exterior del negocio.
3. Rotulado de cristal en la parte exterior del negocio.
4. Exclusividad ron de la caca (*sic*) para la preparación de tragos y cocteles con Ron Barceló.”³²⁷

325. Como ha podido comprobar este Consejo se observa, que en otros acuerdos vigentes al momento de la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08, es decir, el 6 de enero 2017, la exclusividad se extiende también a destilados y otros productos de su amplio portafolio, e incluso exigen que en el “menú” solo se incluyan las marcas de CND. En este sentido, podemos citar la siguiente disposición:

“Segundo: Promoción y Publicidad de los productos. A fin de promocionar y publicitar los productos fabricados, distribuidos y comercializados por CND, EL CLIENTE se obliga y compromete a proporcionar lo siguiente:

1. Exclusividad en ventas y actividades promocionales en cervezas.

³²⁵ Informe de instrucción, Op. Cit., p. 120, párr. 409.

³²⁶ Resaltado nuestro. *Cfr.* Documento titulado “SDG Segmentados – agosto 2015”, Folio 4039. Cit. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, 21 de diciembre de 2017, p. 120.

³²⁷ Resaltados nuestros. *Vid.* Informe de la Dirección Ejecutiva, pp. 108-109, párr. 401, citando contrato suscrito por CND y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017] de fecha 5 de agosto de 2014.

2. Exclusividad en presencia de materiales promocionales de las marcas de cervezas en la parte interior y exterior del negocio.
3. Exclusividad en confección y/o insert de menú en el renglón de cervezas previo acuerdo de LAS PARTES.
4. Presencia preferencial en la barra principal del negocio para la implementación de un arte de las marcas de CND pre aprobadas por EL CLIENTE.”³²⁸

326. Además de que la exclusividad se extiende a productos distintos, vemos que la **CND** si bien limita a los clientes por productos existentes, también condiciona la compra para revender, promocionar y publicitar productos que aún no existen, como vimos anteriormente.

327. Esta limitación futura es de extrema preocupación, puesto que implica que en caso de querer conferir a terceros derechos sobre ciertos productos que aún no son parte del portafolio de productos de la **CND**. El alcance de esta cláusula es incierta y abusiva puesto que no se presentan límites temporales (es decir, establecer productos que puedan ser desarrollados en un tiempo cierto) o de productos (limitar la exclusividad a productos particulares).

328. Sumado a esto, es aún más preocupante que una vez el contrato concluya, la CND es quien parecería tener, en la práctica, la decisión si ese cliente puede o no suscribir contratos con otros competidores. En efecto, conforme con las disposiciones contractuales que pudieron ser observadas por este Consejo, se establece que los derechos de la **CND** le deberán ser ofrecidos por el cliente bajo los mismos términos y condiciones o con incrementos a lo cual estos últimos deberán responder dentro de los 60 días posteriores a la oferta. Esta situación deviene en un absurdo y abuso del uso del poder de posición dominante, toda vez que limita en gran medida la capacidad de los clientes de optar por otros productos y crea barreras injustificadas para el acceso de los competidores.

329. Este Consejo Directivo es de opinión que estas cláusulas de exclusividad limitan o restringen la decisión de un nuevo agente de entrar al mercado y dificulta la permanencia de sus actuales competidores, distorsionado de esta forma la competencia en este mercado; que, en consecuencia, esta conducta configura una falta administrativa que debe ser sancionada, acorde con las disposiciones del ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08.

330. Por igual, la **CND** no aportó documentación alguna ni argumentó en momento alguno sobre los posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia económica acorde con el párrafo I del artículo 7 de la Ley núm. 42-08 y, en consecuencia, se configura la conducta tipificada en el ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08;

iii. Restricciones de visibilidad y espacio en góndolas de marcas competidoras

331. En el argot popular y comercial en la República Dominicana se utiliza el término “góndolas” para aludir a la estantería con bandejas superpuestas en la que algunos comercios presentan los

³²⁸ *Resaltados nuestros.* Vid. Los Contratos suscritos por CND y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017] de fechas 11 de noviembre de 2013 y de 20 de octubre de 2015, este último aún vigente citado por la Dirección Ejecutiva en su informe de instrucción, depositado en fecha 21 de diciembre de 2017, p. 109.

productos. Estos espacios son utilizados como un medio de publicidad en los comercios para posicionar productos y para influenciar la compra de los consumidores, quienes muchas veces toman su decisión de compra cuando se trasladan al comercio.

332. La Dirección Ejecutiva ha expuesto que la **CND** restringe la visibilidad y espacios en góndolas de marcas competidoras, conducta también sancionada a través del ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08. Sobre ello, afirma que:

- i. “Otra conducta llevada a cabo por **CND** que podría considerarse violatoria del artículo 6, literal “b” de la Ley 42-08 es la restricción de visibilidad y espacio en góndolas de las marcas competidoras, mediante la exigencia de altos porcentajes de las tramerías disponibles para la comercialización de la cerveza en establecimientos comerciales *off trade* (consumo fuera del establecimiento de venta), como son colmados y supermercados.
- ii. Con las cadenas de supermercados, y conforme consta en 14 contratos suministrados por **CND**, dicha empresa contrata hasta un 90% del espacio en góndolas para la categoría de cervezas, aprovechando además su posición dominante en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza para exigir un alto porcentaje de espacio en góndolas para otros productos de su portafolio.³²⁹
- iii. La intención de **CND** de bloquear su competencia y acaparar los espacios en góndolas queda evidenciada en las mismas presentaciones suministradas por el agente investigado. En su presentación de agosto 2015 titulada “**SDG Segmentados**” se explica el plan para Supermercados Independientes titulado “Plan 4x4”, el cual tiene como objetivo en lo relativo a cervezas “**aumentar share y bloquear competencias**”, además de **mejorar su share de góndola de ron a un 70% del espacio**. Según dicha presentación, se escogieron de los Supermercados Independientes aquellos clientes que representasen el 80% de la facturación de alcohol de **CND**.³³⁰
- iv. La escasez de espacio dificulta la penetración de marcas diferentes de cervezas en los mercados, constituyendo una barrera de entrada injustificada para competidores potenciales, así como una limitación a los competidores que participan en el mercado³³¹.
- v. El tema del espacio en góndolas es esencial para las empresas que desean comercializar sus productos. Las estrategias de mercadeo de productos de consumo se han enfocado tradicionalmente en realizar fuertes campañas publicitarias para lograr que los consumidores se dirijan a las tiendas a comprar. Pero, una vez en la tienda, al encontrarse ante variadas opciones del mismo producto que desea adquirir, **¿qué es lo que garantiza que la decisión de compra no se desvíe?** Solo las promociones en el punto de venta llegan a los consumidores en el momento en que están tomando en realidad las decisiones de compra. Al respecto, diversos estudios sugieren, que **el 70% de las decisiones de compra se realizan en el punto de venta**.³³²

333. Que, en ese orden de ideas, la Dirección Ejecutiva recibió de la **CND** un grupo de contratos con respecto a los espacios en góndolas, en el entendido que estos se hallaban vigentes, a saber:

³²⁹ Ibid, p. 121, párr. 414.

³³⁰ Documento titulado “SDG Segmentados Agosto 2015 – Plan 4 x 4”. Vid. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 125.

³³¹ Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 126, párr. 425.

³³² López, Iván, *El poder de la góndola*, Periódico Dinero, Edición del 26 de marzo del 2010. Disponible en <http://www.dinero.com/edicion-impresa/mercadeo/articulo/el-poder-gondola/93139>. Cit. Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 126.

Cuadro 22. Relación de Contratos con cláusulas relativas a reserva de espacio en góndolas aportados por CND en el marco del procedimiento de investigación³³³

CONTRATOS CON CLÁUSULAS RESERVA DE ESPACIO EN GÓNDOLAS						
	Persona moral o física	Local	Tipo de Establecimiento	Fecha de Suscripción	Vigencia	
1	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]		Supermercado	9/12/2014	2 años	
2			Supermercado	9/12/2014	2 años	
3			Licor	18/4/2013	2 años	
4			Supermercado	6/27/2016	1 año	
5			Supermercado	8/1/2013	2 años	
6			Supermercado	8/1/2013	1 año y 5 meses	
7			Supermercado	5/29/2015	2 años	
8			Supermercado	1/1/2013	2 años	
9			Supermercado	8/10/2016	1 año y 5 meses	
10			Supermercado	8/1/2013	17 meses	
11			Supermercado	01/07/2010 - Addendum 01/11/2011	1 año y 5 meses	
12			Supermercado	14/1/2013	12 meses	
13			Supermercado	8/1/2016	1 año y 5 meses	
14			Supermercado	8/1/2013	18 meses	
15			[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	Supermercado	8/1/2013	18 meses
16				Supermercado	8/1/2013	18 meses
17				Supermercado	8/1/2013	18 meses
18				Supermercado	8/1/2013	18 meses
19				Supermercado	20/11/2015	1 año

334. En respuesta esta imputación, la **CND** indica lo siguiente:

- i. “Conforme lo que ya fue expuesto por **CND** en otras oportunidades, la adquisición de espacios en góndolas solamente puede ser considerada irregular en el caso en que el porcentaje de espacio reservado sea mayor que fair share [distribución o cuota equitativa] detentado por la empresa en el mercado relevante en que actúa. Es decir, el porcentaje de espacio destinado a la comercialización de los productos de la empresa debe guardar una correlación directa con su respectivo market share [cuota de mercado]. Por lo tanto, no hay irregularidades”³³⁴.
- ii. “Contrario a lo que afirma **PROCOMPETENCIA**, la simple indicación de la participación de mercado detentada por **CND** no es un elemento suficiente para que se configure la existencia de un efecto anticompetitivo en el mercado. Además de una verificación del fair share [distribución o cuota equitativa] que realiza un agente económico al momento de hacer exposición de sus productos, es necesario que se verifique, de modo objetivo, si en la realidad, sus competidores son impedidos de acceder a los mismos espacios en dichos canales de comercialización”³³⁵.
- iii. “**PROCOMPETENCIA** no presenta ninguna evidencia concreta que permita identificar la existencia de una restricción injustificada a la posibilidad de competencia en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, como consecuencia de la actuación de **CND**. De hecho, en todos los acuerdos citados, la reserva de espacio en góndolas es realizada a un nivel significativamente inferior al fair share [distribución o cuota equitativa] de **CND** en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza”³³⁶.
- iv. “Dicho de manera más directa, los efectos perjudiciales de tal estrategia solamente son verificados en el caso de que un determinado agente económico pueda adquirir espacios en estanterías y góndolas superiores a su efectiva cuota de mercado. En este caso la exposición de tales productos a niveles superiores de ese market share [cuota de mercado]. limitaría el espacio en góndolas a productos de competidores de manera desproporcional al volumen comúnmente vendido por el player [vendedor] supuestamente dominando, disminuyendo la posibilidad de decisión de los consumidores, al mismo tiempo en que incrementa la exposición de sus productos, con potenciales efectos de cierre de mercado”³³⁷.
- v. “De ese modo, se verifica que la reserva de espacios de góndolas por **CND** ocurre en pleno acuerdo con la legislación vigente y no implica efecto de cierre alguno del mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza a sus competidores. Los porcentajes destinados a la exposición de productos de la empresa están de conformidad con su fair share [distribución o cuota equitativa] del mercado, por lo que resulta imposible alegar algún tipo de abuso o irregularidad en la práctica comercial de **CND**.”³³⁸

335. Que el agente económico ha pretendido justificar que tiene un “*fair share*” (distribución o cuota equitativa) en el espacio de las góndolas, ya que este responde al porcentaje de participación que tiene en el mercado relevante de referencia (“*market share*”), cuando la realidad es que este Consejo Directivo ha podido verificar que ese porcentaje asignado responde a estrategias comerciales para suprimir la competencia y para que le sean asignados espacios en específicos por parte de los clientes, quienes incluso reciben sugerencias de precios.

³³⁴ Ibid, p. 98, párr. 3.

³³⁵ Ibid, p. 99, párr. 1.

³³⁶ Ibid, párr. 3.

³³⁷ Ibid, p. 99, párrafo *infine*.

³³⁸ Ibid, p. 101, párr. 3.

336. Que no podemos hablar de distribución o cuota equitativa cuando la forma de adquirir este posicionamiento por parte **CND** es mediante maniobras que contradicen las disposiciones de la Ley núm. 42-08 y tienen por consecuencia el bloqueo de la competencia, limitando los espacios que pudiesen ser asignados por méritos legales y que generen eficiencias en el mercado sin afectar a todos los agentes que concurren en el mismo.

337. Ante este escenario, podemos evaluar si esta decisión de la CND tiene sentido económico. En tal sentido nos preguntamos: ¿Tendría sentido económico esta conducta si no tendiera a eliminar o reducir la competencia? Si consideramos que la **CND** domina casi la totalidad del mercado -98.37%, se podría considerar, como argumenta, que debe tener el 98.37% de los espacios en tramerías o góndolas.

338. Sin embargo, conforme con lo que fue demostrado ante este Consejo y visualizado en el plan para Supermercados Independientes titulado “Plan 4x4”, presentado también por el propio agente económico, es que la exigencia de altos porcentajes de las tramerías no se justifica en el *fair share* ya que la CND aprovecha su posición de dominio para exigir también un alto porcentaje de espacio en góndolas para otros productos de su portafolio, el cual tiene como objetivo en lo relativo a cervezas “aumentar share y bloquear competencias”, además de mejorar su *share* [cuota] de góndola de ron a un 70% del espacio.

339. Este Consejo Directivo pudo comprobar que la **CND** exige altos porcentajes en estas estanterías disponibles para la comercialización de la cerveza en establecimientos comerciales *off trade* [consumo fuera del establecimiento de venta], como son colmados y supermercados. Asimismo, con las cadenas de supermercados, el agente económico contrata hasta un 90% del espacio para la categoría de cervezas y exige un alto porcentaje de espacio para otros productos de su portafolio, lo que se constituye en una auténtica barrera física a la entrada de otros competidores.

340. En tal sentido, la escasez de espacio que causa la **CND**, dificulta la penetración de marcas diferentes de cervezas en los mercados, constituyendo una barrera de entrada injustificada y, sin duda, afecta la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios a otros agentes económicos, reduciendo el número de competidores o el grado de rivalidad con respecto al nivel que se observaría en un mercado competitivo.

341. Sumado a lo anterior, para atar aún más a los clientes que proveen estos espacios, se observa que en las cláusulas de terminación, se establece una penalidad consistente en lo siguiente:

“un cincuenta por ciento (50%) de los montos y/o incentivos establecidos en el Artículo Tercero (3ro) y una proporción del dinero pagado o por pagar y/o los incentivos otorgados, por cada mes del contrato que falte por transcurrir, calculados entre la fecha de rescisión anticipada y la fecha de terminación del mismo prevista inicialmente por las PARTES. Todo ello sin perjuicio de las

indemnizaciones que pudieran resultar (sic) de la inobservancia de lo establecido en el presente contrato.”³³⁹

342. En este sentido, al contratarse tal alto porcentaje de góndolas y, a su vez, establecer una penalidad tan alta, desincentiva la contratación de productos de otros competidores; que, en efecto, es poco probable con los demás competidores encuentren espacio para poder participar en el mercado en las mismas condiciones que la **CND**. Esta barrera, creada por la acción del agente económico, además de reforzar su dominio en el mercado, constituyen verdaderos supuestos de abuso anticompetitivo.

343. Así las cosas, al considerarse la escasez de espacio existente, se verifica que la **CND** bloquea su competencia y acapara los espacios en góndolas, lo que crea grandes dificultades o imposibilita la penetración de marcas diferentes de cervezas en los mercados. Tal actuación se constituye, sin más, en una barrera de entrada injustificada para competidores potenciales, que configura la conducta descrita en el ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08.

344. Que ciertamente el poco espacio que existe en la mayoría de los comercios hace que esta disposición constituya una restricción pues, por la misma naturaleza del mercado, hace que pocos sean los competidores que puedan introducirse de manera igualitaria, más aún si la **CND** restringe la entrada de los mismos mediante la introducción de cláusulas restrictivas para la utilización de las góndolas.

345. Que en ese mismo sentido vemos que se establecen en algunos contratos disposiciones referentes al espacio destinado en ciertos establecimientos comerciales para promocionar y publicitar sus productos:

“Segundo: Ventas, promoción y publicidad de los productos. A fin de vender y publicitar los productos fabricados, distribuidos y comercializados por CND, el cliente se compromete a proporcionar lo siguiente: 1) Share de góndolas de cervezas > = 90%, 2) Share de góndolas de refrescos >= 50%, 3) Share de góndolas de malta >= 80%, 4) Share de góndola de ron >= 70% , 5) Exclusividad en imagen y promoción y cervezas, 6) Cumplimiento del planograma de cerveza.”³⁴⁰

346. Resulta imprescindible que las empresas que quieran introducirse al mercado y comercializar de manera eficiente sus productos tengan acceso igualitario a promocionar y posicionar sus mercancías en las góndolas y en las tramerías [estanterías], pues en un escenario contrario es evidente que el agente con mayor posicionamiento del mercado y con mayor publicidad será el que tenga mayor ventaja y acapare la preferencia de los consumidores.

347. Junto a ello, acorde con la citada disposición del párrafo I del artículo 7 de la Ley núm. 42-08, la **CND** tuvo la oportunidad de demostrar los posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia

³³⁹ Vid. Contrato suscrito entre la CND y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], de fecha 2 de septiembre de 2014.

³⁴⁰ Vid. Contrato de comercialización suscrito entre CND y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], S.A., de fecha 12 de septiembre de 2014.

económica que justifiquen su comportamiento, sobre lo cual alegaron el *fair share*; sin embargo en ese sentido no se pudo comprobar el mismo, toda vez que la **CND** no presentó datos e informaciones que justificasen ante este órgano que su actuación tenía un sentido económico o que respondía a una conducta dentro de los parámetros de la competencia,

348. Que al agente económico pretender aludir que el reparto de las góndolas es justo cuando sus actuaciones crean límites al mismo es una tesis que no ha podido ser comprobada por este Consejo Directivo y por ende amerita que dicha conducta sea

iv. Sobre las restricciones a la competencia derivadas de la colocación de neveras, refrigeradores o freezers

349. Los refrigeradores son aparatos eléctricos que sirven para mantener la calidad de las cervezas y su temperatura, por lo que son un componente fundamental para brindar un producto que satisfaga la necesidad de los consumidores y, muy especialmente, en los negocios (canal HORECADI) donde representan un punto crucial para el éxito de los negocios y el posicionamiento de los proveedores; que en este canal conformado por hoteles, restaurantes, bares, cafeterías (colmados) y discotecas, utilizan los refrigeradores (freezers) para colocar los productos objeto de investigación en este proceso.

350. En tal sentido, la Dirección Ejecutiva en su Informe de Instrucción expuso dentro de las conductas que tipifican el abuso de posición dominante por violaciones al literal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, la colocación de refrigeradores (conocidos comúnmente como “freezers”) en comercios por parte de la **CND**, lo cual tenía como consecuencia la limitación de otros competidores de equipararse a las mismas condiciones, ya sea por un tema vinculado directamente al producto (como su poca demanda), o por estar impedido el comercio de introducir en las neveras otros productos que difieran de los del agente económico.

351. Así las cosas, la Dirección Ejecutiva expuso que “como es sabido, **CND** posee un sinnúmero de refrigeradores señalizados en los distintos puntos de venta, los cuales son entregados con la restricción de no colocar ningún producto que no pertenezca al catálogo de productos de esa empresa”³⁴¹, lo cual justificó en los siguientes hechos:

- i. Es importante especificar que el otorgamiento de una nevera se considera como una barrera de entrada en los establecimientos donde no existe espacio para colocar otro equipo que les facilite otro proveedor.³⁴²
- ii. Conforme puede apreciarse en el documento denominado “**Formulario Negociación Colmado 2.0**”, a cambio de ciertos beneficios, entre ellos, la entrega de congeladores de cervezas, se le exige a la contraparte: “1. Cumplir con el precio sugerido de todos los productos de **CND**; 2. Otorgar una participación de 50% mínimo en las tramerías de ron;

³⁴¹ Informe de instrucción de la Dirección Ejecutiva, p. 127, párr. 429.

³⁴² A nivel internacional, las agencias de competencia han dispuesto que agentes económicos no incluyen o pacten en cualquier forma, cláusulas de exclusividades con sus clientes respecto al uso del equipo frío, principalmente en aquellos locales donde no existe espacio para colocar otro equipo de refrigeración. *Vid.* Ibid, p. 127, párr. 430.

3. No invasión de la tramería de ron de **CND**; 4. Exclusividad de imagen y promociones en las categorías de bebidas; 5. Preferencia refrescos de sabores, maltas y energizantes; 6. Usar el equipo de frío solo para enfriar los productos de **CND**”, entre otros³⁴³.
- iii. Durante las entrevistas realizadas a colmados, cuando se les preguntó la disponibilidad de espacio para poder tener más de un refrigerador, la mayoría explicó tener poco espacio para albergar más de uno, además del consumo de energía eléctrica que debe ser solventado por el establecimiento. Dicho esto, es entendible la estrategia de **CND** de abarcar la mayoría de los colmados con refrigeradores, ya que el producto en cuestión requiere refrigeración para su consumo in situ.³⁴⁴
- iv. En este sentido, al cierre de octubre noviembre de 2015, conforme la presentación titulada “SDG Precios”²⁷⁴ suministrada por **CND**, se habían instalado 846 nuevos refrigeradores, de los cuales 454 fueron en colmados. En dicha presentación se menciona la “invasión” de refrigeradores, lo que luego de las investigaciones se concluyó que se refiere a la acción de introducir productos ajenos al portafolio de **CND** dentro de sus refrigeradores. **CND** inclusive estableció, en su herramienta de “Mystery Shopper”, la opción de que los empleados reporten “Neveras Invasadas.”³⁴⁵

352. Por su parte, la **CND** indica que los refrigeradores o neveras que son cedidos a sus clientes son una estrategia destinada a mejorar la calidad del servicio, y a promover sus marcas en un ambiente de competencia; que, en tal sentido:

- i. “La cesión de neveras en préstamo a puntos de venta es una práctica comercial legítima que no produce efectos perjudiciales a la competencia en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza. **CND** utiliza ese recurso como forma de beneficiar al punto de venta cesionario, permitiendo al consumidor adquirir sus productos a una temperatura adecuada para consumo. Así, se trata de una estrategia destinada a mejorar la experiencia de consumo de sus productos. De hecho, la cesión de neveras en establecimientos comerciales es una práctica usual dentro del mercado y, por demás, promovida siempre por toda empresa que ofrece productos”³⁴⁶.
- ii. “En efecto, en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza es habitual que los fabricantes ofrezcan neveras a los puntos de venta como una forma de promover sus respectivas marcas, asegurando de esa manera la exposición de sus productos a los consumidores en general. Ahora bien, esas exigencias de exclusividad en la disposición de productos dentro de dicha nevera -que tiene justificación económica- no tiene por objeto la exclusión de competidores del mercado, dado que, como ha señalado la autoridad de defensa de la competencia en Brasil, es absolutamente regular la exigencia de exclusividad de exposición de sus productos dentro de la nevera cedida por la empresa. Mas porque la exigencia de exclusividad no se extiende al establecimiento, sino solamente a la nevera cedida por la **CND**. Por consecuencia, los otros competidores no están impedidos de comercializar sus productos por medio de tales puntos de venta”³⁴⁷.
- iii. “A través de un análisis extremadamente limitado, **PRO-COMPETENCIA** afirma que la cesión de neveras por parte de **CND** supuestamente tendría efectos de cierre de mercado. Esto es falso; bastaría realizar un levantamiento de los datos de mercado, de lo cual se

³⁴³ Ibid, p. 128, párr. 435.

³⁴⁴ Ibid, p. 127, párr. 431.

³⁴⁵ Ibid, párr. 432

³⁴⁶ Ibid, p. 92-93

³⁴⁷ Ibid, p. 93, párr. 1.

puede comprobar que no existe ninguna irritación a la competencia como consecuencia de la cesión de neveras que realiza la **CND**”³⁴⁸.

- iv. “Actualmente, el porcentaje de puntos de venta que tienen neveras de la **CND** es tan solo de un 4% y, de los establecimientos consultados, 44% tienen neveras propias. El dato más relevante de este análisis es que el 53% de los establecimientos tienen más de una nevera, siendo al menos una propiedad del punto de venta y, al menos, una más cedida por una de las cervecerías activas en el mercado. El quid del asunto reside en que del 53% de los establecimientos que tienen neveras cedidas, solo un 4% tienen neveras de la **CND**, el resto es de la competencia.”³⁴⁹
- v. “De todo lo expuesto se puede determinar que la exigencia de exclusividad de la **CND**, a fin de que sus neveras sean utilizadas únicamente para exhibir sus marcas, es una práctica comercial legítima y dotada de racionalidad económica, que, sobre todo, produce efectos favorables para el consumidor final. Además de que los datos recolectados demuestran que esta práctica comercial se circunscribe a un número muy reducido de establecimientos, cuestión que, de por sí, evapora cualquier tipo de argumento sobre la existencia de limitaciones impuesta por la **CND** para el acceso al mercado.”³⁵⁰
- vi. “Considerando lo anterior, queda claro que **PROCOMPETENCIA** no cumplió con su carga probatoria y que los datos supuestamente colectados son insuficientes para demostrar la existencia de un efecto de cierre de mercado, así como perjuicios a la competencia en el mercado dominicano de cerveza como consecuencia de la cesión de neveras por parte de **CND**.”³⁵¹

353. Pese a que esta situación no fue retenida por la Dirección Ejecutiva durante el proceso, es importante resaltar el tema debido a que, en la audiencia de presentación de pruebas de fecha 18 de abril de 2018, uno de los testigos presentados por la **CND** expuso y reconoció ciertos comportamientos que pueden ser consideradas anticompetitivos; que, en efecto, el tema de los refrigeradores y su facilitación a los distribuidores de cerveza es una realidad que marca una línea de discriminación entre competidores y cierre del mercado, establecido mediante disposiciones contractuales de exclusividad de uso por el agente económico que posee dominancia.

354. En efecto, según se extrae del acta de audiencia de presentación de pruebas de la referida audiencia, se indicó lo siguiente:

“[Abogado de la **CND**]: En ese último aspecto, Sr. [Testigo]: entonces, ¿Se pudiera resaltar que influye mucho el tema del producto para llegar a esas condiciones?”

Testigo: Sr. [Testigo]: Influye por supuesto, la demanda del producto es vital, ahora puede darse el caso de que tu vayas, yo le puedo colocar mi producto ahí, una exhibición y si el producto no tiene la rotación que el colmadero que entiende que le va a permitir tener una rentabilidad, te dice yo te puedo comprar media caja para tenerlo, pero no te puedo colocar una nevera porque me va a consumir energía, me va a consumir tal cosa, y yo no puedo tener un inventario de un producto que no tenga rotación que se requiere, es un asunto muy íntimo en la

³⁴⁸ Ibid, párr. 3.

³⁴⁹ Ibid, p. 93-94.

³⁵⁰ Ibid, p. 97, párr. 3.

³⁵¹ Ibid, párr. 4.

convicción de cada propietario de colmado y de cada sector en que el colmado este ubicado porque los gustos y los consumos varían mucho dependiendo el tipo de lugar donde este establecido el negocio.”³⁵²

355. Ante lo expuesto, este Consejo Directivo no puede pasar inadvertidas las actuaciones realizadas por el agente económico investigado, debido a que esta imposición produce que los demás agentes económicos se vean impedidos de exponer sus productos en las mismas condiciones que la **CND**, lo que se traduce en un efecto anticompetitivo.

356. Ciertamente con esta situación se crea una problemática con matices anticompetitivos debido a que los comerciantes reciben refrigeradores (freezers) por parte de la **CND** sin costo alguno, con la condición de que en ellos no se coloque productos de un competidor, sin importar que sea referente a bebidas alcohólicas; que no existen condiciones económicas o financieras que justifiquen esta medida de entrega de refrigeradores sin costo alguno, tales como rotación de ventas, distancias lejanas, descuento paulatino del valor del equipo, entre otras.

357. Cuando analizamos este escenario en los pequeños establecimientos, es poco probable que sea rentable comprar otro refrigerador para colocar productos de un competidor, cuando la venta de estos productos es mínima en comparación a los productos de la **CND** y, por tanto, el espacio que ocuparía dentro de los refrigeradores (freezers), el resultado de sus ventas no genera incentivo alguno en el comerciante en comprar otro freezer o no hay espacio físico para colocar otro equipo igual.

358. Ante la disyuntiva de tener el producto de mayor venta en el mercado -y cumplir con la condición de exclusividad impuestas por la **CND** para ello- o, por otro lado, permitir la entrada al producto de otro competidor -cuyas ventas no serán representativas a su comercio- el comerciante que tiene ya el refrigerador (freezer) de este agente económico, tampoco tendrá incentivo alguno de vender productos distintos a los de la **CND**.

359. Por otra parte, en el caso de comercios con un espacio físico limitado, con dificultad o imposibilidad de tener más de un refrigerador (freezer), es lógico pensar que tales equipos constituyen una barrera de entrada para los competidores y representan un abuso de posición dominante. Ejemplo de esto es el caso de *The Coca-Cola Company y Embotelladora Panamco Tica, S.A. vs PepsiCo Inc, Pepsi-Cola Interamericana de Guatemala, S.A. y Pepsi-Cola Manufacturing Company of Uruguay S.R.L., 2004*, decidido por la Comisión para Promover la Competencia de Costa Rica, la cual indicó lo siguiente:

“Al respecto, se determinó en la instrucción de este caso que existen establecimientos comerciales como sodas, abastecedores o pulperías, en los cuales, por no disponer de espacio, no resulta viable introducir cámaras para otros productos. (Folios 6285,6289). En un sentido similar, del estudio de la Unidad de Estudios Económicos del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, se concluyó en relación con los establecimientos que venden exclusivamente productos de la marca Coca Cola, que de esos establecimientos exclusivos

³⁵² Vid. Consejo Directivo, Acta de audiencia de 18 de abril de 2018, p. 15

de los productos de esta marca (es decir, el 53,93%) un 4,35 % lo son en virtud de que no tienen suficiente espacio como para ubicar más cámaras o más productos. (Folio 2229) Respecto a estos casos, la condición de exclusividad en el uso del equipo frío sí constituye una barrera de entrada para los competidores.

De esta manera, la condición de exclusividad del equipo de enfriamiento de la Embotelladora Panamco Tica S.A. resulta razonable y legalmente posible, únicamente cuando hay espacio para colocar otro equipo de enfriamiento para productos competidores. En las situaciones descritas en que el espacio no permita tener otro equipo de enfriamiento, la Embotelladora Panamco Tica S.A. debe permitir que se coloquen productos de sus competidores, ya que de lo contrario se estaría impidiendo la competencia intermarca.”³⁵³

360. De igual forma, en el caso *Van den Bergh Foods, filial de Unilever*, la Comisión Europea condenó a dicho agente económico por la misma práctica, a saber:

“Van den Bergh Foods, filial de Unilever, tiene una cuota en el mercado irlandés de los helados superior al 85%. La empresa cuenta con una muy amplia red de arcones refrigeradores que pone gratuitamente a disposición de los minoristas, siempre y cuando estos guarden en ellos únicamente productos Unilever. La investigación de la Comisión reveló que la condición de exclusividad ligada al suministro de estos arcones refrigeradores constituía, en el contexto específico del mercado irlandés, una verdadera barrera de entrada para los competidores de Unilever. En efecto, habida cuenta de la actitud de los minoristas irlandeses de no sustituir los arcones refrigeradores colocados por Unilever ni añadir nuevos arcones de otras empresas, en el 40% de los comercios minoristas irlandeses solo se ofrecían al consumidor los productos de Unilever. Debido a su posición dominante en este mercado, la empresa estaba en condiciones de incitar a los minoristas a suscribir con ella contratos de exclusividad.”³⁵⁴

361. Sumado a lo anterior, una situación como esta constituye una barrera de entrada al mercado para los demás competidores quienes, al no poder equipararse a las condiciones y facilidades dadas con la colocación de los refrigeradores por no poder otorgar los mismos beneficios que la **CND** para ese comerciante, se genera una posición preponderante que tienen los productos de este agente económico, lo cual utiliza para el posicionamiento de otros productos de su cartera.

362. Este Consejo Directivo expone su preocupación por el efecto negativo a la competencia que esta práctica ha podido producir en el mercado y pudiera seguir generando, perjudicando a los competidores que no se encuentran en la misma posición de ventaja que ostenta la **CND** en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza y a los consumidores que se ven limitados o impedidos en adquirir o, incluso, en conocer otro producto ante las declaradas

³⁵³ Vid. Costa Rica, Comisión para Promover la Competencia de Costa Rica, *The Coca-Cola Company y Embotelladora Panamco Tica, S.A. vs PepsiCo Inc., Pepsi-Cola Interamericana de Guatemala, S.A. y Pepsi-Cola Manufacturing Company of Uruguay S.R.L.*, 2004, Expediente D-007-01.

³⁵⁴ Vid. Comisión Europea, XXVIII INFORME SOBRE LA POLITICA DE COMPETENCIA – SEC (99) 743 FINAL, 1998, p. 42. Disponible en: <https://eubookshop.files.wordpress.com/2012/07/xxviii-informe-de-la-polc3adtica-de-competencia-de-la-unic3b3n-europea1.pdf>

restricciones impuestas en los comercios donde acuden, limitando las opciones de elección de los consumidores.

363. Estas limitaciones impuestas -y reconocidas expresamente por sus testigos- en materia de refrigeradores (freezers) por la **CND**, empresa con posición dominante no son simplemente la expresión de una oferta particularmente favorable en el mercado, sino que generan un efecto de exclusión. En virtud de todo lo anterior, se comprueba que la **CND** no presentó justificación económica racional u objetiva alguna que convalide dicha actuación.

c. Venta o transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero

364. Los contratos de patrocinios con acuerdos por medio de los que un agente económico ofrece algún beneficio a cambio de promocionar y publicitar sus productos durante la realización de eventos de diversas naturalezas; que los mismos son medios de difusión y promoción que suele llegar a grandes masas y sirve para insertar y potencializar productos y servicios en los mercados.

365. Sobre este asunto, la Dirección Ejecutiva considera que la **CND** ha violentado el literal d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, el cual se refiere a la “venta o transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero”, por las siguientes razones:

- i. “El literal “d” del artículo 6 de la Ley 42-08 prohíbe la “la venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero”. Los contratos de patrocinio, por ejemplo, son una transacción mediante la cual un agente económico otorga una prestación económica en metal o en productos o servicios a los fines de facilitar la realización de un evento, deportivo, cultural, entre otros.³⁵⁵
- ii. Dentro de dichos acuerdos de patrocinio, es común que, en contraprestación a la ayuda monetaria, el evento colabore con la publicidad de los productos del agente económico patrocinador. Esta Dirección Ejecutiva reconoce que **CND** ha sido históricamente un asiduo patrocinador de distintos eventos a nivel nacional, sin embargo, en algunas ocasiones, dichos patrocinios pueden constituir una barrera injustificada a la promoción de marcas competidoras de la amplia gama de productos de **CND**, como expondremos más adelante.³⁵⁶
- iii. En respuesta a los requerimientos de información de esta Dirección Ejecutiva, **CND** depositó 106 contratos de patrocinio en los que exige exclusividad de promoción para las marcas que produce y/o distribuye. De la lectura y el análisis de los mismos es menester distinguir aquellos que, por su naturaleza, justifican la exigencia pactada, y otros en los que, por sus características y duración, constituyen barreras injustificadas a la entrada o permanencia de agentes económicos competidores afectando la libertad de empresa y negociación de los agentes económicos patrocinados por **CND**.³⁵⁷

³⁵⁵ Ibid, p. 133, párr. 460.

³⁵⁶ Ibid, párr. 462.

³⁵⁷ Ibid, párr. 463.

- iv. Adicionalmente se pudo verificar que cuando **CND** patrocina cualquier tipo de eventos con uno o varios de los productos de su catálogo, extiende la exclusividad de patrocinio a todos los demás productos de su portafolio, mediante el establecimiento de una obligación a cargo de la parte patrocinada de no promocionar ni “permitir que se promocionen, anuncien ni vendan productos que representen una competencia directa o indirecta de los de **CND** y las marcas que ésta fábrica, distribuye y comercializa, en el (los) lugar (es) donde se celebre (n) el (los) evento (s) descrito (s) anteriormente, así como tampoco aceptar ningún tipo de promoción o publicidad de parte de empresas o marcas que sean competencia directa o indirecta de las marcas que **CND** fabrica, distribuye y comercializa.”³⁵⁸
- v. En virtud de dicha cláusula, **CND** bloquea los co-patrocinios de agentes económicos competidores. Un ejemplo de esto, es un hecho presentado por [CONFIDENCIAL], que depositó ante esta Dirección Ejecutiva copia de una comunicación donde un organizador de fiestas patronales de la región Este del país rechazó el co-patrocinio de su marca [CONFIDENCIAL], atendiendo las exigencias de **CND** de no aceptar co-patrocinio de competidores.”³⁵⁹

366. Que, en ese orden de ideas, la Dirección Ejecutiva presentó en el Informe de Instrucción una relación de los contratos de patrocinio suscritos por la **CND**, reputados o admitidos como vigentes según lo establecido anteriormente, como prueba de la tipificación de la conducta antijurídica del literal “d” del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, a saber:

Cuadro 23. Relación de Contratos de patrocinio aportados por **CND** en el marco del procedimiento de investigación.³⁶⁰

	Persona moral o física	EVENTO	Fecha de Suscripción
1	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]		1/4/2011
2			2/26/2016
3			7/19/2016
4			8/5/2016
5			6/6/2016
6			12/23/2015
7			10/6/2016
8			2/11/2016

³⁵⁸ Vid. Contrato suscrito por la **CND** y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], suscrito en fecha 19 de julio de 2016, Folios 5703 al 5709, citado por la Dirección Ejecutiva en su Informe de instrucción, p. 140.

³⁵⁹ Ibid, p. 140, párr. 475.

³⁶⁰ Ibid, p.133-137.

9		15/3/2016
10		17/3/2016
11		12/2/2016
12		10/5/2016
13		12/2/2016
14		11/4/2016
15		14/03/2016
16		28/1/2016
17		14/10/2016
18		18/7/2016
19		7/4/2016
20		25/6/2017
21		Le falta una hoja
22		6/6/2016
23		13/10/2016
24		10/8/2016
25		3/1/2017
26		29/2/2016
27		9/2/2016
28		27/7/2016
29		28/1/2016
30		16/3/2016

31		29/3/2016
32		27/7/2016
33		26/4/2016
34		28/1/2016
35		9/6/2016
36		22/7/2016
37		22/3/2016
38		20/1/2016
39		19/1/2016
40		30/6/2016
41		9/2/2015
42		9/2/2015
43		26/2/2016
44		3/10/2016
45		11/3/2016
46		10/5/2016
47		15/2/2016
48		24/5/2016
49		14/6/2016
50		20/10/2015
51		Le falta una Hoja
52		30/5/2016
53		19/2/2016
54		12/3/2016
55		17/11/2015

56		31/10/2015
57		22/12/2015
58	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	19/2/2015
59		18/12/2015
60		21/12/2015
61		4/2/2015
62		21/6/2016
63		8/1/2016
64		8/1/2016
65		5/1/2016
66		14/6/2016
67		6/6/2016
68		5/1/2016
69		14/6/2016
70		27/6/2016
71		2/6/2016
72		5/1/2016
73		1/7/2016
74		9/6/2016
75		23/5/2016
76		7/1/2016
77		15/6/2016
78	2/6/2016	
79	7/3/2016	
80	29/8/2016	
81	29/8/2016	
82	21/4/2016	
83	14/6/2016	
84	26/8/2016	

85	[CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017]	6/7/2016
86		11/1/2016
87		15/7/2016
88		15/7/2016
89		10/3/2016
90		21/4/2016
91		21/4/2016
92		12/10/2016
93		23/8/2016
94		12/10/2016
95		4/7/2016
96		30/6/2016
97		19/7/2016
98		7/6/2016
99		Contrato 26/12/2016 y Addendum 26/1/2017
100		1/2/2016
101	3/2/2016 Y 6/1/2017	
102	29/2/2016	
103	5/1/2016 Y 24/1/2017	
104	8/12/2014	
105	3/5/2016	
106	3/10/2016	

367. Por su parte, el agente económico investigado expuso lo siguiente:

- i. “El patrocinio de eventos por empresas ocurre por medio de la realización de pagos al responsable por la organización del evento, como forma de posibilitar su realización. En ese contexto, la exigencia de exclusividad en la exposición de marcas y la

comercialización de productos de la empresa patrocinadora durante el periodo de duración del evento es justificable frente a las inversiones directas realizadas en el evento en cuestión.”³⁶¹

- ii. “Bajo esa perspectiva, no se puede decir que **CND** impondría restricciones injustificadas a la competencia al demandar exclusividad de provisión de sus productos en eventos patrocinados. Además, como ejemplo de los otros casos apuntados arriba, cabe señalar que la muestra presentada por **PRO-COMPETENCIA** no permite afirmar que hay de facto un efecto de cierre de mercado como consecuencia de la política de patrocinio de eventos por **CND**.”³⁶²
- iii. “La solvencia económica o patrocinios se realizan con la finalidad de asociar una determinada marca con un específico evento, a fin de que sea identificado por los espectadores. Tanto así que, de no haber una relación de exclusividad, tal estrategia no produce el resultado esperado, por el cual se realiza el patrocinio.”³⁶³
- iv. “Más aun, los eventos patrocinados tienen carácter temporal, lo que provoca que la obligación de exclusividad sea puntual y limitada al propio evento. Tal obligación no se extiende a los demás puntos de venta de forma permanente, motivo por el cual no se puede hablar de restricción de competidores a canales de distribución, ni siquiera en impedimento al desarrollo de sus actividades.”³⁶⁴

368. Debemos resaltar que la **CND** no alegó eficiencias económicas o efectos pro-competitivos que justifiquen que en contratos de patrocinio exista una exigencia de exclusividad de promoción para las marcas que produce y/o distribuye, cuando por las características y duración de estos, este Consejo Directivo pudo constatar que constituyen barreras injustificadas a la entrada o permanencia de agentes económicos competidores.

369. En los contratos de patrocinio que ha revisado este Consejo Directivo, hemos validado que en los mismos se encuentran disposiciones de exclusividad durante fiestas patronales, las cuales tienen por efecto impedir la promoción y venta de diversos productos de su carpeta, no solo de la cerveza, a saber:

“Segundo: Del Patrocinio. Las Partes acuerdan que este Patrocinio es exclusivo para las marcas de Presidente, Brahma Light, Bohemia, Energy Drink, 911, Red Bull, Coco Rico, Jugo Tampico, Ron Barceló, Malta Morena, Pepsi, 7Up, Red Rock, Agua Mont Pellier que fabrica, distribuye y comercializa CND, y sus filiales, en consecuencia, la segunda parte se compromete y obliga a no promocionar ni permitir que se promocionen, anuncien ni vendan productos que representen una competencia directa o indirecta de los de CND y las marcas que esta fábrica, distribuye y comercializa, en el (los) lugar (es) donde se celebre (n) el (los) evento (s) descrito(s) anteriormente, así como tampoco podrá aceptar ningún tipo de promoción o publicidad de parte de las empresas o marcas que sean competencia directa o indirecta de las marcas que CND fabrica, distribuye y comercializa;

Tercero: Promoción y publicidad de productos de CND. A fin de publicitar y promocionar los productos fabricados y comercializados por CND, la segunda

³⁶¹ Ibid, p. 105, párr. 2.

³⁶² Ibid, pp. 105-106.

³⁶³ Ibid, p. 106, párr. 3.

³⁶⁴ Ibid, párr. 4.

parte se obliga y compromete a proporcionar a **CND** sin que esta lista sea limitativa los siguientes proventos: 1) Derechos de exclusividad en ventas e imagen, en Presidente, Brahma Light, Bohemia, Energy Drink, 911, Reb Bull, Coco Rico, Jugo Tampico, Ron Barceló, Malta Morena, Pepsi, 7Up, Red Rock, Agua Mont Pellier (...);

Párrafo III: Durante y después de la vigencia del presente contrato, **LA SEGUNDA PARTE** se obliga y compromete a no ofrecer ni conceder a terceros, los derechos conferidos a favor de **CND**, bajo los mismos términos y condiciones consignados en este documento, o con un incremento no mayor de un 5%. En caso de que **CND** no acepte dicha oferta dentro de los 60 días que sigan a la fecha de recepción de la misma, **LA SEGUNDA PARTE** estará en libertad de ofertarlo y venderlo a terceras personas, en el expreso entendido que **LA SEGUNDA PARTE** no podrá conceder los derechos consignados en el presente contrato a terceros, en términos y condiciones menos favorables que los previamente ofertados a **CND**, sin antes haberlos ofertado nuevamente a **CND** bajo estos nuevos términos y condiciones.³⁶⁵

370. El matiz anticompetitivo de los contratos de patrocinio que ha suscrito **CND** viene dado por las restricciones que crea para eventos posteriores, ya que se le imponen obligaciones de contratar para el porvenir y se crea un impedimento de entrada al referido mercado no solo en cuanto a la cerveza sino con respecto a otros productos que comercializa la **CND**, razón por la cual este Consejo Directivo estima que el agente incurre en prácticas exclusorias y que representan una violación flagrante a las disposiciones de la Ley núm. 42-08.

371. Así las cosas, la doctrina relevante ha estimado que con respecto a las prácticas anticompetitivas y su matiz exclusorio lo siguiente:

“La exclusión puede desalentar la entrada o expansión de los rivales o fomentar su salida. Sin embargo, es suficiente con que los rivales se encuentren en desventaja, y por consiguiente los lleve a competir de forma menos agresiva. Para crear un efecto de exclusión del mercado que distorsione la competencia, no solo es preciso tener en cuenta la naturaleza o forma de la conducta, sino también su incidencia en el mercado.”³⁶⁶

372. En efecto, la exclusión que realiza de forma expresa la **CND** a través de estas cláusulas anticompetitivas, en ejercicio abusivo de su posición de dominio, desalienta la entrada o expansión de los rivales o fomentan su salida.

373. Tampoco, este agente económico demostró efectos pro-competitivos o de eficiencia económica en su comportamiento que justifiquen que cuando **CND** patrocina cualquier tipo de eventos con uno o varios de los productos de su catálogo, extiende la exclusividad de patrocinio a todos los demás productos de su portafolio, obligando a quien patrocina a no promocionar ni “permitir que se

³⁶⁵ Resaltados nuestros. Vid. Contrato de Patrocino suscrito entre la **CND** y [CONFIDENCIAL], en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], de fecha 14 de junio de 2016, pp. 2 y 5.

³⁶⁶ Vid. Rodríguez Nathal, Miryam et al, Óp. Cit., pp. 2011-2012.

promocionen, anuncien ni vendan productos que representen una competencia directa o indirecta de los de **CND** y las marcas que ésta fábrica, distribuye y comercializa, en el (los) lugar (es) donde se celebre (n) el (los) evento (s) descrito (s) anteriormente, así como tampoco aceptar ningún tipo de promoción o publicidad de parte de empresas o marcas que sean competencia directa o indirecta de las marcas que **CND** fabrica, distribuye y comercializa.”³⁶⁷

374. Por argumento en contrario, si las opciones están limitadas, la empresa que ofrece el producto o servicio tendrá una considerable ventaja para imponer condiciones en el proceso de venta.

375. En tal sentido, cuando existen cláusulas de exclusividad, pueden generarse efectos de disuadir la entrada de nuevos competidores a un mercado, lo que motiva a su vez a obtener beneficios monopólicos y aumentar sus beneficios en otros mercados vinculados en los cuales no es dominante³⁶⁸; que si estas cláusulas de exclusividad son impuestas por agentes económicos abusando de su posición dominante derivan en beneficios monopólicos de naturaleza ilícita, lo cual ha sido verificado por este Consejo Directivo en el presente caso.

376. Adicionalmente a la posición dominante, este órgano está facultado en verificar si tales cláusulas tienen efectos de excluir o disuadir la competencia, o bloquear el mercado de que se trate, considerando además si el bienestar del consumidor se reduce; que, asimismo, es analizable el tiempo de contratación y las penalidades abiertas u ocultas que entrañan este tipo de cláusulas. A partir de ello, podremos determinar si se constituyen en ilícitos penados por la Ley núm. 42-08.

377. En tal sentido, el párrafo III del precitado contrato contiene una disposiciones completamente excluyentes y anticompetitivas, ya que, de las imposiciones hechas por la **CND** a los contratantes se desprende una obligación que no aportar efectividad en el mercado, sino por el contrato, impide la libre y leal competencia, decimos esto, porque no es aceptable dentro de un mercado de competencia leal, la obligación de mantener atado a un revendedor después de transcurrido el plazo de la obligación.

378. Al ponderar las consecuencias derivadas de esta disposición contractual, pueden derivarse varias acciones anticompetitivas. En efecto, en primer lugar, no es aceptable que un agente económico obligue a sus clientes a estar atados a disposiciones de un contrato posterior a la finalización del mismo, máxime cuando dicha obligación se trata de poner en condiciones de ventaja al agente económico del contrato vencido frente a sus competidores. Decimos esto porque de conformidad esta disposición contractual, los clientes de la **CND** no pueden suscribir acuerdos con otros agentes económicos del mercado de cerveza, después de vencido el contrato con la **CND** sin antes ofrecerle a la **CND** la propuesta de acuerdo, lo cual no está justificado como un aporte a la efectividad del mercado.

379. Aunado a lo anterior también hemos podido observar que la **CND** obliga a sus clientes a esperar un plazo de 60 días para responder cualquier nueva oferta posterior a la terminación del contrato, evidenciando con esto una clara restricción del mercado, ya que mantienen al revendedor en una espera innecesaria que no aporta eficiencia, y si además consideramos que los servicios sean para un evento,

³⁶⁷ Vid. Contrato suscrito por la **CND** y [CONFIDENCIAL, en virtud de la Resolución Núm. DE-052-2017 de fecha 15 de noviembre de 2017], en fecha 19 de julio de 2016, Folios 5703 al 5709, citado por la Dirección Ejecutiva en su Informe de instrucción, p. 140.

³⁶⁸ Cfr. Motta, Massimo, *Política de Competencia, Teoría y Práctica*, p. 429.

el encargado podría hasta poner en riesgo su actividad con una restricción en el contrato suscrito con la CND que es completamente innecesario.

380. Asimismo debemos precisar que la **CND** también crea trabas en el mercado cuando obliga a sus clientes a lo siguiente:

“en el expreso entendido que **LA SEGUNDA PARTE** no podrá conceder los derechos consignados en el presente contrato a terceros, en términos y condiciones menos favorables que los previamente ofertados a **CND**, sin antes haberlos ofertado nuevamente a **CND** bajo estos nuevos términos y condiciones.”³⁶⁹

381. Lo anterior implica que si un competidor decide finalizar el contrato con la **CND** y presentar una propuesta a un tercero, no lo puede hacer sin antes ofrecerlo a este último. Tal imposición, derivada exclusivamente de su poder de mercado, es un claro impedimento al normal desenvolvimiento del mercado. Por lo tanto, las precitadas disposiciones de los contratos de la **CND** son un reflejo de la violación a la Ley núm. 42-08, que comprometen al agente económico por crear explícitas trabas al mercado.

382. De igual forma, en los documentos aportados por el mismo agente económico a la Dirección Ejecutiva durante la fase de instrucción de este caso, los cuales presumimos se encuentran vigentes conforme con lo explicado anteriormente, se verifican cláusulas de exclusividad en promoción y comercialización que poseen elementos anticompetitivos también muy marcados:

Primero: Objeto del Contrato. Mediante el presente contrato, EL CLIENTE se compromete y obliga, bajo los términos y condiciones que se estipulan en este acto, a comprar para revender, promocionar y publicitar, los productos fabricados, distribuidos y comercializados por CND en la actualidad y los que pudiera fabricar o comercializar en el futuro.

Segundo: Promoción y Publicidad de los productos. A fin de promocionar y publicitar los productos fabricados, distribuidos y comercializados por CND, EL CLIENTE se obliga y compromete a proporcionar lo siguiente:

- 1. Exclusividad en actividades promocionales en cervezas, destilados y refrescos.**
- 2. Exclusividad en presencia de materiales promocionales en la parte interior y exterior del negocio.**
- 3. Rotulado de cristal en la parte exterior del negocio.**
- 4. Exclusividad ron de la caca (sic) para la preparación de tragos y cocteles con Ron Barceló.”**

383. Este tipo de acuerdo de exclusividad establece las conductas que, a la luz de los criterios expuestos anteriormente, tipifican una afectación directa a la libre competencia a saber: es un acuerdo vertical impuesto por una empresa con dominancia de más del 98% del mercado (según datos de la propia

³⁶⁹ Resaltados nuestros.

CND aportados en audiencia); que, por igual, establece exclusividad absoluta con productos existentes e inexistentes, que pudiesen materializarse en el futuro.

384. Sumado a lo anterior, la **CND** aprovecha la condición de poder de mercado en su producto líder para obtener posicionamiento en mercados ajenos al mercado relevante de las cervezas y obliga a ventajas forzadas en mercados como agua, refrescos, jugos, energizantes y destilados como el ron.

385. Adicionalmente, reposa en el expediente el documento “SDG Segmentados”, donde expresa que con la firma de cartas de exclusividad de promociones en los negocios importantes del casco urbano y pueblos” (y menciona un porcentaje de 94% de este tipo de negocios) “*eliminamos la competencia*.”³⁷⁰

386. Ante esta expresa declaración de la **CND**, es nuestra convicción como Consejo Directivo que esta conducta es claramente objeto de sanción por este órgano decisorio, que la misma debe cesar y que los contratos son nulos, como será abordado más adelante en esta Resolución; que la responsabilidad de la empresa dominante, que cuenta con un producto apreciado y líder, no debe constituirse en ventaja injusta que bloquee la competencia y cierre el mercado, no solo en el mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas, sino en otros en los cuales se pretende ganar posicionamiento por la fuerza.

387. Resultado de todo lo anterior, este Consejo Directivo es de opinión que la **CND** bloquea los copatrocinos de agentes económicos competidores, presentes y futuros, lo que claramente configura la conducta prohibida en el ordinal d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08 y que, por tanto, debe ser sancionada.

E. Especial responsabilidad del agente económico por su posición de dominio

388. Como se expuso anteriormente, no se considera ilegal la intención para una empresa, incluso aquella que posee una posición dominante en un mercado particular, de triunfar sobre sus rivales. Insistimos que un dominante tiene derecho a competir y no puede haber renuncia o inhibición a ello.

389. Sin embargo, por el poder de mercado que poseen estos dominantes, existe en ellos una especial responsabilidad de conocer el impacto de su comportamiento en los mercados que controlan y evitar estrategias dirigidas a limitar o anular la libre y leal competencia.

390. En efecto, a pesar de la especial responsabilidad a la que se obliga a las empresas dominantes en su actuación, esta puede ser el resultado de su reacción a la conducta de sus competidores, y siempre que dicho comportamiento sea razonable y no refuerce su posición de dominio podrá considerarse lícita, es decir, que existe una *justificación objetiva*³⁷¹.

³⁷⁰ Vid. Documento “Segmentados” Folio 4039, Dirección Ejecutiva

³⁷¹ En general, se consideran los siguientes tipos de justificaciones objetivas, aquellas en la que la empresa con posición dominante pueda demostrar: a) que, en otras circunstancias, la conducta abusiva es necesaria sobre la base de factores objetivos externos a las partes implicadas (necesidad objetiva). Por ejemplo, pueden constituir una necesidad objetiva razones de salud o seguridad del producto en cuestión; b) que el objetivo de su conducta es una reacción a la competencia de sus rivales para minimizar pérdidas (“meeting competition defence”); y, c) que su conducta genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo

391. Indicado lo anterior, este Consejo Directivo considera imprescindible resaltar la especial responsabilidad que posee la **CND**, como filial o relacionada a otras empresas que también han logrado posición de dominio en otros mercados y han sido sujeto a procedimientos administrativos sancionadores por conductas iguales o parecidas a las que han sido juzgadas por este órgano.

392. En efecto, la sociedad Anheuser-Busch InBev N.V./S.A. (en lo adelante, "AB InBev"), es una empresa multinacional, mayor fabricante mundial de cerveza. AB InBev fue creada a través de la adquisición de la cervecera estadounidense Anheuser-Busch por la compañía belgo-brasileña InBev, que a su vez se había creado de la unión de AmBev e Interbrew. Igualmente, como parte de su estrategia comercial, AmBev adquirió en el año 2012, el 51 % de las acciones de la **CND** y en enero de este año, anunciaron la adquisición de un 34% adicional, contando Ambev en la actualidad con el 85% de la **CND**. Asimismo, Anheuser-Busch InBev adquirió SABMiller en el año 2015.

393. Partiendo de ello debemos preguntarnos, ¿tienen estas empresas, filiales o relacionadas corporativamente a la **CND**, conocimiento de la especial responsabilidad que posee un agente económico con posición de dominio? ¿Conocen las normas de Derecho de la competencia? En caso negativa, ¿debían conocerlas?

394. Para proceder a responder estas preguntas, este Consejo ha entendido que es necesario estudiar las conductas de las empresas corporativamente relacionadas a la **CND**, **AmBev o AB InBev**, puesto que permitiría considerar su alegado desconocimiento como atenuante a las conductas impuestas.

395. Sin embargo, hemos verificado los siguientes datos:

- a. En el año 2009, el Conselho Administrativo De Defesa Econômica (CADE) de Brasil sancionó a AmBev por abuso de posición dominante por celebración de acuerdos de exclusividad.
- b. la Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia (CNDC) en Argentina abrió un proceso de investigación en el año 2017 para determinar si Ab InBev condiciona o impide el ingreso de sus competidores a supermercados, autoservicios y bares, a través de acuerdos de exclusividad a cambio de beneficios, como la entrega de mercadería barata, o gratis. El mismo luego fue desestimado.
- c. En el año 2016, la Comisión Europea (CE) inició una investigación formal contra la cervecera AB InBev por supuesto abuso de posición dominante en Bélgica al obstaculizar las importaciones de cerveza de países vecinos, negándoles "(...) a los consumidores los beneficios del mercado único: la capacidad de elección y unos precios más bajos." El mismo se encuentra en proceso.
- d. En noviembre de 2017, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay sancionó por segunda vez en cuatro años a Fábricas Nacionales de Cerveza (FNC) por "abuso de posición dominante" y le aplicó la multa más alta de su historia, debido a "la celebración de acuerdos de exclusividad" establecidos con comercios,

para los consumidores (por ejemplo, mejoras de la calidad o reducción coste producción o distribución) siempre que no existan alternativas menos lesivas.

que perjudican la elección del consumidor y representan un "obstáculo" a los restantes competidores.

396. En tal sentido, la **CND**, como filial o relacionada a AB InBev, es concedora de las normas de competencia incluso antes del año 2008, fecha en que entró en vigor la Ley núm. 42-08 en nuestro país. Sumado a esto, hemos podido verificar que la **CND**, así como las empresas relacionadas arriba mencionadas, poseen departamentos dedicados al cumplimiento normativo (o Compliance, por su terminología en inglés), consistente en establecer las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumplan con el marco normativo aplicable (nacional, internacional o interno).

397. De hecho, al revisar el Informe Anual del año 2012 de Cumplimiento del Buen Gobierno Corporativo de la **CND**, se expresa lo siguiente:

“En este sentido, nuestras relaciones con organismos gubernamentales, clientes, proveedores, competidores y empleados deben realizarse cumpliendo las leyes vigentes.”³⁷²

398. Así las cosas, se debe considerar si la empresa actuó de la misma manera que como lo habría hecho en una situación de competencia normal o si, por el contrario, utilizó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado. En el caso de marras, se ha demostrado que la **CND** actuó en los términos que lo hizo, exclusivamente por el casi absoluto poder de mercado que posee.

399. Este Consejo Directivo es de firme opinión que en el presente caso no existe justificación objetiva alguna para que la **CND** actuara como lo hiciese, suscribiendo contratos de exclusividad o patrocinio con matices tan abusivos, o restringiendo el acceso a góndolas de productos de otros competidores, considerando que posee casi la totalidad del mercado.

400. Simplemente no existe razón económica u objetiva alguna que lo justifique. En efecto, la reconocida posición dominante que posee, contrasta con la falta de diligencia de dar acceso a todos los competidores en condiciones idénticas y para redactar en sus contratos cláusulas que poseen el mismo matiz anticompetitivo por las que ha sido investigado y sancionado en otros países. Estas conductas anticompetitivas, y otras que puedan desarrollarse abusivamente por su posición de dominio y que pretenda justificar dentro de una alegada “estrategia comercial”, no pueden existir en un mercado competitivo.

401. En tal sentido, las empresas en posición dominante, debido a su “especial responsabilidad”, están en la obligación de evitar estrategias dirigidas a obstaculizar que sus clientes y proveedores contraten con los nuevos competidores. El ejemplo más claro de dicho comportamiento excluyente es la imposición de condiciones de exclusividad en las relaciones contractuales -extendida incluso a otros productos de la empresa- o imponer esta exclusividad a productos que en la actualidad son

³⁷² Vid. Informe Cumplimiento Buen Gobierno Corporativo, 2012, Disponible en: http://www.cnd.com.do/a/uploads/docs/Informe_Gobierno_Corporativo_CND_2012.pdf

inexistentes y “pudieran” ser desarrollados por el agente económico. Sumado a esto, también se encuentran las cláusulas que atan a plazos injustificados para contratar con otros competidores y la imposición en los contratos de las obligaciones del cliente de tenerle que ofrecer condiciones iguales o mejores que sus competidores

402. De ahí que podamos afirmar que la **CND** tiene pues una especial responsabilidad y debe garantizar que no se apliquen a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva sin que medie justificación alguna. Más aún, conviene recordar aquí que este agente económico posee el 98.37% del mercado, donde se puede hablar de una “superdominación” que se aplicaría a empresas que son tan dominantes que, parte de la doctrina ha expuesto, “rayan el monopolio”³⁷³. En este sentido, se fundamenta una obligación de responsabilidad aún más exigente que el que le aplicaría a casos ordinarios de posición dominante.³⁷⁴

403. En suma, con las conductas que se han comprobado en el presente proceso, la **CND** no asumió la especial responsabilidad que incumbe a quien ostenta una posición dominante, donde conocía o debía conocer las implicaciones de su actuar en el mercado y tomar las medidas de lugar para no abusar de su poder de mercado.

F. Determinación de la sanción

404. La Dirección Ejecutiva presentó en tiempo oportuno y en respeto del derecho de defensa del agente económico, las imputaciones atribuidas a las faltas presumiblemente cometidas, las cuales han sido evaluadas y verificadas por este Consejo Directivo, acorde con lo expuesto y desarrollado anteriormente; que determinada la procedencia de las conductas descritas en los ordinales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, corresponde ahora a este órgano determinar las sanciones correspondientes.

405. Dentro de las atribuciones de este Consejo Directivo se encuentra la imposición de sanciones en los procesos administrativos sometidos a su conocimiento, por lo cual se hace necesario evaluar las condiciones de imposición de las sanciones propias de las conductas que han sido retenidas por este órgano a la luz de las pruebas y argumentos presentados.

406. La Ley núm. 42-08 refiere puntualmente la descripción de las infracciones y además atribuye las consecuencias derivadas de su no cumplimiento, logrando con esto enmarcarse en el orden constitucional, legal y doctrinal del principio de tipicidad. Este Consejo Directivo considera que las actuaciones de la **CND**, configuran las violaciones tipificadas en los literales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08; que, por lo expuesto, procede que este Consejo evalúe las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de estas conductas.

³⁷³ Al respecto conviene revisar las Conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en relación con la STJUE de 16 de marzo de 2000, párr. 137.

³⁷⁴ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Clearstream c. Comisión*, 2 de junio de 2004, párr. 300.

407. En este sentido, el artículo 61 de la Ley núm. 42-08 al establecer las sanciones a aplicar en caso de violación a sus disposiciones, establece que: “c) Por haber incurrido en las prácticas enumeradas en el artículo 6, multas mínimas equivalentes de 30 veces el salario mínimo a un máximo de 3000 veces el salario mínimo.” De igual forma los párrafos **III, IV, V y VI** del artículo 61 de la Ley núm. 42-08 disponen que:

“Párrafo III. El pago de la sanción no implica convalidación de la situación irregular, debiendo el infractor cesar de inmediato los actos que dieron lugar a la sanción.

Párrafo IV. El monto de estas sanciones podrá ser aumentado mensualmente, en un tres (3%) por ciento del monto original, cada vez, si en el plazo previsto para su pago no hubieren sido canceladas por el agente incumplidor.

Párrafo V. Los acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas sancionadas por esta ley no producirán efectos jurídicos y las obligaciones que emanen de los mismos serán nulas de pleno derecho.

Párrafo VI. Se entenderá como salario mínimo, el salario mínimo oficial aplicable al sector de actividad a que corresponda la empresa o persona sujeta a la violación de que se trate.”

408. Por igual, el artículo 4 de la Ley núm. 107-13 exige que la administración motive sus actuaciones con el fin de justificar ante los administrados sus conclusiones, buscando con esto la mayor transparencia de la ejecución de la facultad sancionadora del Estado y por tanto su apego estricto al derecho.

409. Expuesto lo anterior, es menester evaluar la Ley núm. 42-08 en lo relativo a las sanciones que se desprendan de la violación esta norma, ya que así este Consejo podrá revestir de legalidad su decisión y especificar los argumentos que la motivaron.

410. Así las cosas, en el artículo 62 se han establecido parámetros que este Consejo Directivo deberá tomar en cuenta para la imposición de las sanciones a los agentes económicos que incurran en una de las prácticas contempladas como violatorias a la libre y leal competencia: “artículo 62.- Criterios para imposición de sanciones. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para determinar la gravedad de la infracción e imponer sanciones, utilizará los siguientes criterios: a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; d) La premeditación e intencionalidad; e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados; f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida; y, g) Reincidencia y antecedentes del infractor.”

411. Se resalta, asimismo, el literal “k”, artículo 31 de la Ley núm. 42-08 establece como una de las facultades de este Consejo Directivo: “k) Imponer sanciones por la comisión de faltas administrativas previstas en la presente ley y decretar la suspensión de los actos infractores, así como, ordenar las medidas e imponer obligaciones contra el agente económico o persona sancionada, a los fines de corregir la distorsión en el mercado y restaurar la competencia”; lo que en aplicación combinada con el artículo 49 de dicha ley adjetiva crea la habilitación legal y otorga la atribución a este órgano de

decidir respecto a los procedimientos administrativos sancionadores de los cuales se le apodere y, en caso de encontrar elementos suficientes, sancionar conforme a dicha normativa a aquellos agentes que hayan incurrido en una práctica contraria a la Ley núm. 42-08.

412. En tal sentido, el llamado *ius puniendi* del Estado “ha sido definido como el poder que ostentan la autoridades, no solo penales sino también administrativas, para el adecuado funcionamiento del aparato estatal”³⁷⁵, en este sentido es que se define el poder sancionador que reposa sobre la Administración aquel en virtud del cual “(...)pueden imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que les son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que le sea aplicable por la Administración Pública en cada caso.”³⁷⁶

413. Para determinar el grado de la sanción, aspecto que será tratado en un siguiente apartado, es necesario tener en cuenta que “[l]as sanciones administrativas son un “derecho” de la Administración, su finalidad no es retributiva y no han de ser proporcionadas al acto o a la culpabilidad del agente, sino a las consecuencias del acto mismo y a la importancia del interés cuyo cuidado está confiado a la Administración.”³⁷⁷

414. En ese mismo tenor, la doctrina afirma también respecto de esa proporcionalidad, que “[c]omo regla, impuesta una sanción dentro de los límites máximo y mínimo legalmente establecidos, no se lesiona el principio estudiado (...)”³⁷⁸

415. Para determinar la gravedad de la falta cometida y el alcance de la sanción que este Consejo Directivo debe imponer a la **CND**, el artículo 62 de la Ley núm. 42-08 plantea los criterios, estableciendo como tales los siguientes: “a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; d) La premeditación e intencionalidad; e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados; f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida; y, g) Reincidencia y antecedentes del infractor”.

416. Con ocasión a ello, evaluaremos a continuación cada una de las conductas atendiendo a los aspectos señalados, a saber:

³⁷⁵ Vid. Ramírez Torrado, María Lourdes, *Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el Poder Sancionador de la Administración*, Revista de Derecho, No. 28, Barranquilla, 2007. p. 302.

³⁷⁶ Karen Vargas López, “Principios del procedimiento administrativo sancionador”, Revista de Seguridad Social, No.14, San José – Costa Rica, junio de 2008, p. 59.

³⁷⁷ *Subrayado nuestro*. SUAY RINCÓN, José, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España: Bolonia, 1989, p. 49

³⁷⁸ MELÓN MUÑOZ, Alfonso *et al*, *Memento Práctico Administrativo*, Ediciones Francis Lefebvre: Madrid, 2010, p. 134

Criterios de la Ley núm. 42-08	Aplicación al literal a, artículo 6 de la Ley núm. 42-08.
a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia	Se ha restringido la competencia con la práctica contemplada en el literal “a” del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, a la CND por imponer obligaciones a establecimientos del canal HORECADI para adquirir y vender de manera exclusiva productos de dicha empresa, mediante contratos de exclusividad.
b) La dimensión del mercado afectado	Todo el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana, en la que el agente económico CND tiene una participación de 98.37% en dicho mercado.
c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios	<p>El efecto es perjudicial para la libre y leal competencia, ya que las actuaciones contrarias a la Ley núm. 42-08, de la CND no tienen elementos que generen eficiencias en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, muy por el contrario se han evidenciado que las imposiciones de precios por parte del agente lesionan el bienestar del consumidor y generan efectos de exclusión o limitación de la presencia de sus competidores en el mercado relevante.</p> <p>De igual forma se denota que la práctica contenida en las cláusulas de exclusividad suprime la entrada de otros competidores al mercado, presentes y futuras, ya que los revendedores de cerveza cuando CND les propone exclusividad ante tal escenario prefieren vincularse con el agente de mayor poder en el mercado, lo cual es algo lógico pero que CND ha utilizado desmedidamente para afectar a competidores de menor proporción.</p>
d) La premeditación e intencionalidad	<p>El agente económico CND implícitamente al incluir cláusulas restrictivas en sus contratos demostró tener interés en restringir la competencia.</p> <p>La CND ha indicado que sus actuaciones se corresponden a una estrategia comercial como</p>

	<p>hemos evidenciado precedentemente en esta Resolución,</p> <p>Se deriva un claro conocimiento de las consecuencias anticompetitivas de su implementación.</p>
<p>e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados</p>	<p>La CND posee un 98.37% de participación en el mercado de producción, comercialización y distribución de cervezas y es uno de los mayores contribuyentes del sistema tributario en nuestro país, lo que indica que es un agente de gran dimensión.</p>
<p>f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida</p>	<p>Se ha evidenciado que las conductas se han realizado durante más de 5 años, no obstante solamente fueron analizadas las conductas que se perpetuaron a partir del cual se encontraba vigente la Ley núm. 42-08.</p>
<p>g) Reincidencia y antecedentes del infractor</p>	<p>Por tratarse de la primera decisión de fondo, no debe hablarse del término “reincidencia”. En el caso de marras, producto de la fecha de entrada en vigor de la Ley núm. 42-08, la CND ni ningún otro agente económico han cometido una falta que haya sido previamente sancionada por esta norma. El párrafo II del artículo 61 establece en caso de reincidencia, se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda.</p> <p>Sin embargo, desde el inicio de la Ley núm. 42-08, en el año 2008, existen obligaciones claras que se generan para todos los agentes económicos. Que, además de ello, vale resaltar, que AMBEV, sus filiales y matriz Anheuser-Busch InBev, poseen un alto conocimiento de las prácticas que representan una competencia leal y justa y, a su vez, cuáles representan conductas anticompetitivas ya que, incluso, a nivel internacional han presentado otros casos por los perjuicios que ciertas conductas causan a sus intereses (Brasil, 2009) (Bélgica, 2016) y al mismo tiempo han sido sancionados por conductas iguales o parecidas a las que aquí se exponen (Uruguay, 2017). Existe una especial</p>

	<p>responsabilidad por parte del agente económico con poder de mercado.</p> <p>Que no se procura considerar para la conducta hechos acontecidos en otro Estado o en fechas distintas a la vigencia de la Ley, pero sí debe ser un punto a valorar que es una empresa de muy alto perfil que posee una responsabilidad mayor en conocer y aplicar las normas.</p> <p>Que así como han reconocido expresamente lo que es una posición de dominio y que la poseen, se deriva que el conocimiento de una conducta anticompetitiva afecta al mercado gravemente. Que, asimismo, ellos poseen un departamento de cumplimiento (Compliance), a partir del cual tienen que identificar las áreas de riesgo y cumplir con las normas locales y velar por el cumplimiento de las políticas locales, entre ellas, las de respeto al Derecho de la competencia.</p> <p>Que uno de los principales ejecutivos, [CONFIDENCIAL], expresó en la audiencia de fecha 18 de abril que “yo trabajo con derechos de competencia en por lo menos 8 jurisdicciones desde hace 15 años”. Lo cual evidencia un conocimiento sobre las legislaciones en materia de competencia por tanto su conocimiento e intención de realizar acciones anticompetitivas.</p> <p>Se ha demostrado a través de los hechos expuestos y la conducta de la CND durante el procedimiento administrativo sancionador de referencia, un comportamiento ajeno a los mejores intereses del mercado y de la libre y leal competencia.</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

417. Asimismo, en lo relativo al literal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo ha podido evaluar lo siguiente:

Criterios de la Ley núm. 42-08	Aplicación al literal b, artículo 6 de la Ley núm. 42-08
a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia	Se ha restringido la competencia con la práctica contemplada en el literal “b” del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, al agente económico proceder a imponer precios de reventa en las tapas y/o materiales promocionales de la marca Presidente colocados en distintos establecimientos comerciales, así como el establecimiento de cláusulas de exclusividad de promoción en los acuerdos comerciales pactados con sus clientes y generar un restricción en la visibilidad y espacio en góndolas de las marcas competidoras, mediante la exigencia de altos porcentajes de las tramerías disponibles para la comercialización de la cerveza.
b) La dimensión del mercado afectado	Todo el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana, en la que el agente económico CND tiene una participación de 98.37%
c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios	El efecto es perjudicial para la libre y leal competencia, ya que las actuaciones contrarias a la Ley núm. 42-08, de la CND no tienen elementos que generen eficiencias en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, muy por el contrario se han evidenciado que las imposiciones de precios por parte del agente lesionan el bienestar del consumidor y generan efectos de exclusión o limitación de la presencia de sus competidores en el mercado relevante. Esta conducta se traduce directamente a los consumidores a través de la imposición de precios que podrían producir efectos explotativos, puesto que reducen el bienestar del consumidor al hacerle pagar más por un bien de lo que pagaría si el precio de este se mantuviera en un nivel competitivo.

	<p>En ese orden, el agente económico crea imposiciones que se traducen en afectaciones a los consumidores, al imponer precios mínimos de reventa, limitando el derecho a la libre empresa de los competidores, creando barreras injustificadas de entrada.</p>
<p>d) La premeditación e intencionalidad</p>	<p>El agente económico CND implícitamente al incluir cláusulas restrictivas en sus contratos demostró tener interés en restringir la competencia.</p> <p>La CND ha indicado que sus actuaciones se corresponden a una estrategia comercial como hemos evidenciado precedentemente en esta Resolución,</p> <p>Se deriva un claro conocimiento de las consecuencias anticompetitivas de su implementación.</p>
<p>e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados</p>	<p>La CND posee un 98.37% de participación en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza y es uno de los mayores aportantes del sistema tributario en nuestro país, lo que indica que es un agente de gran dimensión.</p>
<p>f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida</p>	<p>Se ha evidenciado que las conductas se han realizado durante más de 5 años, no obstante solamente fueron analizadas las conductas que se perpetuaron a partir del cual se encontraba vigente la Ley núm. 42-08.</p>
<p>g) Reincidencia y antecedentes del infractor</p>	<p>Por tratarse de la primera decisión de fondo, no debe hablarse del término “reincidencia”. En el caso de marras, producto de la fecha de entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08, la CND ni ningún otro agente económico han cometido una falta que haya sido previamente sancionada por esta norma. El párrafo II del artículo 61 establece en caso de reincidencia, se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda.</p>

	<p>Sin embargo, desde el inicio de la Ley núm. 42-08, en el año 2008, existen obligaciones claras que se generan para todos los agentes económicos. Que, además de ello, vale resaltar, que AMBEV, sus filiales y matriz Anheuser-Busch InBev, poseen un alto conocimiento de las prácticas que representan una competencia leal y justa y, a su vez, cuáles representan conductas anticompetitivas ya que, incluso, a nivel internacional han presentado otros casos por los perjuicios que ciertas conductas causan a sus intereses (Brasil, 2009) (Bélgica, 2016) y al mismo tiempo han sido sancionados por conductas iguales o parecidas a las que aquí se exponen (Uruguay, 2017). Existe una especial responsabilidad por parte del agente económico con poder de mercado.</p> <p>Que no se procura considerar para la conducta hechos acontecidos en otro Estado o en fechas distintas a la vigencia de la Ley, pero sí debe ser un punto a valorar que es una empresa de muy alto perfil que posee una responsabilidad mayor en conocer y aplicar las normas.</p> <p>Que así como han reconocido expresamente lo que es una posición de dominio y que la poseen, se deriva que el conocimiento de una conducta anticompetitiva afecta al mercado gravemente. Que, asimismo, ellos poseen un departamento de cumplimiento (Compliance), a partir del cual tienen que identificar las áreas de riesgo y cumplir con las normas locales y velar por el cumplimiento de las políticas locales, entre ellas, las de respeto al Derecho de la competencia.</p> <p>Que uno de los principales ejecutivos, [CONFIDENCIAL], expresó en la audiencia de fecha 18 de abril que “yo trabajo con derechos de competencia en por lo menos 8 jurisdicciones desde hace 15 años”. Lo cual evidencia un conocimiento sobre las legislaciones en materia de competencia por tanto su conocimiento e intención de realizar acciones anticompetitivas.</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Se ha demostrado a través de los hechos expuestos y la conducta de la CND durante el procedimiento administrativo sancionador de referencia, un comportamiento ajeno a los mejores intereses del mercado y de la libre y leal competencia.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

418. Por último, en lo relativo al literal d, artículo 6 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo ha podido evaluar lo siguiente:

Criterios de la Ley núm. 42-08	Aplicación al literal d, artículo 6 de la Ley núm. 42-08.
a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia	Se ha restringido la competencia con la práctica contemplada en el literal “d” del artículo 6 de la Ley núm. 42-08 al realizar contratos de patrocinio, que en algunas ocasiones pueden constituir una barrera injustificada a la promoción de marcas competidoras de la amplia gama de productos de la CND, y con esto bloquea los copatrocinios de agentes económicos competidores
b) La dimensión del mercado afectado	Todo el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana, en la que el agente económico CND tiene una participación de 98.37%
c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios	<p>. El efecto es perjudicial para la libre y leal competencia, ya que las actuaciones contrarias a la Ley núm. 42-08, de la CND no tienen elementos que generen eficiencias en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza.</p> <p>En este caso puntual, el agente económico CND mediante la suscripción de los contratos de patrocinio fuerza a los comerciantes, no solo a patrocinarlo en un periodo en específico, sino también por periodos extendidos, lo que crea barreras que se perpetúan en el tiempo y no en un determinado evento.</p>
d) La premeditación e intencionalidad	El agente económico CND implícitamente al incluir cláusulas restrictivas en sus contratos

	<p>demonstró tener interés en restringir la competencia.</p> <p>La CND ha indicado que sus actuaciones se corresponden a una estrategia comercial como hemos evidenciado precedentemente en esta Resolución,</p> <p>Se deriva un claro conocimiento de las consecuencias anticompetitivas de su implementación.</p>
<p>e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados</p>	<p>CND posee un 98.37% de participación en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza y es uno de los mayores aportantes del sistema tributario en nuestro país, lo que indica que es un mercado de gran dimensión.</p>
<p>f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida</p>	<p>Se ha evidenciado que las conductas se han realizado durante más de 8 años, no obstante solamente fueron analizadas las conductas que se perpetuaron a partir de la vigencia de la Ley núm. 42-08.</p>
<p>g) Reincidencia y antecedentes del infractor</p>	<p>Por tratarse de la primera decisión de fondo, no debe hablarse del término “reincidencia”. En el caso de marras, producto de la fecha de entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08, la CND ni ningún otro agente económico han cometido una falta que haya sido previamente sancionada por esta norma. El párrafo II del artículo 61 establece en caso de reincidencia, se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda.</p> <p>Sin embargo, desde el inicio de la Ley núm. 42-08, en el año 2008, existen obligaciones claras que se generan para todos los agentes económicos. Que, además de ello, vale resaltar, que AMBEV, sus filiales y matriz Anheuser-Busch InBev, poseen un alto conocimiento de las prácticas que representan una competencia leal y justa y, a su vez, cuáles representan conductas anticompetitivas ya que, incluso, a nivel internacional han presentado otros casos por los perjuicios que ciertas conductas causan a sus intereses (Brasil, 2009) (Bélgica, 2016) y al</p>

	<p>mismo tiempo han sido sancionados por conductas iguales o parecidas a las que aquí se exponen (Uruguay, 2017). Existe una especial responsabilidad por parte del agente económico con poder de mercado.</p> <p>Que no se procura considerar para la conducta hechos acontecidos en otro Estado o en fechas distintas a la vigencia de la Ley, pero sí debe ser un punto a valorar que es una empresa de muy alto perfil que posee una responsabilidad mayor en conocer y aplicar las normas.</p> <p>Que así como han reconocido expresamente lo que es una posición de dominio y que la poseen, se deriva que el conocimiento de una conducta anticompetitiva afecta al mercado gravemente. Que, asimismo, ellos poseen un departamento de cumplimiento (Compliance), a partir del cual tienen que identificar las áreas de riesgo y cumplir con las normas locales y velar por el cumplimiento de las políticas locales, entre ellas, las de respeto al Derecho de la competencia.</p> <p>Que uno de los principales ejecutivos, [CONFIDENCIAL], expresó en la audiencia de fecha 18 de abril que “yo trabajo con derechos de competencia en por lo menos 8 jurisdicciones desde hace 15 años”. Lo cual evidencia un conocimiento sobre las legislaciones en materia de competencia por tanto su conocimiento e intención de realizar acciones anticompetitivas.</p> <p>Se ha demostrado a través de los hechos expuestos y la conducta de la CND durante el procedimiento administrativo sancionador de referencia, un comportamiento ajeno a los mejores intereses del mercado y de la libre y leal competencia.</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

419. A analizar las conductas, se ha podido comprobar que el agente económico **CND** ha incurrido en las actuaciones tipificadas en el artículo 6 de la Ley núm. 42-08, las cuales contemplan el abuso de posición dominante, que en este caso se ha configurado por las causales establecidas en los literales a), b) y d).

420. Tales actuaciones están ocasionando efectos nocivos para el funcionamiento eficiente del mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana, debido a que: **i)** se ha dificultado la entrada de nuevos competidores al mercado, a causa no solo de las características estructurales del mismo, sino al comportamiento estratégico de la **CND**, **ii)** se han producido efectos excluyentes para los competidores actuales en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza por parte de la **CND** al imponer condiciones limitativas de la competencia en dicho mercado, a través de la suscripción de contratos de exclusividad y contratos de patrocinio, y **iii)** se dan efectos explotativos en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza debido a la imposición unilateral de condiciones y precios por parte de la **CND** en perjuicio de los consumidores.

421. En esa misma tesitura se ha considerado que “(...) [p]ara que la conducta de una empresa dominante sea considerada excluyente, es necesario que restrinja, impida u obstaculice la entrada al mercado relevante de sus competidores en términos de los costos y beneficios asociados con dicha entrada.”³⁷⁹

422. Así las cosas, las pruebas aportadas han demostrado que las prácticas anticompetitivas de la **CND** está afectando directamente la libre competencia en el mercado lo que, a su vez, perjudica a los consumidores; que las implicaciones de este tipo de prácticas son considerablemente mayores cuando quien las realiza es un agente que tiene posición dominante de 98.37%, pues por su naturaleza tiene mayor capacidad de incidencia en el mercado y, en consecuencia, afecta -y podría incluso anular- la competencia del mismo.

423. En efecto, el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana se caracteriza por tener una participación mayoritaria del agente económico **CND**, tanto pre y post fusión; que fundamentado en la posición de dominio que ostenta en el mercado, dicho agente ha venido realizando prácticas abusivas que han limitado la participación de los demás agentes económicos en dicho mercado.

424. Con estas conductas, se ve perjudicado el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza en la República Dominicana: por una parte, los consumidores se ven lesionados ya que se les impacta su bienestar con la imposición de precios que, en un mercado competitivo, podrían ser inferiores. Asimismo, se le les limita a los consumidores la variedad de opciones de marcas y de productos; que, de igual forma, se perjudica al bienestar de los consumidores mediante mayores precios, una limitación de la producción o una reducción de la oferta. Por igual, este comportamiento también afecta a los competidores o posibles competidores - al estar en condiciones de desigualdad con respecto a la **CND**- y a los distribuidores, a quienes se les imponen cláusulas que, por su posición en el mercado, terminan siendo simples disposiciones a las cuales deben adherirse sin poder negociar.

³⁷⁹ Vid. Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución Núm. 33361 del 22 de junio de 2011, pp. 26 y 27.

a) Sanción aplicable a la falta cometida

425. La potestad sancionadora es una atribución propia de la Administración que abre la acción punitiva de la misma, traduciéndose en la posibilidad jurídica de imponer sanciones a los administrados, todo dentro del marco de su competencia.³⁸⁰

426. Es menester resaltar, conforme lo expuesto previamente en este acto administrativo, ha nacido de parte del agente económico el incumplimiento a las obligaciones que emanan de la Ley núm. 42-08, lo que tipifica una falta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la referida norma. Para poder analizar la sanción aplicable como resultado del proceso sancionador administrativo que nos ocupa, es necesario tener en cuenta la aplicabilidad de los principios en materia de Derecho administrativo sancionador. Sobre ello, debe decirse que:

“La cuestión radica en analizar la especial configuración que el hecho infractor tiene en el Derecho Administrativo Sancionador. Tal y como ha puesto de manifiesto Alejandro Nieto, entre otros autores, en el ámbito del “Derecho Administrativo Sancionador predominan las llamadas infracciones formales, constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisa ir acompañada de un resultado lesivo”. La tipificación de las infracciones administrativas trata en definitiva, por lo general, de proteger el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, y de sancionar, por tanto, su incumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con las infracciones penales, que sancionan la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, sin que haya, por lo general, una norma sustantiva subyacente que imponga una obligación que haya sido vulnerada. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1995 (RJ 1995, 10069), ponente Escusol Barra, señala que “La distinta configuración de dichas potestades tiene su reflejo, pues, al considerar el bien jurídico protegido por el Derecho Penal está en función de la agresión concreta que el delito o la falta represente, por lo que puede referirse al individuo, al Estado, etc.; el bien jurídico protegido en el Derecho Administrativo sancionador coincide con el interés público al que la Administración sirve. Por ello suele que los delitos y las faltas van contra bienes jurídicos definidos, mientras que las infracciones administrativas contra los intereses generales”. En consecuencia, el hecho infractor consiste de forma inmediata en un incumplimiento de la norma (y no en una lesión a un bien jurídico), (...)”³⁸¹

427. En materia de Derecho administrativo sancionador, la doctrina expone que:

“Está pues hoy plenamente aceptada la vigencia del principio de culpabilidad en el ámbito punitivo de la Administración (...) el principio de culpabilidad en Derecho Administrativo Sancionador no permite exigir ni dolo ni voluntariedad del resultado (...). Como se ha expuesto, las peculiaridades del Derecho Administrativo

³⁸⁰ Vid. Ossa Arbeláez, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía*, Legis Editores, S.A.: Colombia, 2000, p. 126.

³⁸¹ *Resaltados nuestros. Vid. DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín et al, Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Tomo I, Parte General-Parte Especial I, Segunda Edición, Navarra: Editorial Aranzadi, S. A., Editorial Aranzadi, 2009, pp. 164-165.

Sancionador se traducen en el principio de culpabilidad en dos notas generales que diferencian su contenido del que le es propio en Derecho Penal: inexigibilidad de dolo y voluntariedad en la acción, no en el resultado (...) A diferencia de lo que acontece en el Derecho Penal, en el que “las infracciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley (...), en el ámbito administrativo es la exigencia de dolo la que precisa de una previsión expresa al efecto por la norma sancionadora. En otro caso, será siempre la culpa o negligencia el grado de culpabilidad exigible para que pueda afirmarse la responsabilidad del infractor. Es claro pues que, aunque se parta de la plena vigencia del principio de culpabilidad, la intención maliciosa, o dolo, no es exigible para responder de la comisión de una infracción administrativa (...) Las infracciones administrativas consisten, en su práctica totalidad, en el incumplimiento de una norma (inobservancia de una obligación o transgresión de una prohibición) que suele producirse por una mera conducta, sin exigir una transformación externa adicional (resultado), de modo que la existencia del principio de culpabilidad, aun haciendo estricta aplicación de la dogmática penal, se concreta en la voluntad de la acción.”³⁸²

428. Por consiguiente, la culpabilidad en materia de procedimiento sancionador Administrativo es retenida cuando se ha incumplido con el ordenamiento jurídico, resultando irrelevante el que se encuentre presente en el agente infractor el *animus nocendi* o la intención de hacer daño. En efecto, la interpretación de las disposiciones de la Ley núm. 42-08 responden a cumplir con la finalidad de la norma.

429. En tal sentido se hace menester recordar que el concepto de sanción administrativa “(...) es el que incluye en este la manifestación del *ius puniendi* del Estado a través de la Administración, imponiendo un castigo previamente establecido como consecuencia de un procedimiento administrativo.”³⁸³ Asimismo, también es considerado como un “mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o un conducta constitutivo de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal.”³⁸⁴

430. Por tanto, la sanción administrativa tiene como propósito fundamental disuadir al agente económico de la actividad ilícita que había estado cometiendo, para que la situación ilegal no se continúe repitiendo y el mercado no siga siendo afectado. Partimos de la premisa de que las sanciones en materia de competencia, al igual que el resto de las sanciones, procuran que lo incorrecto no se repita y que el porvenir este concentrado en un ambiente de conformidad a la norma.

431. Así las cosas, este Consejo Directivo ha evaluado la sanción administrativa correspondiente a este proceso, atendiendo a los criterios contenido en la Ley núm. 42-08, aunado con los principios administrativos y constitucionales aplicables³⁸⁵ y hemos también observado las sanciones de

³⁸² *Ibid*, pp. 170-173

³⁸³ *Vid.* Patiño Mejía, Omar. *Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.

³⁸⁴ *Vid.* Alfonso Parejo, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2da Edición, 2008.

³⁸⁵ Entre los cuales se encuentran por citar algunos los siguientes: principio de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y eficacia.

organismos homólogos y, particularmente, sanciones impuestas por abuso de posición dominante en el mercado de cervezas.³⁸⁶

432. Con respecto al precitado principio se han desarrollado tres test indispensables para su aplicación, a saber: “a) test de idoneidad, que sirve para verificar si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone; b) el test de necesidad, que sirve para verificar si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone y c) el test de proporcionalidad propiamente dicha, que verifica si la decisiones administrativa no va a producir desventajas que no sean compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue.”³⁸⁷

433. Dicho esto, recordemos que la Constitución dominicana refleja el principio de proporcionalidad dentro de la Administración pública, cuando expresa que la ley sólo puede ordenar “(...) lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica.”³⁸⁸ Sobre este, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que el “[e]l test de proporcionalidad implicará hacer un ejercicio dirigido a determinar que para que una disposición sea constitucionalmente aceptada debe ser necesaria y estar encaminada a lograr un fin legítimo.”³⁸⁹

434. En el presente caso esto se traduce en la evaluación adecuada de la sanción aplicada para conseguir el propósito de la Ley núm. 42-08, además de que la proporcionalidad al igual que la razonabilidad aportan criterios objetivos no solo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las resoluciones administrativas como el caso en cuestión, de manera que toda la evaluación de este proceso, estará centrada en estos principios constitucionales, buscando además el mayor respeto de los derechos de las partes.

435. Por igual, la Ley núm. 107-13, en su principio 9 expone al referirse al principio de proporcionalidad que “[l]as decisiones de la Administración, cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas, habrán de observar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual los límites o restricciones habrán de ser aptos, coherentes y útiles para alcanzar el fin de interés general que se persiga en cada caso; deberán ser necesarios, por no hallarse un medio alternativo menos restrictivo y con igual grado de eficacia en la consecución de la finalidad pública que pretenda obtenerse; y, finalmente, habrán de ser proporcionados en sentido estricto, por generar mayores beneficios para el interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos, que perjuicios sobre el derecho o libertad afectado por la medida restrictiva.”

436. De las disposiciones anteriormente mencionadas se desprende que el principio de proporcionalidad debe estar presente en la delimitación de las infracciones administrativas, así como

³⁸⁶ Vid. i. La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, asunto núm. 22/2016: MILOTUR S.A. C/ FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA, fue sancionada FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A., una filial de Anheuser-Busch InBev, una multa de US\$ 1,9 millones y, ii. El Pleno de Tribunal de Defensa de la Competencia de Canarias, resolución expt. 614/06, cervezas Canarias 2 (2606/05 SDC) y fue sancionada esta última a una multa de EUR\$400,000.00.

³⁸⁷ Machada Muñoz, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, 4ta edición, Madrid, 2015. p. 330.

³⁸⁸ *Resaltados nuestros*. República Dominicana, Constitución, 2010, art. 40.15

³⁸⁹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0014/12 de fecha 23 de mayo de 2012.

también en las sanciones que este Consejo Directivo deba imponer, a fin de garantizar el orden constitucional, la debida adecuación de las imputaciones y sobre todo la justa sanción que conlleve la violación a la Ley núm. 42-08, lo cual se traducirá en la ejecución adecuada del acto administrativo y además llevará a cumplir el propósito de **PRO-COMPETENCIA** al emitir el presente acto.

437. Este órgano decisor encuentra ampliamente comprometido con el respeto a la Constitución y las leyes atribuibles a este proceso, por lo cual ha utilizado el principio de proporcionalidad para explicar sus conclusiones y revestirlas de igualdad, legalidad y equidad. Así las cosas, en nuestro ejercicio de valoración sobre el presente proceso, hemos delimitado las conductas anticompetitivas que se le atribuyen a la **CND** y, que de conformidad con las pruebas aportadas se han considerado los hechos probados. Por tanto, dentro del análisis de la tipicidad, así como también de los hechos comprobados, hemos cumplido con las puntualizaciones exigidas para garantizar el principio de proporcionalidad, lo cual nos permite analizar las consecuencias de las infracciones cometidas, es decir las sanciones atribuibles a los hechos legalmente probados.

438. En este sentido, este Consejo Directivo ha valorado los requisitos del principio de proporcionalidad, a saber: test de idoneidad, el test de necesidad y test de proporcionalidad; que al evaluar de manera detallada las condiciones que nos permite entender la suficiencia de las sanciones atribuida a los hechos comprobados en este proceso, la necesidad que envuelve las sanciones acogidas, las cuales ayudarán a mantener el espíritu de la Constitución y la ley en aras de resguardar la libre competencia en nuestro país y, por último, su proporción adecuada con el agente económico procesado, el mercado evaluado y las condiciones que envuelven las infracciones probadas.

439. Una vez comprobada la existencia de la falta sancionable, es deber de la autoridad de competencia determinar la sanción que aplicará, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y partiendo de que el máxima permitido por el artículo 61, c) de la Ley núm. 42-08 son tres mil (3,000) salarios mínimos y, le menor sanción que pueda imponerse, es de treinta (30) salarios mínimos aplicable al sector de actividad a que corresponda la empresa o persona sujeta a la violación de que se trate.

440. En el caso que nos ocupa, se han podido retener las tres conductas imputadas, en virtud de los numerales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, lo que, por la gravedad de las mismas, pudiera conllevar sanciones independientes con la misma severidad en la sanción.

441. Esta responsabilidad que se genera por la configuración de las conductas tipificadas en la norma, posee independencia, lo que implica que un mismo hecho, acto u omisión, de un agente económico puede dar origen a un cúmulo de responsabilidades, porque cada uno de ellos tiene un fundamento y una finalidad distintas; que pese a existir una concurrencia de responsabilidades o faltas, la Ley núm. 42-08 no establece un régimen acumulativo de sanciones, debiendo este Consejo Directivo limitarse a enmarcar su actuación a la imposición de una pena única en los términos del ya citado artículo 61, c) del referido texto legal.

442. Que no es algo desconocido, incluso para el propio agente económico, que el mismo tiene una posición dominante casi absoluta en el mercado de producción, comercialización y distribución de

cerveza -ostenta un 98.37% de participación en este mercado-³⁹⁰, lo que ha dado la oportunidad de realizar actuaciones independientes en dicho mercado, traduciéndose en abusivas y, en consecuencia, violatorias a la Ley núm. 42-08; que se reitera que este Consejo Directivo no considera que la posición de dicho agente económico sea perjudicial por sí sola, ahora bien, su participación tan elevada le ha permitido actuar en el mercado al margen de las leyes de la oferta y la demanda, tomando decisiones unilaterales en su propio provecho.

443. Si bien es cierto, este Consejo Directivo coincide en que “(...) la posibilidad de disfrutar de cierto poder de mercado (y beneficios económicos) es el principal incentivo para que las empresas inviertan e innoven. (...)”³⁹¹, la ley sanciona que se utilice ese posicionamiento para limitar la libre y leal competencia. El abuso de posición dominante se traduce en una disminución del bienestar y más en un mercado donde la demanda y la oferta son inelásticas, en una mala utilización de recursos para el mantenimiento de una renta económica³⁹², que podría servir para otros fines y, en general, en la limitación de los esfuerzos de las empresas competidoras en ser más productivos.

444. Las empresas con posición dominante en un mercado tienen incluso una especial responsabilidad de cara al mercado, por el poder que tienen sobre el mismo. Sin embargo, la realidad del mercado dominicano es que ese poder se puede utilizar tanto, como para producir eficiencias económicas en el mismo o para crear distorsiones y deficiencias.

445. En el caso de marras, la **CND** ha utilizado su posición dominante para limitar la competencia entre los agentes que participan en él, lo que ha generado un mercado particular con condiciones desfavorables para la competencia igualitaria de los demás agentes al afectar -y en algunos casos hasta anular- su participación en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, tal y como se ha indicado *ut supra*.

446. Por todo lo antes expuesto, este Consejo Directivo ha estimado que las situaciones expuestas justifican la imposición de una sanción única tres mil (3,000) salarios mínimos, correspondiente a **CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS DOMINICANOS CON 00/100 (RD\$46,342,800.00)**, sobre la base de un salario mínimo del sector correspondiente al mercado de cervezas, ascendente a **QUINCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 60/100 (RD\$15,447.60)**.³⁹³

³⁹⁰ *Cfr.* Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, según datos de la Dirección General de Impuestos Internos (DGIII), p. 74.

³⁹¹ *Vid.* Mota, Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, México, Primera Edición en español, 2018, p. 68.

³⁹² *Ibid.*, p. 73.

³⁹³ Este es el monto que dispone el Ministerio de Trabajo para los que prestan servicios en empresas industriales, comerciales o de servicios, cuyas instalaciones o existencias, o el conjunto de ambos elementos, iguallen o excedan de la cifra de cuatro millones de pesos dominicanos (RD\$4,000,000.00). *Vid.* República Dominicana, Ministerio de Trabajo, Comité Nacional de Salarios, *Resolución No. 05/2017, Sobre Salario Mínimo Nacional para los trabajadores del sector Privado No Sectorizado*, 4 de mayo de 2017, ordinal b) del artículo SEGUNDO.

447. Con la imposición de esta sanción, procuramos corregir o restaurar la libre competencia, eliminando la distorsión que existe actualmente en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, causada por las actuaciones realizadas por la **CND**, tal y como se ha establecido en el preámbulo de la Ley núm. 42-08 al disponer “[q]ue el proceso competitivo en los mercados debe ser regulado en orden a conseguir la eficiencia económica, teniendo como fin último garantizar el bienestar de los consumidores.”

448. Por último, se desea aclarar que para este caso no fue estimado o calculado el daño al mercado según los lineamientos emitidos por este Consejo³⁹⁴ debido a que, al ser publicados luego del Informe de Instrucción, no se le podría aplicar a la **CND**, en respeto al principio de legalidad y a la irretroactividad de la norma.³⁹⁵

G. En caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta

449. La Administración posee una autotutela *ejecutiva*, que se refiere a la *eficacia* del acto administrativo; que el artículo 138 de la Constitución indica que, entre los principios de la Administración pública, se encuentra, “[l]a Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de **eficacia**, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.”³⁹⁶ En este sentido, la autotutela ejecutiva aparece como un modo de aseguramiento –o eficacia- de la autotutela decisoria³⁹⁷ y la eficacia del acto administrativo “indica la aptitud del acto para producir sus efectos jurídicos (...)”³⁹⁸.

450. En virtud del artículo 138 de la Constitución para la *eficacia* del acto administrativo, el mismo no puede ser demorado en su aplicación y, de serlo, debe arrastrar unos efectos que equilibren dicha dilación. Así las cosas, para la ejecución de derechos y obligaciones nacidas de un acto, no hace falta declaración administrativa posterior ni, tampoco, una intervención judicial, sino que esta *autotutela ejecutiva* faculta a la Administración para tomar las medidas necesarias que garanticen la eficacia del acto, sin necesidad de recabar el apoyo de coacción judicial.

451. Por esto se afirma que la autotutela ejecutiva “(...) *materialmente se justifica en una razón de expeditividad y eficacia en la gestión de los servicios y asuntos públicos que tiene confiada la*

³⁹⁴ Vid. Aprobado por este Consejo Directivo en fecha 26 de octubre de 2017 mediante *Resolución núm. 021-2017, que Aprueba los Criterios Técnicos para la Determinación y Cuantificación del Daño Ocasionado por Prácticas Contrarias a la Libre Competencia, a ser utilizados por Pro-Competencia*

³⁹⁵ Vid. Criterios técnicos para la determinación y cuantificación del daño en prácticas contrarias a la libre competencia (Acuerdos Anticompetitivos, Abuso de Posición Dominante y Competencia Desleal), art. 2.1. Vale resaltar que la resolución en cuestión no es aplicable como acto administrativo a este proceso, ya que la misma fue dictada estando en curso el procedimiento. En respeto al principio de legalidad y a la irretroactividad de la norma, este Consejo Directivo solo utiliza esta resolución como guía para las explicaciones que se darán más adelante.

³⁹⁶ *Resaltado nuestro.*

³⁹⁷ Barcelona Llop, Javier, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995

³⁹⁸ *Ibid*, p. 43

Administración'; y es ésta noción la que, a mi parecer, condensa el fundamento dogmático de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo en la medida en que remite a la posición institucional misma de la Administración y, en especial, a lo que de ésta se desprende en sus relaciones con los Tribunales."³⁹⁹

452. En ese sentido, el artículo 61 párrafo IV de la Ley núm. 42-08, amparado del referido principio de autotutela ejecutiva que asiste a la Administración, reconoce al Consejo Directivo la posibilidad de tomar medidas que garanticen la eficacia de los actos dictados. Basados en los razonamientos antes esbozados, el no cumplimiento del pago por la falta cometida, involucraría un desacato al acto administrativo.

453. En efecto, en vista la gravedad que representaría el desacato de la obligación, la Ley núm. 42-08 establece en su artículo 61 párrafo IV, establece un aumento del tres (3%) por ciento mensual del monto original en caso de retardo en la realización del pago de la sanción impuesta; que, con ello, se cumple con el propósito de asegurar el cumplimiento de las resoluciones dictadas por este Consejo Directivo.

454. Por tanto, este órgano decisor fija, además de la multa que ha sido impuesta anteriormente, a un pago de un tres (3%) por ciento mensual -o fracción de mes- calculado a partir de la sanción impuesta en caso de retardo en el cumplimiento y hasta tanto la multa sea íntegramente saldada.

455. En virtud de todo ello, que este Consejo Directivo no tome las medidas necesarias para evitar o hacer cesar la situación o situaciones como la que nos ocupa, así como sus efectos en el mercado, equivaldría a afirmar el falso precepto de que los agentes económicos pueden ejecutar discrecionalmente las decisiones emanadas de la autoridad de competencia, lo que fomentaría un ambiente de inseguridad jurídica, por lo que, controlar el cumplimiento de los mandatos dictados por el órgano decisor, resulta ser un asunto de interés general, enfocado a la tutela administrativa efectiva.

H. Sobre el cese inmediato de la conducta

456. Junto a la reacción punitiva de las autoridades de defensa de la competencia -y tan importante como la sanción que se impone a la conducta anticompetitiva-, es el restablecimiento de la legalidad, eliminando los efectos negativos que se han generado en el mercado por la conducta.

457. Ante la comisión de tales infracciones, la finalidad de detenerlas y de restaurar las condiciones de competencia en el mercado, se hace posible con la imposición de remedios correctivos distintos de las multas; que, con la adopción de estas medidas, descritas en el artículo 61 de la Ley núm. 42-08, se procura prevenir la comisión de nuevas infracciones en el futuro, asegurando y conservando la libre competencia.

458. Para cumplir con dicho propósito, la norma ordena la paralización de manera inmediata de la distorsión de la competencia provocado por el comportamiento del infractor, obligando además, a que

³⁹⁹ *Ibid*, p. 108

la decisión final que sea dictada por este Consejo Directivo siempre venga acompañada del cese en las conductas anticompetitivas si estas todavía se encuentran en curso.

459. En efecto, el párrafo III del artículo 61 de la Ley núm. 42-08 claramente afirma que “[e]l pago de la sanción no implica la convalidación de la situación irregular, debiendo el infractor cesar de inmediato los actos que dieron lugar a la sanción.”⁴⁰⁰ Por lo tanto, la reacción prevista por la Ley núm. 42-08 ante una conducta anticompetitiva es relativamente simple y consiste en el re-establecimiento de la legalidad mediante el cese de la conducta.

460. En este sentido, el cese inmediato de los actos también supone la prohibición de poner en práctica aquellos acuerdos que todavía no se han ejecutado, pero que constituyen la realización de una conducta anticompetitiva prohibida; que, por igual, la cesación comprende también la orden de terminación de los efectos que pudieran subsistir, a pesar de que la infracción hubiera cesado ya o los acuerdos pudieran haber formalmente concluidos.

461. Como afirma la doctrina, “[l]a declaración de infracción se acompañará siempre, cuando la conducta prohibida continuara realizándose, del mandamiento conminatorio para la cesación de la misma. Se trata, de una poderosa herramienta en manos de la autoridad de defensa de la competencia que, a través de una declaración negativa, impone al infractor la obligación inmediata de no continuar con una conducta prohibida que se ha acreditado que había realizado o que sigue realizando en la actualidad.”⁴⁰¹

462. En virtud de lo anterior, es innegable que el legislador ha considerado que este Consejo Directivo tiene la potestad y la obligación de hacer cesar las conductas anticompetitivas, violatorias a los mejores intereses del Estado, más aún luego de ser éstas sancionadas, pues es impensable el que se permita la perpetuación de una falta ya sancionada.

463. Con ocasión a lo anterior, este Consejo Directivo le ordena a la **CND** el cese inmediato de las conductas anticompetitivas comprobadas, consistentes en el abuso de posición dominante, específicamente las siguientes; a) Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras; b) La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique; y d) La venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero.”

I. Sobre la nulidad de los acuerdos suscritos en contravención a la Ley núm. 42-08

464. En cumplimiento del propósito de detener y de restaurar las condiciones de competencia en el mercado, otro de los remedios correctivos establecidos por la Ley núm. 42-08 es el enfocado al plano

⁴⁰⁰ Resaltados nuestros.

⁴⁰¹ Vid. Marcos, Francisco, *Remedios y Obligaciones Impuestas por las Autoridades De Defensa de la Competencia*, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2018), Vol. 10, No 1, (pp. 331-371), p. 342

privado y su relación con los terceros: la inoponibilidad de las cláusulas o condiciones anticompetitivas.

465. En efecto, el ordinal V del artículo 61 de la Ley núm. 42-08 establece que “[l]os acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas sancionadas por esta ley no producirán efectos jurídicos y las obligaciones que emanen de los mismos serán nulas de pleno derecho.”⁴⁰² En este sentido, la nulidad supone la negación de los efectos jurídicos del contrato.

466. Por tanto, las consecuencias del negocio nulo no merecen tutela jurídica y, en su caso, deben desaparecer. Esto implica entre las partes, la imposibilidad de exigirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato.

467. Queremos enfatizar que la nulidad como categoría o modalidad de ineficacia de un negocio jurídico en los casos en que este contraviene una norma imperativa, como lo es la Ley núm. 42-08, es un concepto consolidado y presente en todos los ordenamientos jurídicos.

468. En la materia que nos ocupa, existe una inclusión expresa por parte del legislador y lo hace en relación a los efectos de las conductas anticompetitivas, considerando que los negocios cubiertos por dichos acuerdos, tienen un carácter ilícito.

469. La nulidad de pleno derecho es la consecuencia más extrema a la presencia de determinadas deficiencias en la formación del negocio. Esta forma de ineficacia se asocia en nuestro ordenamiento jurídico, a dos causales: en primer lugar, la norma contenida en el artículo 1108 del Código Civil Dominicano indica que existen cuatro condiciones para la validez de un contrato: El consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad para contratar; un objeto cierto que forme la materia del compromiso; y una causa lícita en la obligación; que, por tanto, si faltara algunos de estos elementos esenciales el contrato será inexistente, y si algún vicio lo afectare, sería nulo por existencia; que, por igual, también serán nulos aquellos contratos donde las partes traspasan los límites de la autonomía de la voluntad de las partes, infringiendo una norma prohibitiva o imperativa que emana del orden público, como lo es la Ley núm. 42-08.

470. El artículo 1 de la Ley núm. 42-08 expresa que la promoción y defensa de la competencia efectiva es de orden público; que, asimismo, el artículo 2 de este texto legal indica que “(...) la presente normativa (...) es de observación general y de orden público en todo el territorio nacional y aplicable a todas las áreas de la actividad económica, quedando en consecuencia, todos los agentes económicos sujetos a sus disposiciones, en la forma prevista por el presente ordenamiento (...)”⁴⁰³.

471. Todo contrato suscrito en violación a la Ley núm. 42-08 adolece de un vicio en su formación que es intrínseco a la relación jurídica ya que no se puede iniciar o sostener un vínculo jurídico que perjudique al interés general y a normas de orden público, como la Ley núm. 42-08, puesto que posee una causa u objeto ilícito.

⁴⁰² Resaltados nuestros.

⁴⁰³ Resaltados nuestros.

472. Asimismo, la nulidad proviene de una vulneración al ordenamiento jurídico, quien ha establecido límites claros a la autonomía de la voluntad de las partes; que, como se ha expuesto, la Ley núm. 42-08 indica que sus disposiciones son normas de orden público y, por tanto, de carácter imperativo.

473. Como se ha afirmado, la ineficacia que se deriva de un acuerdo nulo es automática y, en consecuencia, no precisa de un acto de impugnación que la active.⁴⁰⁴

474. Tal como fue establecido en el caso *Courage Ltd. c. Bernard Crehan* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la ineficacia del negocio nulo es absoluta y tiene efecto erga omnes (para todo el mundo), es decir, la carencia de efectos jurídicos del contrato anticompetitivo se extiende a cualquier sujeto.⁴⁰⁵

475. Asimismo, es irrelevante el conocimiento y consentimiento de las cláusulas prohibidas, así como de quien fuera la iniciativa de su introducción en el contrato, ya que este negocio ha sido celebrando en violación a una norma imperativa, de orden público, como lo es la Ley núm. 42-08. Con ocasión a todo ello, la sanción impuesta a la **CND** arrastra consigo la nulidad de pleno derecho de los acuerdos suscritos en contravención a la Ley núm. 42-08; que **como resultado de** esta ilicitud, declarada a través de las resoluciones que emanen de una decisión condenatoria como esta, implica que el agente económico no puede exigir el cumplimiento de dichos acuerdos;

476. Afirmamos que esta medida, reconocida en el ordinal V del artículo 61 de la Ley núm. 42-08, no debe verse como una mera sanción civil que afecta solo a los derechos de los particulares, sino que debe ser vista como solución que implica una sanción de interés público, orientada a garantizar la plena y efectiva aplicación del Derecho de la competencia en la República Dominicana;

J. Sobre la relevancia social de la conducta sancionada y de la sanción impuesta

477. El mandato del legislador a las autoridades administrativas de defensa de la competencia para la detección, investigación y prueba de las conductas anticompetitivas prohibidas persigue diversos objetivos; que, en este sentido, los factores no económicos se han venido asentando, prueba de ello es que el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica son, hoy en día, los conceptos dominantes de la defensa de la competencia.

478. Este Consejo Directivo desea resaltar la relevancia social de casos como estos, donde “el que opera en el mercado debe tener éxito por las bondades de los productos y/o servicios que ofrece y por las condiciones en las que lo hace, pero no por encontrarse en una situación de ventaja injustificada frente a los demás oferentes.”⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Cfr. Herrero Suárez, Carmen, *La nulidad de las conductas Anticompetitivas*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 763 (pp. 2263-2308) p. 2270. Cit. Calvo Caravaca, L. A. (2017). *Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)*, en AA.VV.: Libro Homenaje a Ricardo de Ángel. Culpa y responsabilidad. Navarra, Aranzadi, 149-172

⁴⁰⁵ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*, C-453/99, 20 septiembre de 2001, párrs. 20 y 21.

⁴⁰⁶ Vid. García-Noblejas, Pilar Montero, *La Importancia del Derecho de La Competencia en el Sector Turístico*, International Journal of Scientific Management Tourism, 2016, Vol. 2, núm. 2 (pp. 233-249), p. 241.

479. Una de las aristas fundamentales de las atribuciones estatales de ordenación económica es el mantenimiento de un sistema de mercado de bienes y servicios en el cual las actuaciones de los agentes económicos y de los consumidores se equipare lo más posible a la competencia perfecta. En tal sentido, los organismos de competencia, en el caso dominicano, **PRO-COMPETENCIA**, ejercen sus atribuciones para la consecución de una libre y leal competencia en los mercados.

480. El artículo 17 de la Ley núm. 42-08 establece como objetivo de esta institución, promover y garantizar la existencia de la competencia efectiva; que la competencia efectiva se materializa en el esfuerzo que llevan a cabo los agentes económicos, para intentar así obtener ventajas en el mercado en el que participen, a través de la mejora de la oferta dirigida a la clientela con respecto a los demás competidores, y ajustándose siempre a los intereses de los consumidores.

481. La fórmula de protección a la competencia en nuestro ordenamiento jurídico se considera parte de las llamadas políticas de comportamiento a las cuales esta institución está llamada a motivar su respeto; que, a su vez, en caso de actuaciones de los agentes del mercado que contravengan las disposiciones de la normativa (ex post), deben ser sancionados.⁴⁰⁷

482. La libre y leal competencia genera incentivos para que unas empresas obtengan una ventaja sobre otras, reduciendo sus costes y aumentando su calidad o la adecuación de los bienes y servicios que ofrece a los gustos de los consumidores; que la libre y leal competencia incentiva, además, la innovación y provoca atención a las nuevas necesidades detectadas en la sociedad o, incluso, los agentes económicos generan nuevas propuestas de productos o servicios para los consumidores;

483. En un sistema de libre competencia, los consumidores pueden elegir entre los productos ofrecidos en el mercado, persiguiendo siempre una maximización de sus preferencias o deseos, y los vendedores o proveedores deberán esforzarse para adecuarse a tales expectativas a fin de obtener ganancias.

484. Sin embargo, cuando existe una práctica anticompetitiva, como lo es el abuso de posición dominante sancionada en esta Resolución a la **CND**, el daño al mercado y a los consumidores es incalculable; que, en el caso de marras, el abuso de posición dominante es una de las conductas que este Consejo Directivo considera más perniciosas en los mercados de bienes y servicios en economías como la nuestra, donde por su estructura y naturaleza propia de economía de escala, las actuaciones de los agentes económicos que predominan en él son pasibles de afectar en gran magnitud a los demás competidores y a los consumidores.

485. Recordemos que la libre y leal competencia, está revestida de rango constitucional al consagrarse en el artículo 50.1 refiere “El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante.”⁴⁰⁸ Por lo tanto, cualquier afectación a la libre

⁴⁰⁷ Cfr. German Coloma, *Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado*. Argentina, 2003, p. 14.

⁴⁰⁸ Congreso Nacional, Constitución dominicana, votada y Proclamada por la Asamblea Nacional en fecha 13 de junio de 2015, Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015, artículo 50.

competencia impacta perjudicialmente al emprendimiento y es un importante disuasivo a la inversión porque los competidores no se ven incentivados a participar. Todo esto impacta gravemente con el desarrollo del país y el derecho a competir en igualdad de condiciones.

486. Por igual, en el párrafo I del artículo 49 del referido texto, establece que “[l]as resoluciones del Consejo Directivo tienen carácter ejecutorio (...)” y el artículo 50 de la referida normativa, establece los criterios que debe contener la presente resolución, con lo cual se ha cumplido a cabalidad.

487. Tal y como prescribe el párrafo II del artículo 61 de la Ley núm. 42-08, el pago de la sanción impuesta por medio de esta resolución no implica convalidar la situación irregular producida por el agente económico, es decir, que aun pagando la sanción impuesta, esto no convierte en legal la actuación sancionada, sino que por el contrario se debe cesar dicha actuación anticompetitiva, ya que de no ser así se estaría en frente de un supuesto de reincidencia sobre la conducta ya sancionada. Por tanto, esto implica que el agente económico debe suprimir toda actuación declarada como anticompetitiva, de modo que termine una vez y para siempre las actuaciones contrarias a la libre competencia.

VISTA: La Constitución de la República Dominicana, proclamada el veintiséis (26) de enero del año dos mil diez (2010) y su modificación;

VISTA: La Ley General de Defensa de la Competencia, Núm. 42-08, de fecha dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008);

VISTA: La Ley de Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, de fecha seis (6) de agosto de dos mil trece (2013);

VISTO: El Código de Procedimiento Civil, puesto en vigor por Decreto del 17 de abril de 1884, reformado por las leyes Nos. 834, 845 y 855 de 1980;

VISTO: El Escrito de formulación de alegatos sobre elementos probatorios, depositado por la **CND** de fecha 28 de noviembre de 2017.

VISTO: El Escrito de formulación de alegatos preliminares y solicitud de actos de instrucción ante procedimiento administrativo de investigación, depositado por **CND**, en fecha 28 de noviembre de 2017.

VISTO: El Informe de Instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017, depositado ante el Consejo Directivo en fecha 21 de diciembre de 2017.

VISTO: El escrito de formulación de alegatos ante el documento denominada Informe de Instrucción, de fecha 21 de diciembre de 2017, depositado en fecha 06 de febrero del 2018.

VISTO: El Escrito Justificativo de Conclusiones de la Dirección Ejecutiva, depositado en fecha 14 de septiembre de 2018.

VISTO: El Escrito justificativo de las conclusiones vertidas en la audiencia de conclusiones celebrada el día 14 de septiembre de 2018” depositado por la **CND** en 1 de octubre de 2018.

VISTO: El Escrito de Réplica de la Dirección Ejecutiva a las Conclusiones de la sociedad comercial **CERVECERÍA NACIONAL DOMINICANA, S.A.** de fecha 01 de octubre de 2018.

VISTAS: Las demás piezas que conforman el expediente administrativo sancionador en contra del agente económico **CND**.

VISTOS: Los demás textos legales aplicables.

V. Parte Dispositiva

**EL CONSEJO DIRECTIVO
DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA), en
ejercicio de sus facultades legales:**

RESUELVE:

En cuanto a los incidentes planteados por el agente económico CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A:

PRIMERO: En cuanto a la **FORMA**, declara como buenos y válidos los incidentes planteados por el agente económico, **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, por los mismos haber sido interpuestos acorde con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al **FONDO**, **RECHAZAR** los incidentes planteados por el agente económico, **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, a saber: **(i)** el incidente planteado en fecha seis (06) de febrero del año dos mil dieciocho (2018) mediante el Escrito de formulación de alegatos ante el documento denominado Informe de Instrucción, sobre la *invalidez del acto administrativo-informe de instrucción por encontrarse afectado de nulidad absoluta*, por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo; **(ii)** el incidente planteado en fecha seis (06) de febrero del año dos mil dieciocho (2018), mediante el Escrito de formulación de alegatos ante el documento denominado Informe de Instrucción, sobre la irretroactividad de la Ley núm. 42-08; y **(iii)** el incidente planteado en fecha catorce (14) de septiembre de año dos mil dieciocho (2018) en la audiencia de fondo, Sobre la nulidad del procedimiento por hechos sobrevenidos, por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo; todos los cuales han sido rechazados conforme con los motivos desarrollados en el cuerpo de la presente resolución;

En cuanto al fondo del presente procedimiento administrativo sancionador:

PRIMERO: En cuanto a la **FORMA**, declara como buena y válida la investigación de oficio iniciada por la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** en fecha 31 de enero de 2017 mediante la Resolución núm. DE-001-2017 por la misma cumplir con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al **FONDO**, declara responsable al agente económico **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, de violar las disposiciones contenidas en los literales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, las cuales tipifican el abuso de posición dominante por: **a)** Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras; **b)** La imposición por el proveedor, de precios y otras

condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique; y **d)** La venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero, en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza;

TERCERO: CONDENAR al agente económico **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, al pago de una multa de tres mil salarios mínimos (3,000), en razón de un salario de **QUINCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 60/100 (RD\$15,447.60)**, lo que totaliza un monto total a pagar de **CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS DOMINICANOS CON 00/100 (RD\$46, 342,800.00)**, que deberá ser pagado en un plazo no mayor de treinta (30) días a partir de la notificación de esta Resolución;

CUARTO: CONDENAR al agente económico, **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, al pago de un 3% de interés mensual en caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta, acorde con lo dispuesto en el artículo 61 párrafo IV de la Ley núm. 42-08;

QUINTO: CESAR, de inmediato, toda actuación que se haya generado en el marco de las conductas sancionadas en la presente Resolución, acorde con el literal III del artículo 61 de la Ley núm. 42-08; y, **PRESENTAR** de inmediato un plan detallado de desmonte de las prácticas sancionadas;

SEXTO: DECLARAR nulos de pleno derecho los acuerdos que, dentro del marco de las conductas sancionadas, hayan sido suscritos por el agente económico **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**; y, en consecuencia, los mismos no tendrán efectos jurídicos alguno, acorde con el literal V del artículo 61 de la Ley núm. 42-08;

SÉPTIMO: ADVERTIR al agente económico **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, que el pago de la sanción no implica la convalidación de las situaciones irregulares referidas en esta Resolución, debiendo evitar cualquier acción o actividad que vulnere la libre y leal competencia y, por tanto, transgreda las disposiciones de la Ley núm. 42-08;

OCTAVO: INTIMAR al agente económico, **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.**, para que en el futuro se abstenga de realizar cualquier conducta prohibida en la Ley núm 42-08 y se le **ADVIERTE** que, en caso de incumplimiento, se considerará reincidencia y se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda, de conformidad con lo que dispone el artículo 61, párrafo II de la Ley núm. 42-08;

NOVENO: DECLARAR que la presente Resolución es ejecutoria no obstante cualquier recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley núm. 42-08;

DÉCIMO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado **Víctor Eddy Mateo Vásquez**, para que proceda a notificar una copia certificada de la presente Resolución a la sociedad comercial **CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S. A.** y a la **DIRECCIÓN EJECUTIVA DE PRO-COMPETENCIA**; y, se autoriza a publicar en la página web de esta institución una versión pública de este acto administrativo;

DÉCIMO PRIMERO: INSTAR a la Dirección Ejecutiva de esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA) para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Así ha sido aprobada y firmada la presente Resolución a unanimidad de votos por el Consejo Directivo de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día cuatro (4) de diciembre de año dos mil dieciocho (2018).

Yolanda Martínez Z.

Presidenta del Consejo Directivo

Marino A. Hilario

Miembro del Consejo Directivo

Iván Ernesto Gatón

Miembro del Consejo Directivo

Juan Rafael Reyes Guzmán

Miembro del Consejo Directivo

Víctor Eddy Mateo Vásquez

Miembro del Consejo Directivo
Secretario ad-hoc

VI. Votos particulares

VOTO RAZONADO DEL MIEMBRO DEL CONSEJO DIRECTIVO JUAN RAFAEL REYES GUZMÁN

Mi voto es a favor, en su totalidad, de la presente resolución que viene a adoptar el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA. Las cuestiones trascendentales examinadas acerca de la **limitación o bloqueo de la libre competencia que realiza la CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA (CND) mediante la colocación de neveras, refrigeradores o freezers para enfriamiento de cervezas**, me suscitan algunas reflexiones, que me veo en la obligación de consignar en este Voto Razonado.

1. El literal “b” de la Ley núm. 42-08 prohíbe expresamente la “imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique”.

2. Como muy bien ha establecido la Dirección Ejecutiva, los contratos con cláusulas de exclusividad del “Uso de Freezers” solo para los productos de la CND son una clara violación al literal “b” de la Ley núm. 42-08. Cabe destacar que la limitación a la libre competencia es mayor cuando el minorista solo tiene uno o más freezers suministrados solo por la CND.

3. Es tan evidente la estrategia de uso de freezers para “bloqueo o cierre” de la competencia que en fecha 11 de julio de 2017, la CND depositó un documento titulado “Término de compromiso”, el cual establecía como propósito “(...) definir las condiciones mediante la cuales **CND** velaría por el cumplimiento de las reglas de utilización y distribución de los refrigeradores **CND** cedidos en comodato por **CND** a los puntos de venta. Esto con el objetivo de que se dejara sin efecto el proceso de investigación iniciado por la Dirección Ejecutiva

4. La práctica de colocación o entrega de freezers consiste normalmente en que CND ofrece y suministra uno o más freezer a un minorista vendedor de cervezas sin cobrarle ningún costo, sin ninguna razón financiera o de ventas mínimas o rotación de producto que lo justifique y con la condición contractual de que no coloque en dicho freezer ningún otro producto de la competencia, y esto no limitativo solo a cervezas.

5. La realidad de la gran mayoría de minoristas revendedores de cervezas (Hoteles, colmados, colmadones, restaurantes, bares y pequeños supermercados, entre otros) es el limitado espacio físico disponible para la colocación de múltiples freezers, que bien pudieran ser propios (adquiridos a costo del minorista) o suplidos por algunos de los competidores de la **CND** en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza. . En algunos colmados o colmadones es común ver freezers instalados en el espacio físico público de las aceras, ya que no disponen de espacio físico dentro de sus locales.

6. Los minoristas tampoco están en la disposición de costear el consumo por concepto de energía eléctrica de varios freezers, máxime cuando la rentabilidad de los mismos no está garantizada. Ante este hecho, la colocación de uno o más freezers con carácter de “exclusividad de uso” establecida contractualmente por la CND, se convierte en una barrera o bloqueo para la libre competencia de los demás agentes económicos que participan en el mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza, lo que genera una flagrante violación a la Ley núm. 42-08 y son nulas de pleno derecho, por consiguiente deben cesar cuanto antes.

7. La CND disfruta, además, de una ventaja adicional debido a la posición dominante que ocupa en el mercado. Es el productor de cervezas con la mayor gama de otros productos

(Agua, gaseosas y ron) y que goza de mayor popularidad con su producto estrella “Presidente”. Por consiguiente, los minoristas, están interesados, cuando deciden comprar cervezas, en dirigirse a la CND ya que, gracias a la posición que ésta ocupa en el mercado, les pudiera asegurar un mayor volumen de negocio y rentabilidad. Por la misma razón, hay muy pocos casos en los que los freezers de la CND son sustituidos por freezers de uso exclusivo de otra marca.

8. La posición dominante en el mercado dominicano de la cerveza del 98.37% de la CND, la gran cantidad de freezers instalados en establecimientos minoristas, la poca o ninguna probabilidad de que un minorista compre un freezer propio ante la oferta de la CND de instalarle uno nuevo a cero costo, la limitante de espacio físico y el costo de la factura eléctrica y muy especialmente, las cláusulas contractuales de exclusividad del “Uso de freezers” son razones que impiden o limitan la libre competencia en el mercado de la cervezas.

9. La CND siempre tendrá el derecho de seguir colocando freezers a sus clientes. También tendrá el derecho de retirarlos. Pero ese derecho debe ser ejercido en función de criterios objetivos financieros o mercadológicos y no como estrategia de “bloqueo de la competencia” probada y establecida mediante cláusulas contractuales de exclusividad de “uso de freezers”.

10. Existen muchas variables, métricas o indicadores que pueden ser utilizados para la toma de decisión de instalar o retirar un freezer, tales como: a) Rotación de ventas de cervezas por freezers; b) Rentabilidad por freezers; c) Variedad de productos refrigerados d) Lejanía o ubicación del cliente o frecuencia de visitas. Existen muchas más y la decisión puede ser tomada en función de una gran variedad de combinaciones posibles, siempre acordes a la Ley núm. 42-08.

Como resultado de todo lo expuesto, es mi firme criterio que este Consejo Directivo también ha sancionado a la CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA (CND) en esta resolución por la **limitación o bloqueo de la libre competencia mediante la colocación de neveras, refrigeradores o freezers para enfriamiento de cervezas**, dentro de la conducta tipificada en el ordinal b) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08 y que, por tanto, las obligaciones que emanan de este acto administrativo y su dispositivo deben ser aplicadas por dicho agente económico en los plazos indicados. En caso de incumplimiento, debería ser sancionado en el futuro.

Juan Rafael Reyes Guzmán
Miembro del Consejo Directivo