

**Precios predatorios y su impacto en la competencia:
Un estudio comparado sobre la eficacia regulatoria**

Keynes y Piketty

Autores: Staling José Taveras Minaya y Joel David García Amaro

Seudónimo: Keynes y Piketty

Ganadores Segunda mención de honor
Segunda edición “Escribiendo X la Competencia 2024”

Resumen

Los precios predatorios son una de las expresiones del abuso de la posición dominante que han generado gran debate a nivel internacional, dada su compleja naturaleza y sus nocivos potenciales efectos. Este artículo realiza un análisis comparativo y evaluativo sobre su eficacia regulatoria internacionalmente y en el derecho dominicano.

Palabras clave: precios predatorios, posición dominante, regulación, eficacia, Pro-Competencia.

Introducción

En la medida en que la economía mundial crece y se globaliza, ocurren cada vez más instancias en las cuales poderosas firmas, tanto nacionales como internacionales, aprovechan su estatus para abusar de su posición dominante y socavar la competencia. Una de las formas de expresión del abuso de la posición dominante que ha generado gran debate a nivel internacional dada su sofisticación y compleja naturaleza son los llamados precios predatorios. Este fenómeno, en sus distintas manifestaciones, representa un gran peligro para la competencia en los mercados nacionales por su potencial para sacar a competidores del mercado o impedirles la entrada mediante la manipulación de precios.

Para mercados pequeños como el dominicano, cuyos sectores podrían ser vulnerables a la injerencia de poderosas firmas extranjeras o nacionales, este riesgo toma especial trascendencia ya que podría resultar en sustanciales perjuicios a los intereses económicos de la nación, no solo para los consumidores dominicanos, sino para el productor local cuyos bienes y servicios están destinados para consumo interno, en adición a los daños a la competencia en general.

En virtud de esto pueden surgir preocupaciones de cara a la adecuación y eficacia regulatoria del marco legal dominicano en materia de derecho de la competencia ante prácticas como la de referencia. Puesto que, si bien el legislador dominicano ha equipado el ordenamiento jurídico con múltiples instrumentos normativos, la utilización de estos ha sido escasa, siendo muy pocos los casos de trascendencia los presentados por ante Pro-Competencia o por vía judicial.

En ese sentido, el presente ensayo tendrá como objetivo analizar la preparación y adecuación del ordenamiento jurídico dominicano para regular y sancionar los precios predatorios en sus distintas expresiones. Para esos fines, se realizará una revisión de la literatura en la materia a saber en las legislaciones de Europa y Estados Unidos desde la perspectiva del derecho comparado y se extraerán estándares de regulación del fenómeno de referencia desde los puntos de vista doctrinal y jurisprudencial, en aras de determinar los criterios que debe de tener cualquier regulación de los precios predatorios **(I)**.

Luego, se presentará el marco legal de protección de la competencia en Rep. Dom. **(II)** y se identificarán las normativas dominicanas aplicables para sancionar los precios predatorios para ser analizadas conforme a los criterios del derecho comparado con el fin de determinar la adecuación de los instrumentos legales dominicanos para responder a cualquier manifestación de precios predatorios en la economía nacional **(III)**.

Finalmente, a partir de dichos hallazgos se establecerá la efectividad de dichos instrumentos normativos y se identificarán las brechas y oportunidades de mejora en la aplicación del marco legal dominicano en relación con este fenómeno **(IV)**.

I. Precios predatorios: concepto

La falta de consenso en torno al fenómeno de los precios predatorios es tal, que aun su definición y conceptualización son objeto de controversia. Tradicionalmente, los precios predatorios pueden definirse como la estrategia deliberada de una firma dominante de reducir los precios de manera agresiva por debajo del costo, renunciando a beneficios e incurriendo en pérdidas, con la finalidad de excluir o evitar la entrada de otros competidores al mercado, de forma que una vez socavada la competencia se pueda aumentar los precios a niveles anticompetitivos, recuperar las pérdidas y afianzar su posición dominante del mercado (Centro Competencia, 2021; Pozo Vintimilla 2016, 28; Dechert LLP 2009, 1; Moisejevas, 2017, 127; Gürkaynak y Özgümüş, consultado en 2024). Sin embargo, esta definición, según el criterio de los autores, es insuficiente porque asume nociones que han sido, y siguen siendo, muy debatidas en la academia.

Por ende, la presente disertación adoptará un concepto más abarcador de la conducta en cuestión, asumiendo la definición de los renombrados profesores norteamericanos Brodley, Bolton y Riordan, quienes, en lato sensu, definieron los precios predatorios como una reducción de precios que es rentable solo por el incremento de poder mercadológico obtenido por el predador, como resultado de eliminar, disciplinar o inhibir la conducta competitiva de un rival o un rival potencial (Bolton, Brodley, and Riordan. 1999, 3).

Otra manera de visualizarlo es a través de sus elementos constitutivos: el elemento objetivo, representado por una reducción de precios por debajo del costo, aunque la reducción podría ser predatoria aun si está por encima del costo; y el elemento subjetivo, que se configura en la intención de eliminar o impedir la entrada de competidores (Archila 2001, 238). Un tercer factor de sustancial prominencia a nivel doctrinal y jurisprudencial es el llamado *recoupment*, que hace alusión a la recuperación de las pérdidas sufridas posteriormente a la predación. (Ganesh, 2023, 5)

A partir de esta conceptualización, se podrá inmediatamente advertir que los precios predatorios son una manifestación del abuso de la posición dominante en su modalidad exclusoria (Centro Competencia, 2021). De esto se aduce que varios de sus efectos nocivos para la libre competencia serán consustanciales con los tradicionalmente reconocidos para dichos abusos.

Adicionalmente, la doctrina ha contemplado otros posibles enfoques que pueda tener una estrategia predatoria, como lo sería la teoría de la predación de los mercados financieros, en la cual la firma dominante, al reducir sus precios predatoriamente, provoca pérdidas para su presa menos robusta, lo cual deviene en una reducción de su acceso a crédito y financiamiento en la medida en que los bancos reducen o retiran su financiamiento como resultado de la disminución de la renta y el incremento del riesgo crediticio. (Bolton, Brodley, and Riordan 1999, 10).

De igual modo, se han creado modelos que socavan la competencia y la entrada mediante la reputación, que consiste en que la firma dominante cree la reputación de ser un competidor agresivo que reducirá sus precios en detrimento de su rival entrante para generarle pérdidas

(Ganesh 2023, 6); la señalización de mercado, que alude a estrategias que, basándose en el mayor manejo de información del incumbente dominante, buscan sabotear los estudios de mercado de un rival entrante para hacerle creer que el mercado es inhóspito para nuevos competidores (Binder Wiener 2017, 12); y la señalización de costos, en la cual el predador reduce sus precios con la intención de inducir a su víctima entrante en el mercado a creer que este tiene menores costos, cuando en realidad no tiene ventajas en ese aspecto. (Bolton, Brodley, and Riordan 1999, 11)

No obstante, en contraste con estos nocivos efectos al mercado, los detractores de los precios predatorios como estrategia real y viable para la socavación de la competencia plantean una preocupación bastante real y latente de cara a cualquier intento de regulación en la forma de la distinción entre la predación y la competencia agresiva (Vallejo 2023, 63-64). El resultado natural de la libre competencia entre múltiples agentes económicos es, después de todo, precios bajos para el consumidor, por lo cual, la sanción de los precios predatorios, que por definición son reducciones en el precio, podría muy fácilmente convertirse en represión contra estrategias competitivas legítimas por parte de firmas dominantes, que no por el simple hecho ser dominantes incurren en violación a la ley. En ese sentido, el principal reto del legislador y el juzgador de la libre competencia con relación al tópico a saber es la determinación de qué constituye un precio predatorio y su diferenciación de un precio competitivo (Edlin 2012, 2-3; Ganesh 2023, 6) y la identificación de causales justificadas de reducción de precios por debajo del costo en la aplicación de la normativa. (Moisejevas 2017, 127)

A partir de la formulación del problema las legislaciones principales del mundo Occidental, la estadounidense y la europea, han tomado enfoques bastante diferentes en sus respuestas a la conducta en cuestión. Doctrinalmente hablando, Estados Unidos ha sido el centro del desarrollo de los estándares de determinación de los precios predatorios, contando con los aportes de los pioneros en la en la cuantificación de la prueba de los precios predatorios, Phillip Areeda y Donald Turner, Richard Posner, Oliver Williamson, Aaron Edlin, Joseph Brodley etc. Estos doctrinarios han creado *tests* como el del costo marginal y el del costo medio variable a corto plazo (Brodley and Hay 1980, 738); el costo marginal a largo plazo (Archila 2001, 248-249); el *test* del rival igualmente eficiente (Williamson 1977, 288); el *test* del sacrificio (Binder Wiener 2017, 22-23); el *test* del bienestar del consumidor (Edlin 2012, 36); y la regla de restricción de salida (Williamson 1977, 296).

A pesar de su riqueza y variedad teórica, la práctica judicial norteamericana ha experimentado poco con la plétora de teorías y modelos a su alcance. Esto no siempre fue así. Al contrario, en 1911 se registran los primeros fallos de transcendencia en materia de precios predatorios en las famosas decisiones *Standard Oil* (Archila 2001, 276) y *American Tobacco* (Centro Competencia 2021). Amparado por el *Sherman Act*, que protegía la estructura competitiva del mercado, y el *Robinson-Patman Act*, que resguardaba la equidad, la determinación de los precios predatorios en E.E.U.U. se basaba en criterios de uso injustificado de precios contra firmas pequeñas y entrantes y en la protección de la integridad de la estructura competitiva del mercado

Ganadores Segunda mención de honor
Segunda edición “Escribiendo X la Competencia 2024”

a largo plazo (Brodley and Hay 1980, 765-766). Todo cambió con la publicación del artículo de Areeda y Turner en 1975, que redireccionó la discusión hacia los *tests* costo-precio, lo cual resultó en la decisión *Matsushita*, que a su vez sería una premonición de lo que habría de venir, puesto que por primera vez la Suprema Corte de Justicia mostró escepticismo sobre la probabilidad de la implementación de los precios predatorios en la vida real (Pozo Vintimilla 2016, 32). El arco de la alta corte norteamericana se completó con el caso *Brooke*, que estableció el criterio judicial norteamericano hasta hoy, estableciendo que los precios predatorios requieren prueba de que haya precios por debajo de costos, aunque no especificó el costo a tomar como parámetro; y, crucialmente, que se demuestre una “posibilidad peligrosa” o presunción razonable de que haya *recoupment*, es decir, que el predador recupere sus pérdidas vía un aumento de precios posteriormente a la reducción predatoria de los mismos (Bolton, Brodley, and Riordan 1999, 20). La pesada carga de la prueba que *Brooke* exige del demandante ha solidificado el escepticismo basado en la improbabilidad de los precios predatorios en la mente del juzgador estadounidense, excluyendo en gran medida las consideraciones en cuanto a estructura del mercado y estrategia, optando en su lugar por un criterio de rentabilidad. (Bolton, Brodley, and Riordan 1999, 23-24)

En contraste, el derecho europeo ha sido mucho más proactivo y abierto, desarrollando el grueso de su discusión en los tribunales. Previsto en los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 82 de las Directrices de la Comisión, los elementos de los precios predatorios en el derecho europeo son el sacrificio y la exclusión anticompetitiva (Gürkaynak y Özgümüş, consultado en 2024). El sacrificio es determinado a partir del costo medio evitable (CME), entendiéndose predatorios los precios por debajo de dicho parámetro, aunque se contempla la posibilidad de predación con costos por encima del CME, atendido a que se demuestre intención predatoria. Por otro lado, la exclusión anticompetitiva se mide en términos del competidor igualmente eficiente, asumiendo como parámetro el costo incremental promedio de largo plazo como excluyente. Crucialmente, no es necesario demostrar la salida de competidores para probar exclusión anticompetitiva. (Gürkaynak y Özgümüş, consultado en 2024).

Estos criterios han sido puestos en práctica en múltiples casos por ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre los que destacan el caso AKZO, en el cual la alta corte “estableció una presunción *iuris et de iure* de predación para los precios inferiores al costo variable promedio y una presunción *iuris tantum* para los precios superiores al costo variable medio, pero inferiores al costo total medio” (Archila 2001, 289). Posteriormente, en el caso *Tetra Pak* el tribunal estatuyó el *recoupment* no es un requisito *sine qua non* para demostrar predación (Moisejevas, 2017, 138). Luego, con la decisión *France Télécom* la corte reafianzó sus presunciones en torno al costo total medio y el costo variable promedio y su criterio sobre la no obligatoriedad del *recoupment*, con la salvedad de que podría considerarlo de ser necesario, pero, interesantemente, dio tácita aquiescencia al cambio hacia un enfoque basado en efectos para el análisis de los casos a futuro, con particular énfasis en el bienestar del consumidor (Dechert LLP 2009, 2). Finalmente, el caso *Post Denmark* introdujo las últimas innovaciones a la jurisprudencia

Ganadores Segunda mención de honor
Segunda edición “Escribiendo X la Competencia 2024”

europea, continuando el cambio hacia análisis económico mediante el desarrollo del *test* del competidor igualmente eficiente, resultando esto en el hallazgo de que los precios por encima del costo total medio no pueden ser predatorios, bajo el entendido de que los rivales que no puedan competir con dichos precios son ineficientes. (Ganesh, 2023, 9-10) En conjunto, la normativa y jurisprudencia han equipado al derecho comunitario europeo con los instrumentos jurídicos adecuados para regular los precios predatorios.

En síntesis, del estudio de la diversa literatura en la materia es posible extraer criterios esenciales que debe de tener de cualquier esfuerzo legislativo. Lo primero que se debe reconocer es la delicadeza del desafío, pues errores en la regulación pueden llevar a extremos no deseados, como la impunidad o la represión excesiva. Dada su naturaleza compleja y multifacética, el análisis de los precios predatorios debe ser holístico y no puede basarse en un único criterio, sino, que debe de tomarse en cuenta el análisis costo-precio en conjunto con otros factores económicos, como la estrategia desde la teoría del juego y la eficiencia, la disuasión de entrada al mercado de competidores, la estructura competitiva del mercado y la intención anticompetitiva predatoria, nunca perdiendo de vista el hecho de que por sí solo, ningún criterio obtendrá los resultados esperados, y solo con una adecuada sinergia se alcanzará el balance ideal entre la rivalidad meritoria y legítima y la intención predatoria anticompetitiva.

II. El marco legal dominicano

En la República Dominicana la libre y leal competencia es regulada por un marco legal que comprende diversas normativas que han sido ideadas y diseñadas con la finalidad de fomentar y proteger la libre competencia, buscando así, garantizar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores en el país caribeño. Dicho marco legal está compuesto por la ley general de defensa de la competencia no. 42-08, el reglamento de aplicación de la ley 42-08, el reglamento para el establecimiento de un régimen de reducción de sanciones (RSS), el reglamento del procedimiento simplificado por indicios de entrega de información falsa o alterada, y, el reglamento del procedimiento para el sometimiento y aprobación de compromisos de cese.

En principio, un conjunto, compuesto por una ley y reglamentos, que ha proporcionado una protección robusta a la promoción y defensa de la competencia en la Republica Dominicana, permitiendo así a las autoridades jurisdiccionales abordar las prácticas anticompetitivas que se les han presentado en el cumplimiento de sus funciones, así como también otras conductas, o bien, infracciones a la libre y leal competencia, que puedan perjudicar a los consumidores y a la economía dominicana en general.

Es importante resaltar, que, además de las ya mencionadas disposiciones legales que rigen la libre y leal competencia en el ordenamiento jurídico dominicano. Existen disposiciones sobre este importante tema en la ley de leyes, la constitución. Así pues, la norma sustantiva hace un fuerte hincapié “en la competencia libre y leal” estableciendo una reserva de Ley para aquellos casos excepcionales de seguridad nacional en los cuales serán toleradas prácticas monopólicas o

abusos de posición dominante (Cury, 2023, 70). Esto deja más que evidenciado el espíritu del constituyente de 2010 por que se respete el desarrollo económico sostenible en igual de condiciones para todos los miembros del Estado Dominicano. Evidentemente, localizando, persiguiendo y deteniendo prácticas que van en detrimento de los competidores que puedan verse afectados en las eventuales situaciones en las que un competidor particular practique dichas prácticas para favorecerse en perjuicio de sus pares.

Siendo la ley 42-08 la principal arma contra las prácticas anticompetitivas en República Dominicana, cabe destacar que el marco legal estatal gira en torno a dicha disposición. Esta regla promueve y protege la libre y leal competencia en los mercados financieros del Estado Dominicano, luchando contra prácticas que lesionan la misma, como los acuerdos colusorios y los abusos de la llamada posición dominante. Esta ley crea, además, la comisión nacional de defensa de la competencia (Pro-competencia), que supervisa y sanciona conductas que puedan agredir la competencia que garantiza un entorno económico igualitario. Asimismo, esta disposición regula fusiones y adquisiciones, buscando con esto, evitar acumulaciones excesivas de poder en un mismo mercado. Ahora bien, el éxito de esta ley, así como de la protección de la competencia, y, la lucha contra las prácticas anticompetitivas dependerá de la aplicación que realiza Pro-competencia. ¿Sería posible afirmar que, la Republica Dominicana está preparada para luchar contra todos los tipos de prácticas anticompetitivas, incluidos los precios predatorios?

III. Regulación de los precios predatorios en el derecho dominicano

Una vez asimilada la ley no. 42-08 como la máxima reguladora de la libre competencia en el Estado Dominicano, es factible analizar las diversas disposiciones que esta propone, para enfrentar un catálogo de prácticas anticompetitivas que la misma plantea, y, corroborar si estas prácticas pudieran ser asociadas a los precios predatorios.

En su título primero, capítulo segundo titulado “de los acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia y del abuso de posición dominante”, la ley general de defensa de la competencia plantea en su artículo cinco un catálogo de cinco “prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos”¹, que, aunque estas hacen alusión a acciones planeadas entre competidores, y, no de aquellas realizadas por un agente dominante en el mercado en detrimento de sus rivales, pueden ser asumidas para el presente análisis en el entendido de, que, no existe una regulación explícita y estas pueden ser asumidas como un abuso de la posición dominante, ya que, como se mostrará más adelante, la lista que proporciona la norma es enunciativa. Entre las cinco practicas planteadas por el artículo cinco es válido resaltar para lo que nos compete, “Acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto”², y, “Eliminar a competidores del mercado o limitar su acceso

¹ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 5. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

² Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 5. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

al mismo, desde su posición de compradores o vendedores de productos ³, literales A y E respectivamente. Estos merecen vital atención para el presente trabajo debido a que entendido el concepto y *modus operandi* de los precios predatorios, es evidente el hecho de que estos son una combinación de las prácticas positivizadas en los referidos literales, en cuanto a que, estos al reducir leoninamente los precios de los productos que comercializan, como estipula el literal A (acordando precios o descuentos), buscando así alcanzar su objetivo que es planteado en el literal E, eliminar del mercado competidores existentes que no podrán resistir la peregrinación de consumidores, o bien, limitar la entrada al mercado de nuevos competidores que tampoco resistirán una competencia tan desequilibrada a favor de los detractores de la libre competencia.

Asimismo, los precios predatorios pueden caer perfectamente dentro de lo estipulado en el artículo seis de la ley que nos compete, cuando plantea el abuso de posición dominante y algunas prácticas catalogadas como tal. Al igual que el precedente artículo cinco, este sexto proporciona un catálogo de acciones que el mismo artículo considera como abusos de posición dominante, en esta ocasión seis prácticas desarrolladas en igual cantidad de literales. De dichos literales nos es de vital importancia el marcado con la letra A, que estipula “Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras”⁴, en cuanto a la interpretación dada al articulado, el mismo es asociado a los precios predatorios en cuanto a, que, al reducir los precios verazmente por debajo del costo, con la finalidad de excluir o evitar la entrada de otros competidores al mercado (Centro Competencia, 2021; Pozo Vintimilla 2016, 28; Dechert LLP 2009, 1; Moisejevas, 2017, 127; Gürkaynak y Özgümüş, consultado en 2024), logran instigar a los consumidores a abstenerse de adquirir el mismo producto o servicio desde empresas contrarias que respetan la libre competencia.

Es válido señalar, que, aunque los precios predatorios no figuran en la lista del artículo once de actos considerados como actos de competencia desleal, dicha lista, tal y como establece el mismo no es limitativa, sino, enunciativa⁵, y, por ende han de ser considerados todos los actos que se acoplen a la definición planteada en el artículo diez de la presente ley, “Se considera desleal, ilícito y prohibido, todo acto o comportamiento realizado en el ámbito comercial o empresarial que resulte contrario a la buena fe y ética comercial que tengan por objeto un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores”⁶, entendida la naturaleza de los precios predatorios es más que evidente que su práctica es una manifestación de la mala fe y amoral comercial.

³ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 5. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

⁴ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 6. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

⁵ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 11. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

⁶ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 10. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

La ley 42-08 plantea dos posibles vertientes para accionar en contra de quienes incurran en acciones desleales, la judicial, a través de la acción en justicia directamente ante el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado, actuando en sus atribuciones civiles y comerciales, con la finalidad de demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieren podido sufrir como consecuencia de prácticas prohibidas⁷. Además de la tan tediosa y dilatada vía judicial y lo que esta implica, la norma también proporciona la opción de accionar a través de la vía administrativa ante la Dirección ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, donde dicha comisión podrá sin perjuicio de las sanciones judiciales, aplicar ciertas sanciones que irán de treinta a tres mil salarios mínimos del sector público⁸, dependiendo, claramente, de las prácticas anticompetitivas realizadas por el infractor y la magnitud de las mismas.

Sin embargo, esta regulación trae consigo ciertas implicaciones que hacen un poco difícil su aplicación, o bien, su cumplimiento en la realidad jurídica dominicana, debido a la forma de llevar los procesos, la forma de obtener las pruebas, como son aplicadas y justificadas estas en los procesos judiciales y administrativos. Todo esto ha menoscabado la aplicación efectiva de la ley que tanto bien le podría hacer al Estado Dominicano, pero que, por la inexperticia de muchos de los juriconsultos dominicanos no ha cumplido su razón de ser, y, por tanto, no ha permitido a quienes juzgan estos casos, ya sean jueces del poder judicial o los integrantes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, aplicar como debería serlo la norma, que busca primordialmente la defensa de los competidores comerciales más susceptibles a sufrir pérdidas ante el yugo de quienes dominan el mercado.

IV. Análisis de la aplicación práctica del marco legal dominicano

Visto el derecho aplicable en la materia, es posible proceder con el análisis del marco legal dominicano de cara a los criterios esenciales establecidos en el primer apartado en aras de establecer la efectividad de la aplicación normativa. Para esos fines, es imperativo remitirse al precitado Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08, que, dado en 2020, actualiza y amplía los conceptos establecidos originalmente en la ley. Esto se nota en el artículo dos del referido reglamento, donde se adoptan teorías económicas modernas en la forma de los términos de eficiencia en sus distintas concepciones, barreras de entrada y estudios de mercado⁹. Particularmente en lo que respecta al fenómeno objeto de esta disertación, la incorporación de esta nomenclatura internacionalmente establecida da las puertas a Pro-Competencia a interactuar directamente con la riqueza doctrinal y jurisprudencial del derecho de la competencia de las

⁷ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 12. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

⁸ Ley general de defensa de la competencia No. 42-08. República Dominicana. G.O. No. 10458. (2008). Art. 61. <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>

⁹ Reglamento de Aplicación de la Ley Núm. 42-08, General De Defensa De La Competencia. República Dominicana. Decreto Núm. 252-20 (2020): Art. 2. <https://www.arapf.org/wp-content/uploads/2020/07/Ley-No.-42-08-Reglamento-de-Aplicacion.pdf>

principales jurisdicciones a nivel mundial, y, a adoptar los instrumentos legales de dichas legislaciones según surja la necesidad.

De hecho, en un eventual caso de precios predatorios, Pro-Competencia podría emplear criterios de análisis económico moderno mediante *tests* de eficiencia como lo sería el del rival igualmente eficiente basado en presunciones costo-precio; asimismo, como factores económicos estratégicos y de estructura competitiva del mercado, partiendo de la teoría de exclusión anticompetitiva mediante la imposición de barreras injustificadas, como definidas en el cuarto inciso del artículo dos del reglamento. En conjunto, estas conceptualizaciones reducirían la probabilidad de falsos positivos y equipararían a las autoridades con criterios sólidos y empíricos para diferenciar entre competencia legítima, causales justificadas de reducción de precios por eficiencia, y, conducta predatoria.

Por esa misma línea, en el artículo cuatro del reglamento, relativo al abuso de la posición dominante, es evidente la influencia del derecho europeo en los criterios establecidos para la determinación de la existencia de prácticas abusivas, siendo particularmente llamativo el sexto inciso, que hace alusión a una casuística extraída directamente del precitado caso *AKZO* (Archila 2001, 289). Crucialmente, en los ocho indicios enunciados por el artículo de marras se mantiene en todo momento la coherencia de los estándares seleccionados por el legislador dominicano para evaluar una manifestación del abuso de la posición dominante como lo serían los precios predatorios: examen costo-precio, exclusión anticompetitiva y estructura competitiva del mercado. Criterios cuyos beneficios ya enunciamos sumariamente en el párrafo anterior.

En su sabiduría, a los fines de obtener el adecuado balance en la determinación de predación y competencia o estrategia legítima, el legislador complementó los indicadores del artículo cuatro con las justificaciones del artículo cinco, las cuales fundamentó en consideraciones enunciativas, es decir, no limitativas, de eficiencia económica a partir del enfoque basado en efectos que ha estado desarrollando la práctica europea, pero distinguiéndose de esta en que no solo sería observado el bienestar del consumidor, sino, los efectos a la competencia misma, postura ecléctica que al entender de los autores asimila lo mejor de ambas posiciones.

Un último aspecto que no puede pasarse por alto es el régimen probatorio establecido por el párrafo uno, artículo siete de la Ley 42-08, que, contrario a la praxis judicial norteamericana, opta por instituir un balance de la carga probatoria, puesto que, el que alega la conducta predatoria debe probarla, mientras que el que alega ser inocente debe demostrar su procompetitividad o eficiencia económica para ser libre de la imputación.

No obstante, a pesar de todas sus loas, el marco dominicano no carece de sombras que pueden nublar la aplicación de un marco normativo que, en principio, está a la vanguardia siguiendo los pasos del derecho de la competencia europeo. Una primera preocupación surge a partir del aparente silencio de la normativa en torno al *recoupment*, cuyas controversias podrían convertir el ordenamiento jurídico dominicano en un campo de batalla para los doctrinarios de

inclinaciones europea y estadounidense, dadas las influencias de ambas legislaciones en nuestra normativa vigente.

Otro aspecto que puede generar dificultades en la aplicación de la ley es la selección del *test* costo-precio a utilizar también presenta un delicado desafío en la medida en que está demostrado que el *test* escogido para evaluar la existencia de predación influye en el porcentaje de denuncias acogidas, como quedó demostrado con el *test* Areeda Turner. (Bolton, Brodley y Riordan 1999, 18)

Volviendo al aspecto probatorio, el mismo artículo siete de la Ley, en sus párrafos dos y tres, yerra al establecer la noción de mercado relevante como estándar probatorio para determinar la capacidad para crear barreras injustificadas dado que dicho concepto ignora la posibilidad de que una firma con participación en múltiples mercados opte por compensar sus pérdidas o financiar su predación en el mercado relevante con sus actividades en otro mercado (Edlin 2012, 14; Ganesh 2023, 7).

En síntesis, el marco legal dominicano para la posible regulación y sanción de los precios predatorios como abuso de la posición dominante está, a todas luces, equipado con los últimos instrumentos normativos creados por el derecho comparado. Su notable inspiración en el derecho europeo hace que, en principio, la autoridad nacional esté en condiciones para solventar cualquier casuística que le sea presentada. Sin embargo, esto no la exime de los desafíos que podrían surgir en el camino, principalmente en las áreas de mayor controversia y que el legislador eludió en su esfuerzo regulatorio. Desafíos, que podrían hacer de la aplicación efectiva de la norma una ilusión inalcanzable.

Es en este sentido, que, se identifican ciertas oportunidades de mejora para alcanzar la eficiencia normativa, con la que fue planeada la llegada del reglamento, referido precedentemente, que posee el Estado Dominicano, en un ámbito tan convulso como lo es el financiero.

El primer aspecto identificado, y, por ende, que es necesaria su mejora, es la ambigüedad legal. Pues, la ley 42-08 contiene ciertos términos, palabras, o bien, definiciones, que, por la forma en que han sido expresadas por el legislador son considerados vagos y carentes de especificidad, pudiendo estos dar lugar, y, que suele más de lo debido, a diversas interpretaciones. Particularmente, la definición de conceptos clave como "posición dominante" y "prácticas restrictivas de la competencia" carecen de precisión, lo que dificulta su correcta identificación y sanción (Salgueiro, 2023, 631-671).

Estas ambigüedades llevan a quienes juzgan los procesos de manera colegiada, ya sean judiciales o administrativos, a tomar decisiones sin la certeza necesaria, debido a la diversidad de criterios, o bien, a demorar más de lo planteado y debido, en razón de las deliberaciones que podrán extenderse. Teniendo esto una su consecuencia incluida, la llamada mora judicial. Además, las referidas ambigüedades podrán, pueden y son, bien aprovechadas por actores económicos que realizan actos que laceran la libre competencia, como los precios predatorios, amparándose estos

Ganadores Segunda mención de honor
Segunda edición "Escribiendo X la Competencia 2024"

de que operan en la legalidad, siendo la excusa más común para el presente caso, el hecho de que esta reducción del precio es una táctica empresarial competitiva.

En otro orden, ha de tomarse muy en cuenta, el hecho de que, la eficacia sancionadora y reguladora de un marco legal, depende de la capacidad que tenga el Estado para supervisar su cumplimiento. En este sentido, y, en la realidad sociopolítica y jurídica dominicana, es evidente que Pro-Competencia presenta la necesidad de recibir más fondos, pues, en principio, estos carecen de los recursos necesarios para realizar una supervisión necesaria. Esto debido a que, la ley general de defensa de la competencia no previó, al momento de su promulgación, un sistema efectivo que monitoreara el mercado, lo que ha permitido que algunas prácticas anticompetitivas se mantengan impunes (Salgueiro, 2023, 631-671).

Estando en la llamada “era digital”, es imprescindible ir acorde a la realidad que engloba la civilización, y, los avances tecnológicos en el mercado, reflejados estos en la implementación de algoritmos para fijar precios, presenta un nuevo desafío para las autoridades. Es notable que estas han de estar debidamente preparadas tanto instrumental como profesionalmente para monitorear y analizar estas nuevas prácticas, siendo esto otra muestra de la necesidad que posee Pro-competencia de recibir más fondos por parte del Estado Dominicano. Ante esta situación la falta de mecanismos para monitorear ha devengado en que la mayor parte de las investigaciones realizadas por Pro-competencia han sido realizadas luego de que a dicha entidad le ha sido notificada una denuncia por un agente económico afectado (Salgueiro, 2023, 631-671). Lo que ha limitado, y, en el peor de los casos, extinguido la capacidad de prevención del organismo.

Finalmente, es igualmente imperante, la adecuación de la Ley 42-08 a la realidad de la República Dominicana actual, puesto que, no existen las mismas condiciones que hace dieciséis años cuando fue promulgada la referida norma. Lo ideal sería, que, lo relativo a la regulación de la competencia en el Estado Dominicano esté incluido en la serie de reformas anunciadas por el presidente de la República. Incluyendo esto, actualizaciones tanto en la institucionalidad de Pro-competencia, como en la normativa legal (Salgueiro, 2023, 631-671). En primer lugar, fortaleciendo la capacidad técnica y operativa de la comisión, implicando esto, la inversión estatal en la debida formación del capital humano que allí le sirve al Estado Dominicano. Permitiendo esto que sea posible llevar investigaciones y enfrentar desafíos más complejos en materia de competencia en los mercados y las prácticas anticompetitivas que depare el porvenir.

Conclusión

A lo largo del presente trabajo, ha sido analizado el fenómeno de los precios predatorios, una práctica anticompetitiva, que, ha causado estragos tanto a nivel internacional como nacional. Fueron abordados los elementos constitutivos del mismo, y, las repercusiones que tiene, tanto para competidores como para consumidores. Dicha práctica la fijación o reducción de precios por debajo del costo de producción, a fin de eliminar competidores del mercado, permitiendo, a la larga, al depredador aumentar sus precios y recuperar las pérdidas sufridas en el período predatorio.

El estudio del marco legal dominicano demostró que, aunque el Estado Dominicano cuenta con un cuerpo jurídico orientado a proteger la libre competencia, existen desafíos y vicisitudes en su aplicación. La ley establece sanciones para las prácticas anticompetitivas, pero la naturaleza compleja y técnica de casos, como el de los precios predatorios, plantea dificultades significativas para las autoridades encargadas de su supervisión.

Además, también se ha demostrado que la capacidad de las instituciones dominicanas, como Pro-Competencia, para identificar y castigar estas acciones es limitada. Entre los factores que incluyen la falta de recursos financieros, la falta de herramientas analíticas avanzadas, y la necesidad de una formación profesional adecuada del personal encargado de los casos se encuentran. A menos que la fortaleza de la institucionalidad se incremente, la aplicación de la norma podría seguir siendo episódica, y, por lo tanto, poco efectiva. Estas lagunas dejan a los mercados desprotegidos de las prácticas que erosionan la competencia y dañan a los consumidores.

En última instancia, se recomiendan dos medidas cruciales para mejorar la regulación y la aplicación de las leyes relacionadas con los precios predatorios en la República Dominicana. En primer lugar, debería realizarse una revisión detallada del marco normativo existente. Este proceso debería centrarse en clarificar los elementos constitutivos de los precios predatorios, con la legislación que establece umbrales claros y objetivos que las autoridades competentes puedan aplicar fácilmente. La ley en sí debería incluir guías específicas sobre cómo se miden los costos y los precios en estas situaciones y cómo se determina el móvil detrás de la conducta depredadora. En segundo lugar, Pro-Competencia también necesita ser fortalecido, con un aumento significativo en los recursos financieros y la formación continua de su personal. Por último, la creación de una unidad especializada que se ocupe exclusivamente de la investigación de conductas anticompetitivas indudablemente aumentaría la eficiencia en la detección y castigo de tales transgresiones.

En síntesis, aunque el ordenamiento jurídico dominicano ha dado pasos importantes hacia la protección de la competencia, aún queda un largo camino por recorrer para asegurar que las leyes contra los precios predatorios se apliquen de manera efectiva y oportuna. Solo a través de un marco normativo más claro y de una autoridad reguladora más robusta y capacitada, la República Dominicana podrá enfrentar adecuadamente los desafíos que los precios predatorios representan para la integridad y competitividad de sus mercados financieros.

Referencias Bibliográficas

- Archila, María Virginia. "Los Precios Predatorios: Una Forma de Abuso de la Posición Dominante." *Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas*, 2001. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/56368/Tesis13.pdf?sequence=1>.
- Binder Wiener, Fernando. "Precios predatorios: nuevas perspectivas y aplicación en Chile." *Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Económico*, 2017. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146762/Precios-predatorios.pdf>.
- Bolton, Patrick, Joseph F. Brodley, y Michael H. Riordan. "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy." *The Georgetown Law Journal* 88, 1999. <https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/533021/82.pdf>.
- Brodley, Joseph F., y George A. Hay. "Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards." *Cornell Law Review* 66, 1980. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=facpub>.
- Centro Competencia. "Precios Predatorios." *CentroCompetencia (CeCo), Universidad Adolfo Ibáñez*, 7 diciembre, 2021. <https://centrocompetencia.com/precios-predatorios/>.
- Cury David, Jottin. "Un examen sobre la libre competencia." *Anuario de Libre competencia 2023*. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), 2023. <https://procompetencia.gob.do/anuario-procompetencia/>.

Dechert LLP. "Predatory Pricing in the EU: The French Broadband Case." *Dechert OnPoint* 38, April 2009.
https://www.dechert.com/content/dam/dechert%20files/knowledge/onpoint/2009/4/predatory-pricing-in-the-eu-the-french-broadband-case/Antitrust_38_04-09_Predatory_Pricing_EU.pdf.

Edlin, Aaron. "Predatory Pricing." *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*. Edward Elgar Publishing, 2012.
https://escholarship.org/content/qt22k506ds/qt22k506ds_noSplash_4c2805ebd3a16cb776d074e70a3c329e.pdf.

Ganesh, Anush. "Predatory Pricing in Platform Markets: A Modified Test for Firms within the Scope of Article 3 of the DMA." *Centre for Competition Policy, University of East Anglia*, February 27, 2023.
<https://cdn.sanity.io/files/hr4v9eo1/production/3eee98337748aa6b3a89031fba314c238d256a39.pdf>.

Gönenç Gürkaynak, and Onur Özgümüş. "Predatory Pricing." *Global Dictionary of Competition Law, Concurrences*, Art. N° 12336, consultado en 2024.
<https://www.concurrences.com/en/dictionary/predatory-pricing>.

Moisejevas, Raimundas. "Predatory Pricing: A Framework for Analysis." *Baltic Journal of Law & Politics* 10, no. 1 (2017): 124–155. <https://doi.org/10.1515/bjlp-2017-0005>.

Pozo Vintimilla, Patricio. "El Dilema de los Precios Predatorios: Estrategias, Teorías y Problemas. Un Análisis del Derecho de la Competencia de la Unión Europea y Antitrust." *Foro: Revista de Derecho* 26 (2016): 27-47.
<http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/foro/n26/2631-2484-foro-26-00027.pdf>.

Salgueiro, Antonella. "Visión internacional de mejoras y oportunidades sobre la Ley 42-08 sobre defensa de la competencia en República Dominicana." *Anuario de Libre competencia*
Ganadores Segunda mención de honor
Segunda edición "Escribiendo X la Competencia 2024"

2023. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), 2023.
<https://procompetencia.gob.do/anuario-procompetencia/>.

Vallejo, Diana Marcela Araujo. *La Ilusión de los Precios Predatorios: Un Estudio de sus Fundamentos Teóricos y su Evidencia*. Universidad Externado de Colombia, 2023.
<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/1ba1c0cf-cecf-4d8a-ad06-1bf64f0ddc25/content>.

Williamson, Oliver E. "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis." *The Yale Law Journal* 87, no. 2, 284-340, 1977.
https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/15801/17_87YaleLJ284_December1977_.pdf?sequence=2.

Ganadores Segunda mención de honor
Segunda edición “Escribiendo X la Competencia 2024”