



ANUARIO DE LIBRE COMPETENCIA

2023

AUTORES

Jottin Cury David
María Elena Vásquez Taveras
William Kovacic
Alejandro Ibarra
Merielin Almonte
Nerys Feredico Ramírez Mordán
José Carlos Laguna de Paz
Fior D' Aliza Alduey Mercedes
Rey Fernández
Taniel Agramonte
Angélica Noboa Pagán
Ana María Frías Rosario
Gianna Franjul
María Elisa Holguín Lopéz
Rolando Díaz Delgado
Juan Luis Crucelegui
Liverca Altagracia Gómez
Juan Bautista Rodríguez Núñez
Nathanael Mesa Candelario
Fernando Miguel Morbán Gómez
Zoraya Esther García Read
Paulo Burnier
Vivian Ianelli
Esteban Greco
María Fernanda Viicens
Antonella Salgueiro

Entrevista
Frédéric Jenny

ANUARIO DE LIBRE
COMPETENCIA 2023

ANUARIO DE LIBRE COMPETENCIA 2023

Autores

Jottin Cury David
María Elena Vásquez Taveras
William Kovacic
Alejandro Ibarra
Merielin Almonte
Nerys Feredico Ramírez Mordán
Juan Bautista Rodríguez Núñez
José Carlos Laguna de Paz
Fior D' Aliza Alduey Mercedes
Rey Fernández Liranzo
Taniel Agramonte Hidalgo
Angélica Noboa Pagán
Ana María Frías Rosario
Gianna Franjul
María Elisa Holguín Lopéz
Rolando Díaz Delgado
Juan Luis Crucelegui G.
Liverca Altagracia Gómez
Nathanael Mesa Candelario
Fernando Miguel Morbán Gómez
Zoraya Esther García Read
Paulo Burnier
Vivian Ianelli
Esteban Greco
María Fernanda Viicens
Antonella Salgueiro
Entrevista a Frederic Jenny

Consejo Directivo de Pro-Competencia

María Elena Vásquez, presidente
Gianna Franjul, consejera
María E. Holguín López, consejera
Keryma Marra M., consejera
Francisco Manuel Pimentel, consejero

Dirección Ejecutiva

Fior D' Aliza Alduey Mercedes

Equipo coordinador del Anuario de Libre Competencia 2023

María Elena Vásquez Taveras
Fior D' Aliza Alduey Mercedes
César Ariel Gómez
José Beltre Cuevas
Liverca Gómez
Angélica Noboa
Marisel Polanco

Asesor metodológico

Pedro José Ortega

Corrección de estilo y cuidado de la edición

Sarat A. Arias Mármol

Fotografía

Ramón Lantigua

Diagramación

Angélica Sánchez y Joseph García

Diseño de portada

Massiel Mejía y Marisel Polanco

Impreso en Santo Domingo, República Dominicana, 2023

ISSN:2960-7744

FR Multiservicios S.R.L.

©COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)

Calle Caonabo 33, Gascue, Santo Domingo, R.D.

Código postal 10205

Telf. 809-338-4005

www.procompetencia.gob.do

El Anuario de Libre Competencia 2023 se reserva todos los derechos de programación, impresión o reproducción (*copyright*) total o parcial del material que reciba. No se responsabiliza por el contenido y afirmaciones de los trabajos publicados. Tampoco es responsable por la pérdida del material enviado. Los trabajos deben ser enviados a la dirección electrónica: comisionanuario@procompetencia.gob.do



CONTENIDO

Carta de presentación.....	8
Cronológico.....	14
Biografías.....	20
Ensayos	38
Un examen sobre la libre competencia	39
La dimensión social del derecho de la competencia en la República Dominicana.....	83
Lucha contra la colusión de proveedores en los mercados de contratación pública: reforzando las herramientas de la política de competencia en la República Dominicana	127
Régimen legal de la competencia desleal en la Ley 42-08	157
Dinámica de la concentración de mercados.....	191
El procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia	219
Las garantías procesales en el marco de las investigaciones de prácticas anticompetitivas	255
El interés público económico y su incidencia en el proceso administrativo sancionador en materia de competencia	285
Acciones civiles en materia de competencia	309
Acciones de clase como estímulo a la libre competencia en la jurisdicción dominicana.....	339
La política de competencia y los mecanismos de defensa comercial en la República Dominicana.....	369
Programas de cumplimiento de cara a la defensa de la competencia .	405

La regulación de los servicios de transporte de personas en vehículos contratados por medio de aplicaciones digitales, a propósito de la reciente Sentencia del TJUE.....	443
La intervención de los Estados en los mercados a través de las ayudas públicas: efectos en la competencia y regímenes de control	477
El rol del análisis económico en el derecho de la competencia	527
Temas clave para la política de competencia en América Latina y el Caribe.....	557
Tecnologías financieras y medios de pago: taxonomía de las investigaciones de las agencias de competencia de Latinoamérica y el Caribe	599
Visión internacional de mejoras y oportunidades sobre la Ley 42-08 sobre Defensa de la Competencia en la República Dominicana	629
Entrevista	674
Insumos institucionales.....	684
Comentarios.....	716
Guía de estilo	721

Carta de presentación

Promover una cultura de competencia es una de las grandes aspiraciones del modelo de defensa de la competencia en la República Dominicana, tal como consagra el artículo 1 de la Ley núm. 42-08 que rige la materia: «la presente ley tiene por objeto, con carácter de orden público, promover y defender la competencia...». La entrega de este primer Anuario de Libre Competencia resulta altamente gratificante para esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), pues es una publicación pionera en la República Dominicana sobre este tópico concebida con el propósito de recopilar, en una sola obra, las diferentes perspectivas intelectuales.

Tradicionalmente el Anuario, desde sus orígenes en Londres, Inglaterra en 1758, era una publicación anual de carácter informativo que contenía noticias relevantes, informaciones sobre determinadas profesiones y datos estadísticos. Con el tiempo este tipo de publicaciones se fue transformando en un texto de análisis y reflexión al incluir ensayos de personas entendidas en diversas materias, lo que vino a enriquecer intelectualmente este tipo de textos haciendo más holística la experiencia del lector.

En el caso del anuario dominicano sobre derecho de la competencia, contiene ambas perspectivas: artículos de interés académico de reputados juristas y economistas nacionales e internacionales, así como las más relevantes informaciones y actos realizados por

Pro-Competencia en el transcurso de su historia institucional. Cada año, además de recoger la actividad institucional del año previo a su publicación, serán recopilados los temas de actualidad sobre la materia.

En esta edición del nuario, contamos con la contribución de los especialistas de reconocida trayectoria como son: William Kovacic, Alejandro Ibarra, José Carlos Laguna de Paz, Juan Luis Crucelegui, Esteban Greco y María Fernanda Vicens Gárate, Rolando Díaz, Antonella Salgueiro, Paulo Burnier y Vivian Ianelli, donde abordan temáticas de gran relevancia dentro de este ámbito, ofreciendo una descripción general sobre las leyes y política de competencia relacionadas con la sostenibilidad, los mercados digitales y la pobreza, incluyendo regulaciones relevantes y jurisprudencia regional; la intervención del Estado en los mercados a través de las ayudas públicas y sus efectos en la competencia; la regulación de los servicios de transporte vehicular regentados por aplicaciones digitales; las sanciones administrativas en materia de defensa de la competencia; la visión internacional sobre las reformas y mejoras que amerita la Ley núm. 42-08 y una reflexión general sobre los temas claves para la política de competencia en América Latina y el Caribe.

La contraparte dominicana, se divide en dos grupos de escritores: especialistas privados en derecho de la competencia y servidores de Pro-Competencia. En el grupo de los especialistas podemos mencionar a Jottin Cury David, Angélica Noboa y Ana María Frías Rosario, Merielin Almonte, Taniel Agramonte, Nerys Ramírez

Mordán, y Rey Fernández. Por parte de la institución, participaron Fior D'aliza Alduey Mercedes, Juan Rodríguez, Liverca Altagracia Gómez, Nathanael Mesa Candelario, Fernando Miguel Morbán Gómez, Zoraya Esther García Read, María Elisa Holguín, Gianna Franjul y la suscrita.

Las temáticas abordadas por la contraparte dominicana comprenden ámbitos variados en el campo de la economía y del derecho de la competencia, como son, el estudio de las acciones civiles en materia de competencia; las garantías del debido proceso durante la fase de investigación de conductas anticompetitivas, los planes de cumplimiento, la defensa del comercio contra las importaciones, análisis de simulaciones sobre el efecto de las barreras de entradas en la concentración de los mercados, competencia desleal, el interés público económico en los casos de prácticas anticompetitivas y la dimensión social del derecho de la competencia en la República Dominicana.

El anuario también contiene en su estructura, un acápite dedicado a una entrevista al reputado economista, egresado de la Universidad de Harvard, el Dr. Frédéric Jenny, presidente actual del Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), quien ofreció una lúcida mirada sobre aspectos relevantes del derecho de la competencia. Finalmente, cerramos esta primera edición con un histórico de los actos más relevantes de la institución, desde el inicio de sus actividades hasta el año 2023; una cronología histórica de la institución y en la contraportada unas breves valoraciones sobre la obra a cargo de afamados juristas internacionales y nacionales como Felipe Irrázabal, Milton Ray

Guevara, Iratxe Gurpegui, María José Contreras y Eduardo Jorge Prats.

Un detalle a destacar es la simbología de su portada y contraportada. En ella aparece una imagen icónica de nuestra zona colonial, declarada patrimonio cultural de la humanidad por la UNESCO. La estampa fotográfica recoge una perspectiva del edificio colonial conocido como «el Palacio de las Casas Reales» de estilo gótico isabelino, característico de la arquitectura española de la época de los Reyes Católicos, aunque con un ligero toque afrancesado producto de las remodelaciones que sufriera la estructura en 1807, durante la ocupación francesa encabezada por el general *Jean-Louis Ferrand*.

Erigido en octubre de 1511, fue la sede oficial tanto de la Real Audiencia de Santo Domingo, el tribunal más antiguo e importante de la colonia, como de otras dependencias coloniales, entre las cuales se destaca la primera Casa de Contratación y el Comercio de La Española, la primera del Nuevo Mundo. Esta última institución tenía la función de regular el comercio y la navegación entre España y sus colonias. Es una de las Primacías coloniales del continente y el más remoto antecedente de una agencia reguladora del comercio y la competencia en América.

La fotografía de la portada resulta atravesada por una imagen tridimensional de la letra «C», que alude al concepto «competencia». Igualmente, la portada y contraportada tienen una simbología cromática con una franja color azul cerúleo que se degrada mágicamente con ese intenso y bello azul típico del cielo tropical y

que sirve de trasfondo al palacio colonial.

La simbología de la portada no es simplemente un recurso estético orientado a darle al anuario un sentido de colección y originalidad. Es más que eso: esconde un simbólico mensaje. Esa hermosa degradación cromática del color azul detrás de la imagen tridimensional de la letra «C» tiene su «lectura». El color azul significa «lealtad», unido a la letra que en la portada simboliza la «competencia», es un mensaje visual a nuestro subconsciente que busca representar la importancia de la leal competencia.

La fachada del edificio colonial en la portada, no sólo nos recuerda que tenemos un pasado histórico en común, sino además un presente y un futuro común como pueblos hermanos comprometidos a aunar esfuerzos para consolidar en las Américas un esquema económico en el cual prime la libre competencia.

Con la misma solidez con la cual esas piedras coloniales se han mantenido unidas ante los embates del tiempo en la icónica arquitectura de ese emblemático palacio, así de fuerte debe ser nuestro compromiso de colaboración y determinación en lograr esta anhelada meta en nuestros respectivos países, un clima de libre competencia en los mercados que garanticen la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

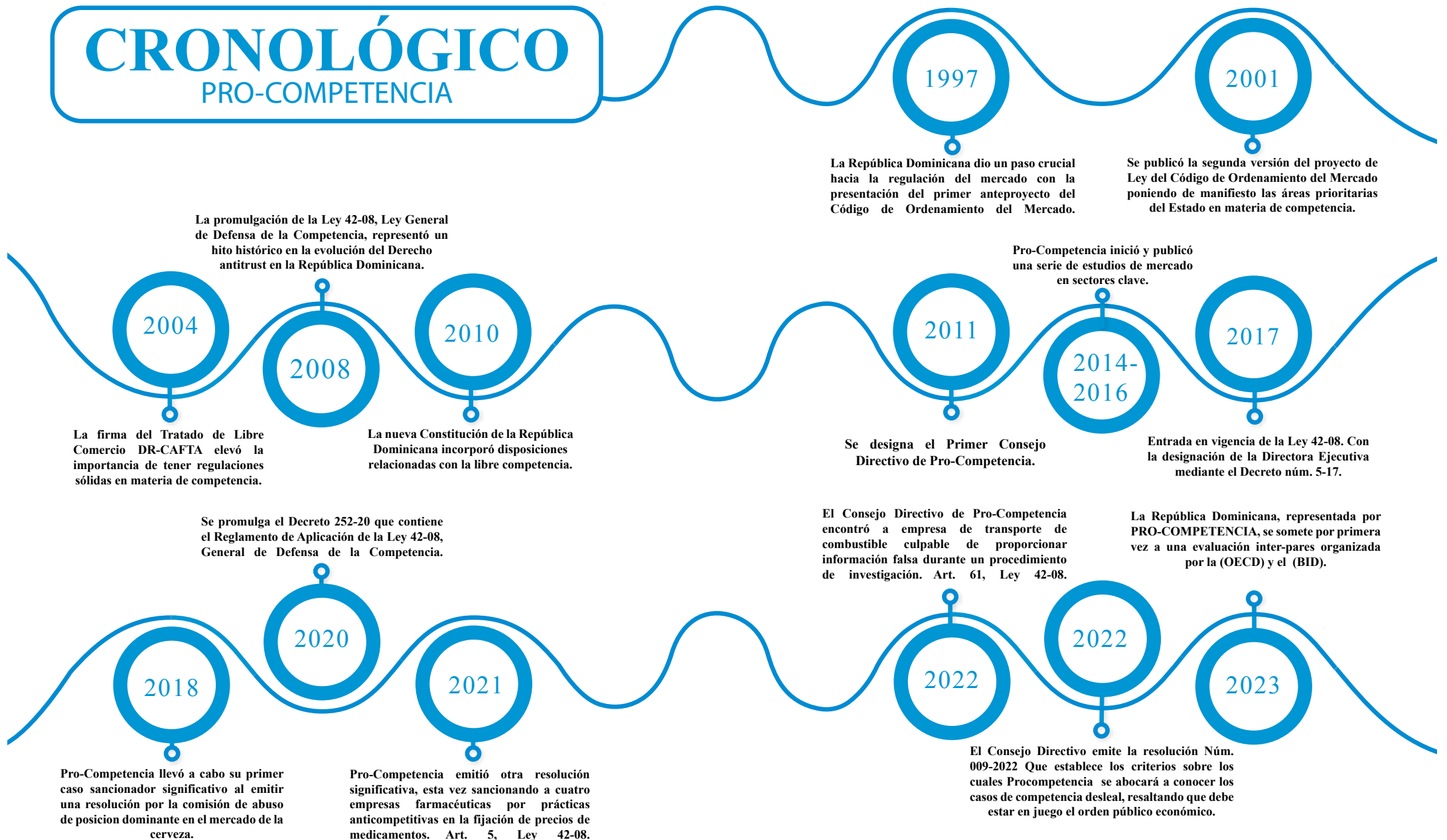
Estoy plenamente convencida de que esta publicación será un referente bibliográfico que estimule futuras investigaciones académicas e inspire como insumo valioso, la formulación de importantes políticas de competencia, al igual que contribuir a una mayor difusión de esta importantísima área del derecho que coadyuve a consolidar una genuina cultura de defensa de la competencia en la República Dominicana y los demás países del hemisferio.

María Elena Vásquez Taveras

Presidenta de Pro-Competencia

CRONOLÓGICO

PRO-COMPETENCIA



**COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA
(Pro-Competencia)**

Dirección de Promoción y Abogacía
Cronológico institucional de la Comisión Nacional de Defensa de la
Competencia (Pro-Competencia)

**CRONOLÓGICO INSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**

Fecha	Suceso
1997	La República Dominicana dio un paso crucial hacia la regulación del mercado con la presentación del primer anteproyecto del « Código de Ordenamiento del Mercado». Este anteproyecto marcó la primera iniciativa formal para establecer un marco legal dedicado a la competencia, distinguiéndola de otros sectores regulados y estableciendo la importancia de la competencia en la economía nacional.
25 mayo 2001	La segunda versión del proyecto de Ley del «Código de Ordenamiento del Mercado» se publicó, poniendo de manifiesto las áreas prioritarias del Estado en materia de competencia, como el abuso de posición dominante y las concentraciones económicas, entre otras.
Agosto 2004	La firma del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA elevó la importancia de tener regulaciones sólidas en materia de competencia, como una de las condiciones para la integración efectiva de la República Dominicana en el mercado regional.
16 enero 2008	La promulgación de la Ley 42-08, Ley General de Defensa de la Competencia, representó un hito histórico en la evolución del Derecho antitrust en la República Dominicana, aunque su implementación efectiva se retrasó varios años.
2010	La nueva Constitución de la República Dominicana incorporó disposiciones relacionadas con la libre competencia, reflejando la importancia creciente de este principio en el marco legal y constitucional del país.

29 junio 2011	Se designa el Primer Consejo Directivo de Pro-Competencia, marcando la activación oficial de este organismo y dando un paso fundamental para la regulación efectiva de la competencia en el país.
2014-2016	Pro-Competencia inició y publicó una serie de estudios de mercado en sectores clave, basándose en su Plan Estratégico Institucional (PEI) y Plan Operativo Anual (POA), lo que le permitió acumular datos e información crucial para su función reguladora. Estos fueron los estudios de condiciones de competencia, en territorio nacional, en los mercados de medicamentos, cervezas (analizando la fusión CND-Ambev) y seguros.
6 enero 2017	Entrada en vigencia de la Ley. Con la designación de la Directora Ejecutiva mediante el Decreto núm. 5-17, Pro-Competencia logró finalmente poner en práctica la Ley 42-08, culminando un proceso de dos décadas de estudio y discusión normativa.
8 mayo de 2017	La Dirección Ejecutiva 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 42-08, en el mercado de la cerveza en la República Dominicana, siendo este el primer proceso de investigación por prácticas anticompetitivas iniciado de manera oficial
10 diciembre 2018	En este año, Pro-Competencia llevó a cabo su primer caso sancionador significativo al emitir una resolución en contra de la Cervecería Nacional Dominicana (CND). Se le acusó de abusar de su posición dominante en el mercado de producción, comercialización y distribución de cerveza, imponiendo multas que ascendieron aproximadamente a 46 millones de pesos dominicanos (MMRD\$). Este caso marcó un precedente importante en el ejercicio del poder sancionador de Pro-Competencia, siendo la primera decisión sancionadora emitida por violaciones al artículo 6 de la Ley 42-08
15 julio 2020	Se promulga el Decreto 252-20 que contiene el Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08, General de Defensa de la Competencia.

25 junio 2021	Pro-Competencia emitió otra resolución significativa, esta vez sancionando a cuatro empresas farmacéuticas con una multa de 14MMRD\$ por prácticas anticompetitivas en la fijación de precios de medicamentos de la marca GlaxoSmithKline (GSK). Este caso fue relevante no solo por su magnitud sino también porque abordó un sector de especial interés social, afectando directamente a los consumidores, siendo la primera decisión sancionadora emitida por violaciones al artículo 5 de la Ley 42-08
17 enero 2022	El Consejo Directivo de Pro-Competencia encontró a la empresa SODETRANSP culpable de proporcionar información falsa durante un procedimiento de investigación. Se le impuso una multa de 200 salarios mínimos, que ascendió a un total de 3.85MMRD\$. Este caso resaltó la importancia de la integridad y transparencia en los procedimientos de investigación de Pro-Competencia, consolidando su autoridad en la aplicación de la Ley 42-08, siendo la primera decisión sancionadora emitida por violaciones al artículo 61, literal d de la Ley 42-08.
15 noviembre 2022	El Consejo Directivo emite la Resolución núm. 009-2022 de fecha 15 de noviembre de 2022 “Que declara inadmisibles a la fase decisoria el Informe de Instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva en el marco del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-020-2021”. Que establece los criterios sobre los cuales Procompetencia se abocará a conocer los casos de competencia desleal, resaltando que debe estar en juego el orden público económico.
29 septiembre 2023	La República Dominicana, representada por Pro-Competencia, se somete por primera vez a una evaluación inter-pares organizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En el que los técnicos de dichas instituciones y las agencias de competencia de la región evaluaron la política de competencia de República Dominicana y externaron recomendaciones de mejora.

BIOGRAFÍAS

Jottin Cury David

Egresado de Derecho, de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, con honores. Posgrado de Derecho Comercial en la *Concordia University* de Canadá. Diplomado en Derecho Empresarial por la Universidad APEC. Doctor en Derecho con especialidad en Sociedad Democrática y Estado de Derecho, Universidad del País Vasco, España. Abogado en diferentes áreas. Juez Miembro del Tribunal Constitucional dominicano, período 2011-2017, del primer equipo de jueces que inició la alta corte dominicana. Miembro de la Comisión Redactora del Reglamento de la Ley General de Migración y del Plan de Regularización de Extranjeros, (2011). Formó parte de la Comisión designada para elaborar el Código de las Comunicaciones. Coautor de varias publicaciones. Fue Consultor Jurídico de la Corporación Dominicana de Empresas Estatales (1996-1997).

María Elena Vásquez Taveras

Egresada de Derecho por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Presidenta del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). Fue la primera mujer en dirigir el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional dominicano, (2021), previo fungió como letrada adscrita a presidencia 2012-2021. Estudios en Diplomacia Superior en el *Centre d'Études Diplomatiques et Stratégiques* en Francia. M.A. en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, España. Especialidad en Derecho y Políticas de la Competencia en *LEAD University* en Costa Rica. doctoranda de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM). Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea, Universidad Carlos III de España.

William Kovacic

Profesor de Derecho y Política de la Competencia Global en la Escuela de Leyes de la Universidad George Washington. Fue director general de la FTC 2001-2004. Comisionado 2006-2011 y presidente de esta autoridad 2008-2009. Desde agosto de 2013 hasta marzo de 2022, fue director adjunto de la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA).

Alejandro Ibarra

Asociado del Centro de Derecho de la Competencia de la Universidad George Washington, dirigido por William E. Kovacic, y socio de Ibarra Rimon en Bogotá, Colombia. Es candidato a Doctor en Derecho (SJD) en la Universidad George Washington, abogado y especialista en Derecho de la Competencia y Libre Comercio por la Pontificia Universidad Javeriana, y Master en Derecho (LL.M.) en Derecho Internacional y Comparado de la Universidad George Washington.

Merielin Almonte

Abogada y académica experta en libre competencia; socia fundadora de la firma Merielin Almonte Estudio Legal. Es egresada de la *Brussels School of Competition*, donde cursó un LL M en Derecho de la Competencia de la Unión Europea y Economía *cum laude*. Egresada de Derecho, mención *cum laude* por la Universidad Autónoma de Santo Domingo y Magister en Derecho Empresarial y Legislación Económica por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Profesora adjunta en la Universidad APEC, donde imparte la asignatura Derecho de la Competencia.

Nerys Feredico Ramírez Mordán

Egresada de Economía en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Tiene maestría en Banca y Finanzas Cuantitativas en la Universidad del País Vasco. Actualmente labora como jefe de División de Modelos Macroeconómicos en el Departamento de Programación Monetaria del Banco Central de la República Dominicana (BCRD). Además, imparte docencia en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y en la UASD. Ha sido cinco veces ganador del Concurso del BCRD. Es autora en revistas indexadas en temas: Sociales, Economía Laboral, Econometría Aplicada y Política Monetaria.

Juan Bautista Rodríguez Núñez

Egresado de Economía, mención *magna cum laude* de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Maestría en Estadística Aplicada, *magna cum laude*, del Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC). Ha sido autor en revistas indexadas en temas de: competencia, economía laboral y migraciones. Más de siete años de experiencia ininterrumpida en Política de Competencia. Es profesor e investigador en la UASD. Ha sido ganador de concursos de investigación nacionales del Banco Central de la República Dominicana y del Ministerio de Economía Planificación y Desarrollo.

José Carlos Laguna de Paz

Catedrático de Derecho Administrativo en la universidad de Valladolid y consejero Académico en *Eversheds Sutherland, Atlanta, Georgia*. Autor de extensa literatura en: regulación económica, contratos, sanciones, derecho de la competencia y telecomunicaciones. Su obra destacada es el «Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico», en su 5ª edición (2023), que consta de dos mil 33 páginas. Ha sido profesor invitado en diversas universidades en Europa y América. Perito en arbitrajes internacionales. Ha elaborado dictámenes profesionales para empresas y entidades públicas.

Fior D'Aliza Alduey Mercedes

Egresada de Derecho y Mercadotecnia, de la universidad APEC. Directora ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). Maestrías en: Propiedad Intelectual y Derecho de Nuevas Tecnologías de la Universidad Internacional de la Rioja; España; Derecho Constitucional y Procedimiento Constitucional de la UASD; Antilavado de Activos y Extinción de Dominio (pendiente de tesis), UASD. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución de la UCLM, recinto Toledo, España. Especialista en Políticas y Derecho de la Competencia de *Lead Univesrity*. Autora de las tesis: «“Bioderecho en el marco de la Constitución de República Dominicana de 2010” y “La Inteligencia Artificial a la luz de la Propiedad Intelectual: Principio de la persona jurídica en el derecho de patentes en la comunidad europea”».

Rey A. Fernández Liranzo

Licenciado en Derecho, *Magna Cum Laude*, por la Universidad Católica Nordestana (UCNE), en la República Dominicana. Especialidades en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal Económico por la universidad Castilla La Mancha, España; en Justicia Constitucional por la *American Andragogyc University*; maestrías: en Legislación de Tierras, de la Universidad Abierta Para Adultos Derecho Constitucional; Procesal Constitucional por la Universidad Autónoma de Santo Domingo; Derecho Administrativo y de la Regulación Económica por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. En la actualidad es asesor honorífico de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia y director Jurídico del Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo (MEPyD).

Taniel Agramonte Hidalgo

Egresado de Derecho, mención *Cum Laude* de la PUCMM, 2007. El 2009, MBA especializado en Negocios y Relaciones Internacionales en Madrid, distinguido con matrícula de honor. Fundador de la firma Agramonte & Agramonte – Consultores Legales en 2018. su enfoque principal es el derecho público y administrativo. Asesor en la Dirección General de Aduanas, en la nueva Ley de Aduanas, núm. 168-21. Tiene 16 años de experiencia en derecho de la competencia en la República Dominicana, abarcando roles normativos, docentes y litigiosos. Colaboró con Noboa Pagán Abogados (2007-2020) y con la oficina de abogados Dr. José Antonio Columna (2011-2018) en litigios. Profesor titular en la PUCMM en Derecho Aduanero y también docente en diplomados de Derecho de la Competencia por el instituto OMG y FINJUS.

Angélica Noboa Pagán

Socia de la firma *Russin, Vecchi & Heredia Bonetti*. Doctora en Derecho de la Universidad Iberoamericana (1987). Maestría en Derecho Corporativo de la Universidad Anáhuac México Norte (2021). Asistente del presidente del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (2002-2004); gerente de administración del conocimiento de *Baker Mckenzie* México (2017-2021); consultora jurídica de la Dirección General de Aduanas. (2007-2009); abogada y gerente de regulaciones de mercado de la Compañía Dominicana de Teléfonos (1995-2001). Autora de «Libre y Leal Competencia en la República Dominicana 1994-2021» y coautora de «Control de Fusiones en Latinoamérica» (2020) de *Concurrences*.

Ana María Frías Rosario

Abogada especializada en consultoría legal corporativa, inmobiliaria y turística. Con una trayectoria que abarca litigios civiles, laborales y comerciales, se ha destacado en áreas como embargos, desalojos y redacción de contratos. Ha sido reconocida por Legal 500 Latinoamérica en litigios e inmobiliario. Es egresada de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y ha cursado varios diplomados y maestrías en instituciones renombradas, como el CIADI y UAPA. Además, es miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana desde 2009 y ocupa puestos importantes en AFEET-RD, FIASEET y ZFPP. Su dedicación y experticia la posicionan como una de las referentes legales en República Dominicana.

Gianna Franjul

Egresada de Derecho, con honores de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Tiene una maestría en Derecho Corporativo de los Negocios por la PUCMM. Cursó una especialidad en Derecho y Políticas de Competencia en LEAD *University*; así como una especialidad en Derecho del Comercio Internacional por la Universidad APEC. Fue miembro del equipo negociador de la República Dominicana. Fue directora ejecutiva de la Comisión de Defensa Comercial (CDC). En la actualidad, es miembro del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

María Elisa Holguín López

Egresada de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Formación: Derecho Privado francés, europeo e internacional en la Universidad *Panthéon-Assas*; especialización en Derecho del Comercio Internacional en la Universidad APEC; Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo de la Universidad de Salamanca; *Compliance de The George Washington University School of Business* y *ADEN International Business School*; *magister* en Derecho Administrativo y Gestión Pública de la UNPHU. Laboró en: Centro de Resolución de Controversias de la CCPSD y el Gabinete de Transparencia, Prevención y Control del Gasto Público. Fue directora general de la Unidad de Análisis Financiero de la República Dominicana, y ejerció la secretaría del Comité Nacional contra Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Rolando Díaz Delgado

Abogado, con estudios de posgrado en Derecho Internacional Privado, Derecho de la Competencia y Regulación. Docente en la universidad Nacional de Asunción, Paraguay, y la Escuela Judicial. Autor de publicaciones sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Experto en congresos nacionales e internacionales sobre estos temas. Presidente de la Cámara de Empresas Maquiladoras de Exportación y presentador en *Red* Guaraní. Árbitro en el Tribunal Arbitral *ad hoc* del Mercosur y la Cámara Nacional de Comercio. Director del Instituto CONACOM y miembro del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia. Las opiniones expresadas son personales.

Juan Luis Crucelegui Garate

Egresado de Derecho por la Universidad de Deusto. Master en Derecho Europeo de la Universidad de París I, Pantheon-Sorbonne. Desde julio de 2013, jefe de Servicios Jurídicos y Asistencia Técnica en Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la UNCTAD en Ginebra. Ha trabajado en el Servicio Jurídico de la Comisión Europea y asesorado al Gobierno Vasco en asuntos de la Unión Europea. De 2006-2012, presidió la Autoridad Vasca de Competencia. Profesor de Derecho europeo y español de la Competencia, en la Universidad de Deusto. Autor de varias publicaciones sobre Derecho de competencia.

Liverca Altagracia Gómez

Egresada de Economía, mención *magna cum laude*, por la PUCMM. Maestrías en: *Management* Financiero con doble titulación por la Universidad de *Montesquieu, Bordeaux IV*, Francia y PUCMM; Análisis Económico Aplicado, con especialidad en Economía Industrial, por la Universidad Complutense y Universidad de Alcalá, Madrid, España. Diploma en: Regulación y Competencia por la Universidad de Valladolid, España; en Competencia Económica por el Centro de Investigación Docente y Económica (CIDE), México; varios Diplomas por la Fundación para el Avance de las Matemáticas (FAMA) en Econometría, Estadística y Matemáticas. Más de 16 años de experiencia en el sector público, privado y ONG's, en la actualidad es encargada del Departamento de Estudios Económicos y de Mercado de Pro-Competencia.

Nathanael Mesa Candelario

Egresado de Economía de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Especialidad en Estadística Aplicada, en el Instituto Tecnológico de Santo Domingo. En la actualidad, cursa una maestría en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos, en la Universidad de Barcelona, España. Más de cinco años de experiencia en MiPyMES, Política de Competencia, emprendimiento y estudios de mercado.

Fernando Miguel Morbán Gómez

Egresado de Economía de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), mención *cum laude*. Maestría en Economía Aplicada de la Universidad Alberto Hurtado, mención *cum laude*. Una década de experiencia en MiPyMES, Política de Competencia y Organización Industrial. Ha sido docente de Economía de la Regulación en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y de Macroeconomía en el Instituto OMG.

Zoraya Esther García Read

Egresada de Administración de Empresas de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Maestría en Marketing y Estrategia Digital. Posgrado en Mercadeo en Universidad la APEC. Más de una década en investigaciones de mercado, estudios de campo, tributación interna, distribución de productos masivos y siete años de experiencia en política de competencia.

Esteban Manuel Greco

Presidente de la Autoridad Argentina de Competencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ((CNDC). Exconsultor internacional para organismos públicos y privados en política de competencia, regulación económica y economía energética. Profesor de la Universidad Torcuato *Di Tella* y de *Lead University* de Buenos Aires, Argentina. Autor de varias publicaciones. Asesor de empresas.

María Fernanda Viecens

(PhD en Economía). Investigadora y catedrática en el Centro de Tecnología y Sociedad (CETyS) de la Universidad de San Andrés, Argentina y de la Universidad *Torcuato Di Tella* y de *Lead University*. Fue vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) durante el periodo (2016-2020).

Paulo Burnier

Experto Senior en Competencia de la OCDE. También fue Comisionado de la Autoridad Brasileña de Competencia (CADE) y Profesor de la Universidad de Brasilia. Doctor en Derecho de la Competencia por la Universidad de París, Francia y tiene varias publicaciones en el campo de la política de competencia, entre ellas «*Merger Control in Latin America: a Jurisdictional Guide*» (Concurrencias, 2020).

Vivian Ianelli

Abogada. Trabaja en la división de Competencia de la OCDE. Estudiante de maestría en la Universidad de Brasilia (UnB) y tiene publicaciones en temas de política de competencia, incluyendo «*The Professional Disqualification Sanction in Antitrust Law: A comparative study of Brazil and the United Kingdom*» (*Comércio Internacional e Concorrência: desafios e perspectivas atuais* - vol. V, 2023).

Antonella Salgueiro

Abogada y consultora legal en las áreas de política de competencia, regulación de mercados, compras públicas y comercio internacional. Colabora activamente con organismos internacionales y bancos multilaterales de desarrollo, incluyendo EBRD, el BID, ITC, y CLDP. Formó parte de la División de Propiedad Intelectual, Contratación Pública y Competencia de la Organización Mundial del Comercio en Ginebra y cuenta con varias publicaciones académicas a nivel internacional en materia de derecho de la competencia. Egresada de la maestría en leyes (LL.M. MBL), en Derecho Comercial, Competencia y Regulación de Mercados de la *Freie Universität*, Berlin, Alemania.

Un examen sobre la libre competencia

Jottin Cury David

Resumen

La libre competencia es fundamental para garantizar condiciones de igualdad entre los agentes económicos, de ahí se deriva la imperiosa necesidad de que el Estado intervenga fungiendo como árbitro para corregir las fallas o distorsiones que pudiere estar presentando el mercado. Además, la sana competencia redundará en beneficios no solo para los agentes económicos con la seguridad en la inversión, sino también en los consumidores, puesto que, en un sistema de competencia perfecta los agentes económicos tratan de alcanzar la mayor eficiencia en el menor costo posible, fomentando la innovación y variedad de productos y servicios.

Palabras clave: Competencia perfecta, concentración, derecho de la competencia, libertad de empresa, libre competencia.

Abstract

Free competition is essential to guarantee conditions of equality between economic agents, hence the imperative need for the State to intervene as an arbitrator to correct any failures or distortions that the market may be presenting. Furthermore, healthy competition results in benefits not only for economic agents with investment security, but also for consumers, since, in a system of perfect

ENSAYOS

competition, economic agents try to achieve the greatest efficiency at the lowest possible cost, promoting innovation and variety of products and services.

Key words: Free competition, competition law, perfect competition, concentration.

1. Consideraciones generales

El principio de libertad supone que las personas, ya sea individualmente o asociadas, puedan dedicarse a las actividades económicas de su preferencia, sin interferencias ilegítimas. La autonomía debe ser garantizada con la finalidad de que cada individuo pueda dedicarse a lo que le resulte más conveniente o atractivo, según sus inclinaciones. Se ha afirmado, precisamente en virtud de esa autonomía, inherente al ser humano, que la vida laboral y económica es uno de los terrenos en que la referida autonomía se prueba permanentemente (Nino, 1992).

Una sana competencia, donde exista igualdad de condiciones, dificulta la formación de oligopolios en la economía (Moreno González, 2019). De manera que ese espacio al que denominamos mercado, donde se encuentra desde lo más óptimo hasta lo más deplorable, necesita ser regulado. Para corregir sus múltiples imperfecciones se admite la intervención directa del Estado, claro sin afectar o alterar la libre competencia. De ahí que algunos autores, al referirse al mercado, lo consideren como «una estructura de interacción autofrustrante» (Nino, 1992), por anular las iniciativas individuales que se estrellan con las reglas de juego que suelen prevalecer en un contexto determinado.

En efecto, corregir las imperfecciones del mercado suele ser una misión difícil en el terreno práctico.

No pocas empresas tienen vocación de erigirse en auténticos monopolios. Por eso, la intervención directa suele ser un mecanismo utilizado con el propósito de preservar la sana competencia, que constituye un complemento de la libertad de empresa. En tal virtud, el propósito de la libre competencia es ordenar las reglas de comportamiento de los empresarios relacionadas con sus competidores, el mercado y los consumidores en las que se establecen prohibiciones o limitaciones a la libertad de empresa (Correa Henao, 2009).

La competencia no puede ser destructiva; no debe permitirse que un competidor pueda influir en el conjunto de la economía (Moreno González, 2019). Se ha sostenido que existe una aparente contradicción dogmática al enarbolar que la libertad empresarial se hace efectiva a través de su restricción, y que se precisa la intervención estatal para que la competencia sea libre (Correa Henao, 2009). Pero es razonable que existan límites o restricciones en los derechos y libertades, pues, en caso contrario, en ausencia de límites, los grupos más poderosos terminarían imponiendo su voluntad sobre la mayoría de la población.

Algunos autores, preocupados por la eficacia horizontal de los derechos y libertades constitucionales, han apuntado que el Estado debe proteger los intereses de los particulares de la influencia de grupos privados que suelen acumular gran poder socioeconómico (Bernal Pulido, 2003). Por tanto, resulta imperioso que el Estado

intervenga como árbitro, con la finalidad de evitar la hegemonía de grupos que tienden a concentrar cuantiosos recursos, los cuales le permiten incidir sobre el resto de la sociedad.

El Estado debe garantizar igualdad y libertad de oportunidades a todos los agentes económicos, sobre todo en una economía de mercado y en un Estado social y democrático de derecho. Al abordar la competencia económica, la misma se enfoca desde la óptica de concurrencia empresarial y desde el ángulo de la facultad para emprender en el mercado (Font Galán, 1987). La competencia es esencial para que los agentes económicos puedan intervenir en el mercado en condiciones de igualdad.

La libre competencia se adhiere como elemento necesario de la libertad de empresa, dado que cualquier injerencia arbitraria, irrazonable o que afecte el contenido esencial de esta libertad debe ser subsanado por los tribunales, a fin de preservar la igualdad de oportunidades. No resulta fácil alcanzar el equilibrio deseado, toda vez que las distorsiones, imperfecciones y restricciones, en cualquiera de sus ámbitos, revisten múltiples matices difíciles de abordar adecuadamente.

El derecho a la competencia precisa del contenido de la libertad de empresa, toda vez que reduce sensiblemente algunas formas de ejercicio de la libertad económica (García Vitoria, 2008). Asimismo, se ha indicado que la libre competencia establece el «régimen general de intervención de los poderes públicos en el sistema económico» (Viciano Pastor, 1995). Constituye un límite intrínseco o inmanente a la libertad de empresa, puesto que su justificación se encuentra

en esta libertad que tiene jerarquía constitucional (García Vitoria, 2008).

El ejercicio irregular o arbitrario de esta libertad, estimulado generalmente por el afán inmoderado de lucro, suele generar alteraciones o distorsiones en perjuicio de los más débiles. La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, supone tanto facultades como obligaciones, mientras que en la perspectiva objetiva adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior a la que deben sujetarse los actores económicos. Esta interesante distinción desde el punto de vista subjetivo o como derecho individual, así como desde el ángulo objetivo referente a las reglas de juego que deben respetar los agentes económicos contribuye a esclarecer el concepto. En tal virtud, se observa la configuración de un espacio de intercambio de bienes y servicios para que los actores económicos puedan desplegar sus esfuerzos empresariales (Correa Henao, 2009).

La libre competencia constituye un requisito fundamental para el buen funcionamiento de la economía de mercado, correspondiéndole al Estado establecer los requisitos mínimos y así impulsar la prosperidad general. En ese sentido, las limitaciones impuestas, sea por el legislador o la administración, no necesariamente suponen intromisiones inconstitucionales que alteran el mercado. Se impone asumir criterios racionales con relación a la libre competencia, a fin de que cualquier restricción o limitación adoptada, preserve los valores superiores de esta libertad.

Se afirma que la libre competencia actúa como un reflejo de la

dimensión institucional de la libertad de empresa, en vista de que se integra como elemento indispensable de esta última, pues asegura las condiciones de igualdad requeridas (Correa Henao, 2009). Un sector de la doctrina española entiende que la competencia se encuentra implícita en la economía de mercado, pues son términos inseparables (Asenjo, 1984).

La Constitución española de 1978 hace énfasis en el término economía de mercado, razón por la cual se entiende que, por tratarse de conceptos íntimamente vinculados, la libre competencia se encuentra implícitamente constitucionalizada en España. Así lo expresa Oscar de Juan, cuando señala que, a pesar de no encontrarse la competencia explícitamente incorporada en el texto constitucional español, no cabe dudas que «está implícita en la alusión del artículo 38 a la economía de mercado» (Asenjo, 1984).

En efecto, es así puesto que la economía de mercado supone necesariamente la libre competencia, que sirve de marco para equilibrar a los poderes económicos. En caso contrario, se produciría una fuerte concentración de los grupos hegemónicos, que daría al traste con los valores de libertad e igualdad que se pretenden alcanzar. Sin libre competencia, los productores de bienes y servicios no se sentirían estimulados a innovar para satisfacer las necesidades de los consumidores.

Las normas de defensa de la competencia han propiciado un proceso de objetivación de la libertad de empresa. La expansión de las grandes corporaciones ha contribuido significativamente con este proceso. La doctrina ha señalado sobre este aspecto que la libre

competencia promueve la eficiencia en la asignación de recursos porque ayuda a coordinar la producción con las necesidades que manifiesta la demanda (García Vitoria, 2008).

La libre competencia es una garantía institucional de la libertad de empresa. La Constitución española, así como la dominicana, asignan a los poderes públicos defender el sistema de libre competencia. No en vano la doctrina afirma que la competencia es un valor normativo de la libertad de empresa (Font Galán, 1987). Ahora bien, las normas *antitrust* restringen la autonomía privada, razón por la cual constituyen un límite intrínseco que delimitan internamente el alcance de la libertad de empresa.

En consecuencia, al restringir estas normas *antitrust* la autonomía privada y delimitar estructuralmente esta libertad, su aplicación debe estar informada por el principio de proporcionalidad (García Vitoria, 2008). Se requiere una finalidad legítima para justificar la no aplicación de las normas *antitrust*. No resulta suficiente enfocar la atención en los límites a la intervención pública en el mercado, sino que también se deben adoptar medidas para evitar las prácticas anticompetitivas del poder económico que limitan la iniciativa privada.

2. La postura marxista sobre la competencia

El fenómeno de la concentración y centralización del capital fue abordado con precisión por Carlos Marx. El primero de estos términos se refiere a la acumulación de capital que propicia una escala de producción cada vez mayor, y el segundo a la combinación

de capitales ya existentes en los circuitos económicos. Ambos fenómenos abonan en beneficio de los monopolios y limitan la competencia. Marx, cuya obra resulta fundamental para comprender la estructura y funcionamiento del capitalismo, al referirse a la concentración, enseña:

La concentración en este sentido acompaña normalmente a la acumulación y es obvio que no puede tener lugar sin ésta. Lo contrario, sin embargo, no es necesariamente cierto, ya que es posible concebir la acumulación al mismo tiempo que los capitalistas individuales pierden importancia, tal vez con motivo de repetidas subdivisiones entre herederos. A pesar de tendencias contrarrestantes de esta suerte, la concentración por sí misma sería, sin duda, suficiente para provocar un aumento continuo en la escala de producción, y una tendencia, al menos en algunas direcciones, hacia la limitación de la competencia (...) (Marx).

Se observa claramente, de las puntualizaciones de Marx, que en la medida que los capitalistas acumulan recursos y se fortalecen económicamente, existe una tendencia natural a monopolizar determinados renglones del mercado. Esas concentraciones de capital de los oligopolios y monopolios, propias del capitalismo, fue lo que impulsó a los ordoliberales para apostar por el mercado, orientado por una sana competencia, como fórmula superadora del capitalismo (Moreno González, 2019). Ahora bien, al abordar el aspecto relativo a la centralización del capital disponible en manos de una o pocas personas, como consecuencia de la producción en

gran escala, Marx señala:

(...) la batalla de la competencia se libra por el abaratamiento de las mercancías. La baratura de las mercancías depende, ceteris paribus, de la productividad del trabajo, y ésta, a su vez, de la escala de producción. Por consiguiente, los capitalistas mayores vencen a los menores (Marx).

Su análisis sobre el funcionamiento de la economía es interesante. Pero es preciso tomar en consideración que las reglas de juego han cambiado desde aquel tiempo a esta parte, pues el fenómeno de la globalización ha dividido al mundo en bloques económicos fundamentados, esencialmente, en la libre circulación de mercancías y servicios. Además, existen normativas internacionales para combatir las prácticas monopolísticas denunciadas por Marx, puesto que, según su apreciación, en el capitalismo los más fuertes terminan aniquilando a los más débiles.

Precisamente las reglas que prohíben el *dumping*, esto es, exportar mercancías por debajo de su coste de producción, constituye un buen ejemplo. Tanto es así, que China modificó su legislación para permitir la propiedad privada, al igual que Cuba que ya propició una reforma constitucional con los mismos fines (García Guerrero, Los embates de la globalización a la democracia, 2019). De conformidad con las ideas de Marx, la escala de producción, el sistema de crédito, cualquiera que sea su modalidad, constituye otra fuente de centralización al indicar:

En sus comienzos el sistema de crédito llega a hurtadillas como modesto auxiliar de la acumulación y trae por hilos invisibles los recursos monetarios dispersos en toda la extensión de la sociedad a manos de los capitalistas individuales o asociados. Pero pronto se convierte en un arma nueva y formidable en la lucha entre competidores, y finalmente se transforma en un inmenso mecanismo social para la centralización de capitales (Marx).

Y al referirse al sistema de crédito no se limita a las entidades financieras tradicionales, como los bancos, sino también a las sociedades por acciones, los mercados de valores o cualquier otro instrumento que permita captar recursos para emprender grandes proyectos. En sentido general, tanto la concentración como la centralización deben evitarse, en la medida de lo posible, en una economía de mercado. Desafortunadamente, en el actual esquema del Silicon Valley parece adquirir vigencia la tesis marxista de la acumulación y concentración excesiva de capitales que amenaza la economía de libre mercado.

Todo apunta que este embrión económico se asemeja a la Constitución económica marxista en el sentido de orientarse hacia una economía de no mercado. Claro, con una diferencia clave, y es que la concentración de capitales del Silicon Valley está en manos privadas que buscan acrecentar sus ganancias a expensas de monopolios. En cambio, en el modelo socialista el Estado es el propietario de todos los medios de producción y busca la igualdad material a través de otros métodos con una inspiración altruista. La óptica marxista adquiere, pues, con ocasión de este incipiente

modelo económico renovada vigencia.

3. La aspiración de una competencia perfecta o procomún colaborativo

En un sistema de libre competencia, los empresarios tratarán de lograr su máxima eficiencia al menor costo posible, con el propósito de llegar a una mayor cantidad de consumidores, lo cual beneficia a estos últimos. El propósito final es alcanzar un sistema de competencia perfecta, esto es, que el precio de los productos se forme de manera espontánea, toda vez que concurrirían al mercado una gran cantidad de productores y consumidores a un coste marginal cercano a cero. Se cree que los mercados capitalistas convencionales perderán control del comercio a medida que unos costes marginales casi nulos penetren en todos los sectores de la economía en los próximos años (Rifkin, 2016).

Lo antes expuesto constituye una meta del sistema capitalista, o sea, alcanzar unos niveles de eficiencia óptima para sentar así las bases de una verdadera revolución que beneficie por igual, de manera horizontal, a todos los consumidores. Se espera que, en un futuro no muy lejano, el control económico de los grandes monopolios y empresas hegemónicas pierda vigencia, en la medida que todos participemos como productores y consumidores. Esto supone la concurrencia de una gran diversidad de empresas, dado que al aportar cada ofertante cantidades reducidas de un producto no ejercen influencia en las cotizaciones (Tamames, 1988).

Esa es la competencia perfecta a la que se aspira para evitar así

que las grandes multinacionales, con enorme incidencia en el mercado, manipulen los precios mediante un control de la oferta y la demanda. De conformidad con una parte de la doctrina, se trata de una meta irreal debido a que el sistema capitalista busca el mayor lucro posible para compensar los riesgos de la actividad. Acerca de la competencia perfecta ha sido señalado que la misma resulta inservible desde el punto de vista jurídico por tratarse de una meta que no responde a la dinámica real de la economía de mercado (Asenjo, 1984).

Se considera que los seres humanos son egoístas por naturaleza, y que se mueven en función de su propio interés. Más todavía, el lucro es el acicate que impulsa a los individuos a sacar provecho de sus actividades en una economía capitalista, a expensas de explotar a sus semejantes. Esa es la lógica del mercado en el que continuamente se buscan oportunidades para procurar beneficios. Por el contrario, el marxismo-leninismo critica la explotación del trabajo ajeno, el cual sirve de base para enriquecer al gran capital.

La imagen maestra de la economía de mercado es la libertad de empresa. La doctrina ha señalado que la supresión de la segunda desfiguraría la primera, esto es, en ausencia de libertad de empresa se tornaría irreconocible la economía de mercado (García Guerrero, La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales, 2014). Son conceptos interdependientes que se complementan entre sí. En el mercado se intercambian bienes y servicios permanentemente, razón por la cual se impone plena libertad para que productores y consumidores puedan interactuar permanentemente según sus

conveniencias o necesidades.

Ahora bien, algunos pensadores modernos vaticinan el auge del procomún, que fue un sistema económico fundamentado en la colaboración de escala horizontal, cuando todavía el concepto de propiedad privada no se había afianzado, que imperó durante el feudalismo (Rifkin, 2016). Consiste en un modelo de gestión que podría ofrecer un esquema de organización más práctico, sobre todo en una economía en transición. En este sistema, el intercambio de propiedad en los mercados pierde vigencia para ser reemplazado por el acceso a bienes y servicios compartidos.

El procomún colaborativo es lo que más se acerca a un sistema de competencia perfecta, en el que todos los seres humanos se convierten en productores y consumidores al mismo tiempo. En esa línea de razonamiento, se abaratarían sensiblemente los costes de producción hasta virtualmente desaparecer. Se desafía, en gran medida, la idea de mercado, en el sentido de que no necesariamente constituye el medio más eficiente para optimizar el bienestar general.

Díaz Revorio, al comentar el procomún colaborativo al que se refiere Rifkin, señala que, si este pronóstico sobre una futura economía colaborativa es cierto, «las consecuencias sobre la interpretación de los derechos serán numerosas, y en particular respecto a los derechos propios del Estado social» (Díaz Revorio, 2019). En efecto, en una economía colaborativa donde todos los ciudadanos son al mismo tiempo empresarios y consumidores, sería difícil precisar los roles de cada uno de ellos. En otras palabras, la normativa no daría

respuesta a eventuales conflictos entre unos y otros.

Sin embargo, durante las últimas dos décadas del pasado siglo, se produjeron grandes transformaciones para privatizar bienes y servicios públicos que despojaron a los Estados de numerosas empresas para transferirlas al sector privado. En otras palabras, prevalecía la idea de que el Estado no tenía que velar por el bienestar general, y se dejó al mercado la misión de impulsar el progreso económico.

Se ha sostenido que el mercado se autorregula a sí mismo, y que el Estado debe limitarse a las funciones públicas elementales. Asimismo, se afirma que el derecho debe circunscribirse a garantizar que las empresas que se encuentran en una posición de ventaja temporal no obstaculicen o impidan la competencia (Asenjo, 1984). Claro, son afirmaciones que la realidad práctica desmiente reiteradamente, puesto que el afán de lucro no tiene límites y medidas en las economías de mercado. Los fallos reguladores han sido la causa de diversas crisis sistémicas como la que ocurrió en 2007-2008.

Urge abordar el tema de la regulación para restaurar la confianza en el sistema financiero. Es preciso cambiar las estructuras del gobierno corporativo que favorecen incentivos defectuosos, ideados para recompensar generosamente a los directivos. Se ha demostrado que la falta de regulación en una economía grande como la norteamericana, que permite préstamos abusivos, puede contagiar el sistema en todas partes del mundo. No en vano importantes economistas de fama mundial han propuesto construir

un nuevo orden para el siglo XXI, que incluya un nuevo organismo regulador mundial (Stiglitz, 2021).

Pero lo cierto es que las medidas neoliberales impulsadas por Reagan y Thatcher durante el pasado siglo, o sea, relegar el papel del Estado en la esfera económica, no surtieron los resultados esperados. El mundo terminó padeciendo severas crisis económicas como, por ejemplo, la referente a las hipotecas. La burbuja especulativa colocó en serio riesgo al capitalismo, y se comprobó la necesidad de la intervención estatal en determinados sectores de la economía.

Los que proponen la idea del procomún como fórmula para obtener la máxima eficiencia en el sistema capitalista, señalan que la matriz de comunicación, energía y transporte de la Tercera Revolución Industrial que se avecina, producirá cambios trascendentales en la humanidad. En ese sentido, se ha indicado:

Esta situación altera el funcionamiento de los mercados capitalistas, y el choque económico que se avecina entre colaboratismo y capitalismo, además de ser una manifestación de un conflicto cultural, probablemente redefinirá la naturaleza de la aventura humana en los próximos años. De haber un tema subyacente a la nueva narración cultural, sin duda sería democratizarlo todo (Rifkin, 2016)

Este vaticinio podría materializarse en función de la evolución y eficiencia económica del sistema capitalista, que indudablemente ha experimentado profundas transformaciones en el transcurso de

los últimos años. Díaz Revorio, en su análisis sobre los cambios que propiciaría la economía colaborativa al derecho del trabajo con relación a la libertad de empresa, ha expresado que la frontera entre el trabajo, el simple arrendamiento de servicios y la producción de bienes de manera autónoma se desdibuja, situación que le conferirá a los derechos laborales un sentido distinto (Díaz Revorio, 2019).

De conformidad con el autor antes indicado, tanto los derechos de los consumidores como los de naturaleza laboral se desdibujarían en el esquema de la economía colaborativa, hacia la cual se dirige eventualmente la humanidad. La reducción del coste económico de numerosos bienes y servicios, de los cuales algunos llegarían a la gratuidad, supone igualmente una disminución del coste económico de los derechos en la medida que sean ofertados al público.

Esa idea de democratizarlo todo, significa un cambio radical en el que los consumidores producirían lo que necesitan, expandiéndose así una enorme red en la que se podrían intercambiar bienes y servicios a unos costes marginales casi nulos. Esa tendencia no se compadece con la visión de aquellos que consideran que las condiciones de la competencia perfecta no se producirán nunca, debiendo las autoridades concentrar esfuerzos para evitar los carteles empresariales que buscan acaparar el mercado (Asenjo, 1984).

La competencia es el auténtico motor del sistema de la economía de mercado (Font Galán, 1987). El problema radica en determinar el contenido jurídico de un concepto económico que, aun en ausencia de una ley, debería ser respetado por los agentes económicos. Así, la competencia es un término elástico, ambiguo, incierto, que resulta difícil de precisar y aplicar por los tribunales. Precisamente por carecer de concreción se afirma que la eficacia directa del término es escasa, razón por la cual deben ser drásticas las prácticas restrictivas de la competencia para que los tribunales puedan prestarle atención a los que padecen los efectos del monopolio (Asenjo, 1984).

La doctrina coincide en que la delimitación jurídica de este concepto de libre competencia no es tarea fácil, razón por la cual los poderes públicos encuentran no pocas dificultades cuando tienen que aplicarlos. Esta controversia se observa en el ámbito del derecho de la competencia y su imprecisión dificulta que las autoridades administrativas puedan disponer de títulos habilitantes, dado que generalmente se manifiesta a través de sanciones administrativas que requieren una tipificación precisa (Martín-Retortillo, 2000).

La imprecisión jurídica de la libre competencia otorga una amplia libertad al intérprete de la norma, que usualmente es la administración. Además, se requiere de cierta determinación jurídica del concepto para que pueda servir de presupuesto a las sanciones administrativas que genera su incumplimiento. En tal sentido, se suele recurrir a una interpretación restrictiva y se requiere, adicionalmente, de una adecuada motivación (Hernández González, 2002).

En consecuencia, ha sido necesario aprobar disposiciones legales en diversos países para evitar las prácticas restrictivas de la competencia, pues resulta difícil deducir del concepto de libre empresa, así como de sus límites, aspectos que rebasan su órbita conceptual. La competencia es lo que sirve de antídoto a la formación de monopolios u oligopolios que la distorsionan en una economía de mercado.

El capital monopolístico ha suscitado la preocupación de no pocos ordenamientos jurídicos, puesto que sus prácticas y tendencias comerciales son contrarios a los principios democráticos. Se ha tratado de frenar a este insaciable monstruo que emana de las entrañas mismas de un sistema que impulsa a los seres humanos a optimizar su propia autonomía. En tal sentido, se han incorporado principios en textos constitucionales y leyes ordinarias, con la finalidad de garantizar la igualdad entre los actores económicos.

En materia económica prevalece una gran flexibilidad, en vista de que las circunstancias son cambiantes. La ductilidad en este ámbito es esencial, por la dinámica propia de los procesos económicos. Por eso, son ilegales *prima facie* los acuerdos y prácticas convenidos entre empresas para tomar ventajas, aunque razones de eficiencia o de interés general podrían admitir que se toleren (García Vitoria, 2008).

Asimismo, se han reconocido y fortalecido los sindicatos, organizaciones de consumidores, así como otras de similar naturaleza, para que sirvan de contrapeso a esos poderes fácticos que no conocen límites ni fronteras. Las economías de escala, que propician la creación de grandes empresas de integración vertical, han mejorado la vida de la clase trabajadora en el mundo industrializado. Probablemente por eso las luchas de los sindicatos no ha aglutinado a una mayoría de los trabajadores (Rifkin, 2016).

Y estas grandes corporaciones de integración vertical son las que ejercen un fuerte predominio en los mercados del mundo capitalista actualmente. De ahí la aprensión de ciertos autores en el sentido de que resulta utópico el escenario de la competencia perfecta (Asenjo, 1984). Se afirma que en los mercados competitivos los beneficios se reducen a cero, por lo que numerosos empresarios prefieren mercados menos competitivos para mantener beneficios sostenidos (Stiglitz, 2021). En cambio, los partidarios del procomún vaticinan un híbrido con el mercado, producto de la Tercera Revolución Industrial en curso. En esa línea de pensamiento se afirma:

(...) El mercado capitalista y el procomún colaborativo seguirán coexistiendo –a veces con sinergias y a veces compitiendo o hasta enfrentándose entre sí-, pero cuál de los dos modelos se acabará imponiendo y cuál quedará relegado a un nicho dependerá, en gran medida, de la infraestructura que construya la sociedad (Rifkin, 2016).

Más claramente, los más optimistas sostienen el criterio de que la evolución capitalista no está lejos de alcanzar su máximo

nivel de eficiencia, razón por la cual los costes se reducirían significativamente. Por consiguiente, las grandes mayorías se beneficiarían en la medida que esto suceda. Pero al intervenir tantos actores económicos en el mercado con libre iniciativa y con poder de tomar decisiones, resulta arriesgado cualquier vaticinio. Sobre este aspecto se ha puntualizado que la economía de mercado tiene un orden económico pluricéntrico, «donde operan una pluralidad de agentes económicos con iniciativa libre, es decir, capaces de tomar decisiones de relevancia económica» (Asenjo, 1984).

Así las cosas, en un espacio en el que intervienen una multitud de vendedores y compradores, guiados por los precios que espontáneamente genera la ley de la oferta y la demanda, resulta aventurado formular predicciones. A pesar de que en los días que corren predomina la libertad de comercio, nada impide que los Estados adopten medidas arancelarias para proteger a sus productores o que sencillamente cierren sus mercados. En esa dirección, Oscar de Juan ha expresado que los Estados, haciendo uso de su soberanía política, pueden cerrar sus mercados por diversos medios, por lo que este concepto se reduce al espacio territorial donde los operadores desempeñan sus actividades económicas (Asenjo, 1984).

En definitiva, ese ámbito territorial antes señalado en el que los ciclos políticos inciden en las políticas económicas, constituye una realidad incontestable. Las medidas proteccionistas del gobierno de Trump fueron harto elocuentes. En tal virtud, resulta arriesgado predecir tendencias económicas. Si bien es verdad que el dinamismo mercantil de las naciones industrializadas podría evolucionar

rápidamente y reducir sus costes marginales a casi cero, no menos cierto es que ese cálculo no necesariamente aplicaría a sociedades pobres con escasas infraestructuras y un elevado índice de desempleo. Otros consideran, por el contrario, que la tendencia es hacia una mayor desigualdad por la falta de equilibrio y contención del sistema capitalista (Stiglitz, 2021).

El valor de la igualdad que subyace en la libre competencia hace de esta un derecho de configuración legal y de protección ordinaria, pues aun cuando no existiera una norma que le sirva de resguardo, debe ser protegida por los tribunales en el supuesto de interferencias o alteraciones ilegítimas. Claro, una cosa es la igualdad formal prevista en los textos, y otra bien distinta es la igualdad sustancial o material que garantiza la protección de los que se encuentren las situaciones objetivas prescritas por la ley.

En consecuencia, la igualdad es la base para una eficaz garantía de la libre competencia. Esta última, en sentido abstracto, es el ejercicio de la iniciativa económica o pugna entre particulares para captar segmentos importantes del mercado, en virtud de las atribuciones que les confiere la libertad de empresa. Su aptitud de rivalizar en el mercado, en igualdad de condiciones, de conformidad con la autonomía privada, constituye el sustento de un derecho que aspira satisfacer necesidades o deseos de los consumidores (Hernández González, 2002).

Resulta complejo en ocasiones determinar si prevalece un clima de libre competencia, puesto que todo dependerá del mercado en que se mueven los agentes económicos. Las normas suelen variar de

un lugar a otro y, además, siempre existe un margen de apreciación de la administración llamada a aplicar las disposiciones relativas al tema.

Algunos aspectos esenciales se encuentran estrechamente vinculados a la libertad de empresa, entre los que se encuentran: la de producción, circulación económica, la de trabajo, entre otras. Ahora bien, la más importante es la libre competencia porque es donde mejor se manifiesta el derecho a la igualdad que le es inherente a la libertad de empresa. Sobre la importancia de la competencia se ha indicado que es probablemente la más importante de las libertades relacionadas a la libre empresa, porque permite «llenar un mismo nicho de mercado en igualdad de condiciones»(Perdomo, 2012).

Es acertada la afirmación de que la libre competencia, de todas las libertades que se encuentran comprendidas o vinculadas a la libertad de empresa, es la más característica e importante por constituir la esencia misma del mercado libre. En efecto, es la competencia lo que genera las condiciones para dinamizar la economía, beneficiar al consumidor y articular los precios, entre muchas otras condiciones indispensables para el adecuado funcionamiento del sistema capitalista.

Se suelen aplicar sanciones administrativas cuando se verifican violaciones o agresiones al clima de la libre competencia que se supone debe prevalecer en sociedades organizadas. Claro, estas decisiones requieren de una sólida motivación, en virtud de que la determinación jurídica de conceptos económicos debe estar bien justificada, sobre todo en aquellos casos donde se derivan

consecuencias como resultado de las sanciones que impone la administración.

4. El modelo español de la libre competencia

El sistema de libre competencia se inició en España a raíz de la Ley 110/1963 del 20 de julio de 1963, cuando comenzaba la práctica de liberalización económica de aquel entonces, que impedía las prácticas restrictivas a la libre competencia. Pero fue en 1999 cuando se aprobó una nueva disposición legal para promover la libre competencia¹, debido a la expansión de las políticas neoliberales orientadas a liberalizar los mercados. El artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia se refiere a la competencia imperfecta, que es la única que permite obtener resultados económicos eficientes².

Se considera que la libre competencia está implícitamente consagrada en la Constitución española de 1978, como derivada de la libertad de empresa. En ese sentido, se afirma que es un principio orientador de los poderes públicos y, al no estar explícitamente consagrada en el texto constitucional español, se plantea si tiene valor constitucional o si puede entenderse como presupuesto inherente a la libertad de empresa (Hernández González, 2002). Eso no sucede en la Constitución dominicana, donde la libre

¹ Ley No. 52/1999, del 23 de diciembre de 1999.

² Se ha indicado que las políticas fundamentalistas de mercado, mejor conocidas como neoliberalismo, han resultado desastrosas en Europa, porque su implementación resulta de una lectura ingenua de la ciencia económica, basada en los supuestos de una competencia perfecta, de unos mercados perfectos y de una información perfecta. (Stiglitz, 2021)

competencia está explícitamente consignada.

Una importante decisión del Tribunal Constitucional español señala que la libre competencia se encuentra implícitamente dentro de la libertad de empresa, y que además constituye un valor reconocido por la Constitución (STC 88/1986, 1986). En efecto, al referirse a las buenas prácticas que deben prevalecer en un ambiente de libre y sana competencia, la decisión dispone:

El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta art. 38, inciso segundo por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986, 1986).

De conformidad con la decisión antes indicada, resulta fundamental preservar la libre competencia en una economía de mercado, lo cual no quiere decir que la actividad de una empresa no pueda impactar en las actividades de otra, pues esta libertad tiene sus matices. Por el contrario, lo que se persigue es corregir prácticas desleales que

alteren la igualdad de oportunidades de los distintos operadores económicos del mercado. Cabe recordar aquí, que se ha afirmado que «dentro de las libertades que comprende la economía de mercado, la de empresa es la que mayores limitaciones encuentra» (García Guerrero, La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales, 2014).

Como fue expresado anteriormente, resulta complejo, en ocasiones, determinar las situaciones en las que se distorsiona la libre competencia como resultado de las irregularidades en que incurren comerciantes y establecimientos mercantiles para eliminar a sus competidores. No existen criterios específicos y concluyentes que permitan detectar tales prácticas, razón por la cual se impone examinar cuidadosamente cada caso en particular. El euro fue un proyecto político en el que la política no fue lo bastante fuerte como para completar el referido proyecto, a fin de que funcionara una zona monetaria y se corrigieran distorsiones en el plano económico (Stiglitz, 2021).

La libre competencia, en el modelo español, es un principio orientador de los poderes públicos que deben velar por su ejercicio. Aunque un sector de la doctrina considera que «en ningún lugar del texto de la Constitución se ordena a los poderes públicos que persigan la defensa de la competencia» (Baño León, 1996). Según su criterio, no es aceptable deducir un mandato a los órganos del Estado mediante una interpretación del contenido esencial de la libertad de empresa, pues se trata de «una directriz de rango legal, y a la ley hay que acudir para interpretarla y aplicarla» (Correa

Henao, 2009).

Si bien es verdad que no se ordena de manera expresa la defensa de la competencia, no menos cierto es que la misma es una obligación positiva de los poderes públicos. Y esto es así, porque es un principio inherente de la libertad económica que, incluso, suele ser incluida en la economía de mercado. No en vano la doctrina se inclina mayoritariamente por considerar que «la competencia está implícita en la alusión del artículo 38 a la economía de mercado» (Asenjo, 1984).

En esa misma dirección se pronuncian otros que entienden que la libre competencia se encuentra integrada a la libertad de empresa, pues dicha concurrencia persigue fundamentalmente proteger los intereses económicos y sociales generales (Rojo, 1993). Asimismo, llegan a idéntica conclusión los que consideran que la Constitución española protege derechos subjetivos no absolutos sobre libertades que dan contenido a la libertad de empresa/libertad de competencia (Viciano Pastor, Libre competencia e intervención pública en la economía, 1995).

La defensa de la competencia, a juicio de un sector de la doctrina española, se debe buscar en la dimensión objetiva o institucional de la libertad de empresa (combinando los artículos 38 y 9.2 de su Ley Fundamental), correspondiéndole a los poderes públicos establecer los mecanismos para su funcionamiento. Y uno de ellos es precisamente el derecho de la competencia (Cidoncha, 2006).

El ejercicio de la libertad de empresa constituye una garantía institucional que supone la libertad de competir libremente, sin restricciones, las cuales se admiten en casos estrictamente necesarios y justificados, esto es, cuando resulte razonable y proporcionado adoptarlas. Esta libertad, en consecuencia, se relaciona al principio de autodeterminación del individuo que busca su progreso individual y, a su vez, promueve simultáneamente el desarrollo social en la medida que se inserta en el intercambio comercial.

Y es justamente el desarrollo y expansión de este intercambio de bienes y servicios el que ha contribuido a la internacionalización del derecho de la competencia, en el que se sanciona tanto la competencia desleal como el abuso de la posición dominante. La doctrina ordoliberal propuso un sólido derecho de la competencia para controlar eventuales excesos y, además, una liberalización controlada de la economía. Sin embargo, en la Unión Europea se produce un extraño fenómeno en razón de que las empresas se trasladan a los países donde son más bajos los impuestos y no a los lugares en que es más eficiente la producción (Stiglitz, 2021).

La economía de mercado necesita, para su adecuado funcionamiento, de la libre competencia, la cual debe ser garantizada por el Estado. De ahí que la defensa de la competencia constituye una garantía institucional que debe ser preservada por los poderes públicos. Se pueden adoptar medidas activas o simplemente no intervenir para crear las condiciones de la libre competencia. Sobre este punto se sostiene que la defensa de la competencia se configura como protección de los poderes públicos frente a los particulares,

debiendo los legisladores diseñar un sistema eficaz de defensa a la competencia (Cidoncha, 2006).

Usualmente los empresarios infringen o alteran la libre competencia, pero igualmente los poderes públicos, en su calidad de sujetos activos, podrían adoptar medidas discriminatorias en favor de sectores o grupos económicos. En este último caso habría discriminación en el ejercicio de la libertad de empresa, pero pretender limitar a los poderes públicos sobre esta base no es posible.

Se puede llegar a la conclusión que la libertad de competir se encuentra implícita en la libertad de empresa, en razón de que no se concibe una sin la otra. La competencia económica, en suma, procura un reparto equitativo del mercado entre los agentes que interactúan en él para que ninguno disponga de poder suficiente para imponerse sobre los demás. Por eso, resulta lógico interpretar que la libre competencia es consustancial con el concepto de libertad de empresa, que nace del principio de igualdad, consignado en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

En el mercado se ofrecen bienes y servicios de similar o distinta naturaleza, que serán seleccionados por los consumidores en la medida que exista una adecuada proporción entre la calidad y el precio del producto o servicio ofertado. En tal sentido, esa competencia le permitirá efectuar comparaciones a los consumidores para que escojan según sus posibilidades, preferencias o necesidades.

En resumidas cuentas, la competencia no ha sido concebida como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar otros objetivos

más trascendentes, como el buen funcionamiento del mercado y la protección de los intereses de los consumidores. El interés general es lo que determina, legitima o justifica la adopción de medidas en este ámbito.

Conviene destacar una interesante decisión del Tribunal Constitucional español sobre las normas que uniformizan las condiciones de competencia al referirse a los horarios comerciales. El tribunal concluyó «que corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el artículo 38 de la CE» (STC 225/1993, 1993).

De acuerdo con la decisión antes apuntada, la libertad de empresa comprende la potestad «no sólo para crear empresas y, por tanto, actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (STC 225/1993, 1993). Se observa, pues, que son diversos los contenidos de esta libertad. El empresario puede cesar cuando lo estime conveniente, ya que no puede ser obligado a continuar indefinidamente en contra de su voluntad (Rojo, 1993) (Cidoncha, 2006).

Por otra parte, la cláusula del Estado social, que es común tanto en el texto constitucional español como el dominicano, supone que puedan operarse restricciones a la libre competencia. Por tanto, es relativa y no absoluta, lo que nos induce a pensar, como

ya se ha indicado, que la competencia es siempre imperfecta. La jurisprudencia española, consciente de su relatividad e imperfección, se refiere a la competencia «eficaz» al expresar:

Consecuente con esta finalidad específica, la L.D.C. regula, en primer término, la libre competencia entre empresas, prohibiendo las conductas que puedan producir el efecto de impedirla, restringirla o falsearla así como el abuso de una posición dominante en el mercado por una o varias empresas, si bien se establecen posibles excepciones y autorizaciones de dichas conductas. Pues al igual que la normativa comunitaria en la que se inspira, la defensa de la libre competencia en el mercado no se concibe en términos absolutos sino con la finalidad de que se produzca una competencia «eficaz» (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1977, asunto 25/76, Metro SB-Grossmarkte GH («BOE» núm. 300, de 16 de diciembre de 1999) Co. c. Comisión) o «suficiente» según la Exposición de Motivos de la Ley (STC 208/1999, 1999).

Esta decisión plantea, además, que la concentración de empresas puede generar dinamismo, así como también prácticas desleales con el propósito de captar amplios segmentos del mercado. Dicho de otro modo, la competencia suele ser positiva, aunque determinadas prácticas podrían surtir efectos negativos, en vista de que, así como puede fomentarse una sana competencia, también podría falsearse desde una posición dominante. Asimismo, señala que el Estado debe fijar las reglas entre empresas «que compiten en el mercado en el plano horizontal, antes que su actuación frente a los consumidores;

doctrina que aplica a cabalidad y sin alteración ninguna en las SSTC148/92, 228/93 y 264/93» (Correa Henao, 2009) .

La libre competencia cumple una función social en la medida que empuja a los competidores a alcanzar su máxima eficiencia para preservar su vigencia en el mercado, lo que beneficia por igual a los consumidores. Cabe destacar que la sentencia antes comentada utiliza el término «suficiente» al referirse a la competencia, que es el mismo que se emplea en la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989³. Y precisamente por esa afirmación es que una parte de la doctrina española sostiene que se tutela una competencia efectiva o suficiente, no una competencia perfecta (Font Galán, 1987).

No cabe la menor duda que mientras mayor sea la libertad de competencia, más próximo estaríamos de la anhelada competencia perfecta que, a juicio de la mayoría de los autores, es una meta de difícil realización⁴. El máximo nivel de eficiencia únicamente es posible en un ámbito en el que los competidores se vean obligados a innovar constantemente para conquistar la preferencia de los consumidores. Esto se logra ofertando la más óptima calidad al menor costo posible.

Las medidas que tienden a restringir la competencia, ya sea reduciendo la producción de bienes y servicios, o mediante acuerdos empresariales para estabilizar los precios, han obligado a numerosos

³ Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, del 17 de julio de 1989.

⁴ Si la competencia fuera perfecta hubiese mercado para todos los bienes en todas las épocas, pues este mecanismo se reflejaría automáticamente en los precios, pues los mercados libres de injerencia asignarían los recursos. (Parejo, 2016).

países a dictar normas y crear instituciones fiscalizadoras con el fin de preservar la igualdad entre los agentes económicos.

Se afirma que, aunque no esté consignada su protección en la Constitución, se puede argumentar por conexidad desde la óptica sustantiva siempre que se acredite «una vulneración de la libre competencia que represente para el sujeto que reclama una alteración de los elementos esenciales para el desarrollo de su persona y de su dignidad» (Correa Henao, 2009). Se recurre a estos esfuerzos hermenéuticos para vincular aspectos constitucionales con conceptos que, en ocasiones, resulta difícil encajar en este ámbito.

5 La libre competencia en la Constitución de 2010

Se ha indicado que la Constitución económica dominicana inicia con el artículo 217, aunque este término no se encuentra expresamente incorporado al texto. Asimismo, se ha sostenido que no existe un esquema de neutralidad o abstencionismo económico, pues al igual que la Ley Fundamental española, todo lo relativo al régimen económico es flexible y se admiten diversas opciones económicas (Hernández Pardo, 2012).

La Constitución dominicana hace énfasis «en la competencia libre y leal» y establece una reserva de ley para que, en casos de seguridad nacional y excepcionalmente, puedan tolerarse prácticas monopólicas o abusos de posición dominante. Esto pone de manifiesto la intención del legislador constituyente de frenar las distorsiones que generan estas prácticas desleales, producto

del predominio de un competidor que se encuentra en situación ventajosa.

Más todavía, entre los principios rectores del régimen económico se encuentra la libre competencia como necesidad ineludible para alcanzar el crecimiento económico, así como una más justa redistribución de la riqueza, cohesión y justicia social⁵. La libre competencia es una manifestación del valor o principio de la libertad, o de la dignidad de la persona, para que como sujeto individual o asociado se realice económicamente (Correa Henao, 2009).

Otros autores distinguen la libertad como procedimiento para tomar decisiones propias y como inmunidad frente al Estado, esto es, enfocan la libertad como oportunidad de obtener provecho dentro del «espectro de oportunidades ofrecidas» (Kumar Sen, 1997). La primera obedece a la noción tradicional de libertad para decidir sin interferencias, y la segunda como la acción del sujeto para alcanzar sus objetivos.

Así las cosas, la libre competencia, a diferencia de la Constitución española de 1978, se encuentra explícitamente consignada tanto en el artículo 50 -como remedio a las prácticas monopólicas-, así como en el 218 -al abordar los principios rectores- para impulsar el desarrollo económico. Sin embargo, partiendo de lo que han señalado estudiosos sobre el tema, los principios rectores

⁵ El artículo 217 de la Constitución prescribe: «El régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad».

simplemente inspiran, pero no agotan el ámbito económico, al ser abordados por los constitucionales (Vitoria, 2012).

La libre competencia es un derecho individual y colectivo que reclama igualdad de condiciones en el ámbito económico, y además es requisito indispensable en el funcionamiento de la economía de mercado (Correa Henao, 2009). Destaca, entre los principios enunciados en el artículo 217 de la Constitución de 2010, la libre competencia como remedio para conjurar las prácticas monopólicas. Se ha señalado que fomentarla mitiga los efectos nocivos del régimen monopólico y ayuda al crecimiento económico (Vitoria, 2012).

No deja de llamar la atención que el legislador constituyente dominicano insiste en el tema de la libre competencia como condición del desarrollo económico sostenible. Algunos doctrinarios han interpretado que el texto constitucional dominicano, al incorporar la cláusula del Estado social y democrático de derecho, ha asumido la economía social de mercado (Hernández Pardo, 2012). En otros términos, al abordar la competencia como uno de los elementos fundamentales para el desarrollo económico, se ha llegado a la errónea conclusión de que ha asumido el ordoliberalismo, o sea, ha asimilado la economía social de mercado. Sin embargo, más adelante veremos que se trata de una mala interpretación.

Este contenido social, que se refleja en todo el articulado del texto sustantivo, revela una noble intención, puesto que el empresario, más que acumular riquezas, debe tener conciencia de su alta responsabilidad social como ente productivo generador de empleos

y bienestar. Así se le imprime una dimensión distinta al empresario tradicional, cuyo principal objetivo ha sido el lucro personal, sin tomar en consideración aspectos de indiscutible relevancia social. Ahora bien, eso no significa que se haya adoptado implícitamente la economía social de mercado o el ordoliberalismo.

Esa carga social que debe asumir el empresario, se vincula al hecho de darle participación a los trabajadores en el beneficio de las empresas, para estimularlos a continuar produciendo, esto es, para incorporarlos en los beneficios y gestión del proceso productivo. Se supone que medidas de esta índole estimulan el trabajo en equipo, confieren mayor estabilidad en el empleo y ayudarían a reducir el paro laboral, que es sumamente elevado en los países en vías de desarrollo.

6 La economía de mercado como garantía institucional

El concepto de economía de mercado se considera una garantía institucional en el modelo español, debido a que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa «en el marco de la economía de mercado». Esa mención ha llevado a una parte de la doctrina a considerar el mercado como *una garantía institucional o garantía de instituto*. García Vitoria considera innecesaria esta expresión, en razón de que se utiliza con diferentes finalidades y resulta suficiente la idea de que «los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y que existe un contenido esencial indisponible para el legislador» (García Vitoria, 2008).

El Tribunal Constitucional español, al emplear el concepto de garantía institucional, lo hace para poner énfasis en la dimensión objetiva del derecho en relación a las facultades subjetivas de los titulares. En cambio, Rubio Llorente y García Guerrero ven una garantía de instituto esencial para concretar algunas características de la libertad de empresa (Rubio Llorente, 1996) (García Guerrero, La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales, 2014). Por el contrario, y discutiendo sobre este mismo tema, Cidoncha entiende que la garantía institucional del mercado constituye un límite a los poderes constituidos y que tanto la libertad de empresa como el mercado son interdependientes y se reclaman recíprocamente (Cidoncha, 2006).

El concepto de garantía institucional genera controversias en la doctrina española, y para algunos se trata de un concepto que genera confusión por solaparse con el de libertad de empresa. Se ha afirmado que se trata de una expresión amplia e indeterminada, cuya imprecisión mueve a desconcierto. Sobre este aspecto, García Vitoria ha señalado que el término garantía institucional carece de precisión y su significado es un envoltorio que cubre argumentos heterogéneos, esto es, se trata de un calificativo equívoco que oscurece el razonamiento jurídico (García Vitoria, 2008).

La garantía institucional es una categoría creada por la doctrina alemana, cuyo objetivo es proteger frente al legislador algunas instituciones previstas en la Constitución. Esta protección preserva a la institución no solamente de su destrucción, sino también de su desnaturalización. La misma fue acogida por el

Tribunal Constitucional español en su sentencia 32/1981, dado que las instituciones son elementos indispensables del diseño constitucional. Como bien explica un sector de la doctrina, «la doctrina de la garantía institucional supone un esfuerzo loable por asegurar un contenido fijo, mínimo e inderogable a determinados conceptos constitucionales» (Cidoncha, 2006). Las instituciones están previstas, pero no reguladas en el texto constitucional. El mercado ha sido reconocido como una garantía institucional sin el cual no sería posible practicar la libertad de empresa.

El profesor García Guerrero enseña que la garantía institucional del mercado constituye la imagen maestra en que se desarrolla la libertad de empresa, razón por la cual se debe preservar la igualdad competencial entre los diversos agentes económicos. En ese sentido, esta imagen maestra debe ser respetada por el legislador que no puede suprimirla, vaciarla de contenido o desfigurarla (García Guerrero, La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales, 2014). El modelo español se caracteriza por la propiedad privada y la institución del mercado y la competencia, «asumidos desde la perspectiva social, que es la que habilita su ordenación por parte de los poderes públicos». (Goig Martínez, 2019).

Si se parte de la concepción de que son dos cosas distintas la interpretación de las normas constitucionales y de que las referidas normas no admiten lecturas distintas en cuanto a su contenido (Martín-Retortillo, Derecho Administrativo Económico I, 1988) y, además, de que se consagró expresamente en la Constitución española de 1978 el capitalismo de mercado (Cidoncha, 2006),

entonces cabría concluir que la garantía de instituto de factura alemana y seguida por el Tribunal Constitucional español, tiene sentido a fin de preservar el núcleo esencial del sistema adoptado por el constituyente en materia económica.

Conclusiones

La libre competencia es un derecho reconocido en la Constitución cuyo objeto en esencia radica en la protección de los intereses económicos y sociales, al propiciar las condiciones para que cualquier persona pueda acceder, mantenerse o salir del mercado sin interferencia provocados por terceros.

Como bien es sabido, el derecho a la libre competencia se encuentra estrechamente vinculado con la libertad de empresa, esta última hace referencia al derecho que tienen los individuos de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin más impedimentos que los impuestos por la propia Constitución y las leyes cuando sea estrictamente necesario, de suerte tal que las personas puedan desarrollarse libremente.

La libre competencia es uno de los aspectos esenciales que componen la libertad de empresa, esto se debe a que la competencia procura un reparto equitativo del mercado entre los agentes económicos que convergen en él para que ninguno disponga de poder suficiente para imponerse sobre los demás.

Así las cosas, la libre competencia persigue el buen funcionamiento

de los mercados, impulsando a los agentes económicos a maximizar su eficiencia, innovando constantemente para mantenerse en el mercado y ganar la preferencia de los consumidores, quienes se benefician al disponer de más opciones de productos y servicios, con mayor calidad y a menor costo.

Bibliografía

- Asenjo, O. d. (1984). *La Constitución Económica Española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Baño León, J. M. (1996). *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*. Madrid: McGraw-Hill.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cidoncha, A. (2006). *La libertad de empresa*. Madrid: Civitas.
- Correa Henao, M. (2009). *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Universidad del Externado.
- Díaz Revorio, F. J. (2019). *Globalización, Estado social, coste económico de los derechos e interpretación*. En J. L. García Guerrero, *Constitucionalizando la Globalización* (p. 1463). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Font Galán, J. I. (1987). *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.
- García Guerrero, J. L. (2014). *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Guerrero, J. L. (2019). *Los embates de la globalización a la democracia*. En J. L. García Guerrero, *Constitucionalizando la Globalización* (p. 87). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Vitoria, I. (2008). *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Goig Martínez, J. M. (2019). *La OCDE en un contexto de globalización. Su influencia en la política económica mundial: el influjo de la OCDE en España*. En J. L. García Guerrero, *Constitucionalizando la Globalización* (p. 1261). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hernández González, J. I. (2002). *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas, estudio comparado del derecho español y venezolano*. Madrid.
- Hernández Pardo, R. (2012). *Régimen Económico*. En P. y. González-Trevijano, *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana* (pp. 1131-1132). Madrid: La Ley.
- Kumar Sen, A. (1997). *ienestar, justicia y mercado*. Barcelona: Paidós.
- Martín-Retortillo, S. (1988). *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley.
- Martín-Retortillo, S. (2000). *Reflexiones sobre la nueva Administración económica*. En S. Muñoz Machado, & J. L. García Delgado, *Las estructuras del bienestar en Europa* (p. 457). Madrid: Civitas.
- Marx, C. (s.f.). *El Capital* (Vol. 1). New York: Modern Library.
- Moreno González, G. (2019). *La economía social de mercado: El polémico concepto de la Constitución Económica Europea*. En J. L. García Guerrero, *Constitucionalizando la Globalización* (Vol. 1, pág. 795). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nino, C. (1992). *La autonomía constitucional en: La autonomía personal VVAA*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Parejo, J. A. (2016). *Manual del sistema financiero español*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- Perdomo, N. (2012). *Comentario al artículo 50 de la Constitución dominicana*. En F. y. Tena, *Constitución comentada* (p. 126). Santo Domingo: FINJUS.
- Rifkin, J. (2016). *La sociedad de coste marginal cero*. Barcelona: Espasa Libros, S.L.U.

Rojo, Á. (1993). Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. *Revista de Derecho Mercantil*, 331-332.

Rubio Llorente, F. (1996). La libertad de empresa en la Constitución. En J. L. Iglesias Prada, *Estudios Jurídicos. Homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (p. 435-436). Madrid: Civitas.

STC 208/1999, STC 208/1999 (Tribunal Constitucional español 11 de Noviembre de 1999).

STC 225/1993, STC 225/1993 (Tribunal Constitucional español 8 de Julio de 1993).

STC 88/1986, STC 88/1986 (Tribunal Constitucional español 1 de Julio de 1986).

Stiglitz, J. (2021). *La gran brecha*. Madrid: Penguin Random House.

Tamames, R. (1988). *Diccionario de economía*. Madrid: Alianza Editorial.

Viciano Pastor, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Viciano Pastor, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Víctor, O. (2012). Comentarios a los principios rectores del régimen económico. En T. y Félix, *Constitución comentada* (pp. . 445-446). Santo Domingo: FINJUS.

La dimensión social del derecho de la competencia en la República Dominicana

María Elena Vásquez Taveras

Resumen

La «Libre competencia» es un concepto que empieza a ganar espacio en la cultura jurídica dominicana, por su constitucionalización a partir del año 2010 y por el impacto de su triple dimensión en el ordenamiento jurídico como derecho-garantía, principio rector de la economía y obligación del Estado. Otro factor, que contribuye a su vigencia es el activismo institucional de Pro-Competencia, órgano del Estado responsable de la defensa de la competencia en la República Dominicana. La «Libre competencia» empero, no es solo un concepto jurídico, además, debe ser interpretado y asumido conforme a la filosofía que presupone la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho. En una economía social de mercado como la dominicana, la libre competencia tiene una incidencia en lo social, que irradia en distintas vertientes, procurando el bien común y el desarrollo humano. Este fenómeno relativo a la dimensión social de la libre competencia es objeto de análisis en este ensayo.

Palabras clave: Libre competencia, Estado social y democrático de derecho, economía social de mercado, derecho de la competencia, practica anticompetitiva, desarrollo humano.

Abstract

The «Free competition» is a concept which starts to gain latitude in the Dominican legal culture, mainly due to the constitutional integration from 2010; as well as the impact of its triple dimension in the legal system as legal guarantee; leading principle of the economy, and obligation of the State. Another contributing factor to its legitimacy is Pro-Competencia institutional activism, as the organism of the State responsible for the defense of the free competition in the Dominican Republic. Nonetheless, the «Free competition» is not only a legal concept, it must also be interpreted and assumed according with the philosophical concept of the Social and democratic legal State. In a social market economy such as the Dominican, the free competition has a social incidence, reaching different aspects, but all of them procuring the common good and the human development. This phenomenon relative to the free competition social dimension will be the object of analysis and consideration in the following essay.

Key words: Free competition, social and democratic legal state, social market economy, free competition law, anticompetitive practice, human development.

Introducción

Alfred Müller-Armack, el artífice más sobresaliente del milagro económico alemán acuñó una célebre frase que sirve de reflexión sobre el impacto social de la libre competencia dentro de la economía social de mercado: «El objetivo de la Economía Social de Mercado es crear una economía que desde la base de la competencia combina la libre iniciativa con un progreso social asegurado por la capacidad económica».

Müller-Armack destaca en su fórmula económica la importancia de un marco de libre competencia enfocada en lograr el progreso social. Es decir, la libre competencia como un vector esencial del «progreso social»; concepto este último, que implica la capacidad de una nación de satisfacer las necesidades básicas de su población, así como de establecer la infraestructura e instrumentos necesarios, que le permitan mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos y comunidades, y de crear un ambiente propicio para que todos tengan la oportunidad de alcanzar su pleno desarrollo humano.

Los derechos fundamentales están orientados esencialmente a este propósito, de permitirle al ser humano alcanzar ese pleno desarrollo, tanto en el ámbito personal, como el social. Por eso, desde el siglo pasado ha sido aceptada la idea de que el derecho responde a fines sociales, vinculándose de ese modo, no solo la norma que impone reglas y organiza el poder, sino en el sentido que prevalece detrás de esta y como se conecta con las aspiraciones que anhela la

1 Marcelo Resico, La economía social de mercado, p. 2.

colectividad. El derecho no sólo es «regulación», sino también un espacio que recoge la «aspiración» genuina de una sociedad que se encamina a un modelo de convivencia pacífica.

Al referirnos al derecho es imposible disociarlo del concepto de sociedad, como atinadamente manifestó el eminente jurista austriaco Kelsen «por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista²», siendo entonces la sociedad, como objeto de estudio, un elemento importante para el derecho.

Soriano, en este sentido, nos dice que preguntarnos por la función social del derecho «es observarlo en movimiento dentro de las relaciones de los sujetos que se valen de él y ver qué fines persigue o qué sentido tuvo su promulgación en la mente del legislador³».

El Estado y el derecho fueron evolucionando de la mano a través del tiempo, y juntos con ellos, el modelo económico. En efecto, junto con el desarrollo del Estado, también van evolucionando los modelos económicos: liberalismo, capitalismo, socialismo y el sistema de economía social de mercado, con lo cual no solo se estableció el papel del Estado en la economía, sino que se fue gestando la formación del derecho de la competencia como una rama del derecho económico; rama que también adquiere sus matices en función del paradigma de Estado que profese una nación.

En ese devenir histórico se llegó a la etapa de evolución estatal

y jurídica que permitió concebir lo que hoy conocemos como «Estado social y democrático de derecho». Para Lozano Bedoya: «Esta transformación ha generado profundos cambios sobre la organización del Estado que, en esta nueva concepción, adopta el propósito de fortalecer la realización de la democracia en sus aspectos sociales, económicos y políticos, dentro de un contexto de pluralismo, participación y respeto por la dignidad humana⁴».

En ese orden de ideas, la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en palabras del jurista peruano González Ojeda «es el Estado de la integración social, afirma Combellas, dado que pretende conciliar los intereses de la sociedad cancelando así los antagonismos clasistas del sistema industrial⁵».

En este tipo de Estado, su rol no se limita a simplemente respetar los espacios de desarrollo humano del individuo, sino que asume una actitud más activista al remover cualquier obstáculo social que limite ese desarrollo. Para el catedrático español Sánchez Goyane:

...La fórmula «Estado social y democrático de derecho» indica que el Estado no sólo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de derecho) ni en la soberanía popular (Estado democrático) sino que también es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, que solo puede lograrse allí donde

2 Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, p. 18.

3 Ramón Soriano (1997). Sociología del derecho, editorial Ariel, p. 382.

4 Carlos Augusto Lozano Bedoya. (2013). ¿Qué es el Estado social y democrático de derecho? Bogotá Colombia: imprenta nacional de Colombia, p. 25.

5 Magdiel González Ojeda, El Estado social y democrático de derecho y el Estado peruano, p. 42.

se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todas las personas, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales⁶.

En esa línea de pensamiento, el derecho de la competencia, dentro de un Estado bajo la cláusula del Estado social y democrático de derecho resulta matizado o impregnado bajo este paradigma, lo que supone una dimensión social del mismo producto del contenido ideológico de esta cláusula constitucional.

Tradicionalmente el derecho de la competencia, a juicio de Osorio y Panizo «tiene la función de garantizar el libre mercado, como mecanismo económico, mediante el cual los consumidores y las empresas fijan los precios, como consecuencia del juego de la oferta y la demanda de los bienes y servicios⁷». Desde otra perspectiva, para Motta el derecho de la competencia es concebido como «el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no se limite a tal grado que reduzca el bienestar económico⁸».

Sin embargo, existe otra tendencia en la doctrina especializada en la materia, como señala Jiménez Cardona que tiene una visión diferente, incluso estableciendo que el derecho de la competencia tiene una vertiente en lo social:

6 Enrique, Sánchez Goyane. (2005). «Constitución española comentada». Madrid, España: Thomson- Paraninfo p. 36.

7 Diego Loma Osorio, Tratado de Derecho de la Competencia, p. 34.

8 Massimo Motta, Política de competencia, teoría y práctica, p. 59.

- ... Atendiendo a la perspectiva constitucional también cabe analizar la llamada dimensión social de la competencia en cuanto valor de trascendencia supraindividual. Llegados a ese punto, es palpable que la competencia constituye la pieza clave de toda la arquitectura de nuestro sistema constitucional en materia económica. Asimismo, del propio valor de la competencia surge la base que sirve de sustento para promover la iniciativa privada y de la que, a su vez, emana todo un conjunto de derechos subjetivos a favor de aquellos agentes económicos que deciden participar en el tráfico mercantil, en cuyo caso adquieren diversas facultades con las que poder sortear las diferentes circunstancias del mercado y asegurar su éxito empresarial⁹.

Jiménez Cardona, también reflexiona, que los objetivos económicos no es la única preocupación del derecho de la competencia: existen una serie de valores que pese a representar una naturaleza social o extraeconómica, aparecen igualmente vinculados al funcionamiento del mercado, como el bienestar del consumidor, la distribución equitativa del bienestar, la inserción social de colectivos en riesgos de vulnerabilidad.

Sobre la base de esta perspectiva, el presente ensayo, tendrá como propósito examinar la incidencia social que tiene el derecho de la competencia bajo el diseño constitucional y legal de la República Dominicana.

9 Noemí Jiménez Cardona, La Dimensión constitucional del derecho de la competencia, p. 72.

1.1 El Estado social y democrático de derecho en la República Dominicana

En la reforma constitucional del año 2010 se establece por primera vez en la historia constitucional dominicana, de manera expresa un modelo específico de Estado: el Estado social y democrático de derecho en la República Dominicana.

Este nuevo paradigma de Estado previsto en el artículo siete de nuestra carta magna, implica un modelo de Estado perfeccionado donde no solo ocupa un lugar central el reconocimiento a nivel constitucional de los derechos sociales, sino que se nutre de una conciencia más acabada de la dignidad humana, un concepto de democracia participativa y no meramente representativa, así como un reforzamiento de la garantías constitucionales de los derechos fundamentales; garantías que se extienden tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos sociales y económicos.

Implica también la adopción de una nueva filosofía y visión de la gestión pública en todos sus órdenes, que obliga a las autoridades públicas a fomentar un clima de respeto irrestricto a los derechos de las personas, teniendo como piedra angular el concepto de dignidad humana. El artículo ocho¹⁰ de la Constitución dominicana, reafirma la función esencial del Estado, bajo el paradigma de la cláusula del

10 Cf. Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

Estado social y democrático de derecho:

La inserción de estas disposiciones supuso que desde el Estado se generen garantías para que las personas alcancen un mayor nivel de desarrollo. Para Sánchez Goyanes:

... la fórmula «Estado social y democrático de derecho» indica que el Estado no sólo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de derecho) ni en la soberanía popular (Estado democrático) sino que también es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, que solo puede lograrse allí donde se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todos los dominicanos, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales (Estado social)¹¹.

Igualmente, para el catedrático Daniel Elgueta:

... El Estado social y democrático de derecho define un rol activo del Estado en la economía y en la sociedad civil, con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas básicas, como trabajo, seguridad social, vivienda y salud. En este sentido, dentro de un Estado social y democrático de derecho, el Estado no se limita a reconocer y otorgar derechos a los ciudadanos, sino que establece mecanismos para garantizar los derechos de los ciudadanos, asumiendo en muchos casos el costo que implica hacerse cargo del derecho de un ciudadano¹².

11 Enrique Sánchez Goyane, Constitución española comentada edición ilustrada, p. 20.

12 Daniel Elgueta, El concepto de Estado social y democrático de derecho en el T C, p. 106.

Este nuevo sistema cambió el eje de accionar desde la administración hacia los administrados, colocando sobre estos últimos una serie de derechos tutelables por medio del derecho a la buena administración; derecho/principio que engloba un catálogo exigible de preceptos a favor de los ciudadanos en sus interacciones con el Estado en sus distintas esferas administrativas.

El Tribunal Constitucional del Perú, desarrolló jurisprudencialmente el criterio de que la cláusula del Estado social y democrático de derecho implica una política económica orientada no solo a la legítima eficiencia económica del mercado, sino procurando satisfacer también el bien común. En efecto, este Tribunal en su Sentencia 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre del 2003 señaló al respecto:

...La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su ratio fundamental (...) en materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. [...]. (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común.

Para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en un estudio publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹³:

La política de competencia puede ayudar a combatir la desigualdad de ingresos y debe tomarse en consideración también desde esta óptica, especialmente en países en desarrollo donde la lucha contra la pobreza se convierte en una prioridad apremiante en medio de un panorama de recursos públicos escasos (...). Aunque generar mercados competitivos y eficientes beneficia a todo tipo de consumidores, los efectos pueden ser relativamente más intensos en los hogares de menor renta. En otras palabras, la competencia puede tener un impacto distributivo en los consumidores. La política de competencia puede ayudar a combatir la desigualdad de ingresos y debe tomarse en consideración también desde esta óptica, especialmente en países en desarrollo donde la lucha contra la pobreza se convierte en una prioridad apremiante en medio de un panorama de recursos públicos escasos. En todo caso, la política de competencia no debe reemplazar a aquellas políticas diseñadas específicamente para combatir la pobreza, sino que puede complementarlas como una palanca adicional para combatir la desigualdad.

Como se puede apreciar la vinculación entre derecho de competencia y combate a la desigualdad social u otros factores

13 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2023). Competencia y Pobreza. Foro latinoamericano y del caribe de competencia, sesión i: Competencia y pobreza. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACCF\(2023\)15/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACCF(2023)15/es/pdf) [Consulta 5 octubre 2023].

sociales extraeconómicos como abogaba la escuela de Harvard es objeto de estudio y reflexión y, por tanto, este fenómeno deja entrever que este importantísimo derecho tiene una incidencia, aun fuere indirecta y complementaria, en lo social, específicamente en la erradicación de la pobreza y en el mejoramiento del índice de desarrollo humano.

2 Marco constitucional y legal

2.1 La construcción de una economía social de mercado en la Constitución dominicana

La economía social de mercado es un modelo económico propuesto por la escuela de Friburgo en Alemania en los años de 1930. Esta corriente de pensamiento consideraba que la libertad y la competencia eran fundamentales para la economía, pero dentro de un contexto de orden por lo que también es llamada «ordoliberalismo» (liberalismo ordenado). Entre sus primeros defensores se encuentran Alfred Muller-Armack, Ludwig Erhard, Walter Eucken, Alexander Rüstow y Wilhelm Röpke.

Alfred Muller-Armack en su obra *Dirección Económica y Economía de Mercado* (1946) introdujo el concepto de Economía Social de Mercado como «un sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad y el progreso sociales¹⁴», mientras que Ludwig Erhard fue quien implementó este

modelo en la República Federal de Alemania cuando fue ministro de economía en el gobierno de Konrad Adenauer.

Los pensadores de la economía social de mercado concibieron una teoría que se adaptara a los cambios sociales y económicos. Los actores económicos necesitan de un orden económico para desarrollar sus actividades de manera que les permita asegurar el éxito económico y a la vez, la justicia social. Los componentes principales de este orden económico son:

- Iniciativa privada: El sector privado es el actor principal de la actividad económica; mientras que el estado tiene la responsabilidad de proveer bienes públicos, y un entorno económico que incentive al sector privado.
- Propiedad privada: Es un pilar fundamental para la iniciativa privada.
- Competencia: La libre competencia es el núcleo de la libertad económica, la cual debe garantizarse, y evitar abusos mediante su regulación excesiva;
- Responsabilidad de individuo: Es necesario equilibrar los intereses particulares con el bienestar común, y reconocer la intervención del Estado en caso de que existan desventajas relativas.
- Libertad de realizar contratos: La eficiencia implica el respecto del marco legal.

14 Juan Rivadeneira Frisch (2009) Economía social de mercado, Fundación Konrad Adenauer,

La economía social de mercado presupone que, aun cuando los mercados actúan con espontaneidad, el Estado dicta e incide mediante reglas del juego que benefician la libre competencia. Duran I. Lleida¹⁵ distingue entre mercados de bienes y servicios y mercados de factores (laboral y de capital) en esta teoría. En el primero puede haber competencia y libertad de empresas, mientras que en el segundo por su naturaleza no ocurre la competencia y la libertad de empresa. Así, señala que:

De esta manera se limita el poder de esos mercados, especialmente de los financieros, pero se ha de advertir también que el Estado, en esta intervención, no es absolutamente independiente y debe proceder, según el principio de «conformidad con el mercado» formulado por W. Eucken, economista de la escuela de Friburgo, de acuerdo con las reglas que rigen el funcionamiento del mercado del modelo que proponemos.

El planteamiento teórico de la economía social de mercado descansa en tres principios generales, a saber: i) la responsabilidad individual; ii) la solidaridad; y iii) la subsidiaridad que son considerados por algunos autores como una respuesta humanista al poder de los mercados. En la economía social de mercado las personas deben asumir la responsabilidad de sus decisiones económicas y la

propiedad privada es un incentivo para el esfuerzo y la inversión. En lo que respecta a la solidaridad, se considera que el hombre pertenece a círculos sociales como la familia, la comunidad, la nación, entre otros, por lo que se debe fomentar la defensa de los más débiles.

En cuanto al principio de subsidiaridad, este se introdujo en la Economía Social de Mercado desde la Doctrina Social de la Iglesia, enunciado por primera vez en la encíclica «Quadragesimo Anno» del papa Pío XI, de 1931 de acuerdo con Josep A. Duran. Este principio se convierte en un instrumento que busca la justicia social. Raúl Hernández Pardo sustenta lo anterior al señalar que:

En efecto, en la doctrina social de la iglesia se entiende por principio de subsidiariedad el principio en virtud del cual el Estado sólo debe ejecutar una labor orientada al bien común cuando advierte que los particulares o los organismos intermedios no la realizan adecuadamente, sea por imposibilidad o sea por cualquier otra razón.

Hernández Pardo afirma que la Constitución de la República Dominicana tiene los elementos constitutivos en el ámbito económico de una economía social de mercado en correspondencia con el Estado social y democrático de derecho¹⁶. En cuanto al aspecto social, el texto constitucional dominicano está orientado

15 Josep A. Duran I. Lleida (2010) La economía social de mercado. Una respuesta humanista al poder de los mercados, en Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva de estado o mercado, Konrad Adenauer Stiftung, p. 22.

16 Raúl Hernández Pardo, «Régimen Económico», en Comentarios a la Constitución de la República Dominicana, González-Trevijano, Pedro y Arnaldo Alcubilla, Enrique (directores), La Ley, Madrid, España, 2012, p. 1131.

al desarrollo humano; al punto que la propia libre competencia se asume como un principio rector de esa economía social de mercado.

En efecto, el artículo 217 señala que «el régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano», y el artículo ocho expresa como función esencial del Estado que las personas obtengan «los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social». La teleología social en la Ley de leyes es el desarrollo y la libertad del ser humano, siendo el libre mercado una estrategia de crecimiento económico la cual es un componente necesario, pero no suficiente en el marco del Estado social y democrático de derecho y de desarrollo sostenible. El Estado social conlleva a una regulación de la economía, deben contemplarse objetivos económicos-sociales como la redistribución de la riqueza y el desarrollo territorial.

En este sentido, estos factores, Estado social y democrático de derecho, así como una economía social de mercado, conducen a la reflexión de que las políticas de competencia en la República Dominicana, además de perseguir de manera directa un clima de competencia efectiva de mercado que contribuya a la eficiencia económica, de manera indirecta y complementaria deberían además coadyuvar a la redistribución de la riqueza y al desarrollo humano.

El «desarrollo humano» es un concepto que se mide a través del «Índice de Desarrollo Humano» (IDH), que se publica desde 1990, se basa en un indicador estadístico compuesto por tres parámetros: vida larga y saludable, educación y nivel de vida digna. Es una

medida comparativa de la esperanza de vida, la alfabetización, la educación y el nivel de vida, correspondiente a países de todo el mundo. Se utiliza para distinguir el nivel de desarrollo de un país (muy alto, alto, medio o bajo), y también para medir el impacto de las políticas económicas sobre la calidad de vida.

Es evidente que las políticas de defensa de la competencia no tienen una incidencia directa en el desarrollo humano, el mismo depende de otros indicadores. Sin embargo, los estudios realizados desde la ciencia económica en los últimos años, demuestran que las políticas de defensa de la competencia producen un esquema adecuado que ayuda a evitar factores negativos que inciden sobre la pobreza.

2.2 La triple dimensión de la libre competencia en la Constitución dominicana

Un análisis a la Constitución dominicana. Esta carta magna registra tres dimensiones o aspectos relativos a la competencia: derecho-garantía, principio rector del régimen económico y obligación estatal de garantía.

La libre competencia en la dimensión «derecho-garantía» está relacionada con el derecho fundamental a la libre empresa consagrado en el artículo 50, la competencia es consustancial a la libre empresa. El concepto de competencia o libre competencia es usado tanto en derecho como en economía. En el ámbito de la economía se distingue entre competencia perfecta y competencia imperfecta.

La competencia perfecta, como señala Cabral es «una industria sin barreras a la entrada a nuevas empresas¹⁷». En esta industria hay muchos competidores que no pueden cambiar el precio de mercado unilateralmente; el producto es homogéneo; y los consumidores y productores tienen y comparten la misma información. El otro modelo es el de competencia imperfecta que agrupan aquellos mercados distintos a la competencia perfecta como los monopolios (una sola empresa) y los oligopolios (varias empresas). Es decir, la competencia desde el punto de vista económico se refiere a la estructura u organización de los mercados, pero desde el punto de vista jurídico se refiere a las reglas justas y razonables que regulan la competencia entre las empresas de ese mercado.

Esta concepción jurídica del concepto de «competencia», sin embargo, va dirigido a los problemas que se generan en la dinámica competitiva de los mercados, por ejemplo: el abuso de posición dominante, las barreras injustificadas de entrada a nuevas empresas, la fusión y concentración empresarial, las colusiones entre empresas en los procesos de contrataciones públicas, entre otras prácticas anticompetitivas, como destaca Flint¹⁸. Es decir, la «libre competencia» desde el punto de vista de la economía, estructura y organiza los mercados; pero desde el punto de vista del derecho, resuelve los problemas y distorsiones que en el mercado afectan el libre juego competitivo entre los agentes económicos.

17 Luis Cabral (2022). Introducción a la organización industrial (segunda ed.). Antoni Bosch editor, S.A.U. p. 34.

18 Pinkas Flint (2022). Tratado de defensa de la libre competencia. Fondo editorial de la Universidad Católica del Perú. p. 56.

La segunda dimensión de la libre competencia es la del principio rector del régimen económico, la cual se concibe como la rivalidad entre empresarios por una cuota del mercado y las leyes económicas en que opera son la de la oferta y la demanda. Esta presupone un mercado, por lo que este último debe ser protegido jurídicamente de prácticas que afecten el equilibrio competitivo.

La tercera dimensión es la obligación estatal de garantía. El Estado no solo debe proteger el libre mercado como señalamos anteriormente, además, deberá proteger la libre competencia de prácticas anticompetitivas mediante las «medidas que fuesen necesarias» de acuerdo con el artículo 50.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional dominicano señala en su Sentencia TC/0188/20 que «El Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la libertad de empresa, obligación que implica la implementación de un marco jurídico que cree las condiciones para que impere la libre competencia y, de esta forma, todas las personas incursionen, si fuere su interés, en las actividades económicas, desterrando la creación de monopolios y el abuso de posición dominante».

En conclusión, desde la dimensión que se mire, la libre competencia y el libre mercado son dos caras de la misma moneda, tal como son la «Economía social de mercado» y la cláusula del «Estado social y democrático de derecho». La libre y leal competencia debe ser defendida de aquellos agentes económicos que provoquen distorsiones en los mercados. Por esta razón, la Constitución dominicana asume el mercado social como régimen económico,

y reconoce la libertad de empresa como derecho fundamental, presuponiendo casos como los monopolios y abusos de posición dominante. En ese sentido, el Estado tiene la facultad para intervenir la economía a través de normas regulatorias que, a la vez de impedir el monopolio privado y el abuso de posición de dominio, también contribuyan a velar y fomentar la libre y leal competencia en los mercados.

3. El Derecho de la competencia como pilar de la economía dominicana

3.1 La libre competencia como principio rector de la economía dominicana

El régimen económico de la República Dominicana tiene a la libre competencia como uno de sus pilares fundamentales, como señalamos en un acápite anterior. La libre competencia, presupone el mercado cuya definición básica extraída de la ciencia económica lo identifica como el espacio donde concurren compradores y vendedores. En la práctica social, empero, todas las economías son mixtas, porque suponen un tercer actor en el mercado: el Estado, que tiene cierto grado de participación en la economía mediante la intervención ante las fallas del mercado.

La Constitución dominicana establece algunos elementos consustanciales de la libre competencia. El primero es, la iniciativa privada. La iniciativa privada comprende las actividades económicas realizadas por individuos o empresas. El hecho de que exista iniciativa privada no significa que el Estado no pueda participar en beneficio del buen funcionamiento de la economía;

lo hace de manera subsidiaria y puntual en aquellos casos donde se justifique su presencia. El mercado es considerado como un mecanismo para la asignación de recursos, sin embargo, a veces no ocurre tal comportamiento debido a fallas de mercado, lo que justifica que penetre la mano reguladora del Estado.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional dominicano en su Sentencia TC/0027/12, al señalar: «las facultades reglamentarias de la administración pública autorizan al Estado a intervenir, incluso dictando normas que garanticen la libre competencia y los niveles de precio, sin que ello implique violación a la libertad de empresa».

Otro de los supuestos en los cuales se justifica la intervención del Estado por fallas del mercado, es aquel que se refiere a bienes que el sector privado no está interesado en producir como los seguros agrícolas, por ejemplo. Lo anterior está magistralmente estipulado en el artículo 217 del texto constitucional:

...El Estado fomenta la iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país. Bajo el principio de subsidiaridad el Estado, por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional.

Un segundo elemento consustancial de la libre competencia es la igualdad de tratamiento en la actividad empresarial. Como señalamos, el Estado bien pudiera fungir como ente empresarial, sin

embargo, esta actuación debe darse bajo condiciones de igualdad con los agentes económicos, y como ente público no puede otorgar ventajas y privilegios a sus propias empresas estatales.

Un caso de análisis interesante la Ley de desarrollo fronterizo, (Ley núm. 28-01) que concedía exenciones tributarias a empresas ubicadas en la zona fronteriza, y que pudiera interpretarse como el otorgamiento de privilegios por parte del Estado, afectando las condiciones de competencia. La Suprema Corte de Justicia (SCJ) estableció mediante sentencia dictada el 2 de mayo de 2005 que la Ley núm. 28-01 era conforme a la Constitución, y que no violentaba el principio de igualdad, puesto que «no es más que la puesta en obra de un mandato constitucional según el cual el desarrollo económico y social del territorio a lo largo de la línea fronteriza es de supremo y permanente interés nacional¹⁹».

Pro-Competencia, estableció en un estudio del impacto de la referida Ley núm. 28-01 en las condiciones de competencia, que dicha ley tuvo un bajo impacto en el desarrollo económico de la zona fronteriza por el poco de interés del sector empresarial, y la falta de acciones que mejoren la competitividad operacional de las empresas.

Este es, sin embargo, un ejemplo constitucionalmente legítimo de tratamientos especiales dentro de los mercados que puede realizar el Estado, sin que se interprete «prima facie» como una

19 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). El impacto de ayudas estatales desde la perspectiva de la competencia: el caso de la Ley núm. 28-01 de desarrollo fronterizo, 2021, p. 29.

violación a la libre y leal competencia, conforme el artículo 221 de la Constitución, que le permite siempre mediante ley «conceder tratamientos especiales a las inversiones que se localicen en zonas de menor grado de desarrollo o en actividades de interés nacional, en particular las ubicadas en las provincias fronterizas».

El propio Tribunal Constitucional dominicano, así lo ha reconocido en su Sentencia TC/0267/13²⁰, al señalar que la protección de zonas geográficas con menor grado de desarrollo como la zona fronteriza, podía realizarse mediante el otorgamiento legal de tratamientos especiales, y que dicha modalidad de protección, era constitucionalmente legítima.

3.1.1 La Prohibición constitucional de las prácticas anticompetitivas

Como hemos indicado antes, desde el 2010, el texto constitucional incorporó en su artículo 50 dentro del catálogo de derechos sociales y económicos la libertad de empresa, en armonía con los elementos

20 El Estado debe velar porque la competencia entre los distintos actores empresariales sea libre y leal, exenta de monopolios (salvo en beneficio del Estado) y del abuso de una posición dominante por parte de cualquier empresa (Art. 50.1 de la Constitución). Esta situación, sin embargo, no le impide al Estado conceder tratamientos especiales a las inversiones que se localicen en zonas de menor grado de desarrollo o en actividades de interés nacional, muy particularmente las ubicadas en las provincias fronterizas, de conformidad con las disposiciones del artículo 221 de la Constitución de la República (...) El derecho a la libre empresa, consagrado en el artículo 50 de la Constitución de la República, puede ser conceptualizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona física o moral, de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos. (...) Además, ni el Decreto núm. 36-02, ni las Leyes números 8-90 y 28-01 sobre Zonas Francas y Zonas Especiales de desarrollo fronterizo, respectivamente, prohíben que otras empresas puedan realizar sus inversiones en el sector de cemento portland y bajo el estatuto especial de zonas francas, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para favorecerse de dicho régimen, por lo que no se trata de una situación de monopolio ni de abuso de posición dominante.

que caracterizan la economía social de mercado. Sobre este se sostiene constitucionalmente la libre y leal competencia²¹. No solo se manifiesta que tenemos una economía social de mercado, sino que parte fundamental de este sistema y de la protección y garantía del derecho a la libertad de empresa, es el mantenimiento de una libre y leal competencia, en nuestros mercados de bienes y servicios.

Con esta incorporación en la Constitución, queda comprobado el interés y la importancia capital que tiene la libre y leal competencia para que la libertad de empresa sea más que una utopía. La libertad de empresa se concibe como: el derecho a desarrollar actividades de producción, transformación, distribución, transporte o comercialización por cualquier medio de productos o servicios con fines lucrativos.

En ese marco, cuando hablamos de este derecho a la libre empresa, no podemos dejar de reconocer que el concepto engloba también el de libre competencia, ya que se trata de un «derecho-garantía» del mismo como ya se ha señalado, porque es indiscutible que la competencia permite que se genere un ambiente propicio para que puedan darse actividades empresariales. No podríamos concebir la libre empresa si no existiesen condiciones adecuadas para su

21 Artículo 50.- Libertad de empresa. El Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes. 1) No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. 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, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional.

desarrollo, de ahí que la libre competencia sea fundamental.

3.1.2 La regulación legal de la libre y leal competencia: Ley núm. 42-08

En el ordenamiento jurídico dominicano desde el año 2008, se dio inicio a una nueva era con la promulgación el 25 de enero de 2008 mediante Gaceta Oficial núm. 10458 de la Ley General de Defensa de la Competencia (Ley 42-08). Nuestro país estableció mediante dicha legislación a la libre y leal competencia, como un derecho exigible, la cual desde su preámbulo de motivaciones pone de manifiesto «que es función del Estado proteger y garantizar efectiva y eficientemente el goce de las prerrogativas constitucionales, con el auxilio de las medidas administrativas y disposiciones legales adecuadas».

Esta ley, creó la entidad del Estado encargada de velar y proteger la libre competencia en nuestro país, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) como un organismo autónomo y descentralizado del Estado con personalidad jurídica, plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, patrimonio propio e inembargable con plena independencia administrativa, técnica y financiera. Asimismo, con plena independencia para ejercer sus funciones y sometimiento al ordenamiento jurídico establecido por la dicha ley y sus reglamentos.

La Ley núm. 42-08 sentó los cimientos para un nuevo enfoque institucional y estableció un catálogo de facultades por medio de las cuales la Comisión por intermedio de sus dos niveles de autoridad

despliega facultades de defensa, la que le permite investigar y sancionar; de promoción para educar y dar a conocer el contenido de la Ley; y de abogacía, con la cual emite informes relevantes en materia de competencia.

Es por esto, que el objetivo fundamental de Pro-Competencia es velar por el eficiente funcionamiento de los mercados por efecto de la libre competencia, mediante la generación de una cultura de buenas prácticas en los diferentes ramos de la actividad económica nacional, así como la promoción de políticas públicas que fomenten la competencia mediante la eliminación de restricciones al ejercicio responsable del derecho a la libre empresa.

3.1.3 Las políticas de competencia en la estrategia nacional de desarrollo

La República Dominicana incorporó la libre competencia como pilar fundamental para la actividad económica tanto en la Constitución (artículos 50 y 217), como en la Estrategia Nacional de Desarrollo, instituida mediante la Ley núm. 1-12. Esta ley señala en su objetivo específico 3.3.1. que el Estado debe «desarrollar un entorno regulador que asegure un funcionamiento ordenado de los mercados y un clima de inversión y negocios procompetitivo en un marco de responsabilidad social». La estrategia nacional de desarrollo especifica las acciones que llevará a cabo el Estado en materia de defensa de la competencia y su regulación para evitar abusos de posición dominante.

Es necesario resaltar que el Estado también tiene la potestad

de implementar políticas industriales para favorecer sectores o fomentar la economía en determinados territorios del país. El artículo 10 de la Constitución señala que es de alto interés el desarrollo económico, social y turístico de la zona fronteriza. Igualmente, la estrategia nacional de desarrollo en la línea de acción 2.4.3.3 establece fortalecer la capacidad productiva a fin de impulsar la autosostenibilidad de las comunidades fronterizas.

4. Impacto social de las prácticas anticompetitivas

4.1 El costo social de las prácticas anticompetitivas

Las prácticas anticompetitivas tienen costos sociales importantes. Por «costo social» se entiende la pérdida neta de bienestar económico que se produce en una economía, debido al ejercicio del poder abusivo de una empresa en el mercado. En un mercado competitivo el precio es igual al coste marginal o costo de inversión para producir bienes o servicios, el cual es el punto de máxima eficiencia, a diferencia del monopolio donde el precio es mayor al costo marginal, ante la ausencia de un rival que obligue a formular un precio razonable al consumidor. Los monopolios, además, realizan grandes esfuerzos para mantener o adquirir su poder absoluto en el mercado, lo que se traduce en gastos socialmente improductivos, tal como señalan Pyndick y Rubinfeld²².

El principal indicador del abuso de posición dominante de una empresa es el margen de ganancia, esto es, la relación entre el

²² Pyndick y Rubinfeld (2018) Microeconomía, p. 50.

precio y el costo de producción. El estudio *Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues* encontró que la tasa de ganancia «global» en 82 países analizados se había incrementado un 30% desde el 1980 hasta 2016²³. Para las economías avanzadas este incremento fue de un 35%.

Los mercados de América Latina están igualmente dominados por un pequeño número de grandes empresas. Por ejemplo, los ingresos de las 50 empresas más grandes de la Argentina representaron en el 2019 alrededor de un 20% del PIB, mientras que en Chile alcanzó el 70%. Los márgenes de rentabilidad (ganancias) prácticamente no han cambiado desde 1987 hasta el 2015 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2021).

El abuso de posición dominante por parte de los agentes económicos también es un generador de desigualdad social. Piketty²⁴, por ejemplo, realizó un estudio sobre la distribución de la riqueza y el ingreso, encontrando que el crecimiento de la tasa de retorno del capital (es decir, el dinero ganado por el dinero invertido) es superior a la tasa de crecimiento del producto nacional. Es decir, que estas empresas proporcionalmente ganaban más que lo que debe ganar el país. Luego de haber estudiado dicha relación por varias décadas encontró que el crecimiento del ingreso de capital había sido de un cuatro por ciento a un cinco por ciento, y el crecimiento de la economía sólo un 1.5%. Esto significa que el patrimonio de las empresas creció más proporcionalmente que la economía

de ese país; por tanto, este crecimiento no ayuda a generar más beneficio social para la población vulnerable, al resultar inferior el crecimiento económico, el Estado dispone de menos recursos para los programas de asistencia social o de combate a la pobreza.

La República Dominicana no cuenta con estadísticas públicas de los márgenes de ganancia de las empresas. No obstante, se tienen estadísticas de concentración de mercado como el *Indice Herfindahl Hirschman* (IHH). Poder de mercado y concentración son conceptos económicos relacionados. Una mayor concentración implica un mayor dominio de mercado. En otras palabras, un monopolio como caso extremo de concentración tendrá suficiente influencia económica para provocar cambios en los precios y en la producción. La falta de estadísticas públicas en ese sentido, es un factor de desventaja para enfrentar el fenómeno del abuso de posición dominante mediante la intervención de la agencia de defensa de la competencia.

Los carteles de empresas también tienen consecuencias negativas en el bienestar de los consumidores al establecer sobrepuestos, afectando principalmente a los consumidores pobres que tienen que reducir su consumo en bienes esenciales como: alimentos básicos, electricidad, agua potable, transporte y salud. Los carteles también operan en las licitaciones públicas, y en mercados donde el producto es homogéneo con pocos o ningún sustituto. Laborde (2021, citado en FMI, 2022), encontró que el promedio de sobrepuesto de los carteles en Europa es un 10%. Asimismo, Ivaldi, Jenny y Khimich,

23 Ufuk Akcigit et al. (2021) *Rising Corporate Market Power: Emerging policy issues*, p. 9.

24 Thomas Piketty (2016) *El capital del Siglo XXI*, p. 20.

estimaron un sobreprecio de los carteles en los países en desarrollo de un 24.02%²⁵.

Otro de los efectos colaterales adversos de la concentraciones de empresa y la disminución del grado de competitividad entre empresas como resultado de esa concentración, es la reducción de salarios o fuentes de empleo como consecuencia de la reducción de costos operaciones que supone para una empresa un esquema de competencia desigual. Naidu, Posner y Weyl²⁶, señalan, que la reducción de los salarios como consecuencia de reducción de costos por desigualdad competitiva entre las empresas conduciría a una desigualdad de ingresos entre los trabajadores de los mercados laborales concentrados frente a los de los mercados laborales competitivos y, por lo general, empeoraría la situación de los trabajadores de bajos ingresos, ya que tienden a carecer de poder de negociación.

Los carteles también afectan a los productores de escasos recursos al expulsarlos del mercado o mediante barreras de entrada. Por estas razones, los carteles constituyen una de las prácticas más perjudiciales para los consumidores, los pequeños productores y el interés público. Es por ello, que una buena política de competencia debe contemplar normas preventivas de control de carteles que le permitan a la agencia de competencia poder medir a futuro el impacto de la cartelización de los mercados.

25 Mark Ivaldi, Frédéric Jenny, y Aleksandra Khimich (2017) El daño de los carteles a la economía: una evaluación para los países en desarrollo, p. 70.

26 Naidu, S., Posner, E. A., y Weyl G. (2018). Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, p. 132, 537.

Uno de los principales problemas al estudiar los carteles es la falta de estadísticas de estas prácticas. No obstante, se estima que los carteles clandestinos que se descubren podrían representar entre el 10% y el 20% del total (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo 2013).

Algunos ejemplos de casos en América Latina son el cartel de las farmacias en Chile. La Fiscalía Nacional Económica acusó en el 2008 a tres cadenas farmacéuticas por prácticas concentradas. En el 2009 la Fiscalía Nacional Económica llegó a un acuerdo extrajudicial con Farmacias Ahumada pagando un millón de dólares. Posteriormente, en el 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia multó a las otras dos cadenas minoritas por aproximadamente 20 millones de dólares. También, en Perú, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sancionó en el 2008 a empresas por la distribución geográfica de oxígeno entre 1999 y 2004. En Brasil, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), impuso en el 2010 multas a cinco empresas y seis directores por mil 800 millones de dólares por: la fijación de precios, manipulación de licitaciones y reparto del mercado en el mercado de gases industriales.

Para Baker y Salop²⁷, la política de defensa de competencia, al seguir un estándar de bienestar del consumidor, normalmente descarta conductas que beneficien a los accionistas a expensas de los consumidores. Es preciso destacar en ese sentido, que la Ley núm. 42-08 en su artículo uno, resalta que el objeto de la normativa de defensa de la competencia además de la eficiencia económica,

27 Baker y Salop, (2015). Antitrust, competition policy, and inequality. Geo. LJ Online, 104, 1.

procura el bienestar de los consumidores que es también uno de los efectos de esa dimensión social del derecho de la competencia.

5. La promoción de una cultura de competencia como factor de contribución a la cuestión social.

Tal como se ha establecido previamente, la Ley General de Defensa de la Competencia, Ley 42-08, faculta a Pro-Competencia a revisar los actos jurídicos emanados por las entidades estatales²⁸ para evaluar si afectan de algún modo las condiciones de competencia, procediendo a proponer las medidas pertinentes, bien sea para mantener o para restablecer la competencia. Asimismo, corresponde a la autoridad de competencia escrutar el impacto que pudieren tener sobre las condiciones de competencia en el mercado, los subsidios, subvenciones o ayudas ofrecidas por el Estado a empresas públicas o privadas, remitiendo un informe de recomendaciones tendente a solicitar su modificación o eliminación de ser necesario²⁹.

28 Artículo 14. De la revisión de actos jurídicos estatales contrarios a la libre competencia. Sin menoscabo de las facultades otorgadas a otras entidades públicas, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá dirigir un informe público a la autoridad respectiva, sugiriendo la adopción de las medidas correctivas sobre los posibles efectos contrarios a la competencia, de las leyes, reglamentos, ordenanzas, normas, resoluciones y demás actos jurídicos emanados de los poderes públicos, cuyo objeto o efecto inmediato o mediato, sea limitar o menoscabar arbitrariamente la libre empresa, obstaculizando la competencia.

29 Artículo 15. Tratamiento de las ayudas estatales. El Estado no adoptará ni mantendrá, respecto de las empresas públicas ni de aquellas a las que otorgare delegaciones por cualquier forma contractual, ninguna medida que pudiere crear injustificadamente barreras al mercado o que genere la posibilidad de competir deslealmente en el mercado.

Párrafo.- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia examinará los efectos sobre las condiciones de competencia de los subsidios, ayudas estatales o incentivos otorgados a empresas públicas o privadas, con cargo a los recursos públicos y procederá, si fuere el caso, a solicitar a los poderes públicos, mediante un informe de recomendaciones motivado, la supresión o modificación de tales subsidios, así como la adopción de las demás medidas conducentes al restablecimiento de la competencia.

De lo anterior, se colige que la función realizada en materia de promoción y abogacía puede fungir como un mecanismo que refleja la función social del derecho de la competencia, en la medida en que se previene la creación de barreras injustificadas que entorpezcan el libre funcionamiento del mercado, además, de velar por la eliminación y/o cese de aquellas prácticas que pudieren estar afectando o impidiendo la libre competencia.

Aunado a esto, forma parte del rol de Pro-Competencia en atribuciones de abogacía la simplificación y racionalización de los trámites, promoviendo con ello la desburocratización de los procesos y la erradicación de barreras de entrada al mercado. Tal como se mencionó, dentro de las facultades de abogacía de la competencia se encuentra la de revisar las ayudas estatales y subsidios que se propugnan desde el gobierno, lo que significa una evaluación «ex ante» de las propuestas.

Un ejemplo del ejercicio de la abogacía de la competencia para el tratamiento de las ayudas estatales y subvenciones que podemos citar como experiencia, y que vinculamos de cara a la incidencia indirecta de la competencia y su función social, es el “Informe público de recomendación sobre el «Proyecto de ley (actual Ley núm. 6-22) que, de manera provisional, grava con tasa cero el vigente arancel de aduanas a ciertos bienes que afectan el costo de los alimentos que constituyen un componente básico para la alimentación de la familia dominicana», que publicó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

El objetivo de la referida Ley núm. 6-22, es viabilizar la implementación de una medida de carácter económico, consistente en reducir el costo de los alimentos que constituyen un componente básico para la alimentación de la familia dominicana. Dicha medida está basada en una razón de índole socioeconómica, que es contrarrestar el incremento de la inflación, provocado por la pandemia de la Covid-19, y así mitigar su impacto en las clases más necesitadas.

Para la implementación de esta medida, la Ley núm. 6-22 en su artículo uno, plantea³⁰ eliminar, por un período de seis meses, el arancel de aduanas aplicable a los bienes clasificados en las subpartidas arancelarias a ocho dígitos del Sistema Armonizado, establecido en la Ley de Reforma Arancelaria y Compensación Fiscal. De tal forma, los alimentos que se indican en la ley son aquellos de mayor consumo en la canasta familiar. Esta lista de alimentos solo indica los productos principales, no incluye las distintas variedades de un mismo producto que están previstas en el artículo uno del proyecto. refinado, aceites de maíz refinados, grasas y aceites animales, grasas y aceites vegetales, margarina, pastas alimenticias, pan y maíz dulce enlatado³¹.

30 Cf. Artículo 1 de la Ley núm. 6-22: «Quedan gravados de manera provisional con tasa cero (0) en el arancel de aduanas, por un período de seis (6) meses, contados a partir de la entrada en vigor de la presente ley, los bienes clasificados en las subpartidas arancelarias a ocho (8) dígitos del Sistema Armonizado establecido en el anexo I de la ley núm. 146-00, del 27 de diciembre 2000, que se detallan a continuación...»

31 Carne de res, carne de cerdo, carne de pollo, leche en polvo, mantequilla, ajos, arvejas, frijoles negros, frijoles rojos, frijoles blancos, frijoles pintos, giros y, los demás frijoles comunes, lentejas, habas, guandules, guisantes, harina de trigo, harina de maíz, aceite de soya refinado,

En este caso, desde la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), aunque no contamos con unos lineamientos claros sobre el abordaje de este tipo de circunstancias, nos apegamos a los lineamientos de la Unión Europea, que permiten esta clase de excepciones a la competencia, cuando se enfrenta a un panorama que responde a cuestiones causadas por desastres naturales, como lo fue la Covid-19, y que pueden encontrar justificación por una cuestión de bien común.

Evidentemente, es claro que desde el punto de vista de la competencia económica una de las interpretaciones posibles sería el potencial efecto negativo que podría derivarse de gravar con tasa cero, por un período de seis meses, el arancel de aduanas aplicable a los productos es que la eliminación de ese arancel se convierta en una ventaja competitiva a favor de las empresas extranjeras. Esto así, porque dichas empresas no tendrían que pagar el arancel de aduanas para introducir sus productos al mercado local, mientras que las empresas locales de los mismos sí tendrían que seguir asumiendo el costo del arancel de aduanas, aplicable a la importación de los insumos que necesiten para producir el mismo tipo de producto en el mercado local.

Otra interpretación posible y no descartable es, que ante el auge de los precios de productos de la canasta básica que consume la población dominicana de escasos recursos, era necesaria una intervención del Estado con carácter provisional mediante este tipo

aceite de cacahuete (maní) refinado, aceite de girasol refinado, aceites de maíz refinados, grasas y aceites animales, grasas y aceites vegetales, margarina, pastas alimenticias, pan y maíz dulce enlatado, entre otros.

de subsidios y hasta que se produzca una estabilización de precios en el mercado mundial. Este tratamiento especial por parte del Estado estaría justificado en virtud de las disposiciones del artículo 221 de la Constitución que permite tratamientos especiales cuando se trate de cuestiones de interés nacional.

Pro-Competencia, como autoridad de defensa de la competencia ha reconocido, que, si bien dicha medida sería totalmente improcedente en circunstancias ordinarias, hay que considerar que la misma resulta razonable en el contexto socioeconómico actual, tomando en cuenta la magnitud impredecible de las repercusiones que podría tener el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania para la economía mundial. En estas circunstancias el derecho más afín a la dignidad humana cuya protección debe ser priorizada es la seguridad alimentaria³², la cual exige garantizar el acceso de la población a los productos de primera necesidad y aplicar paliativos para contrarrestar la inflación que pudiese dificultar el acceso a los mismos, y que indudablemente deja en evidencia esta visión del derecho de la competencia en la República Dominicana y su función social.

Dada la naturaleza extraordinaria de los acontecimientos que están provocando el aumento de la inflación, y de manera particular el encarecimiento de los precios de los alimentos e insumos para su producción, el Gobierno tiene la responsabilidad apremiante de adoptar medidas para contrarrestar esta situación. De igual modo, le incumbe a los poderes públicos garantizar a la población el acceso a los productos de la canasta familiar en condiciones que permitan a

todos abastecerse de los mismos, especialmente a los más pobres³³. De esta forma, en momentos tan especiales como el actual, las autoridades de competencia debemos operar como una especie de armonizadoras entre los derechos económicos y los fines sociales que persiguen iniciativas como estas que se implementan en una situación de crisis socioeconómica.

Aunque es preciso hacer el análisis debido al contexto en el que se desarrollan dichas medidas extraordinarias. No menos cierto es que, las autoridades también deben enfocarse en que la afectación a la competencia por aplicar estas medidas sea menos gravosa. En su momento, Pro-Competencia hizo observaciones al entonces proyecto que hoy es la Ley núm. 6-22, para contrarrestar ciertos puntos de discrecionalidad, entre las que se encuentran: establecer cuotas al volumen de las importaciones permitidas para cada uno de los productos, a fin de evitar que los efectos de la medida propuesta en el proyecto se prolonguen en el tiempo más allá del período de seis meses, así como evaluar el impacto del proyecto en los tratados de libre comercio ya suscritos por la República Dominicana y que se encuentran actualmente en vigor, entre otras medidas.

6. Reflexión final sobre las políticas de competencia en una economía social de mercado

La libre competencia en la República Dominicana, como ya he

32 Artículo 54 de la Constitución dominicana.

33 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Dominicana (2022). Informe de recomendaciones sobre el proyecto de ley que, de manera provisional, grava con tasa cero el vigente arancel de aduanas a ciertos bienes que afectan el costo de los alimentos que constituyen un componente básico para la alimentación de la familia dominicana.

señalado en apartados anteriores, tiene una triple dimensión, como derecho-garantía, principio rector de nuestra economía social de mercado y obligación del Estado. En cualquiera de estas dimensiones, la libre competencia juega una función social, en gran medida matizada por dos elementos esenciales:

Primero, una cláusula de estado social y democrático de derecho, que obliga a interpretar las reglas de la libre competencia de la manera más favorable a la dignidad humana y en el sentido de crear un clima socioeconómico que favorezca el desarrollo humano de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, tal y como prescribe el artículo ocho de nuestra Constitución.

Segundo, por un modelo económico de «economía social de mercado» en el cual y conforme al artículo 217 de la Constitución, la libre competencia es un principio rector, y que se orienta al progreso social, que implica implementar políticas públicas que propendan a satisfacer las necesidades básicas de su población, así como a establecer la infraestructura e instrumentos necesarios que le permitan mejorar la calidad de vida de los dominicanos.

Garantizar mediante la libre competencia un mercado donde prime la competencia efectiva entre los agentes económicos tiene como primer efecto generar la eficiencia económica y por consiguiente, el bienestar de los consumidores, lo que también incide en el ámbito de lo social.

Todas las atribuciones legales de Pro-Competencia deben ser interpretadas y asumidas con una filosofía de gestión pública matizada por la cláusula del estado social y democrático de derecho, lo que supone priorizar la dignidad humana en la visión institucional.

Si se promueve una cultura de la libre competencia no se debe olvidar la dimensión social, esto es la persona humana como protagonista final mediante un esquema de educación y concientización que induzca a los actores del mercado a procurar el bienestar del consumidor.

Si se ejerce la potestad de la abogacía de la competencia frente al sector público regulador, por igual debe observarse el mismo criterio. Sobre todo, reconociendo que el Estado puede intervenir en casos puntuales y a fines de garantizar el bienestar humano de los sectores más empobrecidos, mediante políticas de ayudas estatales o de protección a esta población deprimida. No obstante, estas políticas deben ser evaluadas con cuidado para estimar el impacto económico y social en las condiciones de competencia de los mercados.

Esta demostrado mediante los estudios de la ciencia económica, que en los países donde existen políticas efectivas de competencia, los niveles de pobreza tienden a ser bajos. En efecto, la evidencia empírica ha demostrado que la libre y leal competencia incide en la pobreza, porque:

- 1) La reducción de barreras de entrada a las empresas aumenta las fuentes de empleo.
- 2) La libre competencia fomenta las pequeñas y medianas empresas y con ello mayor número de emprendedores formalizan su actividad económica al salir de la «informalidad económica».
- 3) Las compras gubernamentales serán favorecidas con la reducción de precios, y con ello le abrirán puertas a las clases más pobres.
- 4) Genera crecimiento económico. Los países con políticas de competencia tienen mayores tasas de crecimiento, a diferencia que aquellos que no las tienen.
- 5) Tiene un efecto redistributivo al reducir el precio de bienes de la canasta básica.

Por el contrario, cuando no existen mercados competitivos se ha determinado que:

- Los pobres se ven perjudicados por sobrepuestos, ya sea por poder de mercado o cartelizaciones.
- Los trabajadores perciben bajos salarios por mercados de trabajo poco competitivos.

Como podemos apreciar, si bien la incidencia de la libre competencia en el ámbito de lo social es indirecta, no por ello resulta ineficiente, ya que incide en aquellos factores que si impactan directamente en el crecimiento económico y en las políticas de erradicación de

la pobreza. También, las políticas de promoción y defensa de la competencia, coadyuban a orientar las estrategias de desarrollo de las agencias gubernamentales asegurando con ello el equilibrio económico que genera progreso y justicia social.

La fórmula mágica está en ese sano y razonable equilibrio, entre la eficiencia económica de las empresas que compiten en libertad e igualdad de condiciones en los mercados y el bienestar que esa eficiencia económica produce en los consumidores. Visualizar las políticas de competencia y el quehacer institucional de las agencias de defensa de competencia con esa perspectiva ulterior del impacto en lo social, nos obliga a ejercer la función pública con un nivel mayor de criterio y responsabilidad, así como, con una dosis razonable de sensibilidad social en favor de aquellos a quienes nos debemos en última instancia como servidores públicos: el pueblo.

Bibliografía

Aragón Reyes, M. (2013). Estudios de derecho constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Baker y Salop, (2015). Antitrust, competition policy, and inequality. Geo. LJ Disponible en línea.

Cabral, L. (2022). *Introducción a la organización industrial* (Segunda ed.). Antoni Bosch Editor, S.A.U.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2013). *Efecto de los carteles en los pobres*.

Flint, P. (2022). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

Fondo Monetario Internacional. (2022). *Macroeconomic Effects of Market Structure Distortions. Evidence from French Cartels*.

Haidar, V. (Jan./June de 2018). La problematización ordoliberal de «lo social». *Tabula Rasa*(28).

Hernández Pardo, R. (2012). Régimen Económico. En P. González-Trevijano y E. Araldo Alcubilla, *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana. Tomo II* (pág. 1131). Madrid: La Ley.

Ivaldi, M., Jenny, F., y Khimich, A. (2017). *Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries*.

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*.

Loma Osorio, D. (2013). *Tratado de Derecho de la Competencia*. Editorial Aranzadi.

Lugo López, J. G., y Zurita González, J. (2004). El costo social del monopolio de TELMEX en la telefonía local fija. *Análisis Económico*, XIX(42).

Motta, M. (2022). *Política de competencia, teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica.

Organización de los Estados Americanos. (2011). *Desigualdad e inclusión social en Las Américas: 14 ensayos* (Segunda ed.).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2021). *Informe Regional de Desarrollo Humano 2021*.

Pyndick, R., y Rubinfeld, D. (2009). *Microeconomía* (Séptima ed.). Madrid: Pearson Educación.

Soriano, R. (1997). *Sociología del Derecho*. Editorial Ariel, S.A.

Lucha contra la colusión de proveedores en los mercados de contratación pública: reforzando las herramientas de la política de competencia en la República Dominicana

William Kovacic y Alejandro Ibarra

Resumen

Los efectos negativos en el patrimonio y el bienestar público que producen las colusiones y otras conductas ilícitas en las que incurren los particulares en el marco de los procesos de contratación pública, han llevado a que se analice la importancia de que las autoridades implementen medidas cada vez más eficaces de disuasión, para que personas jurídicas y naturales no incurran en la cartelización y otras conductas que afectan el bienestar de toda la población. El ejemplo de la República Dominicana permite concluir que, si bien las autoridades en materia de competencia cuentan con las herramientas necesarias para investigar y sancionar estas conductas, las distintas jurisdicciones deben propender por fortalecer las legislaciones en materia de competencia, y fomentar la articulación con el trabajo de otras autoridades estatales, con el objetivo de que se luche de manera efectiva en contra de los problemas que se derivan de las colusiones en los mercados de contratación estatal.

Palabras clave: Derecho de la Competencia, colusión, carteles, contratación pública, investigación, responsabilidad, prohibición, delación.

Abstract

The negative effects on public assets and welfare caused by collusion and other illicit conducts in the context of public procurement processes have led to analyze the importance of the implementation of increasingly effective deterrence measures to prevent particulars from engaging in cartelization and other behaviors that affect the welfare of the entire population. The example of the Dominican Republic system leads to the conclusion that, although the competition authorities have the necessary tools to investigate and sanction these conducts, the different jurisdictions should strive to strengthen competition legislation and promote coordination with other state authorities, in order to effectively fight against the problems arising from collusion in government procurement markets.

Key words: Competition law, collusion, cartels, public procurement, investigation, liability, prohibition, whistleblowing.

Introducción

Cada año, los gobiernos de todo el mundo gastan grandes sumas en la compra de bienes y servicios vitales que afectan sectores de la economía como: el transporte, telecomunicaciones, enttergía, educación y salud. Una contratación pública honesta y eficaz es, por tanto, fundamental para el desarrollo y la prosperidad de una nación.

En muchos países, los sistemas de contratación pública son vulnerables a la corrupción y a la colusión entre proveedores. A pesar de los crecientes esfuerzos internacionales para detener la actividad de los cárteles, las autoridades de competencia de todo el mundo siguen descubriendo casos de colusión en procesos de contratación pública, que derivan en un aumento los precios, afectan la calidad y disminuyen la confianza del público en las instituciones gubernamentales. Reducir el fraude en las licitaciones, aunque sea mínimamente, podría mejorar significativamente el manejo y la eficiencia de los recursos públicos en la adquisición de bienes por parte del Estado, en otras palabras, que el dinero de los contribuyentes se invierta en satisfacer efectivamente las necesidades de los ciudadanos.

Expandir la aplicación de las normas de competencia a la esfera de la contratación pública

La aplicación efectiva de las disposiciones de libre competencia es una parte esencial e integral de cualquier estrategia de este tipo. Por lo tanto, además de contar con normas claras contra la cartelización,

puede ser necesario que algunas naciones refuercen las herramientas y poderes de la autoridad de competencia, con el fin de asegurar que exista un alto riesgo de que se detecte y se impongan sanciones que disuadan efectivamente la comisión de la conducta.

Detección de carteles

Dado que los carteles tienden a estar ocultos, es un reto para las autoridades descubrirlos y recolectar pruebas suficientes para construir y respaldar una teoría del caso sólida que demuestre el acaecimiento de la conducta. En ese sentido, en muchas jurisdicciones, hay margen para mejorar la aplicación de la normativa de competencia, así como los métodos de detección, reactivos y proactivos, necesarios para el buen desempeño de la autoridad y su labor de investigación.

Clemencia y delación

Mediante la aplicación de programas de «clemencia» muchas autoridades de competencia (más de cincuenta) en el mundo animan a las empresas a cooperar con ellas y a aportar pruebas directas de la actividad de un cártel antes o durante una investigación. A pesar de que estos programas han demostrado ser indudablemente una herramienta importante en algunas jurisdicciones al aprovechar con éxito la naturaleza inestable de los cárteles y crear una suerte de carrera o competencia hacia la confesión, un sector creciente de la doctrina ha señalado que la delación tiene sus límites y por consiguiente ha enfatizado en que las autoridades de competencia

1 Cf. C Beaton-Wells y C Tan, , (2015 Hart Publishing).

no deberían depender excesivamente de ella.

En concreto los esquemas de clemencia pueden resultar ineficaces en situaciones (como la contratación pública) en las que los carteles son estables²; en estos casos su éxito se puede ver limitado sólo a situaciones en las que el cartel está a punto de ser descubierto o de disolverse (y es menos probable que sean efectivos en la identificación y disolución de cárteles rentables y eficaces)³.

También, es posible que sean utilizados por algunas empresas multiproducto que operan varios carteles como técnica para evitar el engaño y la conducta desviada de los miembros más pequeños del cartel. Así mismo, es importante tener en cuenta que el creciente riesgo de sanciones individuales, acciones penales y/o tendientes a reclamar daños y perjuicios pueden generar que los implicados sean más cautelosos o incluso disuadan a las personas de colaborar con la autoridad; así como que el éxito de estos programas depende en buena medida de un historial positivo en su aplicación precedido del uso de otras técnicas de detección (sin las cuales, por supuesto, no habrá ningún incentivo para solicitar la amnistía).

Como resultado, puede ser importante que las autoridades de competencia intenten recabar pruebas de una gama de fuentes más amplia incluyendo: competidores, clientes, empleados u otros denunciantes o informantes capaces de aportar elementos de juicio contundentes. Además, los programas de «clemencia plus», en los que los solicitantes de clemencia pueden obtener crédito adicional

2 A Heimler, “ (2012 p.11)..

3 Cf. JE Harrington (2008).

en una investigación de cartel, por informar de su implicación en otro, pueden ser eficaces especialmente cuando se ha descubierto la manipulación de licitaciones y cuando los participantes pueden estar implicados en infracciones repetidas.

Adicionalmente no puede perderse de vista que, es crucial que las agencias en sí mismas tengan la capacidad de detectar e investigar conductas ilegales. En ese sentido, las medidas de detección proactiva ayudan a las agencias a identificar conductas que, de otro modo, permanecerían estables y encubiertas cuando el programa de clemencia es la única herramienta efectiva a disposición de la autoridad de competencia.

Herramientas de detección

Los filtros (tanto estructurales como de comportamiento) pueden proporcionar mecanismos importantes para descubrir pruebas, *prima facie* del acaecimiento de una colusión en procesos de contratación pública. Estas herramientas pueden aplicarse para identificar posibles carteles y detectar conspiraciones y esquemas de manipulación que alteren los concursos públicos.

A manera de ejemplo, el acceso a los datos y sistemas que centralizan la información de la contratación puede aumentar la capacidad de detección no sólo de las autoridades de competencia y otras pertinentes; sino también de los periodistas, académicos, consultores, expertos de mercado y demás particulares que puedan tener incentivos para denunciar.

Sanciones efectivas

Multas a empresas

Muchas jurisdicciones y/o autoridades dependen principalmente de las multas contra las empresas infractoras. Sin embargo, cada vez es más frecuente la opinión de que estas sanciones son insuficientes por sí solas para disuadir los carteles, que se ocultan fácilmente y cosechan importantes beneficios.

Ello debido a que, en muchos casos no sólo no se dirigen hacia los individuos responsables; sino que pueden tener efectos indeseados y, además, tendrían que ser excesivamente elevadas para garantizar una disuasión óptima. Esto indica que las sanciones deben reforzarse o replantearse y que pueden ser necesarios otros controles adicionales, por ejemplo, sancionar a particulares, inhabilitar a las empresas para participar en nuevos procesos de contratación pública y/o que estén sujetas a indemnizaciones por daños y perjuicios derivados por infracciones a las disposiciones de competencia.

Responsabilidad individual

En algunas jurisdicciones, la actividad de los cárteles se ha tipificado como delito. En EE.UU., la violación de la Ley *Sherman* es un delito grave y es bien sabido que, durante algún tiempo, el Departamento de Justicia ha perseguido agresivamente tanto a empresas como a individuos implicados en cárteles en procesos penales. Cuando se descubren infracciones, los tribunales estadounidenses no sólo

imponen multas a las empresas y particulares responsables, sino que condenan a los individuos a penas de prisión.

Las autoridades estadounidenses, a través de y/o junto con organizaciones como la OCDE y el ICN, no han tenido reparos en defender que la pena de prisión es la medida disuasoria más eficaz contra los carteles empresariales. Sin embargo, aunque más de 20 naciones han introducido delitos por infracciones a las normas de competencia, o contemplan delitos específicos contra la colusión en procesos de contratación pública, en países distintos a EE.UU., han surgido obstáculos significativos para la aplicación efectiva de la privación de la libertad con ocasión de estas conductas, esto no solo debido a que el estándar probatorio es más alto en estos casos; sino que en muchas jurisdicciones ha resultado difícil persuadir a los jurados y/o a los tribunales para que encarcelen a los infractores.

Lo anterior implica que muy probablemente la penalización de las infracciones de competencia sea infructífera si se introduce simplemente como mecanismo para crear disuasión y no existe un estigma moral preexistente vinculado a la conducta. Máxime si no se hace ningún intento serio de crear o moldear una actitud de repudio en el público, así como una comprensión del motivo por el cual la conducta es moralmente censurable.

En los Estados Unidos el Departamento de Justicia generó apoyo para su programa de lucha contra los carteles centrándose en el enjuiciamiento de casos de colusión en licitaciones públicas, donde, quizás, la falta de buena fe es más evidente (especialmente si se ha exigido y firmado certificaciones de las que las ofertas

son independientes). También vale la pena resaltar que en distintos países Alemania o Colombia, donde la conducta punible se encuentra limitada a la colusión en procesos públicos, se han producido condenas penales con éxito.

Como alternativa, o de manera adicional a la responsabilidad en materia penal, la responsabilidad civil podría proporcionar un mecanismo que garantice la rendición de cuentas de los infractores y aumente la disuasión: por ejemplo, podrían imponerse sanciones civiles, como multas u órdenes de inhabilitación individual, a las personas responsables. Además, la categoría de actores responsables en virtud de las normas civiles podría ampliarse para incluir no sólo a los individuos directamente implicados, sino también a otros que tengan la capacidad de influir en el comportamiento de las empresas y de garantizar su cumplimiento de la ley (responsabilidad de los «gatekeepers»).

Inhabilitación

Inhabilitación a las empresas o contratistas implicados en la colusión o en conductas corruptas también puede constituir una sanción eficaz; el riesgo de perder la oportunidad de obtener contratos públicos durante un periodo (o posiblemente de forma permanente) en el futuro puede actuar como un fuerte incentivo para cumplir las normas. Varias jurisdicciones prevén la posibilidad de inhabilitar en la participación de procesos de contratación pública a quienes estén implicados en una infracción de las leyes de competencia.

Acciones por daños y perjuicios

Las acciones de civiles entabladas por las víctimas de infracciones en materia de competencia tendientes a buscar la reparación de perjuicios también pueden contribuir a la aplicación efectiva del régimen, además de por supuesto, permitir el resarcimiento del daño.

Aunque muchos sistemas antimonopolio prevén o permiten este tipo de acciones, son relativamente pocas las jurisdicciones en las que se han interpuesto con frecuencia acciones privadas por daños y perjuicios contra los cartelistas. Estos procesos no sólo son costosos y complejos de litigar; sino que los oferentes del Estado pueden tener pocos incentivos para tratar de recuperar el dinero público perdido, además de no estar dispuestos a entrar en conflicto o afectar sus relaciones con el resto de competidores, con quienes podrían hacer negocios en el futuro.

Sin embargo, si se interpusieran de forma rutinaria, las acciones por daños y perjuicios permitirían a un gobierno recuperar el dinero perdido por el contribuyente, en razón de los precios inflados de los contratos, y aumentarían los riesgos para los infractores la ley de competencia. Estas demandas pueden verse facilitadas, por ejemplo, por la legitimación de los fiscales u otras características del sistema de competencia. Finalmente vale la pena mencionar que ya hay indicios de este estilo de desarrollos en varias jurisdicciones, como es el caso de Chile⁴.

⁴ Cf. Alvarado García y Guevara Parra. (2022).

Colusión en procesos de contratación pública en la República Dominicana

Contexto

Desde el año 2018 los procesos de contratación y compras públicas en la República Dominicana han incrementado; para el año 2020 representaron un 12,6 % del gasto total del Estado y un 2,7% del PIB⁵. Sin embargo, de siete modalidades de contratación previstas en la legislación dominicana, el 95.56% de compras y contrataciones para el año 2020 se realizaron a través de tres modalidades, a saber: i) proceso de excepción (6,48%); ii) compras menores (26,96%); y iii) compras por debajo del umbral⁶.

Adicionalmente vale la pena resaltar que los recursos canalizados en esos tres tipos de procedimiento ascendieron a 37.228,5 millones RD\$, lo que representa un 32,3, % del total de fondos destinados a la contratación de ese año, del cual sólo los procesos de excepción equivalen al 26,89%⁷.

Lo anterior puede generar preocupaciones desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia en la contratación, toda vez que las tres modalidades mencionadas, en contraste con la de licitación, revisten un menor grado de publicidad o condiciones de acceso y de competencia que desfavorecen la concurrencia de un mayor número de oferentes o de nuevos participantes.

⁵ Estudio de compras públicas.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

A manera de ejemplo «la normativa permite que las compras menores y las compras por debajo del umbral puedan adjudicarse con invitación de un mínimo de tres oferentes para las compras menores y adjudicación directa para las compras por debajo del umbral⁸» mientras que los procesos de excepción la entidad contratante debe «dar preferencia a las ofertas presentadas por los oferentes que hayan sido proveedores o contratistas de dicha entidad previamente, que tengan un buen historial de cumplimiento, o a los que tengan una calidad probada en el mercado⁹». Adicionalmente, si se tiene en cuenta que para el año 2020 en el 66,58%¹⁰ de los procesos de contratación únicamente se presentó un oferente, el diagnóstico de la situación de competencia en las compras públicas puede ser aún más problemático.

En ese sentido, la labor e intervención de Pro-Competencia en ejercicio de sus funciones sancionatorias y de abogacía de la competencia es esencial para generar un mayor dinamismo en el sector de compras públicas que permita una asignación más eficiente de los recursos públicos, lo que puede contribuir a una mejora en la prestación de los servicios proveídos directamente por el Estado y en la atención efectiva de las necesidades de la población, especialmente de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Si bien hasta la fecha la agencia no ha resuelto de fondo ninguna investigación por colusión en procesos de contratación, sí ha

8 *Ibid*

9 *Ibid*

10 *Ibid*

iniciado investigaciones en los procesos de adquisición de primera necesidad, como medicamentos para la atención del Covid 1911. No obstante, es claro que, bajo las circunstancias de mercado descritas, los esfuerzos de vigilancia en materia de competencia en las compras públicas deben redoblar con el fin de alcanzar los resultados esperados.

Aquí vale la pena tener en cuenta que, la colusión en licitaciones públicas es un fenómeno complejo que puede llegar a ser más difícil de detectar e investigar en la medida en que su ejecución normalmente está ligada a complejos esquemas de corrupción y a otras prácticas ilegales como el soborno¹². La labor se hace aún más compleja en mercado pequeños y concentrados que son estructuralmente vulnerables a la coordinación entre agentes económicos¹³.

También deben tenerse en cuenta otros factores que dificultan la lucha contra carteles en los países en desarrollo, como la cantidad de recursos disponibles para la autoridad¹⁴, las altas barreras burocráticas, así como el establecimiento de una reputación y una cultura de competencia especialmente en sistemas jóvenes¹⁵, como

11 Del estudio realizado por los autores se puede determinar, que hasta ahora en su corto periodo de operación, las investigaciones de Pro-competencia se han concentrado en la compra de medicamentos de alto costo (Resolución núm. 021-2020), oxígeno para hospitales públicos (Resolución núm. 003-2023), y suministro de víveres para comedores públicos.

12 Cf. Alford (1993). Para ver ejemplos que han ocurrido en la región, ver las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en los casos de Seguridad (Resolución 198990 de 2017) y de Ruta del Sol (Resolución 82510 de 2020)

13 Cf. Gal (2002)

14 Cf. Kovacic y López-Galdos (2023)

15 *Ibid.*

es el caso de la República Dominicana y Pro-Competencia, que empezó a operar en 2017¹⁶.

1. La prohibición de colusión de contratación pública

La colusión en procesos de contratación se encuentra prohibida a través de distintas normas, que en principio parecieran acarrear a los infractores responsabilidades distintas. En efecto la prohibición se encuentra prevista principalmente en la ley núm. 340-06 a través de la cual se regula la contratación con entidades del Estado y en la núm. Ley 42-08 mediante la cual se expide el régimen de competencia de la República Dominicana.

Además, de acuerdo con la interpretación realizada por Pro-Competencia en la Resolución núm. 014-2022, en los casos en que la colusión se presenta en procesos de compras de bienes o servicios en mercados regulados, y cuando ellos son inescindibles o inherentes a la actividad regulada por ley sectorial, las normas aplicables serán las de la ley especial y no las de la 42-08¹⁷. La situación descrita implica que en la jurisdicción dominicana existen varias autoridades que pueden ejercer funciones sancionatorias sobre esta conducta, y en algunos casos la competencia será excluyente o concurrente como se analiza más adelante.

No obstante, y como advertencia al lector, debe tenerse en cuenta que el análisis presente en este documento se ha realizado a la luz

de las decisiones de Pro-Competencia en la materia, las cuales a la fecha son escasas en la medida que, si bien su estatuto fue proferido en el año 2008, esta agencia solo empezó a funcionar en el año 2017, como ya se mencionó. En ese sentido, a la fecha Pro-competencia no ha emitido ninguna decisión final en los procedimientos en curso y únicamente se tienen las decisiones que han sido emitidas en curso de las investigaciones, lo que adicionalmente implica que a este momento tampoco existen decisiones judiciales en sede de revisión que regulen la materia.

Por consiguiente, el objeto de los siguientes puntos consiste en plantear interrogantes y mejoras que han sido identificadas en el curso del estudio del ordenamiento jurídico dominicano.

1.1 Autoridades competentes

Como fue señalado, la prohibición de colusión en procesos de compras públicas se encuentra prevista tanto en la ley núm. 340-06 (Ley General de Contrataciones Públicas) y en la ley núm. 42-08 (Ley General de Defensa de la Competencia). En ese sentido, tanto la Dirección General de Compras públicas (DGCP), encargada de la aplicación de ley núm. 340-06, como la Dirección Ejecutiva Pro-Competencia han entendido que ambas leyes son aplicables y las dos autoridades gozan de una competencia concurrente e independiente en la materia.

En otras palabras, cada agencia se encuentra en capacidad de investigar y sancionar, sin perjuicio de lo que decida hacer la otra. En efecto, en las guías emitidas por cada autoridad se menciona y

¹⁶ La línea de tiempo de la entrada en operación de la agencia puede ser consultada en <https://procompetencia.gob.do/sobre-nosotros/historia/> [consulta 18 octubre 2023].

¹⁷ Pro-Competencia, Resolución 014 de 2022

reconoce la competencia de la otra para investigar y sancionar la conducta¹⁸. Adicionalmente, existen casos en que la DGCP ha dado traslado de denuncias por colusión a Pro-Competencia¹⁹.

En ese sentido, la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia ha explicado que es necesario distinguir los objetivos perseguidos por cada ley,

(...) pues mientras que aquella [refiriéndose a la ley 340] procura la participación competitiva de los oferentes en los procedimientos de selección, para que esta ocurra de acuerdo a los principios de igualdad y transparencia que rigen las compras públicas; la Ley núm. 42-08 procura proteger los niveles de competencia en los mercados de bienes y servicios para incrementar la eficiencia económica²⁰.

De manera que cada autoridad reclama competencia en aplicación de la ley y los fines que le corresponde vigilar. Además, debe considerarse que las sanciones derivadas del incumplimiento de una y otra ley son distintas. De tal suerte que, la DGCP sólo puede imponer al infractor la inhabilidad definitiva o temporal para

18 Ver las Guías en materia de colusión en procesos de contratación pública de la DGCP y de Pro-Competencia disponibles en: <https://www.dgcp.gob.do/wp-content/uploads/2022/Material%20sobre%20Colusio%CC%81n%20en%20las%20Contrataciones%20Pu%CC%81blicas%20para%20web%20DGCP%20ma.pdf> y https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/guia-para-la-prevencion-y-deteccion-de-colusion-en-la-contratacion-publica/ [consulta 18 octubre 2023].

19 Pro-Competencia Resolución núm. 012-2022, mediante la cual la agencia abre una investigación por una presunta colusión en la contratación con comedores del estado con base en una denuncia trasladada por la GDGP.

20 *Ibid.*

contratar con el Estado²¹, mientras que Pro-Competencia puede imponer multas y ordenar la cesación de la conducta.

Por otro lado, la competencia de Pro-Competencia puede ser desplazada por reguladores sectoriales. En ese sentido, la Dirección Ejecutiva, para determinar su competencia en la investigación de una presunta colusión en la contratación de gestión de pérdidas de energía, explicó que cuando el servicio contratado no puede diferenciarse de la actividad regulada, la función de investigación se enmarca en el ámbito de competencia del regulador sectorial al que la ley le ha asignado la protección de la competencia en ese mercado²². Por consiguiente, en ese caso, al considerar que la gestión de pérdidas técnicas es una actividad que solo puede realizarse en ejecución de la prestación del servicio de distribución energía eléctrica, aún cuando las empresas oferentes no sean prestadoras del servicio de energía eléctrica, la competencia para investigar y sancionar recae sobre la Superintendencia de Electricidad²³.

De ese modo, la Dirección en ese acto manifestó:

Cabe destacar que aun cuando las empresas denunciadas por ADOCCO no son sujetos regulados por la Ley General de Electricidad, núm. 125-01, como bien expone dicha asociación en su recurso, éstos se encuentran operando, en este caso, una actividad que sí

21 Ley 340-06 artículo 55 numeral 5: «Sin perjuicio de las acciones penales o civiles que correspondan, los proveedores podrán ser pasibles a las siguientes sanciones: (...) 5) Inhabilitación temporal o definitiva conforme a la gravedad de la falta».

22 Pro-Competencia, Resolución núm. 014 de 2022.

23 *Ibid.*

es objeto de regulación en tanto que corresponde a las empresas distribuidoras de electricidad como parte de su actividad de prestación del servicio de distribución y/o comercialización de electricidad (...).

- Es menester aclarar que, el elemento de atribución de competencia para que Pro-Competencia pueda conocer e investigar posibles conductas anticompetitivas en los mercados de bienes y servicios viene dado no por la calidad de los agentes económicos sino por la naturaleza de los mercados, es decir, que el ámbito de aplicación de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 se supedita a que el mercado en cuestión no se encuentre regulado por una ley sectorial que confiera al ente regulador atribuciones en materia de competencia, tal como lo establece el artículo dos del referido texto de ley²⁴.

Por consiguiente, de acuerdo con la revisión realizada, en la República Dominicana Pro-Competencia y la DGCP tienen facultades para concurrentes, para investigar y sancionar los casos de colusión. Sin embargo, la competencia de Pro-competencia puede ser desplazada en casos particulares por reguladores sectoriales. Razón por la cual, se recomienda que la autoridad de competencia desarrolle guías que le permitan a los administrados predecir en qué casos la competencia le corresponde a ella o al regulador sectorial.

Finalmente, en este punto hay que tener en cuenta que

²⁴ *Ibid.*

adicionalmente, en los casos en los que se determine que puede existir responsabilidad penal, el ministerio público será competente para investigar y acusar ante los jueces de la República Dominicana.

1.2 Sujetos pasivos de la prohibición

El alcance de la prohibición de colusión en contratación pública de la ley núm. 42-08 pareciera limitarse únicamente a los oferentes que concurren a los procesos de contratación pública, excluyendo a funcionarios públicos de las entidades contratantes que se puedan ver envueltos en los esquemas de colusión, así como las personas que hayan actuado como contratistas, empleados o representantes de los oferentes como se procede a analizar.

El artículo tres de la ley 42-08 establece que sus disposiciones serán aplicables a todos los agentes económicos públicos o privados²⁵; en su artículo cuatro define el concepto de agente económico como «Toda persona o grupo de personas, físicas o jurídicas que participan en la actividad económica».

Por su parte el artículo cinco de esa misma norma prevé una prohibición general de restricciones horizontales a la competencia y más específicamente en su literal b) se refiere a la colusión en contratación pública:

(...) Artículo 5.- De las prácticas concertadas y acuerdos

²⁵ El artículo tres de la ley núm. 42-08 dispone: «La presente ley se aplicará a todos los agentes económicos, sean éstos personas físicas o jurídicas, sean de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas en el territorio nacional».

anticompetitivos. Quedan prohibidas las prácticas, los actos, convenios y acuerdos entre agentes económicos competidores, sean éstos expresos o tácitos, escritos o verbales, que tengan por objeto o que produzcan o puedan producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado. Se incluyen dentro de las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos las siguientes conductas:(...).

- b) Concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas; (subrayado por fuera del texto).

Es importante tener en cuenta que en la medida que se requiere que el acuerdo se realice entre agentes competidores, pareciera excluir al funcionario público de la entidad contratante. Es decir, los oficiales de los contratantes no podían infringir directamente esta prohibición, no sólo porque no es claro que sean agentes económicos; sino también porque es evidente que no ostentan la calidad de competidores de los oferentes. De manera que, los casos de acuerdos que se realicen entre un solo oferente (que no sea en el marco de un consorcio) y el funcionario público, en principio, no estarían cubiertos por esta prohibición.

Adicionalmente, es importante considerar que la ley núm. 42-08 no prevé sanciones para colaboradores o personas que intervienen en las conductas punibles como contratistas, representantes o trabajadores de los infractores directos. Además, el párrafo I del artículo 61 de esa ley, dispone expresamente que:

(...) Las personas naturales que participen directamente, como cómplices o encubridores en las prácticas antes enumeradas, en su carácter personal y de funcionarios; o actuando en representación de persona jurídica, serán castigadas conforme lo establecido en el Código Procesal Penal de la República Dominicana.

En resumen, Pro-Competencia únicamente sería competente para investigar y sancionar a quienes infringen directamente la prohibición, dejando por fuera a todo aquel que no se considere competidor y a las personas naturales que participen de manera accesoria o instrumental en la conducta.

1.3 Obstáculos en el proceso de investigación

Como he señalado, la detección de acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal puede ser aún más compleja que otras conductas, en la medida que usualmente se encuentran asociadas a esquemas complejos de corrupción, como el caso Odebrecht que se extendió en varios países de América Latina.

En ese sentido, las leyes deben dotar a las autoridades de todas las herramientas para perseguir estas conductas y facilitar su detección. No obstante, del análisis del ordenamiento jurídico dominicano se han identificado ciertas posibilidades de mejora que facilitarían y fortalecerían la gestión de Pro-Competencia, particularmente en la etapa de averiguación preliminar e investigación de las conductas.

Los principales aspectos en los que se encontró una oportunidad de mejora son: 1) la práctica de visitas sorpresa o «*Dawn raids*» en

averiguaciones preliminares; 2) la simplificación de requisitos de la denuncia; 3) el acceso a la información que tiene Pro-competencia en la ejecución de sus actividades de monitoreo; 4) la inclusión en la ley de la posibilidad de implementar programas de clemencia y delación.

2. Inspecciones sorpresa «Dawn raids»

La Ley núm. 42-08 faculta a Pro-Competencia para realizar inspecciones sorpresa al domicilio de posibles infractores en el marco de una investigación²⁶, que puede ser iniciada de oficio o con ocasión de una denuncia. Para ello, la autoridad debe verificar la existencia de indicios que la lleven a concluir la posible existencia de una conducta²⁷ y notificar a los investigados sobre la apertura del proceso.

Ahora bien, en la revisión de las decisiones de apertura de investigación no se encontró en ninguno de los cinco casos revisados que la autoridad hubiese practicado una visita de manera previa al acto de inicio. Esto puede deberse a que pareciera que la norma previera el ejercicio de esta facultad en el marco de una investigación ya en curso. Ello en la medida en que, el artículo 42 se encuentra ubicado en la Sección II de la ley que se refiere a la instrucción de la investigación; mientras que, en la Sección I, que aborda el inicio del procedimiento administrativo, el párrafo II del artículo 37 prevé que la autoridad requiera documentos y tome

²⁶ Ley núm. 42-08 artículo 42.

²⁷ Pro-Competencia Resolución núm. 21-2020.

declaraciones, pero no menciona expresamente la posibilidad de que practique inspecciones en las instalaciones²⁸.

Las inspecciones son una herramienta fundamental en la detección de estas conductas, y en muchos casos no sería posible tener siquiera indicios suficientes de una colusión si no se tiene acceso a las comunicaciones internas de los oferentes. Es de la mayor importancia que Pro-Competencia pueda y practique las visitas en esta etapa incipiente, sobre todo porque una vez los investigados tienen conocimiento de la investigación, se aumenta el riesgo de que se borren o eliminen comunicaciones y material probatorio que la autoridad podría recolectar en el marco de la inspección.

Sobre todo, si se tiene en cuenta que en la medida en que las colusiones pueden encontrarse relacionadas con esquemas de corrupción, los sujetos pasivos pueden ser más proclives a incurrir en prácticas como la supresión de pruebas en contraposición con otras conductas en las que no necesariamente se ve envuelto un comportamiento criminal.

²⁸ Párrafo II de del artículo 37: Párrafo II: En los casos en que el denunciante no tenga la evidencia necesaria para probar una determinada práctica anticompetitiva, la Dirección Ejecutiva podrá realizar investigaciones preliminares a fin de obtener dicha evidencia, para lo cual podrá requerir informes o documentos relevantes, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, previo a pronunciarse sobre la admisibilidad de la denuncia, la que deberá quedar debidamente justificada. (Subrayado y negrilla por fuera del texto).

3. Denuncia

En relación con la denuncia, los artículos 36 y 37 de la ley dominicana requieren que deba ser presentada por una persona con interés legítimo a la que se le haya causado un daño o se le pueda causar un daño con la conducta denunciada²⁹. Estos requerimientos pueden dificultar sustancialmente la identificación de las colusiones en la medida en que: i) requiere que el denunciante se identifique; y ii) que haya sufrido o pueda sufrir un daño.

En este punto debe considerarse que, en especial en los casos de colusión los posibles denunciantes se pueden ver seriamente intimidados por los infractores, de manera que requerirles identificarse para acreditar el interés legítimo puede generar un gran desincentivo en la presentación de la denuncia. En ese mismo sentido, exigir el daño o la posibilidad de daño, limita la posibilidad de denuncia, cuando lo que debe buscarse es que cualquier persona que tenga conocimiento pueda denunciar, más en los casos de contratación pública donde se ven amenazados los recursos públicos y la atención de necesidades por parte del Estado.

²⁹ Párrafo artículo 36 ley núm. 42-08: «Cualquier persona con interés legítimo puede formular una instancia motivada ante la Dirección Ejecutiva, la que iniciará expediente cuando se observen indicios racionales, basados en los principios y normas de la presente ley, que sustenten la existencia de la denuncia». Artículo 37: «La denuncia se hará por escrito ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y el denunciante deberá señalar al presunto responsable y deberá describir en que consiste la práctica o violación de la ley y el daño o perjuicio que se le ha causado o se le pueda causar en un futuro, incluyendo en el escrito de denuncia los elementos que configuren el tipo de práctica anticompetitiva y los argumentos que demuestren que el denunciante ha sufrido o puede sufrir un daño o perjuicio económico sustancial».

4. Delación

En la misma línea del punto anterior, existe consenso en cuanto a que la delación es la herramienta de detección más importante que tiene la autoridad, sobre todo en casos de acuerdos que involucran la ejecución de esquemas complejos y sofisticados. Sin embargo, al revisar la ley 42-08, fue posible identificar que la misma no prevé que se implementen programas de delación compensada. En ese sentido es recomendable que la Ley dominicana incluya expresamente la posibilidad de que Pro-Competencia tenga a su disposición esta herramienta.

5. Acceso Información

En el cuerpo del Estudio Compras y Contrataciones publicado en marzo de 2022, Pro-Competencia manifestó que:

(...) De manera específica, al no disponerse de informaciones sobre los oferentes que participan en cada proceso de manera desagregada y en formatos adecuados, el estudio no puede verificar la interacción existente entre los oferentes competidores, lo cual descarta la posibilidad de identificar a partir de estas informaciones la existencia de prácticas anticompetitivas, especialmente las referidas a acuerdos anticompetitivos, colusión o Bid Rigging³⁰.

Si la Autoridad no tiene la información necesaria para realizar un

³⁰ Estudio de compras públicas Dirección General de Contrataciones Públicas.

monitoreo adecuado del mercado, su eficacia se verá mermada de forma sustancial. En esa medida, se recomienda que el ordenamiento dote a Pro-Competencia con todos los mecanismos legales y regulatorios que le permitan tener acceso efectivo a la información y ejercer una vigilancia eficaz.

Este alcance es más limitado al de otros países de la región como es el caso de Colombia y Chile³¹, cuyas normas sí permiten a la autoridad de competencia investigar y sancionar funcionarios públicos y personas naturales instrumentalizadas en la conducta.

Conclusión

La colusión de proveedores en los mercados de contratación pública socava el bienestar de los consumidores, el crecimiento económico y la prestación de servicios públicos vitales. Sin embargo, la naturaleza y las características inherentes de la contratación pública la hacen especialmente propensa a la distorsión mediante la manipulación de licitaciones. A pesar de los esfuerzos cada vez más enérgicos realizados en las últimas dos o tres décadas para luchar contra estas prácticas, este tipo de conducta sigue plagando los sistemas de contratación pública en todo el mundo.

31 Entrevista con Juan Pablo Iglesias Mujica, abogado chileno Coordinador de investigación de CeCo, para la elaboración de este artículo, Iglesias explicó que si bien no parece haber antecedentes del tema en la jurisdicción chilena, el alcance del artículo tres de la norma de competencia chilena claramente lo permite. En el caso colombiano existen varios ejemplos, como los casos de Seguridad (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 198990 de 2017) y de Ruta del Sol (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución núm. 82510 de 2020).

Dados los problemas persistentes y duraderos que existen, puede que para contrarrestarlos se necesiten mecanismos que vayan más allá de la legislación sobre competencia. No obstante, está claro que la mejora de los instrumentos tradicionales de defensa de la competencia constituirá un primer paso importante en la lucha contra un conjunto de problemas que socavan sistemáticamente el desarrollo económico, penalizan a los ciudadanos vulnerables y erosionan los propios cimientos de los Estados.

Bibliografía

C Beaton-Wells y C Tan, «Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion», (2015) Hart Publishing.

A Heimler, «Cartels in public procurement», (2012) 8(4) Journal of Competition Law & Economics 11.

JE Harrington, «Detecting cartels» en P Buccirosi (eds), Handbook of Antitrust Economics (MIT Press, 2008).

Alvarado García y Guevara Parra. «Reparación del daño moral en procedimientos colectivos originados por conductas anticompetitivas». (2022).

Roger Alford, «DOJ, ANTITRUST ENFORCEMENT AND FIGHT AGAINST CORRUPTION Remarks as Prepared for the Conference on Rule of Law and Anti-Corruption Challenges University of Notre Dame and University of Sao Paulo», 2017.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia Resolución núm. 198990 de 2017.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia Resolución núm. 82510 de 2020.

M. Gal «Size Does Matter: General Policy Prescriptions for Optimal Competition Rules in Small Economies»Southern California Law Review. 2001.

W Kovacic y M López-Galdos «Ciclos de vida de los regímenes de competencia: Explicando la variación en la implementación de nuevos sistemas». CentroCompetencia. 2023.

Ministerio de Hacienda de la República Dominicana. «Colusión en los procesos de Contratación Pública».

Pro-Competencia Resolución núm. 012-2022.

Ley núm. 340-06 de la República Dominicana.

Pro-Competencia, Resolución núm. 014 de 2022.

Pro-Competencia Resolución núm. 012-2022,

Ley núm. 42-08 de la República Dominicana.

Pro-Competencia Resolución núm. 21-2022.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. «Guía para la prevención y detección de colusión en la contratación pública». 2020.

Estudio de compras públicas, Dirección General de Contrataciones Públicas.

Régimen legal de la competencia desleal en la Ley 42-08

Merielin Almonte

Resumen

Este ensayo analiza el régimen legal aplicable a la competencia desleal en el marco de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, y su reglamento de aplicación, así como también la forma en que interactúan dichas disposiciones con las previstas en otros instrumentos normativos en vigor en materia de competencia desleal en la República Dominicana.

Palabras clave: Competencia desleal, competencia sin distorsiones, buena fe comercial.

Abstract

This essay analyzes the legal framework applicable to unfair competition within the scope of the General Law for the Defense of Competition, num. 42-08, and its Application Regulation, and the way in which said provisions interact with those provided for in other regulatory instruments in force in the Dominican Republic regarding unfair competition.

Key words: Unfair competition, undistorted competition, commercial good faith.

Introducción

El artículo 50 de la Constitución dominicana consagra la libertad de empresa como un derecho fundamental, que permite a toda persona dedicarse libremente a una actividad económica de su elección. El numeral uno del referido texto legal establece que el Estado favorece y vela por la competencia libre y leal. En un régimen de economía social de mercado ^{3/4} como el que consagra el artículo 217 de la Constitución dominicana ^{3/4} el principio de libre competencia es la piedra angular sobre la que se erige el régimen económico, ya que la existencia de libre competencia en el mercado es considerada como el mecanismo más idóneo para garantizar y maximizar el bienestar social.

Para cumplir su rol de velar por la competencia libre y leal, el Estado dominicano ha adoptado, por un lado, normas para su defensa, cuya finalidad es defender la competencia efectiva protegiendo la integridad en el mercado, para garantizar la protección del orden público económico y el bienestar del consumidor. Por otro lado, el Estado ha puesto en vigencia normas para reprimir la competencia desleal, las cuales crean los mecanismos para que los agentes económicos puedan reclamar por sí mismos la protección de sus intereses privados, cuando las estrategias empleadas por un competidor para la captación de clientes en el mercado puedan lesionar los intereses de otros competidores presentes en el mercado.

Aunque las normas sobre competencia desleal constituyen herramientas que los agentes económicos pueden utilizar para reclamar la protección de sus intereses privados, este no es el

único fin que están destinadas a cumplir. Existen escenarios en los que los mismos actos que amenazan los intereses privados de los competidores también pueden producir una afectación al interés colectivo de los consumidores y al interés público, en sentido general.

En tales casos, el deber de tutelar los derechos económicos protegidos por la Constitución, destinados al mantenimiento del orden público económico, hace necesaria la intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) - a ser referida en lo adelante como «Pro-Competencia» - para ofrecer protección a los mismos en nombre del Estado.

Dentro del marco conceptual explicado en los párrafos que anteceden, el presente ensayo tiene como objetivos: (i) analizar el régimen legal aplicable a la competencia desleal previsto en la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 (a ser referida en lo adelante como la «Ley 42-08») para identificar los elementos que configuran esta práctica y los escenarios que justifican el ejercicio de las atribuciones persecutorias de Pro-Competencia en casos de competencia desleal; (ii) delimitar el alcance y ámbito de aplicación de las disposiciones sobre competencia desleal previstas en la Ley núm. 42-08, y (iii) determinar cómo interactúan dichas disposiciones con las previstas en otros instrumentos normativos en vigor en materia de competencia desleal.

1. Tratamiento de la competencia desleal en la Ley 42-08

La dinámica de funcionamiento normal de los mercados en condiciones de libre competencia implica que cada proveedor participa en el mercado basando sus estrategias comerciales en el esfuerzo sostenido por ofrecer los mejores productos o servicios, a un nivel de precios competitivo, con estándares de calidad, variedad e innovación. Todos estos factores contribuyen a la eficiencia económica, permiten obtener posicionamiento en el mercado y benefician a los consumidores, favoreciendo el bienestar social colectivo.

La competencia desleal se presenta cuando un competidor en el mercado se aparta del modelo de conducta que procura obtener posicionamiento en el mercado a través del esfuerzo empresarial legítimo, y en lugar de ello decide incurrir en actos contrarios a la buena fe y la ética comercial. La finalidad de esta práctica anticompetitiva es causar daño a un competidor u obtener beneficio de situaciones que pueden perjudicar a los consumidores, el interés de un competidor y el interés general¹.

Es oportuno señalar que el bien jurídico protegido por las disposiciones que tipifican y sancionan la competencia desleal es la lealtad de los medios empleados para competir en el mercado en ejercicio de la libertad de competir.

Por consiguiente, la competencia desleal se configura cuando

¹ Cf. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de fecha 8 de mayo, 2020, proceso 625-I,P-2018, párr. 1.3 al 1.6, Quito, Ecuador.

esa lealtad en los medios empleados para competir es infringida mediante la comisión de actos contrarios a la buena fe y la ética comercial²

En términos generales, para configurar un acto de competencia desleal deben cumplirse tres requisitos, a saber: a) un acto de competencia; b) que ese acto sea calificable como desleal, y c) que a través de ese acto sea posible acceder o participar en el mercado (finalidad concurrencial)³. La Ley 42-08 consagra el régimen legal general aplicable a los actos de competencia desleal basado en una combinación del modelo de la cláusula general y una enumeración enunciativa (*numerus apertus*) de las distintas modalidades de competencia desleal que la casuística puede ofrecer. El artículo 10 de la Ley 42-08 tipifica la competencia desleal de la siguiente manera:

Cláusula General. 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 tenga por objeto un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores⁴.

Por otro lado, el artículo 11 de la Ley núm. 42-08 contempla como actos de competencia desleal los actos de: engaño, de confusión, de comparación indebida, de imitación, violatorios del secreto empresarial, incumplimiento de normas, de denigración y la

² Cf. Jaeckel y Montoya (2013, p. 144).

³ *Ibidem*, p. 143

⁴ Artículo 10 de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, Gaceta Oficial No.10458, 25 enero, 2008.

inducción a la infracción contractual.

Dado que el artículo 10 de la Ley 42-08 ha establecido explícitamente los elementos que deben presentarse para configurar un acto de competencia desleal, toda actuación que se presente en el mercado que reúna esos tres elementos es susceptible de configurar un acto de competencia desleal. Esto es así aun en el caso de que el acto de que se trate no estuviese descrito en el listado enunciativo de actos de competencia desleal previsto en el artículo 11 de la citada ley.

Del análisis del texto legal contenido en el artículo 10 de la Ley núm. 42-08, citado precedentemente, podemos identificar como elementos que configuran un acto de competencia desleal los siguientes: (a) un acto realizado en el ámbito comercial o empresarial; (b) que el acto resulte contrario a la ética y a la buena fe comercial; y (c) que dicho acto provoque un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores. En los párrafos subsiguientes, analizamos cada uno de estos elementos.

En cuanto al requisito de que se trate de un acto realizado en el ámbito comercial o empresarial, es preciso señalar que un acto de competencia desleal tiene por finalidad obtener posicionamiento en la oferta de determinado producto o servicio, mediante la materialización de una actuación cuyas repercusiones producen efectos dentro del espacio en que se produce el intercambio de bienes y servicios; es decir, en el mercado.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido el criterio de que en las acciones legales que buscan contrarrestar

actos de competencia desleal se debe demostrar que los actos desleales constituyen actuaciones realizadas en el mercado y con fines concurrenciales. En consecuencia, según la Corte «sólo podrán ser objeto de cuestionamiento las actuaciones que se realicen en un ámbito determinado o determinable siempre que tengan la cualidad de mantener o incrementar la presencia en un mercado, ya sea a favor propio o de un tercero⁵».

Aunque se trata del criterio jurisprudencial de un tribunal extranjero, su aplicación resulta compatible con las disposiciones de la Ley 42-08, en virtud de lo establecido en la cláusula general del artículo 10 de la Ley 42-08 (citado más arriba) y el artículo 55 párrafo III de dicha ley. Este último texto legal establece que las acciones previstas para contrarrestar los actos de competencia desleal «podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya comprobadamente cooperado a su realización⁶».

Como se puede apreciar, la redacción del artículo 55 párrafo III de la referida ley contempla la posibilidad de que los actos de competencia desleal puedan ser realizados no solamente para beneficio propio, sino también para favorecer a un tercero. Tal es el caso que se presenta cuando una persona no se beneficia directamente de la realización del acto de competencia desleal, pero ha prestado su cooperación para llevar a cabo la ejecución del mismo.

5 Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión. Expediente T-3.755.520, sentencia T-379/13, 28 de junio 2013, párr. 3.4.1.2.

6 Artículo 55 párrafo III de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, Gaceta Oficial No.10458, 25 enero, 2008.

Respecto al carácter contrario a la ética y a la buena fe comercial del acto de competencia desleal, este es, a nuestro juicio, el elemento más preponderante para caracterizar las actuaciones constitutivas de competencia desleal. El concepto de buena fe comercial es de naturaleza amplia y abstracta, y «se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones⁷». Sin embargo, la Ley 42-08 y su reglamento de aplicación no definen el concepto de buena fe y ética comercial⁸, por lo que en este aspecto existe un vacío normativo que amerita ser subsanado, definiendo criterios objetivos para evaluar lo que resulta un acto contrario a la buena fe y la ética comercial.

El artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08 en su parte *in fine* establece que «la apreciación de la buena fe y ética comercial será hecha por Pro- Competencia caso por caso». Esto

7 Jaeckel (1996, p. 45).

8 Con relación al criterio de lo que es actuar de buena fe, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sentado un precedente que citamos a continuación, dado el alto valor que aporta a la discusión y clarificación de los elementos que caracterizan la competencia desleal: «Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres. Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad. Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego: toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones, pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe». Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 23 de junio, 1958, Gaceta Judicial LXXXVIII, núm. 2198, p. 223.

sugiere que la evaluación y determinación de lo que constituye un acto de mala fe y contrario a la ética comercial en los casos de competencia desleal se hará mediante la aplicación de la regla de la razón. Siguiendo esta metodología, el carácter contrario a la ética y a la buena fe comercial de un acto presuntamente desleal se determinará tomando en cuenta las razones, el contexto y las circunstancias específicas en que se produzca el acto analizado, así como también los efectos que produzca en el mercado, especialmente la posible afectación que genere al interés público, al interés colectivo de los consumidores y al interés de los demás competidores.

Esta metodología permite ponderar cada caso a la luz de las particularidades propias del mismo y no en base a la aplicación de una regla general. La aplicación de este método de evaluación de una conducta anticompetitiva busca una mayor eficacia en la aplicación de la ley, al tomar en cuenta los elementos circunstanciales y peculiaridades propios de cada caso particular, dentro del contexto específico en que se presenta. Con ello se pretende adoptar una decisión más pertinente y razonable que si se aplicase una regla general para todos los casos de la misma naturaleza.

Cabe señalar que como contrapeso al criterio de eficacia en la aplicación de la ley que sustentaría la valoración caso por caso en materia de competencia desleal, se sitúa el principio de seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa previsto en el artículo 110 de la Constitución de la República y, además, en el artículo 3 numeral 8 de la Ley 107-13, sobre Derechos de las Personas

en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo⁹.

En tal sentido, es oportuno destacar que el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08 le atribuye a la parte denunciante de un acto de competencia desleal ante Pro-Competencia la obligación de «establecer por cualquier medio la existencia de la conducta o práctica, por lo que deberá presentar evidencia de que se incurre en violación a la ética o a la buena fe comercial¹⁰»

La obligación del denunciante de aportar evidencia de que la parte denunciada ha incurrido en violación a la ética o a la buena fe comercial hace imperativamente necesario que los agentes económicos conozcan *a priori* cuáles son las condiciones que caracterizan esos dos elementos (la buena fe y la ética comercial) en el contexto específico de la competencia desleal.

9 Artículo 3 numeral 8 Ley 107-13: «Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa: Por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos».

10 Artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08. «Actos de competencia desleal. Los actos, acuerdos o prácticas que fueren considerados como actos de competencia desleal y que no estuvieren enmarcados dentro de los casos indicados en los artículos que anteceden, podrán ser sometidos a Pro-Competencia por cualquier persona con interés legítimo, sean o no agentes económicos competidores, y serán tramitados según lo dispone el presente reglamento. La parte denunciante deberá establecer por cualquier medio la existencia de la conducta o práctica, por lo que deberá presentar evidencia de que se incurre en violación a la ética o a la buena fe comercial. La apreciación de la buena fe y ética comercial será realizada por Pro-Competencia caso por caso».

Asimismo, independientemente de que la evaluación de la buena fe y la ética comercial sea realizada por Pro-Competencia caso por caso, de cara a la aplicación de los artículos 10 y 11 de la Ley 42-08, que tipifican la competencia desleal, es recomendable que el Consejo Directivo de la institución defina a priori, reglamentariamente o mediante lineamientos generales, ciertos parámetros que arrojen luz sobre los criterios en base a los cuales se realizará la valoración de los elementos que configuran la competencia desleal. Tal medida resulta necesaria no solo en el aspecto relativo al carácter contrario a la ética y a la buena fe comercial, sino respecto a cada uno de los tres elementos necesarios para configurar la competencia desleal. Esta facultad del Consejo Directivo está amparada en el ejercicio de las potestades reglamentarias que le atribuyen los artículos 17 y 31 literal j de la referida ley.

La adopción de un reglamento o lineamientos generales en materia de competencia desleal también permitiría ofrecer a la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia parámetros claros y objetivos que pueda aplicar al momento de evaluar lo que sería un acto contrario a la ética y a la buena fe comercial en casos de competencia desleal. Este elemento es de gran utilidad y relevancia para sustanciar debidamente el informe de instrucción que eventualmente (conforme al artículo 43 de la Ley 42-08) debería remitir la Dirección Ejecutiva al Consejo Directivo de la institución. , cuando así lo amerite el caso bajo investigación.

En cuanto al tercer elemento que tipifica la competencia desleal, relativo al desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores,

este se refiere a que el acto de competencia desleal constituye una actuación que altera la dinámica del mercado. Dicha alteración se produce mediante el direccionamiento del consumo hacia un determinado producto o servicio, incidiendo en la decisión del consumidor a través de mecanismos contrarios a la pulcritud y la honestidad, para posicionar ilegítimamente a un comerciante en el mercado¹¹.

El régimen legal de la competencia desleal previsto en la Ley 42-08, tiene como rasgo característico que las potestades que le confiere dicha ley a Pro-Competencia para intervenir en esta materia se limitan solo a aquellos casos en que la conducta bajo análisis pueda producir una afectación al orden público económico. Según el criterio de su consejo directivo, esto sucede únicamente cuando exista una afectación al interés público derivada de alguna de las conductas de competencia desleal tipificadas en la referida ley. En tal sentido, el Consejo Directivo ha expresado lo siguiente:

... La defensa a la competencia leal adjetivada en la Ley núm. 42-08, es una protección efectiva del Estado social dentro de la configuración del interés público, que trae como predicado la investigación y sanción de actos de competencia desleal tipificados en la Ley núm. 42-08, exclusivamente, cuando se indicie y luego compruebe una afectación al interés público¹².

11 Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión. Expediente T-3.755.520, sentencia T-379/13, 28 junio 2013, párr. 3.4.1.3.

12 Consejo Directivo de Pro-Competencia, Resolución núm. 009-2022, 15 noviembre 2022, p. 31, párr. 122.

...Este Consejo Directivo en virtud del principio de ejercicio normativo del poder, consagrado en la Ley núm. 107-13, estima que las competencias y potestades de los órganos internos de Pro-Competencia, en lo que respecta a los actos de competencia desleal, una disciplina originalmente perteneciente al ámbito del Derecho Privado, únicamente debe trasladarse a la misión institucional de Pro-Competencia, cuando esté en juego el **orden público económico, a través de una primero, indiciada y luego, comprobada afectación al interés público** de las conductas de competencia desleal tipificadas en la Ley núm.. 42-08.¹³

Así lo expresó el Consejo Directivo de Pro-Competencia mediante la Resolución núm. 009-2022, emitida en fecha 15 de noviembre del 2022, en el caso Loto Real del Cibao, S.A. vs Jhonny Zabala Alcántara; mediante la cual fue declarado inadmisibile a la fase decisoria el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia al concluir el procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-020-2021, de fecha 11 de octubre, 2021¹⁴.

13 *Ídem*, párr. 129.

14 En dicho informe de instrucción la Dirección Ejecutiva solicitaba al Consejo Directivo de Pro-Competencia: «Único: Admitir a trámite el expediente administrativo del procedimiento de investigación instruido con motivo de la denuncia formulada en fecha 23 de agosto de 2022 por Loto Real Del Cibao, S.A. en contra del señor Jhonny Zabala Alcántara, por este último haber incurrido en actos de competencia desleal tipificados en el artículo 11, literales a) y b) de la Ley núm. 42-08 y adoptar las medidas legales que correspondan. Estos actos consisten en: 1. Actos de engaño, al incurrir el agente económico investigado en el uso de la imagen, signos distintivos y marca mixta de servicios propiedad del agente económico denunciante para beneficiarse de la clientela de éste, sin contar con la autorización legal para ello. 2. Actos de confusión, al usar la marca “Lotería Real” en su publicidad y la denominación “Real Tarde”, creando una falsa idea ante los consumidores de la existencia de un vínculo comercial, asociación o de negocios

Si bien la indicada decisión rendida por el Consejo Directivo no constituye un precedente vinculante hasta tanto sea eventualmente revisada y refrendada por las altas cortes; aporta, sin dudas, una necesaria y pertinente aclaración sobre la delimitación del ámbito material que abarca la competencia de atribución de Pro-Competencia en casos de competencia desleal. En ausencia de una normativa especial que precise estos aspectos de aplicación práctica de la Ley 42-08, por el momento, la comentada decisión del Consejo Directivo constituye un precedente guía esclarecedor que permitirá en lo adelante:

- 1) Edificar *a priori* a la Dirección Ejecutiva sobre cuáles son los escenarios específicos en que resulta procedente poner en marcha sus potestades persecutorias para investigar casos de competencia desleal, ya sea de oficio o a solicitud de una parte denunciante. Esto permitirá que los esfuerzos y recursos de este organismo sean orientados a investigar únicamente aquellos casos en los que, mediante una evaluación técnico-legal, desde un primer momento se aprecien indicios de que existe o pudiere ostensiblemente existir una afectación al interés público, y por ende se cumpla con los requisitos mínimos necesarios para justificar la intervención de Pro-Competencia.

entre Loto Real del Cibao, S.A. y el denunciado». Resolución núm. 009-2022, de fecha 15 de noviembre del 2022, emitida por el Consejo Directivo de Pro-Competencia, p. 21, párr. 100.

- 2) Informar a los agentes económicos los criterios que les permitirán realizar una autoevaluación *a priori* para determinar si el caso concreto de presunta competencia desleal que pretendan denunciar ante Pro-Competencia, real y efectivamente reúne los criterios para que dicha institución ponga en marcha sus atribuciones persecutorias e inicie una investigación, o bien si debe apoderarse del mismo a algún otro ente administrativo o instancia judicial.

Para tener una mejor comprensión de la referida decisión del Consejo Directivo de Pro-Competencia en el caso Loto Real del Cibao, S.A. vs Jhonny Zabala Alcántara y sus implicaciones, profundizaremos sobre la noción de orden público económico e interés público, cuya afectación resulta necesaria para que el organismo pueda poner en marcha el ejercicio de las potestades persecutorias que le confiere la Ley 42-08 en los casos de competencia desleal tipificados.

El autor Jorge Witker, citando a Gérard Farjat, indica que el orden público económico «es el conjunto de medidas tomadas por los poderes públicos tendientes a organizar las relaciones económicas¹⁵». Farjat plantea que mientras el concepto clásico de orden público solo persigue el mantenimiento de la paz social, el orden público económico persigue ciertos fines en particular referidos a la actividad económica. En efecto, como afirma Pereira, el orden público económico sirve «de marco de protección y aseguramiento de las garantías de naturaleza económica de los

15 FARJAT citado por WITKER (2000, p. 42).

individuos consagrados en la Constitución¹⁶».

Cea Egaña, por su parte, considera que el orden público económico es «el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularlas en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución¹⁷».

En tal sentido, el orden público económico procura armonizar los intereses colectivos de la sociedad (interés público) con el interés de quienes participan en la actividad económica mediante la producción y comercialización de bienes y servicios para generar riqueza (intereses privados).

Como explicado en los párrafos precedentes de este ensayo, el criterio planteado por el Consejo Directivo de Pro-Competencia en el caso Loto Real del Cibao, S.A. vs Jhonny Zabala Alcántara, establece que respecto a los actos de competencia desleal, la intervención de Pro-Competencia solamente procede «cuando esté en juego el orden público económico, a través de una primero, indiciada y luego, comprobada afectación al interés público de las conductas de competencia desleal tipificadas en la Ley núm. 42-08¹⁸».

Al contraponer el criterio de Pro-Competencia con el contenido esencial del concepto de orden público económico que hemos analizado previamente, podemos inferir que el ejercicio de las

atribuciones persecutorias por parte de la institución en casos de competencia desleal solamente procede cuando la práctica presuntamente desleal produzca una afectación a las garantías económicas que consagra la Constitución a favor del colectivo social. Es decir, cuando la conducta desleal perjudique el interés público, el interés privado de un competidor(es) y el interés colectivo de los consumidores.

Respecto a la noción de interés público, a la que también hace referencia el Consejo Directivo de Pro-Competencia en la citada Resolución núm. 009-2022, es oportuno señalar que, según afirma Correa, el interés público (también denominado interés general o bien común) «se trata de una esfera de intereses que no puede ser distinta del interés de la comunidad y que se expresa en un sentimiento generalizado de aceptación a ciertos valores o principios que hacen posible la convivencia y la realización de proyectos particulares (interés privado)¹⁹». Para este autor, la afectación al interés público se configura mediante acciones que perjudican a un grupo significativo de consumidores o usuarios, así como también aquellas que, aunque apenas involucren dos personas tienen el potencial de afectar a la generalidad de los consumidores o usuarios.

El factor preponderante a tomar en cuenta en tales casos será la frecuencia, gravedad y grado de peligrosidad con que se presenten o puedan presentarse determinados tipos de actos en el marco de una relación de consumo²⁰.

16 EREIRA (2007, p. 163).

17 Cea (1988, p. 158).

18 Consejo Directivo de Pro-Competencia, Resolución núm. 009-2022, de fecha 15 de noviembre, 2022, p. 31, párr. 129.

19 Correa (2006, p. 145).

20 Cf. Correa (2006).

Según explica De la Maza, cuando una actuación resulta contraria al interés público es porque se compromete a toda la sociedad en su conjunto, aunque en lo inmediato esté afectando un solo consumidor o incluso si no existe ningún consumidor afectado individualmente, puesto que el concepto de interés público o interés general abarca a toda la sociedad y aquello que se requiere para su protección y resguardo²¹.

2. Interacción de la Ley 42-08 con las regulaciones sectoriales

En el marco de la legislación dominicana existen múltiples leyes adjetivas que sancionan la competencia desleal, tales como la Ley núm. 20-00 sobre Propiedad Industrial (artículo 176 y siguientes); la Ley Monetaria y Financiera, núm. 183-02 (artículo 68); la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98 (artículos 1 y 8); la Ley General de Electricidad núm. 125-01 (artículo 4 literal c); y la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, núm. 358-05 (artículos 61, 88, 105 literal c) numerales 3 y 6, 105 literal e) numeral 3).

Uno de los desafíos que plantea la aplicación de la Ley 42-08 en materia de competencia desleal, es la determinación de cuál es la norma aplicable cuando una misma conducta está tipificada en el texto legal de sus artículos 10 y 11 y también en una disposición contenida en una ley sectorial. El Principio de Unidad de Ordenamiento, consagrado en el artículo 2 de la Ley 42-08²²,

²¹ Cf. De la Maza et. al. (2017).

²² Artículo 2 de la Ley 42-08: «Del principio fundamental. Principio de Unidad de Ordenamiento. La presente normativa reconoce el derecho constitucional a la libre empresa, comercio e

señala explícitamente que las disposiciones de dicha ley solo tienen una aplicación supletoria en aquellos ámbitos regulados por una ley sectorial que contenga disposiciones en materia de competencia.

El Consejo Directivo de Pro-Competencia se pronunció sobre este asunto por primera vez mediante un acto administrativo a través de la misma Resolución núm. 009-2022, comentada en los párrafos precedentes, y estableció que no le corresponde dilucidar aquellos casos de competencia desleal que se produzcan por una violación a las disposiciones de leyes especiales o sectoriales. Esto «en virtud de la regla contenida en el Principio de Unidad de Ordenamiento de la Ley núm. 42-08 y el Principio de Juridicidad de la Ley núm. 107-13, en tanto la primera no deroga o modifica ninguna ley anterior con misiones institucionales de protección a la libre y leal competencia²³».

En el informe de instrucción inadmitido por el Consejo Directivo de Pro-Competencia mediante la Resolución núm. 009-2022, se le imputaba al agente económico investigado (Jhonny Zabala Alcántara) la comisión de actos de competencia desleal tipificados en el artículo 11 literales a) y b) de la Ley 42-08, por la realización de: (i) actos de engaño, al haber hecho un uso no autorizado de:

industria, compatible con la eficiencia económica, la competencia efectiva y la buena fe comercial. En tal sentido, este ordenamiento 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; esto es, de manera principal para todos los agentes económicos y de manera supletoria, para los agentes económicos regulados por leyes sectoriales que contengan disposiciones en materia de competencia».

²³ Resolución núm. 009-2022, p. 31, párr. 129.

la imagen, signos distintivos y marca de servicios propiedad de Loto Real del Cibao, S.A. para beneficiarse de su clientela, y (ii) actos de confusión, por haber usado la marca «Lotería Real» y la denominación «Real Tarde» en su publicidad; creando en los consumidores la falsa idea de la existencia de un vínculo comercial, de negocios o asociación entre Loto Real del Cibao, S.A. y el agente económico investigado, señor Jhonny Zabala Alcántara (propietario y operador del Consorcio de Bancas de Lotería Mi Esperanza)²⁴.

Este caso reviste una gran importancia para ilustrar a la comunidad jurídica sobre la delimitación de la competencia de atribución de Pro-Competencia y la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (ONAPI), respectivamente, en materia de competencia desleal²⁵.

La Ley 20-00 sobre Propiedad Industrial en el título VI, intitulado «De la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial», dedica todo un capítulo a abordar «los actos de competencia desleal» en esa materia. Algunas conductas previstas en el listado de actos de competencia desleal que contempla el artículo 11 de la Ley 42-08, también están tipificadas en el artículo 177 al 180 de la Ley 20-00. Tal es el caso de los actos de confusión, los actos de denigración, los actos de engaño, los actos de imitación y la violación al secreto empresarial.

24 Consejo Directivo de Pro-Competencia, Resolución núm. 009-2022, de fecha 15 de noviembre, 2022, p. 21, párr. 100.

25 Resolución núm. 009-2022, de fecha 15 de noviembre, 2022, del Consejo Directivo de Pro-Competencia, p. 4, párr. 13: «Por lo tanto, el Consejo Directivo, en ocasión de la presente solicitud considera pertinente expresar tanto a Dirección Ejecutiva como a los agentes económicos, los criterios que en su opinión colegiada deben motivar los actos administrativos de inicio de investigación, así como la instrucción de un expediente sancionador por alguna de las causales de competencia desleal tipificadas por la Ley núm. 42-08».

En el caso Loto Real del Cibao, S.A. vs Jhonny Zabala Alcántara, en cuyo informe de instrucción se le imputaba a este último la comisión de actos de engaño y actos de confusión, el Consejo Directivo de Pro-Competencia justificó su decisión de inadmitirlo a fase decisoria en base a que los actos de confusión y engaño tipificados en el artículo 177 de la Ley 20-00 y en el artículo 11 de la Ley 42-08 están destinados a proteger un bien jurídico distinto.

Entre otros motivos que fundamentan la decisión del Consejo Directivo de Pro-Competencia²⁶, el argumento medular se centra en que tanto la Ley 42-08 como la Ley 20-00 están destinadas a tutelar un bien jurídico distinto. En el caso de la Ley 42-08 es la competencia efectiva y la eficiencia económica para garantizar el derecho a la libertad de empresa (consagrado en el artículo 50 de la Constitución). En la Ley 20-00 el bien jurídico tutelado es el derecho a la propiedad intelectual (consagrado en el artículo 52 de la Constitución) para garantizar el derecho a la propiedad exclusiva sobre las producciones del intelecto humano. Como explica Zegarra, «toda infracción a los derechos de propiedad intelectual supone un acto de competencia desleal, pero no todo acto de competencia

26 *Ídem*, p. 28, párr. 117: «En resumen, el expediente no puede ser admitido a fase decisoria, en vista de lo siguiente: i. Los actos de confusión y engaño tipificados por la Ley núm. 20-00 protegen un bien jurídico distinto a los actos de confusión y engaño, de la Ley núm. 42-08. Unas se relacionan con la protección efectiva de derechos de propiedad intelectual, y los segundos protegen la competencia efectiva y la eficiencia económica; esto es, sendas leyes garantizan, tutelas de competencia desleal para la protección de bienes jurídicos que responden a vértices constitucionales diferenciados; ii. El alcance material de las prohibiciones del artículo 177 de la Ley núm. 20-00 y las del artículo 11 la Ley núm. 42-08 son notoriamente distintas; iii. La reserva legal del artículo 183 de la Ley núm. 20-00, se mantiene; iv. Es menester respetar la regla de subsidiariedad contenida en el Principio de Unidad de Ordenamiento del artículo 2 de la Ley núm. 42-08, reiterada por los artículos 69 y 70 para la materia de propiedad industrial».

desleal se comete necesariamente infringiendo derechos de ese tipo...²⁷»

De esto se infiere que cuando se incurre en la violación de un derecho de propiedad intelectual mediante actos como la confusión, denigración, engaño, imitación, etc., estos conllevan implícitamente la configuración de una competencia desleal en el mercado. Sin embargo, para configurar una competencia desleal en el contexto de la legislación de defensa de la competencia por esos mismos actos, no es necesario que se verifique una violación a los derechos de propiedad intelectual.

Tal pudiere ser el caso, por ejemplo, si el derecho de propiedad industrial supuestamente infringido no está debidamente registrado o cuando el denunciante no es el titular del mismo²⁸. Lo mismo sucede cuando la realización del acto desleal no involucra aspectos relativos a la propiedad intelectual porque su ejecución se materialice mediante mecanismos que no están vinculados a derechos de propiedad intelectual.

En síntesis, la regla de delimitación de la competencia de atribución de Pro-Competencia y organismos sectoriales en materia de competencia desleal se contrae a lo siguiente: en todos los casos de competencia desleal previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley 42-08, a Pro-Competencia solamente le corresponde accionar mediante el ejercicio de sus atribuciones persecutorias cuando la infracción cometida produzca una afectación al interés público, que debe ser

protegido para garantizar el orden público económico.

A tales fines, debe verificarse una afectación al bien jurídico tutelado por las disposiciones de la Ley 42-08, que es el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, a través de lo cual se hace realizable el propósito enunciado en el artículo 1 de dicha ley; que consiste en «incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios»

3. Los actos de competencia desleal en perjuicio de consumidores finales

Dado que el interés del consumidor es distinto del interés general o interés público, puede suceder que una conducta tipificada en la ley afecte el interés individual de un consumidor sin producir una afectación al interés general de la sociedad o al interés colectivo de los consumidores.

En tales casos resulta aplicable la disposición prevista en el artículo seis del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08, que establece que la autoridad competente para conocer las acciones derivadas de tales casos es el Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro-Consumidor)²⁹.

²⁹ Artículo 6 del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08. «Efectos de la competencia desleal contra consumidores finales. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 10 de la Ley, y de conformidad con la Ley núm. 358-05, General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, el conocimiento de los efectos derivados de los actos de competencia desleal que produzcan perjuicios a un consumidor final será competencia del Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro-Consumidor)».

²⁷ ZEGARRA (2009, p. 84).

²⁸ *Idem*, p. 85

A continuación, un ejemplo sobre la distinción entre una conducta que afecta el interés individual de un consumidor de aquella que afecta el interés general de la sociedad o el interés colectivo de los consumidores: un proveedor sin informales al consumidor, le vende un vehículo como nuevo, pero, en realidad ha sido reconstruido, incurriendo así en un acto de engaño (por omisión de la verdadera información).

La práctica descrita anteriormente produce una afectación al interés individual del consumidor, ya que los efectos adversos de la misma no trascienden más allá del interés del consumidor afectado; el cual deberá realizar la denuncia correspondiente ante el Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro-Consumidor). Dicho organismo deberá proceder a conocer el caso conforme a las disposiciones de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, núm. 358-05, y su reglamentación complementaria³⁰, para ofrecer protección a los derechos del consumidor reclamante que ha sido afectado por la actuación engañosa del proveedor.

Por otro lado, imaginemos el caso de un proveedor que decide comercializar un producto alimenticio en el mercado con la fecha de expiración vencida, la cual altera deliberadamente para aparentar que el producto no está vencido y poder comercializarlo a un precio más bajo que, por ende, resultará ser más competitivo frente al precio de otros productos. Esta estrategia comercial tiene el potencial

³⁰ Nos referimos, particularmente, a la Resolución del Consejo Directivo de Pro-Consumidor que Regula la Publicidad Engañosa en la República Dominicana, aprobada por el Consejo Directivo de dicho organismo mediante Resolución núm. 016-2014, 14 de agosto, 2014.

de afectar el interés público y colectivo de los consumidores y el interés privado de otros competidores.

Esto así por los siguientes motivos: (i) la conducta descrita afectaría a la generalidad de los consumidores que demandan en el mercado el producto cuya fecha de expiración ha sido alterada; (ii) la Constitución dominicana y otras normas adjetivas garantizan el derecho a la salud y los derechos del consumidor, los cuales deben ser tutelados efectivamente por el Estado; y (iii) aquellos competidores cuyos productos compiten con el producto vencido comercializado en el mercado, verían afectados sus intereses privados ante la estrategia comercial desleal del competidor que incurre en ese comportamiento. Es evidente, que en este caso concreto una denuncia por competencia desleal ante Pro-Competencia por una parte con interés legítimo que se considere afectada (competidor o consumidor³¹) sería procedente, en principio; en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08.

4. Peculiaridades procesales de la competencia desleal

El procedimiento administrativo aplicable a los casos de competencia desleal en la Ley 42-08 está sometido a un régimen que en el aspecto procesal tiene marcadas diferencias con respecto al régimen aplicable a las otras dos categorías de prácticas anticompetitivas previstas en la Ley 42-08 (el abuso de posición dominante y las

³¹ Artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08. «Actos de competencia desleal. Los actos, acuerdos o prácticas que fueren considerados como actos de competencia desleal y que no estuvieren enmarcados dentro de los casos indicados en los artículos que anteceden, podrán ser sometidos a Pro-Competencia por cualquier persona con interés legítimo, sean o no agentes económicos competidores, y serán tramitados según lo dispone el presente reglamento...».

prácticas colusorias). Nos referimos a tres elementos de carácter procesal que diferencian notablemente el tratamiento procedimental de la competencia desleal, las cuales analizamos a continuación.

(i) La ausencia de potestad legal para imponer multas de que adolece Pro-Competencia en casos de competencia desleal. El artículo 50 de la Ley 42-08, establece el contenido que deben tener las resoluciones del Consejo Directivo dictadas para la solución de una investigación realizada por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia. Dicho texto legal indica que, entre otros requisitos, dichas resoluciones deben contener: la declaración, si fuere el caso, de la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos, abuso de posición dominante o un acto de competencia desleal; la orden de cese de la práctica prohibida y el monto y criterio de fijación de las multas aplicadas; de conformidad con los artículos 61 y 62 de la Ley 42-08, que contemplan las sanciones aplicables y los criterios de imposición de las mismas. Sin embargo, el artículo 61 ^{3/4} que es el que establece las multas aplicables a las conductas tipificadas en dicha ley ^{3/4} no incluye la competencia desleal dentro del catálogo de conductas que tienen prevista una sanción (multa) en ese texto legal.

(ii) La posibilidad de someter el caso a un procedimiento de resolución de controversias, a iniciativa de la Dirección Ejecutiva y siempre que las partes estén de acuerdo. Le incumbe al Consejo Directivo de Pro-Competencia establecer reglamentariamente el procedimiento aplicable para llevar a cabo el desarrollo e instrucción de

tales procesos de resolución de controversias³².

(iii) La vía judicial está siempre abierta para los afectados por actos de competencia desleal, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa ante Pro-Competencia, conforme establece el artículo 55 de la Ley 42-08. Para ello, pueden acudir directamente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado en atribuciones civiles y comerciales e interponer las siguientes acciones: acción declarativa de la deslealtad del acto; solicitud de orden de cesación del acto de competencia desleal; acción de rectificación de las informaciones engañosas o falsas, y acción en reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el acto. El tipo de acción a interponer dependerá del momento en que se interponga la misma, especialmente si se ha producido o no la consumación del acto de competencia desleal.

En los demás aspectos, el procedimiento aplicable en casos de competencia desleal ante Pro-Competencia es exactamente el mismo que prescribe la Ley 42-08, para los casos de prácticas colusorias y el abuso de posición dominante en sus artículos 42 al 45 (procedimiento de instrucción ante la Dirección Ejecutiva) y 46 al 50 (procedimiento decisorio ante el Consejo Directivo). A continuación, describimos a grandes rasgos dicho procedimiento.

³² Artículo 8 párrafo I del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08: «(...) Una vez apoderada de una denuncia sobre actos de competencia desleal, la Dirección Ejecutiva de PROCOMPETENCIA podrá promover, en cualquier estado del procedimiento administrativo y siempre que las partes estén de acuerdo, que el asunto se someta a un procedimiento de resolución de controversias de acuerdo con lo que dispone el literal i) del artículo 31 de la Ley. Mediante resolución el Consejo Directivo de Pro-Competencia, establecerá un mecanismo efectivo para dirimir estas controversias para lo cual podrá formar las unidades de apoyo que sean necesarias para la instrucción de estos procedimientos».

La puesta en marcha de las atribuciones persecutorias de Pro-Competencia puede producirse de oficio, por decisión de la Dirección Ejecutiva, o en virtud de la denuncia de una parte con interés legítimo. La admisibilidad de una denuncia por competencia desleal ante Pro-Competencia está sujeta a que desde la ponderación inicial de la misma (que debe realizar la Dirección Ejecutiva en el plazo previsto en el artículo 37 párrafo I de la Ley 42-08), se pueda comprobar que, en adición al cumplimiento de los requisitos que prescribe el artículo 37 de la Ley 42-08, existen suficientes indicios de que la conducta denunciada produce una afectación al interés público³³.

Durante la fase de instrucción se lleva a cabo el proceso de investigación correspondiente por parte de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, para recabar pruebas que permitan determinar si efectivamente el agente económico imputado cometió o no el acto de competencia desleal. Al término de ese proceso de investigación, cuya duración no debe exceder de 12 meses, si la Dirección Ejecutiva ha logrado recabar pruebas que demuestren la comisión de actos de competencia desleal, debe remitir el expediente al Consejo Directivo de Pro-Competencia, acompañado del informe de instrucción.

El informe de instrucción es el documento que recoge las imputaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva y debe reunir los

requisitos que prescribe el artículo 43 numeral 1 de la Ley 42-08, a saber: describir las conductas observadas, las evidencias que las demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación dada a los hechos y la responsabilidad atribuida a los autores de los mismos.

En caso de que el Consejo Directivo decida admitir el informe de instrucción y ordenar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra el agente económico imputado, se da inicio a la fase decisoria ante dicho organismo. Este se desarrolla en observancia de todas las garantías relativas al debido proceso, especialmente en lo concerniente a la contradictoriedad del mismo y el ejercicio del derecho de defensa. El Consejo Directivo tiene amplias facultades para ordenar las medidas de instrucción y prácticas probatorias que estime necesarias y las que fueren solicitadas por las partes durante las audiencias que se lleven a cabo durante la fase decisoria del proceso.

Luego de agotada la fase de presentación de pruebas y conclusiones, se inicia la de resolución del expediente y el Consejo Directivo tiene un plazo máximo de 45 días para dictar su resolución sobre el caso. Agotada la vía administrativa ante Pro-Competencia, quienes resulten beneficiados con una resolución que establezca la comprobación de prácticas de competencia desleal, podrán acudir ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente e interponer una demanda en reparación de daños y perjuicios para obtener resarcimiento.

³³ «(...) por lo tanto, desde el inicio de una investigación por competencia desleal se deben comprobar indicios de afectación al interés público, según es descrito el artículo 1 de la Ley núm. 42-08». Resolución núm. 009-2022, de fecha 15 de noviembre del 2022, dictada por el Consejo Directivo de Pro-Competencia, p. 31, párr. 126.

Conclusiones

La oportuna intervención del Consejo Directivo de Pro-Competencia mediante la Resolución núm. 009-2022, de fecha 15 de noviembre del 2022, para explicitar los elementos necesarios que habrán de tomar en cuenta los agentes económicos y la Dirección Ejecutiva para determinar cuándo procede la intervención de Pro-Competencia en casos de competencia desleal, reviste una trascendental importancia. No solo contribuye a esclarecer aspectos cardinales en los procesos de competencia desleal, sino que, además, contribuirá a fortalecer la eficacia de las actuaciones que se desarrollan desde la Dirección Ejecutiva en este tipo de casos, puesto que ahora dicho organismo cuenta con unos parámetros más claros para guiar sus actuaciones en el manejo de los mismos.

La competencia desleal es una figura cuyo tratamiento en el marco de la Ley 42-08 reviste múltiples peculiaridades que la diferencian significativamente de las demás prácticas anticompetitivas tipificadas en dicha ley. Si bien la Ley 42-08 y su Reglamento de Aplicación contemplan el marco normativo básico aplicable a los casos de competencia desleal, el análisis que hemos realizado a través de este ensayo, nos permite concluir que para garantizar una gestión eficaz de dichos procesos, resulta necesario reforzar el marco normativo vigente para suplir las insuficiencias del mismo.

De igual modo, resulta recomendable y sería una herramienta de mucho valor para los agentes económicos la adopción por parte de Pro-Competencia de lineamientos generales, que establezcan

criterios objetivos para la valoración de los elementos que configuran la competencia desleal; especialmente en lo relativo al carácter contrario a la ética y a la buena fe comercial de los actos de competencia desleal.

Bibliografía

Cea E., José Luis. Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1988.

Correa Fontecilla, Jorge. Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. Revista Española de Control Externo, año 2006, vol. 8, núm. 24. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414> [consulta 24 agosto 2023].

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 23 de junio de 1958, Gaceta Judicial LXXXVIII, núm. 2198. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/12/SC-23-06-1958.pdf> [consulta 27 agosto 2023],

DÁVILA Broncano, ROSA Liliana. Mercado y conductas anticompetitivas. Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, núm. 48-49, 2017-2018 / ISSN 1027-8168, Lima, Perú. Disponible en: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/4502/4421 [consulta 26 agosto 2023].

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Ojeda Montoya, Hugo. El interés general de los consumidores y su tutela en las decisiones de los tribunales superiores de justicia. Revista de Derecho de la Universidad Diego Portales, año 2017, núm. 242 (julio - diciembre), Santiago, Chile. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v85n242/0718-591X-revderudec-85-242-00105.pdf> [consulta 31 agosto 2023].

Jaeckel Kovaks, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal, Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1996. Disponible en: <https://www.studocu.com/co/document/pontificia-universidad-javeriana/derecho-de-la-competencia-y-del-consumo/apuntes-sobre-competencia-desleal/16742948> [consulta 14 agosto 2023].

Jaeckel Kovaks, Jorge y Montoya Naranjo, Claudia. La deslealtad en

la competencia desleal: qué es, cómo se establece en las normas, qué se debe probar y quién la debe probar. Revista Derecho Competencia, Vol. 9 N° 9, pp. 139-155, enero-diciembre 2013, Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-la-deslealtad.pdf> [consulta 14 agosto 2023].

Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitirte a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas), Themis Revista de Derecho 50. Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_050.pdf [consulta 12 agosto 2023].

Massaguer, José. Comentario a la ley de competencia desleal, editorial Civitas, Madrid, España, 1999.

Menéndez Menéndez, Aurelio. Competencia Desleal, editorial Civitas, Madrid, España, 1988.

Pereira Fredes, Esteban. Orden Público Económico: Una propuesta de conceptualización, Revista Derecho y Humanidades Universidad de Chile No. 13, 2007, Chile. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/916> [consulta 13 agosto 2023].

ROBLES LABORDA, Antonio. Libre competencia y competencia desleal, editora La Ley, Madrid, España, 2001.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de fecha 8 de mayo de 2020, proceso 625-I,P-2018, Quito, Ecuador. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/625_IP_2018.pdf [consulta 8 agosto 2023].

Witker, Jorge. Derecho de la Competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México), 1era. Ed., Santiago, Chile, 2000.

Zegarra, Álvaro. Disciplina de la lealtad concurrencial como derecho de la competencia general. Revista de Derecho Vol. 10, 2009, Departamento de Derecho Universidad de Piura, Lima, Perú. Disponible en: https://www.academia.edu/35395833/universidad_de_piura_facultad_de_derecho_álvaro_zegarra_mulánovich [consulta 26 agosto 2023].

Dinámica de la concentración de mercados

Simulaciones basadas en el enfoque de Gibrat

Nerys Feredico Ramírez Mordán

Juan Bautista Rodríguez Núñez

Resumen

El presente documento utiliza técnicas de simulación para intentar replicar el comportamiento del mercado, bajo diversas condiciones asociadas a su estructura competitiva y la posible existencia de barreras de entrada, con el objetivo de asociar dichas simulaciones con resultados teóricos y empíricos identificados en la literatura. Los resultados indican, que la dinámica individual de cada empresa tiende a generar diferencias históricas en el nivel de concentración de los mercados, convergiendo usualmente a ganar y solidificación a través del tiempo. No obstante, en la medida en que aumentan las probabilidades de entrada, los mercados tienden a estar menos concentrados, especialmente cuando no existe una empresa con alto nivel de participación. Estando este efecto sobre la competencia, condicionado a la persistencia en el nivel de participación de las empresas líderes, pues se identifica que el efecto de mayor probabilidad de entrada sobre el nivel de concentración de los mercados es menor en aquellos donde la empresa líder tiene mayor persistencia en su participación, así como en los mercados donde existe más probabilidad de salida.

Palabras clave: Microeconomía, política de competencia, barreras de entrada, simulaciones, organización industrial

Clasificación JEL: D22, D43, L10, L13, C63

Market Concentration Dynamics

Simulations Based on the Gibrat Approach

Abstract

This document employs simulation techniques (of what kind) to attempt to replicate the market's behavior under various conditions associated with its competitive structure and the potential existence of entry barriers. The aim is to connect these simulations with theoretical and empirical findings identified in the literature. The results indicate that the individual dynamics of each company tend to generate historical variations in the level of market concentration, typically converging towards increased concentration over time. However, as the probabilities of entry increase, markets tend to be less concentrated, particularly when there is no company with a high level of market share. This effect on competition is contingent upon the persistence in the participation level of the leading companies. It has been observed that the impact of a higher probability of entry on the level of market concentration is lower in those markets where the leading company maintains a higher level of participation over time, as well as in markets where there is a higher likelihood of exit.

Key words: Microeconomics, competition policy, entry barriers, simulations, industrial organization

Introducción

Un mercado se define, como un conjunto de compradores y vendedores que por medio de sus interacciones reales o potenciales fijan precios e intercambian productos (Pindyck & Rubinfeld, 2009). En estos, las condiciones de competencia resultan una característica importante, siendo las barreras de entrada una de las condiciones distintivas del nivel de competencia¹. Esta importancia ha incidido en que la barrera de entrada sea uno de los campos con mayor atención dentro de la organización industrial (Aguirre 1995), verificándose un esfuerzo de las autoridades de competencia en tratar de reducir las barreras por medio de la abogacía de la competencia (Carlton y Perloff, 1999), además de una alta relevancia del tema dentro de los estudios de competencia, inclusive ganando protagonismo frente a los temas de concentración (Shapiro 1982).

Naturalmente, las empresas entrarán al mercado si el nivel de beneficio supera el nivel competitivo de largo plazo, trayendo nuevas ideas, sin embargo, la existencia de barreras de entrada puede impedir la entrada de empresas e incidir sobre la eficiencia asignativa del mercado y el desarrollo de nuevos productos (Blees, Kemp, Maas, & Mosselman, 2003), limitando el funcionamiento existente de los mercados (COFECE, (Comisión Federal de Defensa Económica) 2023). En este marco, el análisis de barreras de entrada toma un protagonismo especial en las políticas de competencia, al

¹ Según la oficina de competencia de Inglaterra: las barreras de entrada permiten a una empresa mantener precios por encima del nivel competitivo, sin tener mayor eficiencia que sus potenciales rivales (Office of Fair Trading, 1999). Otros investigadores así lo resaltan (Segura Sánchez 2006).

punto que las propias autoridades de competencia han generado espacios de análisis para su definición en el marco del análisis de las condiciones de competencia en un mercado (Office of Fair Trading, 1999), argumentándose en la literatura que estas barreras son las que permiten a las empresas obtener beneficios económicos por encima de lo normal (White 2012).

Sin embargo, pese a la relevancia de las barreras de entrada, su amplio estudio ha permitido la existencia de distintas concepciones sobre la posibilidad de la entrada de las empresas. Por un lado, la teoría del precio límite² ha establecido que las empresas pueden aprovechar ciertas características del mercado para evitar la entrada de otras empresas y obtener beneficios de forma permanente. Aunque posteriores modelos dinámicos establecen que solo se puede impedir la entrada de nuevas empresas temporalmente, mientras que en la teoría de mercados eficiente, las barreras de entrada juegan un papel secundario (Aguirre 1995). Sumándose estas diferencias a que las barreras en el mercado, han estado asociadas a diversos conceptos como asimetrías y costes entre empresas (Stigler, 1968; Bauml y Willig, 1981) o el rol del Estado (Demsetz, 1982). Cada una de estas líneas de pensamiento adoptan diferentes concepciones al momento de definir una barrera de entrada, aunque se puedan definir aspectos comunes asociados a los costes, la asimetría entre empresas establecidas y potenciales entrantes, el rol de las regulaciones, la capacidad productiva o inclusive el gasto publicitario.

Esta diversidad de conceptos asociados a las barreras de entrada,

² Las empresas establecidas fijan un precio límite para evitar atraer nuevos competidores.

destacan la relevancia de estudiar a fondo las consideraciones sobre las barreras de entrada, pues la mera existencia de determinadas barreras, no implican necesariamente una falta de competencia dentro de los mercados (office of Fair Trading, 1999). En este sentido, los casos de reducido número de empresas o donde existen barreras de entrada, no necesariamente son dañinos a la competencia (OCDE, (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) 2011, 22)³. tal como explica la escuela de Chicago, las diferencias en la participación puede responder a diferencias en la eficiencia de las empresas (Stigler, 1968), existiendo inclusive autores que afirman que la reducción de las barreras de entrada puede tener efectos negativos sobre el mercado (Burke & T0, 2001). Por tanto, estas diferencias en las concepciones sobre barreras de entrada llevan que los estudios consideren identificarlas, medirlas y posteriormente determinar su efecto sobre la eficiencia y el bienestar. Más allá, estas diferencias hacen que las resoluciones sobre casos de competencia no se limiten a enunciar la existencia de barreras de entrada en los mercados, sino que indiquen si estas han sido creadas individualmente e intenten estimar el posible efecto de las mismas (CNDC, (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) 2022).

Las diferentes concepciones sobre las barreras de entrada, sumadas al hecho de que la entrada potencial es una variable no observable (Heger y Kraft 2008), lleva al presente documento a comparar distintas definiciones sobre barreras de entrada, haciendo un recorrido por la literatura relevante. Posteriormente, el documento

³ Inclusive existen autores como Herger y Kraft (2008) que han planteado que la ausencia de barreras no necesariamente garantiza un amplio número de competidores.

utiliza simulaciones para evaluar el impacto de la entrada de nuevas empresas en diferentes mercados⁴. Al utilizar una metodología basada en simulaciones, se aspira a proporcionar un análisis de cómo estos cambios en la estructura del mercado inciden sobre el nivel de concentración de los mercados, ofreciendo una comprensión parsimoniosa del impacto de la entrada de empresas en diferentes mercados.

Los resultados del documento respaldan regularidades previamente identificadas en la literatura, asociadas a que las dinámicas de las empresas tienden a generar diferencias históricas en el nivel de concentración de los mercados, usualmente tendiendo una empresa determinada a ganar participación en el mercado a través del tiempo —simulando dinámicas de ventas bajo la lógica de Gibrat (Pepall, Richards and Norman 2006, 271)—, no obstante, en la medida en que aumenta las probabilidades de entrada, los mercados tienden a estar menos concentrados. Estando este efecto sobre la competencia condicionado a la persistencia en el nivel de participación de las empresas líderes, pues se identifica que el efecto de una mayor probabilidad de entrada sobre el nivel de concentración de los mercados es menor en aquellos mercados donde la empresa líder tiene mayor persistencia en su nivel de participación. Adicionalmente, se ha encontrado que la entrada potencial a un mercado incide sobre la rentabilidad (Heger y Kraft 2008).

La estructura del documento es la siguiente: luego de introducir

el tema, se realiza una revisión de literatura sobre barrera de entrada; en la tercera parte se propone una estrategia de simulación con el objetivo de evaluar distintas condiciones de los mercados; posteriormente, en la parte de resultados mostramos los resultados asociados a las simulaciones; finalmente, se recogen algunas conclusiones de la investigación⁵.

2. Revisión de literatura

2.1 Perspectiva de mercados

La entrada de nuevas empresas a un mercado existente representa una de las principales dinámicas de la economía de mercado (Bain, 1956). Este proceso, denominado frecuentemente como: «entrada de empresas en la industria o mercado», se ha identificado en todo el mundo y puede desencadenar una serie de efectos tanto para las empresas existentes como para los consumidores, que varían dependiendo del tipo de mercado y del contexto económico (Geroski, 1995), teniendo la capacidad de proporcionar una idea de la competencia potencial (OCDE, (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) 2011). En este marco, el efecto de las barreras de entrada ha sido señalado en la literatura como poco probable (aunque bajo cierta controversia, tanto por las agencias de competencia, como por los teóricos de la economía) independientemente de la cuota de participación de una empresa que esta mantenga poder de mercado, si no existen importantes

⁴ Las técnicas de simulación han sido usadas con recurrencia en los análisis de competencia (Leonard and Zona 2010).

⁵ Es importante resaltar que estas se generan en R, basados en una semilla de 123, para posteriormente generar un vector de semillas del uno al diez mil, esto para garantizar que las simulaciones sean replicables.

barreras de entrada (Office of Fair Trading, 1999). En tal sentido, no sorprende que este tema de la organización industrial haya recibido una atención especial en la literatura.

Desde la perspectiva de la organización industrial, la entrada de nuevas empresas se considera un proceso clave para el dinamismo del mercado y la economía en general (Geroski, 1995). A través de modelos teóricos y empíricos, los investigadores han mostrado cómo la entrada de nuevas empresas puede romper las estructuras de mercado existentes, forzar a las empresas existentes a innovar, y estimular el crecimiento económico (AGHION y otros, 2005).

En un mercado de competencia perfecta, la entrada de empresas tiende a incrementar la competencia, lo que puede resultar en una disminución de los precios y un incremento de la eficiencia del mercado (Arrow, 2012). La idea es que las empresas existentes tienen que luchar por mantener su cuota de mercado, lo que a menudo lleva a la reducción de precios, la mejora de la calidad del producto o el servicio, y la innovación (Bresnahan y Reiss, 1991). Esta concepción es la base de la Política de Competencia que rige gran parte de las Leyes vinculadas a la Defensa de la Competencia (Motta, 2018). En la actualidad el estándar que rige la Política de Competencia es maximizar el bienestar del consumidor a través de su excedente⁶ (Francis & Sprigman, 2023). Este marco de referencia es congruente con el artículo uno de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, de la República Dominicana.

Si bien la competencia perfecta es el mercado donde se maximiza el excedente del consumidor y que a su vez sirve como marco principal de referencia para la Política de Competencia, esta contrasta la realidad de muchos mercados. Lo anterior, debido a que gran parte de los mercados se caracterizan por la diferenciación del producto (donde el producto no es homogéneo). Esto permite la existencia de poder de mercado por parte de las empresas que compiten. Lo anterior, implica que las empresas existentes pueden ser capaces de mantener sus precios por encima de los niveles competitivos aún sin la existencia de barreras de entrada o expansión en el mercado (TIROLE, 1988).

Por otro lado, en un escenario de competencia monopolística, la entrada de nuevas empresas puede tener un efecto más complejo y, por tanto, menos predecible. En estos mercados, las empresas tienen algún grado de poder de mercado debido a la diferenciación de productos, lo que significa que las empresas existentes pueden ser capaces de mantener sus precios altos a pesar de la entrada de nuevas empresas (Chamberlain, 1962). No obstante, la entrada de nuevas empresas puede estimular la innovación y la diversidad de productos en el mercado (SUTTON, 2007).

Finalmente, en un escenario de competencia imperfecta o de oligopolio, la entrada de nuevas empresas puede tener efectos aún más complejos. Dependiendo de la estructura del mercado y del grado de colusión entre las empresas existentes, la entrada de nuevas empresas puede o no desencadenar una guerra de precios o llevar a un incremento de la innovación.

⁶ El excedente del consumidor suele definirse como lo que el consumidor está dispuesto a pagar y lo que efectivamente paga.

En la teoría de los mercados contestables, desarrollada por Baumol (1982), la amenaza de la entrada potencial de nuevas empresas puede ser suficiente para disciplinar el comportamiento de las empresas existentes. Incluso en una situación en la que una única empresa domina el mercado (monopolio), si el mercado es contestable, es decir, si es fácil para las nuevas empresas entrar y salir del mercado sin costes, la empresa monopolista se comportará de manera eficiente y mantendrá los precios a niveles competitivos para evitar atraer a posibles competidores.

Existen estudios que intentan definir todos los tipos de barreras de entrada y su efecto sobre la competencia (Blees, Kemp, Maas, & Mosselman, 2003), identificándose diferencias significativas en los tipos de barreras en función de las dimensiones de las empresas. En el cuadro 1 se incorporan algunas de las consideraciones sobre las barreras de entrada establecidas por las distintas escuelas y teorías económicas.

2.1.1 Perspectiva estructuralista

La perspectiva estructuralista, propuesta por Joe Bain, se centra en cómo la estructura de un mercado puede afectar el comportamiento y el rendimiento. Según Bain, las altas barreras de entrada protegen a las empresas establecidas de la competencia, lo que les permite obtener beneficios anormales.

Las economías de escala representan una barrera a la entrada porque las empresas que ya operan a gran escala pueden producir a costos más bajos. Las nuevas empresas necesitarían alcanzar un tamaño

similar para competir en igualdad de condiciones, lo que puede desincentivar su entrada debido al riesgo de no alcanzar ese tamaño y, por lo tanto, sufrir pérdidas.

2.1.2 Escuela de Chicago

La escuela de Chicago, en la que George Stigler fue una figura clave, argumenta que las barreras de entrada no son tan persistentes o perjudiciales como sugiere la perspectiva estructuralista. Sostienen que si hay beneficios anormales en un mercado, atraerán a nuevos competidores que eventualmente erosionarán estos beneficios.

Asimetría de costos y economías de escala: Desde esta perspectiva, las economías de escala son una barrera de entrada solo si hay una asimetría de costos significativa entre las empresas establecidas y las entrantes. Si las nuevas empresas pueden acceder a tecnologías o prácticas que les permitan operar eficientemente a una escala menor, las economías de escala de las empresas más grandes no serían una barrera insuperable.

2.1.3 Barreras inocentes *versus* estratégicas

Steven Salop hace una distinción entre barreras «inocentes» (o naturales) y barreras estratégicas. Las barreras naturales son inherentes a la industria o el mercado, mientras que las estratégicas son creadas deliberadamente por empresas para mantener fuera a los competidores.

Economías de escala: desde la perspectiva de Salop, las economías de escala podrían considerarse una barrera «inocente», ya que son una característica natural de algunas industrias. Sin embargo, si una empresa dominante invierte excesivamente en capacidad para mantener fuera a los competidores, eso se consideraría una barrera estratégica.

Los hechos estilizados de la literatura señalados por Pepall, Richards, & Norman (2006) manifiestan que el ingreso de nuevas empresas es en sí un ingreso a pequeña escala, la tasa de supervivencia es relativamente baja, el ingreso es común, mientras que la tasa de entrada está correlacionada con la salida, aunque las tasas de entrada y salida pueden fluctuar considerablemente, especialmente entre distintos mercados (p. 272).

La literatura empírica ha identificado heterogeneidades en los niveles de barreras de entradas entre países (Poza, Mateo and Solana 2012). Regionalmente, las barreras de entrada forman parte de los estudios de competencia, identificándose limitaciones de corte jurídico y acceso a infraestructura (COFECE, 2023). Aunque, las investigaciones regionales identifican aquellas barreras al crecimiento de las empresas, tal como el acceso limitado a infraestructura clave.

2.2 Barreras de entrada de acuerdo con las autoridades de competencia

A grandes rasgos la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE 2005) divide las barreras de entrada

en tres categorías principales: barreras estructurales o naturales, barreras estratégicas o artificiales y barreras legales.

2.2.1 Barreras estructurales o naturales

Estas barreras emergen de características intrínsecas del sector, tales como tecnología, costos y demanda. En ciertos contextos, estas barreras pueden conducir a la formación de monopolios naturales. Algunos ejemplos incluyen:

- Economías de escala: en mercados donde las empresas preexistentes ya han capitalizado ampliamente las economías de escala, los nuevos actores encuentran desafiante ingresar y competir eficazmente.
- Efecto de red: hace alusión a cómo el valor de un producto o servicio incrementa a medida que más usuarios se integran. Por ejemplo, plataformas de pago se fortalecen con el crecimiento de su base de usuarios, lo que a su vez atrae a más comerciantes. Este efecto cíclico crea una barrera para nuevos competidores.
- Control sobre recursos clave: si una empresa tiene dominio sobre recursos esenciales para una industria, esto puede erigir barreras significativas para posibles entrantes.

2.2.2 Barreras estratégicas o artificiales

De acuerdo con la OCDE (2005) este tipo de barreras se originan de las acciones intencionales de las empresas ya establecidas para mantener su dominio y disuadir a nuevos competidores. Algunos ejemplos son:

- **Costos de cambio y fidelización:** referente a los costos y esfuerzos que un cliente debe asumir al cambiar de proveedor. Los incentivos de fidelización fortalecen la relación cliente-empresa y dificultan la entrada de competidores.
- **Inversión en publicidad y marca:** una fuerte inversión en publicidad no solo atrae a nuevos clientes, sino que también eleva el reconocimiento y lealtad hacia una marca. Una presencia prominente en el mercado puede disuadir a potenciales competidores.
- **Estrategia de proliferación de marca:** esta táctica busca saturar todos los nichos de mercado posibles, limitando así el espacio para nuevos competidores.
- **Precios predatorios:** se refiere a la práctica de establecer precios intencionalmente bajos, incluso por debajo del costo, con el propósito de forzar a competidores a abandonar el mercado. Una vez logrado, la empresa puede elevar sus precios y maximizar sus ganancias.

2.2.3 Barreras regulatorias o legales

De acuerdo con OCDE (2005) emergen del marco legal y regulatorio establecido por el gobierno y limitan o restringen el ingreso de nuevas empresas en el mercado. Estas barreras pueden manifestarse de diferentes maneras, dependiendo de la naturaleza de las políticas y leyes establecidas:

- **Naturaleza de la regulación:** las leyes, por su estructura y proceso de aprobación, tienden a ser más permanentes y duraderas. Sin embargo, las políticas administrativas o económicas son más flexibles y pueden ser reajustadas dependiendo de las circunstancias económicas y políticas del país.
- **Efectos diferenciales:** mientras que las empresas nacionales pueden encontrar menos obstáculos para ingresar a un sector industrial, las empresas extranjeras pueden enfrentarse a más limitaciones debido a proteccionismos o políticas específicas.

3. Metodología

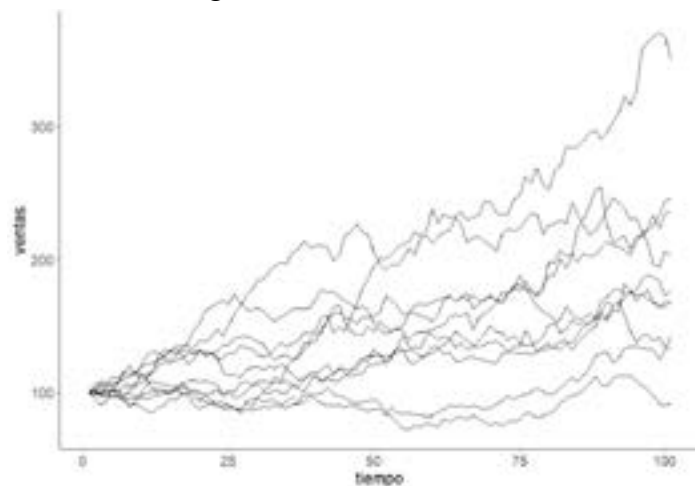
El documento propone distintas simulaciones sobre el nivel de ventas y precios de determinados mercados, para posteriormente estudiar el nivel de competencia de los mercados, asumiendo diversos supuestos sobre las barreras de entrada. En el primer bloque de simulaciones, se simula la dinámica de ventas de diez empresas, suponiendo que las mismas siguen un proceso Browniano

geométrico (ecuación 1). Las simulaciones siguen la lógica de *Gibrat* (1939), presentadas por *Pepall et al.*, (2005, p.270), al asumir un número inicial de empresas (10) que en cada periodo tienen una tasa aleatoria de crecimiento, asumida por una distribución con tasa media y varianza constante.

$$(1) \quad dX_t = \mu X_t dt + \sigma X_t dW_t$$

Donde, t representa la cantidad de periodos; X_t corresponde al nivel de ventas de la empresa en t ; μ es la tasa de crecimiento esperada de las ventas; σ es la volatilidad en el crecimiento de las ventas; dW_t es una fuente de ruido o error estocástico. Un ejemplo de estas simulaciones se muestra en el **Gráfico 1**, de acuerdo con los resultados de *Gibrat*, podemos observar como a pesar de las empresas iniciar en el mismo nivel y estar enfrentadas a la misma distribución en su tasa de variación, el mercado tenderá a generar diferencias entre empresas.

Gráfico 1. Simulación de las ventas de diez empresas usando un proceso *Browniano* geométrico



Nota: $X_0=100$ (ventas de las empresas en $t=0$), $T=100$; $\sigma=0.2$; $\mu=0.15$. Semilla usada 123.

Fuente: elaboración propia con simulaciones realizadas en el programa estadística R-Studio.

Posterior a generar esta serie de ventas, es posible calcular el índice de concentración del mercado (IHH, ecuación 2), donde influyen el número de empresas en el mercado y el grado de varianza en las cuotas (*Segura Sánchez 2006*). En tal sentido se asumen tres escenarios: el primero implica que no salen ni entran empresas en el mercado durante el periodo; el segundo asume una probabilidad de entrada de las empresas modelada a partir de una distribución uniforme⁷; mientras que el tercero asume una probabilidad de salida en el mercado también modelada por una distribución uniforme⁸. Para cada escenario se estima el IHH promedio en 1/3 de las colas de las muestras de cada simulación, como una medida proxy del nivel de competencia en los mercados.

$$IHH_t = \sum_{i=1}^n v_i^2 * 10,000$$

7 A partir de la observación, diez se considera una variable aleatoria con distribución normal, si esta es menor a la probabilidad de entrada asumida (primera columna tabla 1) se asume que a partir de ese momento entra una nueva empresa en el mercado, por lo que, esa probabilidad puede asumirse como la inversa de la altura de la barrera de entrada.

8 En este tercer escenario, adicional a las consideraciones del segundo se asume una segunda probabilidad, la misma, a partir del periodo 25, considera una variable aleatoria con distribución uniforme, en caso de que esta variable simulada asuma un valor inferior a la probabilidad de salida, se considera sale una empresa del mercado. Por tanto, en este escenario si se considera que existe una probabilidad de que las empresas salga del mercado.

En un segundo bloque de simulaciones se trata de integrar las decisiones del mercado en cada paso, en el sentido de que el precio seguirá una dinámica autorregresiva de primer orden, pero adhiriendo una relación negativa con el IHH, al asumirlo como un índice de poder de mercado. La idea es pensar que a menor concentración del mercado menor crecimiento en las series de precios en el mercado.

4. Resultados

Los resultados del primer bloque de simulaciones se presentan en el cuadro núm. uno, en el mismo se verifican como las simulaciones reproducen las regularidades empíricas observadas en la literatura, al indicar que naturalmente los mercados tienden a ganar concentración en el tiempo (*Pepall et al., 2005, p.270*), especialmente cuando no existe probabilidad de que entren nuevas empresas. Esto puede responder a las asimetrías en la estructura de costos y la eficiencia de gestión de las distintas empresas. Aunque, en el escenario con posibilidad de entrada de las empresas, se observa que en la medida en que se reduce la altura de las barreras de entrada, y aumenta la probabilidad de que entren nuevas empresas, los mercados tienden a mostrar mayor nivel de competencia -asumiendo el nivel de concentración como un *proxy* del nivel de competencia-. Por tanto, en este sentido, los resultados de las simulaciones respaldan el argumento de que a mayor cantidad de empresas se esperan menores inquietudes sobre el poder de mercado (OCDE, 2011).

Cuadro 1. Índice de concentración según supuestos asumidos

Prob. Entrada	Cuartil tasa de entrada	IHH inicio	Cola de la Muestra		
			Esc. 1	Esc. 2	Esc. 3
0.1	1	1,026.2	1,091.8	671.7	815.5
0.1	2	1,026.2	1,092.8	547.4	657.5
0.1	3	1,028.2	1,112.0	429.3	507.8
0.2	1	1,025.2	1,097.9	624.2	759.3
0.2	2	1,026.2	1,091.8	490.9	588.5
0.2	3	1,026.2	1,091.8	413.1	492.6
0.2	4	1,027.2	1,097.9	344.4	410.7
0.3	1	1,020.1	1,107.0	584.8	677.4
0.3	2	1,026.2	1,091.8	477.7	569.8
0.3	3	1,026.2	1,091.8	391.9	466.8
0.3	4	1,026.2	1,092.8	330.3	390.8

Nota: 10,000 simulaciones dentro de cada probabilidad de entrada. $X_0=100$ (ventas de las empresas en $t=0$), $T=0$; $\sigma=0.2$; $\mu=0.15$.

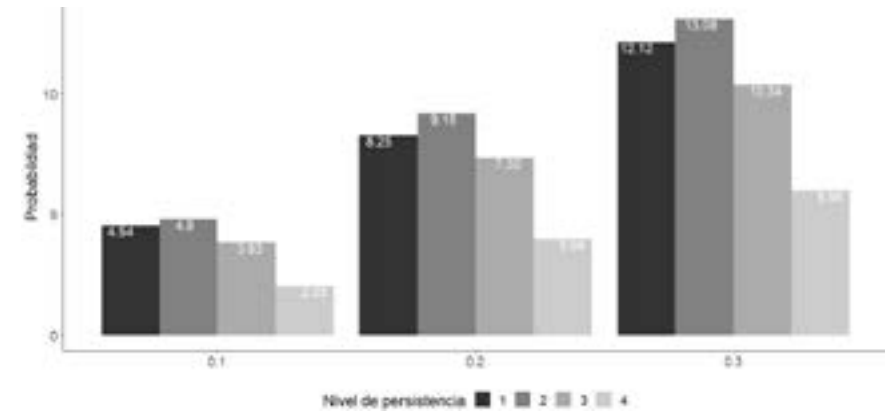
Fuente: elaboración propia con el programa estadística R.

Pese a la menor concentración observada en los mercados posterior al aumento de las probabilidades de entrada, este efecto está condicionado a eventos como el nivel de persistencia en el nivel de participación de la empresa líder y la probabilidad de salida de las empresas. En este sentido, el efecto de una mayor probabilidad de entrada sobre el nivel de concentración de los mercados es menor en aquellos mercados donde la empresa líder tiene mayor persistencia en su nivel de participación, lo que se puede asumir como una mayor fortaleza. De igual forma, el efecto de mayores probabilidades de entrada será menor en aquellos mercados donde

las empresas tengan mayores probabilidades de salida.

En tal sentido, y según los resultados del gráfico dos, además de evaluar el nivel de concentración en los mercados, la fortaleza de la empresa líder parece ser un indicador importante sobre las condiciones de competencia de los mercados, pues se identifica que, a mayor persistencia de las empresas grandes, en términos de estabilidad en su participación en el mercado, se observa menor probabilidad de que una empresa nueva entre y alcance reinar en el mercado. En el gráfico se verifica que es poco probable, en los escenarios simulados, que una nueva empresa entre al mercado y se convierta en número uno, y que esta probabilidad se reduce conforme el nivel de participación de la empresa líder es más estable y elevado. Igual, este resultado va acorde con la literatura, al indicar que las barreras de entrada tienen especial relevancia acorde con que al tamaño relativo de los agentes (Heger y Kraft 2008).

Gráfico 2. Probabilidad simulada de reinado de una nueva empresa, según nivel de persistencia de la empresa líder en el mercado



Nota: $X_0=100$ (ventas de las empresas en $t=0$), $T=0$; $\sigma=0.2$; $\mu=0.15$. La persistencia se obtiene a partir del coeficiente de autocorrelación de la primera diferencia de las series de ventas.

Fuente: elaboración propia en R.

Conclusiones

El documento estudió algunas regularidades empíricas identificadas en la literatura sobre barreras de entrada y posteriormente, simuló la dinámica de ventas de una serie de empresas para analizar como la posibilidad de entrada o salida de las empresas podía incidir sobre el nivel de competencia de los mercados.

Las simulaciones respaldan la idea generalizada en la literatura de que los mercados, si se dejan sin intervenciones, tienden naturalmente a concentrarse. Este fenómeno puede ser una manifestación de asimetrías en la eficiencia, estructura de costos

y gestión entre empresas. Sin embargo, cuando se introduce la posibilidad de entrada de nuevas empresas y se reducen las barreras, los mercados tienden a ser más competitivos. Esto respalda la tesis de que un mayor número de empresas en un mercado limita las preocupaciones sobre el poder excesivo de mercado.

Aunque aumentar la probabilidad de entrada reduce la concentración del mercado, este efecto se atenúa si la empresa líder en el mercado mantiene una alta persistencia en su participación. Es decir, si una empresa líder es fuerte y constante en su dominio del mercado, la entrada de nuevas empresas tiene menos impacto en la reducción de la concentración del mercado.

Además de la concentración del mercado, otro factor crucial en la competencia es la fortaleza o persistencia de las empresas líderes. Las barreras de entrada son especialmente relevantes cuando hay grandes diferencias en el tamaño de las empresas. Una nueva empresa tiene una probabilidad muy baja de entrar y convertirse en la líder del mercado, especialmente cuando la empresa dominante es fuerte y tiene una participación estable.

Estos hallazgos subrayan la importancia de políticas que fomenten la entrada de nuevas empresas en mercados concentrados. Sin embargo, las políticas deben considerar no solo la eliminación de barreras de entrada sino también la persistencia y fortaleza de las empresas líderes. Una empresa dominante con alta persistencia puede actuar como una barrera de entrada en sí misma.

Bibliografía

AGHION, Philippe, NICK Bloom, RICHARD Blundell, PETER Howitt, and RACHEL Griffith. 2005. «Competition and innovation: an Inverted-U Relationship Get access Arrow». *The Quarterly Journal of Economics* 120 (2): 701–728. doi:10.1093/qje/120.2.701.

AGUIRRE, I. 1995. «Una introducción a las barreras de entrada». Universidad del País Vasco.

BAIN, Joe S. 1956. «*Barriers to new competition: Their Character and consequences in manufacturing industries*». Harvard University Series on Competition in American Industry. Disponible en: doi:10.4159/harvard.9780674188037

BAUMOL, William J. 1982. «*Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*». *The American Economic Review* 72 (1): pp. 1-15.

BAUMOL, William J., John C. Panzar, and Robert D. Willig. 1983. «*Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure: Reply. The American Economic Review*» (*American Economic Association*) 73 (3): 491-496.

BLEES, Jasper, RON Kemp, JAROEN Maas, and MARCO Mosselman. 2003. *Barriers to Entry: Differences in barriers to entry for SMEs and large enterprises*. Scientific Analysis of Entrepreneurship and SMEs.

BRESNAHAN, Timothy, and PETER C. Reiss. 1991. «*Entry and Competition in Concentrated Markets*». *Journal of Political Economy* 99 (5): 977-1009.

CARLTON, Dennis, and JEFFREY, Perloff. 2005. *Modern Industrial Organization*. Pearson/Addison Wesley.

CHAMBERLAIN, Edward Hastings. 1962. *The theory of monopolistic*

competition. Cambridge: Oxford University Press.

CHANG, Hau Loon, and FAN. Tang. 2001. «*An Empirical Study on Strategic Entry Barriers in Singapore*». *Asia Pacific Journal of Management* 18: 503-517. doi:10.1023/A:1012827410145.

CNDC, (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia). 2022. Edited by Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Vers. Expediente EX-2021-125852512- -APN-DGD#MDP. Accessed 8 9, 2023.

Comisión Federal de Competencia Económica. (2023, 17 de marzo). COFECE determinó la existencia de barreras a la competencia en los mercados relevantes de la cadena de valor de turbosina. <https://www.cofece.mx/cofece-determino-la-existencia-de-barreras-a-la-competencia-en-la-cadena-de-valor-de-turbosina/>

Congreso Nacional de la República Dominicana. 2008. Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08. Congreso Nacional de la República Dominicana, Santo Domingo, D.N.: Congreso Nacional de la República Dominicana.

Couto, Alexandra, and Natália, Barbosa. 2020. «Barriers to entry: An empirical assessment of Portuguese firms perceptions». *European Research on Management and Business Economics* 26 (2): pp. 55-62.

FRANCIS, Daniel, and CHRISTOPHER Jon Sprigman. 2023. *Antitrust: Principles, Cases and Materials*. New York City: American Bar Association: Antitrust Law Section.

GEROSKI, Paul Gilbert. 1995. «*What do we know about entry?*» *international Journal of Industrial Organization* 13 (4): 421-440. doi:10.1016/0167-7187(95)00498-X.

GIBRAT, Robert. 1931. *Les inegalities economiques; applications: aux inegalities des richesses, a la concentration des enterprises, aux populations des villes, aux statistiques des familles.*, París: Librairie du Recueill Sirey.

HEGER, Diana, and Kornelius, Kraft. 2008. «*Barriers to Entry and Profitability*». Centre for European Economic Research.

LEONARD, Gregory, and DOUGLAS, Zona. 2010. «*Simulation in Competitive Analysis*». In *Issues in Competition Law and Policy*, by ABA, 1405-1436. ABA Section of Antitrust Law.

MOTTA, Massimo. 2018. *Política de competencia*. México, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

OCDE, (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). 2005. *Entry Barriers*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

2011. *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*. Volumen II: Guía: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Office of Fair Trading (OFT). 2004. *Market Definition: Understanding competition law*. Competition Law Guideline, Office of Fair Trading (OFT), Bruselas: Office of Fair Trading (OFT).

PEPALL, Lynne., DANNY Richards, and GEORGE Norman. 2006. *Organización Industrial. Teoría y Práctica Contemporánea*. 3ra. Thomson.

PINDYCK, Robert, and DANIEL Rubinfeld. 2009. *Microeconomía*. 7ma. Madrid: Pearson-Educación.

POZA, Carlos, PATRICIA Mateo, and GONZALO Solana. 2012. «Gestión de las barreras de entrada de la empresa española en su proceso de implantación en mercados emergentes.» Edited by Universidad EAN. *Red de Revistas Científicas de América Latina* 73: 184-195. doi:10.21158/01208160.n73.2012.593.

SEGURA Sánchez, Julio. 2006. «La política de defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional». *Ekonomiaz: Revista vasca de economía (Ekonomiaz, Comisión Nacional de Mercado de Valores)* 61: 16-39. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151317>.

SHAPIRO, Carl. 1982. Advertising as a barrier to entry? Working Papers, Bureau of Economics, Federal Trade Commission (FTC), Washington D. C.: Federal Trade Commission (FTC). <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/advertising-barrier-entry/wp074.pdf>.

SMILEY, Robert. 1988. «Empirical evidence on strategic entry deterrence». *International Journal of Industrial Organization* 6 (2): 167-180. doi:10.1016/S0167-7187(88)80023-7.

STIGLER, George. 1968. *The Organization of Industry*. The University of Chicago Press.

SUTTON, John. 2007. *Sunk Costs and Market Structure*. The MIT Press.

TIOLE, Jean. 1988. *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press.

WHITE, Lawrence 2012. «*Market Power: How Does it Arise? How is it Measured?*» In *The Oxford Handbook in Managerial Economics*, by CHRISTOPHER R. Thomas and WILLIAM F. Shughart II, 31–65. Oxford University Press. doi:10.1093/oxfordhb/9780199782956.001.0001.

El procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia

José Carlos Laguna Paz

Resumen

Las autoridades de defensa de la competencia pueden priorizar unas investigaciones sobre otras, o incluso, acordar o no el inicio del procedimiento sancionador. Las actuaciones previas permiten verificar si está justificada la apertura del procedimiento sancionador. La autoridad administrativa debe probar la infracción y, con ello, destruir la presunción de inocencia. El derecho de defensa exige que el interesado haya sido adecuadamente informado de la infracción, que tenga acceso al expediente, se respete su derecho a no declarar contra sí mismo y a la confidencialidad de las comunicaciones profesionales con su abogado. La normativa favorece el reconocimiento anticipado de la responsabilidad por parte del infractor. La Administración también puede aceptar el compromiso de cese inmediato de la infracción como alternativa a la tramitación del procedimiento sancionador.

Palabras clave: Derecho de la competencia, procedimiento administrativo, derechos de defensa, presunción de inocencia, acceso al expediente

Abstract

The competition authorities may prioritise some investigations over others, or even decide whether or not to initiate sanctioning proceedings. Preliminary proceedings make it possible to verify whether the initiation of the sanctioning procedure is justified. The administrative authority must prove the infringement and thereby destroy the presumption of innocence. The right of defence requires that the interested party has been adequately informed of the offence, that he has access to the file, that his right not to testify against himself and the confidentiality of professional communications with his lawyer are respected. Competition law favours the early acknowledgement of liability by the offender. The administrative authority can also accept an undertaking to cease the infringement immediately as an alternative to the sanctioning procedure.

Key words: Competition law, administrative procedure, rights of defence, presumption of innocence, access to the file

1. Introducción

La mayor parte de los países encomiendan a una autoridad administrativa la represión de las conductas anticompetitivas, mediante la imposición de sanciones administrativas. La actuación administrativa es siempre el resultado de un procedimiento. No obstante, en materia sancionadora, éste tiene mayor relevancia, si cabe, ya que es el cauce a través del que se ejercen los derechos de defensa del interesado. No hay que olvidar que la Administración acumula poderes de investigación, tramitación y resolución¹. Es por eso, que la jurisprudencia constitucional española exige la traslación al procedimiento administrativo de las garantías del proceso penal [art. 24.2 de la Constitución española (CE)]², siempre que sean compatibles con su naturaleza y exigencias³.

En las páginas que siguen, no abordamos un estudio completo del procedimiento administrativo sancionador, sino que nos limitaremos a estudiar algunos aspectos relevantes en materia de defensa de la competencia.

Es inevitable reconocer a las autoridades de defensa de la competencia facultades discrecionales para priorizar unas investigaciones sobre otras y, dentro de ciertos límites, acordar o no el inicio del procedimiento (punto II). Las actuaciones previas pueden tener una gran relevancia, ya que permiten a la Administración verificar

1 H. Schweitzer (2009), «The European Competition Law Enforcement System and the Evolution of Judicial Review», EUI-RSCAS, p. 7.

2 ECLI:ES:TC:2003:54, FJ 4º.

3 ECLI:ES:TC:1995:97, FJ 1º; ECLI:ES:TC:1999:3, FJ 4º; ECLI:ES:TC:2003:54, FJ 4º.

si existen o no indicios serios de la comisión de una infracción (punto III). No obstante, la mayor flexibilidad que puede requerir la actuación administrativa en este ámbito no debe convertir en papel mojado los derechos y garantías del ciudadano, que serán plenamente exigibles, una vez que se acuerde la apertura del procedimiento.

Corresponde a la autoridad administrativa probar la infracción y, con ello, destruir la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental de los ciudadanos (punto IV). Esto no impide que la prueba por presunciones tenga gran importancia en este ámbito, dada la dificultad de descubrir las actuaciones anticompetitivas.

El derecho de defensa exige que el interesado haya sido adecuadamente informado de la infracción que se le imputa, de manera que pueda defender sus derechos y exponer sus razones antes de que la Administración adopte una decisión definitiva (punto V). El derecho a no declarar contra uno mismo es también parte esencial del derecho de defensa de los ciudadanos, lo que debe compatibilizarse con el deber de colaboración que la normativa impone al investigado (punto VI). Es también preciso respetar el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones profesionales entre abogado y cliente (punto VII). El derecho al acceso al expediente es una garantía esencial, que permite al interesado defender sus derechos (punto VIII).

El procedimiento administrativo debe hacer compatible la garantía con la eficacia. Esto es lo que ha llevado a que la normativa favorezca el reconocimiento anticipado de la responsabilidad por parte del

infractor (punto IX), así como a la admisión del compromiso de cese de la infracción, como alternativa a la tramitación del procedimiento sancionador (punto X).

2. ¿Es obligatorio el ejercicio de la potestad sancionadora?

Un tema discutido es si el ejercicio de la potestad sancionadora es obligatorio⁴. En concreto, se plantea la cuestión de si la Administración está obligada a investigar todas las posibles infracciones y a tramitar todas las denuncias fundadas que se le planteen, instruyendo el correspondiente procedimiento sancionador.

Respecto a este, hay que tener en cuenta que las infracciones administrativas ponen en riesgo bienes jurídicos socialmente valiosos, por lo que deben merecer la respuesta prevista en las leyes, en ejecución de unas potestades que son de ejercicio obligatorio. De ahí que no pueda reconocerse a la Administración una completa libertad (discrecionalidad) para sancionar o no una conducta ilícita, lo que también podría derivar en arbitrariedad y lesión de la igualdad⁵. El ejercicio de la potestad sancionadora es preceptivo, ya que la normativa configura la sanción como la vía adecuada para asegurar la efectividad del ordenamiento jurídico⁶.

4 J. C. Laguna de Paz (2023), Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico, 5ª edición (Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters), pp. 1722-1726

5 M. Rebollo Puig (2004), «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», en F. Sáinz Moreno, Estudios para la reforma de la Administración Pública (Madrid: INAP), p. 474.

6 STS de 25.5.1987 (RJ 5844); STS de 4.5.1999 (RJ 2000, 10096); STS de 8.10.2001 (RJ 6092); STS de 22.5.2002 (RJ 7412); STS de 19.9.2002 (RJ 7412).

No obstante, el carácter preceptivo del ejercicio de la potestad sancionadora está sujeto a modulaciones. (i) En algunos casos, la Administración puede valorar la conveniencia para el interés general de no sancionar a cambio de la garantía del cese inmediato de la infracción, como después veremos qué ocurre con la terminación convencional del procedimiento. (ii) Además, hay que aceptar que las autoridades de defensa de la competencia no pueden investigar todos los indicios, ni tramitar todas las denuncias⁷. Las investigaciones necesarias para detectar, demostrar y combatir restricciones a la competencia exigen una enorme aplicación de tiempo y recursos. Es, pues, necesario reconocerles facultades discrecionales para priorizar unas investigaciones sobre otras, así como para acordar o no el inicio del procedimiento⁸. Ahora bien, una cosa es aceptar estas limitaciones (*ad impossibilia nemo tenetur*) y otra bien distinta sentar el principio de que la persecución de las infracciones administrativas sea facultativa para la Administración.

En este sentido, la normativa de la Unión Europea (UE) reconoce a la Comisión la posibilidad de desestimar una denuncia sin incoar un procedimiento (art. 2.4 del Reglamento (CE) 773/2004). A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que la Comisión es responsable de definir y ejecutar la política de competencia, lo que hace que disponga de una

facultad discrecional en la tramitación de las denuncias, que le permite atribuir diferentes grados de prioridad a las denuncias que recibe⁹. A estos efectos, no solo puede establecer el orden en el que se examinarán las denuncias, sino también desestimar una denuncia por inexistencia de interés comunitario suficiente para proseguir el examen del asunto¹⁰. Esto explica un cierto consenso en la admisión de la posibilidad de que sean selectivas, lo que les permitirá establecer prioridades y concentrarse en las conductas con mayor potencial de distorsión del mercado¹¹, cuya resolución pueda sentar criterios para el futuro¹² o incluso, respecto de las que existan razonables expectativas de poder probar la infracción¹³. Las agencias estadounidenses cuentan con idéntica discrecionalidad en la definición de sus prioridades¹⁴.

En la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia, la normativa europea reconoce también a las autoridades nacionales

7 Nieto García, A. (2012), *Derecho administrativo sancionador*, 5ª edición (Madrid, España: Tecnos), p. 103.

8 M. Rebollo Puig (2009), «Ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio», en M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor, A. M. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid: Lex Nova), p. 477.

9 Asunto C-344/98, *Masterfoods v. HB Ice Cream*, EU:C:2000:689, marg. 46; asunto C-119/97 *P, Ufex y otros v. Comisión*, EU:C:1999:116, marg. 88; asunto T-24/90, *Automec v. Comisión*, EU:T:1992:97, margs. 73-77; asunto T 193/02, *Piau v. Comisión*, EU:T:2005:22, marg. 80; asunto T 229/05, *AEPI v. Comisión*, EU:T:2007:224, marg. 38; asunto T 427/08, *CEAHR v. Comisión*, EU:T:2010:517, marg. 26.

10 Asunto T 62/99, *Sodima v. Comisión*, EU:T:2001:53, marg. 36; asunto T 5/93, *Tremblay y otros v. Comisión*, margs. 59 y 60; asunto T 427/08, *CEAHR v. Comisión*, EU:T:2010:517, marg. 27.

11 P. Collins [Chairman, Office of Fair Trading], «New decade, new Government – Reflections on possible evolution of the UK's competition and consumer regimes», 2010, 12 [http://www.of.gov.uk/shared_of/speeches/689752/0610.pdf (consulta: 30.4.2023)].

12 Furse, M. (2004), *Competition Law of the EC and UK*, 4th Edition (Oxford: Oxford University Press), p. 94.

13 L. Ortiz Blanco, *EC Competition Procedure*, 2nd edition (Oxford University Press: 2006), pág. 187.

14 H. First, E. M. Fox, D. E. Hemli (2013), «The United States. The Competition Law System and the Country's Norms», en H. First, E. M. Fox, D. E. Hemli, *The Design of Competition Law Institutions* (Oxford University Press), p. 358.

la facultad de desestimar las denuncias que reciban por no considerar prioritaria su tramitación o por otros motivos previstos en el derecho nacional¹⁵. El Gobierno podrá aprobar normas u orientaciones prioritarias de política general a las autoridades de competencia, siempre que no estén relacionadas con investigaciones o procedimientos específicos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia¹⁶. En este marco, el art. 49.4 Ley de la 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDComp), reconoce a la autoridad administrativa la facultad de no iniciar actuaciones por considerar que la investigación de los hechos no constituye una prioridad. Entre otras razones, se podrán considerar que no son prioritarias las de denuncias sobre conductas difíciles de probar, con limitado potencial dañoso o cuya erradicación pueda conseguirse a través de otros mecanismos legales.

Con todo, la discrecionalidad en el desarrollo de unas u otras investigaciones o en la decisión de no incoar un procedimiento está sujeta a una serie de exigencias. (i) De entrada, no debe traducirse en indefensión para los perjudicados. No es éste el caso cuando -ante la negativa de la Comisión Europea a tramitar una denuncia (defensa de la competencia)-, el interesado tenga la posibilidad de ejercitar su acción ante las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁷. Lo mismo sucede cuando el interesado disponga

de una acción judicial alternativa a la que pueda acudir ante la negativa de la autoridad nacional de defensa de la competencia. (ii) El principio de transparencia exige que las autoridades expliciten los criterios que toman en cuenta a la hora de decidir los asuntos que investigan¹⁸. (ii) A ello hay que añadir que el ejercicio de la discrecionalidad debe poder justificarse por su razonabilidad, atención a bienes prevalentes y carácter no discriminatorio.

La actuación administrativa está sujeta a control judicial. A estos efectos, la jurisprudencia europea exige que la Comisión Europea motive de manera precisa y detallada su decisión de no proseguir el examen de una denuncia¹⁹. (i) Lo que debe comprobar el juez no es si el denunciante aportaba suficientes datos que permitieran declarar la existencia de una infracción, sino si la Comisión ha sopesado la importancia del perjuicio que la supuesta infracción podría causar al funcionamiento del mercado interior, la probabilidad de poder probar su existencia y el alcance de las medidas de investigación necesarias²⁰. (ii) El juez no puede imponer su apreciación acerca de lo que es el interés de la UE²¹. El control jurisdiccional de las decisiones desestimatorias de una denuncia no debe llevar

15 Art. 4.5 de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

16 EM de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, marg. 23.

17 Asunto T-24/90, Automec v. Comisión, EU:T:1992:97, margs. 88 a 96; asunto T-5/93, Tremblay y otros v. Comisión, EU:T:1995:12, margs. 65 a 74; asunto T-575/93, Koelman v. Comisión,

EU:T:1996:1, margs 78 y 79.

18 Commission Notice on Complaints, margs. 41 y ss.; Report on Competition Policy 2005, SEC(2006)761 final, de 15.6.2006, pp. 18-20.

19 Asunto C 119/97 P, Ufex y otros v. Comisión, EU:C:1999:116, margs. 89-91; asunto T-62/99, Sodima v. Comisión, EU:T:2001:53, margs. 41 y 42; asunto T 427/08, CEAHR v. Comisión, EU:T:2010:517, marg. 28.

20 Asunto T-24/90, Automec v. Comisión, EU:T:1992:97, marg. 86; asunto T-5/93, Tremblay y otros v. Comisión, EU:T:1995:12, marg. 62; asunto T-229/05, AEPI v. Comisión, EU:T:2007:224, marg. 41.

21 Asunto T-306/05, Scippacercola y Terezakis v. Comisión, EU:T:2008:9, marg. 97 y jurisprudencia citada.

al Tribunal «a sustituir la apreciación del interés de la Unión efectuada por la Comisión por la suya propia, sino que tiene por objeto comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos y que no adolece de ningún error de derecho, ni de ningún error manifiesto de apreciación o de desviación de poder»²². (iii) No obstante, la aprobación de comunicaciones o directrices autolimita la facultad de apreciación de la Comisión Europea, cuya inobservancia podría ser contraria a los principios generales del d(igualdad, confianza legítima)²³.

En la aplicación descentralizada de las normas de defensa de la competencia, la decisión de una autoridad nacional de no tramitar una denuncia debe poder ser objeto de recurso²⁴. Así lo garantiza el derecho español, que reconoce que la decisión de no incoar los procedimientos, cuando considere que no hay indicios de infracción (arts. 49.3 LDComp), es susceptible de recurso contencioso-administrativo (art. 48.1 LDComp). La autoridad administrativa debe motivar la denegación del examen de una denuncia, así como el archivo de las actuaciones²⁵. Como es natural, el juez no puede sustituir a la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones, por lo que sus facultades se limitan a exigir la incoación del correspondiente procedimiento sancionador. A estos efectos, pueden considerarse legitimados los denunciadores²⁶, siempre que puedan demostrar un interés legítimo afectado, que en el caso de los

competidores resulta de los perjuicios que sufren por las conductas anticompetitivas²⁷.

Más problemático es el supuesto en el que la Administración no adopte ninguna decisión formal. La normativa prevé el recurso frente a la inactividad material de la Administración. La cuestión es que, para entonces, la infracción puede haber prescrito, ya que las actuaciones a través de las que un tercero interesado insta a la Administración que tramite un procedimiento sancionador no interrumpen el plazo de prescripción²⁸.

3. Actuaciones previas

La infracción –y, consiguientemente, la pertinencia de la apertura del procedimiento- no siempre es evidente. Por otra parte, la gravedad de la potestad sancionadora aconseja asegurar su correcto y mesurado ejercicio, evitando la apertura precipitada de expedientes sancionadores²⁹. De ahí la conveniencia de desarrollar una serie de actuaciones previas, que permitan verificar si existen indicios suficientes que justifiquen la apertura del procedimiento administrativo [art. 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC)]³⁰.

22 ECLI:EU:T:2017:2, marg. 66; ECLI:EU:C:2023:15, margs. 48-58.

23 Asunto T-791/19, Sped-Pro S.A., EU:T:2022:67, marg. 40.

24 EM de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, marg. 23.

25 STS de 9.3.2015 (Ar. 1108).

26 Rebollo Puig (2009: 495-496).

27 ECLI:ES:TS:2015:4309, FJ 3º; STS de 26.6.2007 (Ar. 6754); STS de 4.3.2014 (Ar. 1883), FJ 5º; ECLI:ES:TS:2014:784, FJ 6º.

28 Rebollo Puig (2009: 486).

29 Abogacía General del Estado (2005: 347).

30 Laguna de Paz (2023:1727-1731).

Las actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador³¹, por lo que: (i) no computan a efectos del plazo de caducidad del procedimiento³², pero no deben ser utilizadas de manera fraudulenta, para desnaturalizar los plazos previstos en la ley³³, ni para realizar actuaciones de instrucción que deban ser realizadas en el marco del procedimiento sancionador³⁴; (ii) no interrumpen la prescripción, salvo que se realicen con conocimiento del interesado³⁵; (iii) y no permiten la adopción de medidas provisionales³⁶.

En cuanto a su posible impugnación, (i) el acuerdo de apertura de estas actuaciones no es susceptible de recurso³⁷. (ii) Las actuaciones que se lleven a cabo darán lugar a actos de trámite, que serán recurribles cuando produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (art. 112.1 LPC y art. 47 LDCComp).

La jurisprudencia española ha sostenido que, en las actuaciones previas, no regirían las garantías propias del procedimiento sancionador: los derechos de defensa, ni de contradicción, ni el derecho a conocer de la acusación (salvo que la Administración las dilatare de manera injustificada, teniendo ya suficientes elementos

31 STS de 22.2.1985 (RJ 502); STS 26.5.1987 (RJ 5850).

32 STS de 15.10.2014 (Ar. 6438), FJ 4º; STS de 14.6.2013 (Ar. 4901), FJ 3º.

33 ECLI:ES:TS:2014:4058, FJ 5º

34 ECLI:ES:TS:2019:1475, FJ 2º.

35 STS de 30.10.1993 (RJ 8018); STS de 26.11.1996 (RJ 8700).

36 M. Rebollo Puig (2010), «Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador», en AAVV, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid: Lex Nova), pp. 517-518.

37 M. López Benitez (2013), «Algunas consideraciones en torno a la práctica de una información reservada en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia», en J. Guillén Caramés, «Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia» (Civitas Thomson Reuters: Madrid), p. 96.

de juicio³⁸), ni resulta necesaria la presencia del interesado³⁹.

En la misma línea, la jurisprudencia europea considera que el derecho de defensa solo puede ejercerse plenamente después del envío del pliego de cargos, ya que –si se extendiera al período anterior– se perjudicaría la eficacia de la investigación⁴⁰. El interesado sabría la información de que dispone la Administración y, por tanto, la que podría serle ocultada. No obstante, sí se aplican algunas garantías.

No obstante, la Comisión Europea está obligada a motivar el requerimiento de información a las empresas [art. 18.3 del Reglamento (CE) 1/2003], no sólo para razonar su carácter justificado, sino también para que los interesados estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa⁴¹. A este respecto, es preciso indicar el objeto de la investigación y especificar la presunta infracción de las reglas de la competencia⁴². Una «motivación excesivamente sucinta, vaga y genérica y en algunos aspectos ambigua no puede cumplir las exigencias de motivación», lo que determina la invalidez del requerimiento de información⁴³. Ahora bien, la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario toda la información de la que ya dispone acerca de supuestas infracciones ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de tales infracciones, siempre que

38 TS de 27.2.2003 (RJ 2518).

39 STS de 17.5.1999 (RJ 4880).

40 Asunto T-402/13, *Orange v. Comisión*, EU:T:2014:991, marg. 78 y jurisprudencia citada.

41 Asunto C-247/14 P, *HeidelbergCement AG v. Comisión Europea*, EU:C:2016:149, marg. 19.

42 Asunto C-36/92 P, *SEP v. Comisión*, EU:C:1994:205, marg. 21

43 Asunto C-36/92 P, *SEP v. Comisión*, EU:C:1994:205, marg. 39.

indique con claridad las sospechas que pretende comprobar⁴⁴.

A la investigación preliminar se aplica también el derecho a un plazo razonable en la tramitación de los procedimientos administrativos, ya que se trata de un principio general del derecho⁴⁵ y un derecho reconocido en el art. 41.1 CEDF⁴⁶. La razonabilidad del plazo debe apreciarse en función de las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de su contexto, del comportamiento de las partes durante el procedimiento, de la relevancia del asunto para las distintas empresas interesadas y de su grado de complejidad⁴⁷.

Ahora bien, la vulneración del plazo razonable sólo determina la invalidez de la actuación cuando pueda tener incidencia en el resultado del procedimiento⁴⁸. En concreto, un plazo cuya duración exceda de lo razonable solo invalida la actuación si se demuestra que ha vulnerado el derecho de defensa de las empresas⁴⁹. No obstante, la jurisprudencia ha considerado que -en un cártel de alcance mundial (reparto de mercados e intercambio de información en el sector de los cables de energía subterráneos y submarinos), con un gran número de participantes y una duración aproximada de diez años- no es un plazo desproporcionado dedicar veintinueve meses a

44 Asunto C-247/14 P, HeidelbergCement AG v. Comisión Europea, EU:C:2016:149, marg. 21.

45 Asunto C-452/11 P, Heineken Nederland y Heineken v. Comisión, EU:C:2012:829, marg. 97 y jurisprudencia citada.

46 Asunto T-214/06, Imperial Chemical Industries v. Comisión, EU:T:2012:275, marg. 284 y jurisprudencia citada.

47 Asuntos acumulados T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión, EU:T:1999:80, marg. 126.

48 Asunto C-113/04 P, Technische Unie v. Comisión, EU:C:2006:593, marg. 48 y jurisprudencia citada.

49 Asunto T-475/14, Prysmian SpA y otros v. Comisión y otros, EU:T:2018:448, margs. 85-86.

la primera fase y treinta y tres meses a la segunda⁵⁰.

4. Presunción de inocencia y prueba indiciaria

El derecho constitucional a la presunción de inocencia [art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea, art. 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁵¹, art. 24.2 CE⁵²] obliga a la autoridad administrativa a probar: (i) la infracción, es decir, los hechos; (ii) la participación del acusado⁵³; (iii) y su responsabilidad (culpabilidad).

La prueba solo puede ser hecha con la utilización de medios lícitos⁵⁴. Ahora bien, la Administración podrá recurrir a pruebas indiciarias, que -a falta de otra explicación coherente- pueden acreditar la comisión de la infracción. Así lo admite la jurisprudencia constitucional⁵⁵, del Tribunal Supremo⁵⁶, del TJUE⁵⁷ y del Tribunal

50 Asunto T-475/14, Prysmian SpA y otros v. Comisión y otros, EU:T:2018:448, marg. 87.

51 Asunto C 199/92 P, Hüls v. Comisión, EU:C:1999:358, marg. 149-150; asunto C 235/92 P, Montecatini v. Comisión, EU:C:1999:362, marg. 175-176; asuntos acumulados T-67/00, T 68/00, T 71/00 y T 78/00, JFE Engineering y otros v. Comisión, EU:T:2004:221, marg. 178; asunto T 141/08, E.On v. Comisión, EU:T:2010:516, marg. 52; asunto C 185/95 P, Baustahlgewebe v. Comisión, EU:C:1998:608, marg. 58; asuntos acumulados C 2/01 P y C 3/01 P, BAI y Comisión v. Bayer, EU:C:2004:2, marg. 62; asunto T 201/04, Microsoft v. Comisión, EU:T:2007:289, marg. 688; asunto T 141/08, E.On v. Comisión, EU:T:2010:516, marg. 48.

52 ECLI:ES:TC:1994:120, FJ 2º.

53 ECLI:ES:TC:1997:45, FJ 4º; ECLI:ES:TC:2004:74, FJ 4º; ECLI:ES:TC:2012:70, FJ 4º

54 ECLI:ES:TC:2006:346, FJ 5º; ECLI:ES:TC:2000:175; ECLI:ES:TC:2002:104.

55 ECLI:ES:TC:1985:174; ECLI:ES:TC:1985:175; ECLI:ES:TC:1988:229; ECLI:ES:TC:1997:45, FJ 5º; ECLI:ES:TC:2002:237, FJ 2º; ECLI:ES:TC:2003:135, FJ 2º.

56 STS de 18.11.1996 (Ar. 8648); STS de 28.1.1999 (Ar. 274); STS de 6.3.2000 (Ar. 7048); STS de 20.6.2006 (Ar. 3541), FJ 4º.

57 Asunto C-204/00 P, Aalborg Portland y otros v. Comisión, EU:C:2004:6, margs. 55-57; asunto T 214/06, Imperial Chemical Industries v. Comisión, EU:T:2012:275, marg. 56.

Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵⁸. La existencia de un hecho puede, pues, inferirse de otros hechos. Ahora bien, para ello han de cumplirse tres requisitos. (i) Los indicios han de estar plenamente probados y no consistir en meras sospechas. (ii) La relación causal entre los hechos y los indicios ha de estar suficientemente razonada⁵⁹. (iii) Por último, es también preciso descartar otras posibles explicaciones respecto a los indicios⁶⁰. A este respecto, hay que tener en cuenta que los indicios no siempre constituyen una prueba inequívoca de los hechos. En este sentido, en relación con los cárteles, se ha advertido que las pruebas indiciarias son casi siempre ambiguas⁶¹, por lo que pueden servir tanto para demostrar una concertación como lo contrario, una actuación independiente de las empresas, en respuesta a la dinámica competitiva del mercado⁶². Ahora bien, si se justifican estos extremos, una consistente prueba indiciaria no puede ser desmontada con explicaciones generales. Así, por ejemplo, frente a una prueba indiciaria que demuestra la participación en un cártel de licitaciones públicas no basta con argumentar que la conducta es racional desde un punto de vista económico⁶³.

58 La prueba por indicios no es contraria al art. 6.2 CEDH: STEDH de 25.9.2002, asunto Phan Hoang v. Francia; STEDH de 20.3.2001, asunto Telfner v. Austria.

59 ECLI:ES:TS:2015:526, FJ 5º; ECLI:ES:TS:2015:4025, FJ 2º; ECLI:ES:TS:2015:5292, FJ 8º.

60 STS de 4.4.2006 (Ar. 2220), FJ 5º; STS de 5.4.2006 (Ar. 1946), FJ 2º; STS de 20.6.2006 (Ar. 3541), FJ 4º.

61 DAF/COMP/GF(2006)7, marg. 5, 10.

62 DAF/COMP/GF(2006)7, 41.

63 ECLI:ES:TS:2015:1041, FJ 2º.

5. Derecho a ser informado de la infracción

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴ y constitucional española⁶⁵ destacan que el derecho de defensa exige que el interesado haya sido adecuadamente informado de la infracción que se le imputa (art. 24.2 CE), de manera que pueda defender sus derechos y exponer sus razones antes de que la Administración adopte una decisión definitiva⁶⁶.

En el Derecho español, el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador debe ser notificado a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al inculpado (art. 64,1, párrafo 1º, LPC). La notificación debe producirse respetando las exigencias que establece la legislación de procedimiento.

(i) La falta de notificación personal de las actuaciones relativas a un procedimiento sancionador (acta de infracción, inicio del procedimiento, propuesta de resolución), que son publicadas en el diario oficial, cuando se conocía –o podía conocerse sin dificultad excesiva- el domicilio personal del interesado, causa indefensión⁶⁷, ya que le priva de la posibilidad de hacer alegaciones y proponer pruebas⁶⁸. La consecuencia es la anulación de la correspondiente sanción y la retroacción del expediente sancionador al momento en que debió haberse producido la notificación personal. (ii) Idéntica es

64 TEDH de 10.2.1983, Albert-Le Compte, FFJJ 30º y 36º.

65 ECLI:ES:TC:1990:170, FJ 3º; ECLI:ES:TC:1994:160, FJ 3º.

66 Laguna de Paz (2023:1709 y ss.).

67 ECLI:ES:TC:2007:219, FFJJ 4º-6º.

68 ECLI:ES:TS:2019:3150, FJ 4º.

la consecuencia cuando la Administración hace un único intento de notificación (incoación del procedimiento sancionador, propuesta de resolución y resolución), en una dirección errónea, sin intentar la notificación en otros domicilios que constaban en el expediente y procede a la notificación a través del Boletín Oficial del Estado⁶⁹.

El acuerdo debe hacer referencia a los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción [art. 64.2.b) LPC].

Asimismo, deben notificarse a los interesados los cambios que resulten de la tramitación del procedimiento, de manera que éste tenga la oportunidad de presentar sus alegaciones⁷⁰. En particular, la autoridad administrativa debe informar al interesado de las pruebas inculpativas (por ejemplo, apreciaciones técnicas relativas a la autenticidad de un correo electrónico).

No obstante, los vicios de forma sólo determinan la invalidez del acto cuando incidan en la decisión de fondo, al reducir las garantías de los ciudadanos o los elementos de juicio que deban ser tomados en cuenta por la Administración.

En el Derecho de la UE, la pieza esencial para el ejercicio del derecho de defensa es el pliego de cargos, que debe contener los elementos esenciales de las imputaciones formuladas, los hechos, su calificación y los elementos de prueba en los que se funda la

Comisión, para que la referida empresa pueda formular eficazmente sus alegaciones en el procedimiento administrativo dirigido contra ella⁷¹.

La autoridad administrativa no está obligada a informar al interesado de que posee elementos de prueba antes de notificarle el pliego de cargos. El derecho de defensa se protege con la notificación del pliego de cargos, así como con el acceso al expediente⁷². No obstante, la Comisión Europea debe velar porque el derecho de defensa no se vea comprometido en la fase previa⁷³.

La jurisprudencia europea considera que las infracciones procedimentales solo vulneran el derecho de defensa y, por tanto, determinan la anulación de la decisión administrativa, si el cumplimiento de la normativa hubiera conducido a un resultado diferente⁷⁴. La carga de la prueba corresponde al interesado.

6. Derecho a no declarar contra uno mismo

El interesado tiene derecho a no declarar contra sí mismo⁷⁵ y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), lo que significa que la conducta pasiva o el silencio del interesado no puede ser interpretado

71 Asuntos acumulados C 322/07 P, C 327/07 P y C 338/07 P, Papierfabrik August Koehler y otros v. Comisión, EU:C:2009:500, marg. 36 y jurisprudencia citada; asunto C-448/11 P, SNIA in amministrazione straordinaria (anteriormente SNIA) v. Comisión, EU:C:2013:801, marg. 41.

72 Asunto C-407/04 P, Dalmine v. Comisión, EU:C:2007:53, margs. 58 y 59.

73 Asuntos acumulados C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P y C 219/00 P, Aalborg Portland y otros v. Comisión, EU:C:2004:6, marg. 63.

74 Asunto C 154/14 P, SKW Stahl-Metallurgie y SKW Stahl-Metallurgie Holding v. Comisión, EU:C:2016:445, marg. 69 y jurisprudencia citada; asunto C-99/17 P, Infineon Technologies AG v. Comisión, EU:C:2018:773, marg. 78.

75 ECLI:ES:TC:1997:45, FJ 7º.

69 ECLI:ES:TS:2021:535, FJ 8º.

70 ECLI:ES:TC:1995:9A, FJ 2º.

como indicio de su culpabilidad⁷⁶. Ahora bien, el derecho a la no autoincriminación no comporta la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, indagación o prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. Más aún, las normas suelen imponer al interesado el deber de colaboración activa en la investigación⁷⁷. El ciudadano puede verse, pues, obligado a participar en la investigación, e incluso, a aportar los documentos relevantes, aunque constituyan elementos de prueba, con el límite de que ello no pueda comportar una autoinculpación⁷⁸.

(i) En este sentido, la jurisprudencia constitucional española razona que el interesado no puede ser «forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable»⁷⁹. (ii) En el mismo sentido, la jurisprudencia de la UE razona que la Comisión puede obligar a una empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos, así como a presentar los documentos que obren en su poder, aun cuando estos puedan servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia⁸⁰. En cambio, la autoridad administrativa no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción, cuya prueba le incumbe.

76 ECLI:ES:TC:2005:61, FJ 3º.

77 STS de 30.11.2015 (Ar. 6237)

78 ECLI:ES:TC:1990:76, FJ 10º; ECLI:ES:TC:1995:197; ECLI:ES:TC:1997:161.

79 ECLI:ES:TC:1983:36, FJ 2º; ECLI:ES:TC:1992:127, FJ 2º; ECLI:ES:TC:1995:197, FJ 6º.

80 Asunto C 466/19 P, Qualcomm v. Comisión Europea, EU:C:2021:76, marg. 143.

7. Derecho a la confidencialidad de las comunicaciones profesionales entre abogado y cliente

La jurisprudencia europea ha reconocido este derecho⁸¹, siempre que: (i) se trate de actuaciones orientadas a la defensa del cliente; (ii) emanen de abogados externos, es decir, no vinculados por una relación laboral con la empresa⁸². Su razón de ser es salvaguardar los derechos de defensa del interesado⁸³.

El interesado tiene la carga de probar que el documento está amparado por la excepción⁸⁴. En caso de disputa, la Comisión no debe poder examinarlo hasta que el interesado no tenga la oportunidad de recabar el correspondiente amparo judicial⁸⁵.

En el Derecho español, el deber de secreto profesional se configura como una de las principales obligaciones del estatuto profesional de la abogacía⁸⁶. Ahora bien, el abogado interno también puede estar habilitado para llevar la defensa jurídica de la empresa para la que trabaja, en cuyo caso también estaría sujeto a esta obligación.

81 J. C. Laguna de Paz (2009), «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 5, pp. 46-49.

82 Asunto 155/79, A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión, EU:C:1982:157, marg. 21.

83 Asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd v. Comisión, EU:T:2007:287, marg. 87.

84 Asunto 155/79, A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión, EU:C:1982:157, marg. 29; asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, Akzo Nobel Chemicals Ltd/ Akros Chemicals Ltd v. Comisión, EU:T:2007:287, marg. 79; asunto 155/79, A.M. & S. Europe Ltd. v. Comisión, 1982, EU:C:1982:157, marg. 29.

85 Asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/R, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd v. Comisión, EU:T:2007:287, marg. 81-82, 86-87.

86 Arts. 1.3, 10.2, 16.3, 20 y 21 y ss. del Real Decreto 135/2021, de 2.3, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

La jurisprudencia española reconoce este derecho⁸⁷. Con todo -al igual que en el ámbito de la UE-, la reciente experiencia española pone de manifiesto la dificultad de protegerlo en la práctica⁸⁸. La obtención de información de manera contraria a derecho no permitiría su posterior utilización como prueba. Los inspectores han de mantener una actitud de escrupuloso respeto a los derechos de los interesados, ya que la simple lectura de la correspondencia protegida puede aportar pistas decisivas. Por su parte, la empresa ha de adoptar un papel activo, justificando las razones por las que el documento está amparado por el privilegio legal⁸⁹.

En todo caso, la empresa podrá negarse a aportar la documentación, lo que en último término debe quedar amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva. Si sus argumentos no son aceptados, la empresa podría negarse a aportar dicha documentación, lo que -presumiblemente- provocaría un acto administrativo de la Dirección de Investigación [art. 35.2.b) LDComp]. Este acto podrá ser recurrido en vía administrativa y -en último término- ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 48 LDComp y arts. 1 y 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)]. La tramitación del recurso debe asegurar la tutela cautelar -tanto en vía administrativa, como jurisdiccional (arts. 129 y ss. LJCA)-, ya que el acceso al contenido del documento protegido, en sí mismo, entraña una lesión de este

derecho. No obstante -si el interesado no consigue la protección cautelar-, la negativa a entregar el documento puede acarrear la imposición de multas coercitivas [art. 67.f) LDComp], o incluso, sanciones [art. 62.2.e). 1º LDComp], sin perjuicio de su posible ulterior recurso jurisdiccional.

8. Acceso al expediente

En el caso del inculpado, el acceso al expediente es un trámite esencial, ya que le permite verificar las actuaciones y elementos de prueba de que disponga la autoridad administrativa y, con ello, ejercitar su derecho de defensa (art. 24 CE). A este respecto, los únicos límites que cabe imponer son los que con carácter general afectan al acceso a la información pública (art. 82.1 LPC), entre los que se encuentra la protección de datos personales (sólo se mantendrán los necesarios para la tramitación y resolución del expediente) o confidenciales⁹⁰. No obstante, la confidencialidad no puede extenderse a los hechos y pruebas inculpatorias, lo que impediría el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte del interesado.

La cuestión es si el acceso al expediente debe reconocerse también a terceros interesados y, en concreto, al denunciante. (i) En el Derecho español, se considera interesado al titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución (art. 4.1 LPC), por lo que el denunciante podría ser considerado también parte del procedimiento administrativo. (ii) La normativa

87 ECLI:ES:TC:1994:183, FJ 5º y ECLI:ES:TC:1998:58, FFJJ 4º y 5º

88 R. Allendesalazar Corcho (2009), «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia, núm. 7, pp. 783 y ss.

89 RCNC de 3.10.2008, asunto Stanpa (expdte. R 0006/08), FJ 4º.

90 Ley 19/2013, de 9.12, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

europea de defensa de la competencia regula con distinto alcance el derecho de acceso al expediente, que sólo reconoce al presunto responsable⁹¹ y, de manera muy limitada, a terceros interesados. Hay que tener en cuenta que, en el caso del presunto responsable, lo que está en juego es su derecho de defensa, mientras que, en el caso del denunciante, su interés tiene carácter patrimonial. En todo caso, el derecho de acceso al expediente no se extiende a las informaciones confidenciales o que deban estar protegidas por el secreto comercial⁹². Además, la normativa puede limitar el uso de la información obtenida a través del acceso al expediente, que podrá no ser utilizada para otros fines⁹³.

9. Reconocimiento anticipado de la infracción

La tramitación de un expediente sancionador en materia de defensa de la competencia es una tarea compleja, que consume tiempo y recursos. En este sentido, el procedimiento administrativo debe buscar el equilibrio entre eficacia y garantía. Con este propósito, la normativa promueve el reconocimiento anticipado de responsabilidad por el interesado⁹⁴.

En la UE, las normas de defensa de la competencia introdujeron el procedimiento de transacción (settlement procedure)⁹⁵, que

permite al interesado reconocer anticipadamente su participación en una infracción. En concreto, en el curso de la tramitación del procedimiento sancionador, la autoridad administrativa puede ofrecer al interesado la posibilidad de que reconozca su responsabilidad. Se trata de una potestad discrecional de la Administración, no de un derecho de los interesados. La transacción no tiene por objeto negociar la existencia o no de una infracción, ni la sanción a imponer, sino que –simplemente– trata de alcanzar eficiencias procedimentales.

Este procedimiento no comporta una reducción de las investigaciones previas, ya que la autoridad administrativa solo lo aplica una vez que ha reunido suficientes pruebas para formular una carta de objeciones⁹⁶. No obstante, el reconocimiento anticipado de la responsabilidad tiene ventajas (i) para la Administración, a la que evita tener que tramitar un procedimiento administrativo y reduce el riesgo de litigiosidad⁹⁷. (ii) La ventaja para el interesado estriba en que le permite conocer anticipadamente las objeciones y, por tanto, influir en la posición de la autoridad administrativa, antes de que ésta se haya concretado en un pliego de cargos. Además, la cooperación se premiará con una reducción del 10% de la sanción, que podrá acumularse a las que, en su caso, resulten del programa de clemencia.

91 Art. 27.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16.12. 2002, y art. 15.1 y 2 del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7.4.2004.

92 Comisión Europea, Report on Competition Policy 2004, de 17.6.2005, SEC (2005) 805 final, p. 10.

93 Arts. 8.2 y 15.4 del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7.4.2004.

94 Laguna de Paz (2023:1743-1746).

95 Reglamento (CE) N° 622/2008 de la Comisión, de 30.6.2008, por el que se modifica el

Reglamento (CE) N° 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel.

96 F. Laina, E. Laurinen (2013), «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 4, p. 303.

97 Asunto T-456/10, *Timab Industries y otros v. Comisión*, EU:T:2015:296, marg. 60.

El problema es que desincentiva el ejercicio del derecho de defensa por el interesado. Este mecanismo traslada una fuerte presión al presunto infractor, que –aunque se considere inocente- puede transigir con la Administración, a fin de evitar el riesgo de sufrir un castigo mayor, así como de verse sujeto a las cargas derivadas de la lentitud y onerosidad de los procesos judiciales⁹⁸. No obtendría tampoco ventaja económica alguna, si se hubiese elevado previamente la cuantía de la sanción, con la finalidad de favorecer el reconocimiento anticipado de la infracción.

Cabe la posibilidad de que no todos los participantes en la comisión de una infracción acepten formar parte del procedimiento de transacción. En este caso, (i) la Comisión –mediante un procedimiento simplificado- puede adoptar una decisión cuyos destinatarios sean los interesados que hayan decidido transigir, en la que se recogerán los compromisos de cada uno de ellos⁹⁹. (ii) Al mismo tiempo -con arreglo a un procedimiento ordinario-, deberá adoptar una decisión dirigida a los demás participantes en la infracción.

Con todo, la aplicación de ese procedimiento de transacción «híbrido» debe hacerse respetando la presunción de inocencia de la empresa que ha decidido no transigir, cuya responsabilidad debe ser probada en el correspondiente procedimiento administrativo

sancionador¹⁰⁰. (i) La calificación jurídica de los hechos adoptada por la Comisión con respecto a las partes en la transacción no puede trasladarse sin más a las empresas que no han reconocido su responsabilidad¹⁰¹. (ii) En este sentido, la Comisión Europea deberá resolver en la misma fecha, si no puede pronunciarse sobre la responsabilidad de las empresas que participan en la transacción sin pronunciarse también sobre la participación en la infracción de la empresa que ha decidido no transigir¹⁰².

10. Terminación convencional

En algunos casos, dentro de ciertos límites, la normativa permite que la Administración pueda llegar a un acuerdo con el interesado, en virtud del cual -a cambio del compromiso de cese inmediato de la conducta ilícita- se archiva la tramitación del procedimiento sancionador¹⁰³.

En este sentido, los interesados respecto de los cuales se esté siguiendo un procedimiento por prácticas anticompetitivas podrán proponer a la Comisión Europea compromisos, que –si son aceptados- determinarán el archivo del expediente (art. 9.1 del Reglamento (CE) 1/2003 y art. 12 de la Directiva (UE) 2010/1). La Comisión dispone de un amplio margen de apreciación en la

100 Asunto T-180/15, Icap v. Comisión, EU:T:2017:795, marg. 268;

101 Asunto T-799/17, Scania y otros v. Comisión; asunto T-799/17, Scania y otros v. Comisión; asunto T-456/10, Timab Industries y CFPR v. Comisión, EU:T:2015:296; ECLI:EU:C:2021:214, marg. 65; ECLI:EU:C:2023:11, marg. 91.

102 Asunto T-180/15, Icap v. Comisión, EU:T:2017:795, marg. 268; asunto T-799/17, Scania y otros v. Comisión.

103 Laguna de Paz (2023:1746-1749).

98 B. Lozano Cutanda (1990), La extinción de las sanciones administrativas y tributarias (Madrid: Marcial Pons), págs. 91 y ss.; J. R. Parada Vázquez, Derecho Administrativo, vol. II, 23ª edic. (Madrid: Ediciones Académicas), pp. 396-397.

99 Asunto T-456/10, Timab Industries y CFPR v. Comisión, EU:T:2015:296, marg. 71.

aceptación o rechazo de los compromisos¹⁰⁴. No obstante, el acuerdo no es posible en las infracciones más graves¹⁰⁵. En los demás casos, se hace una valoración de la gravedad de la conducta, del coste de tramitación del procedimiento y de los beneficios que pueden derivarse de la terminación convencional.

La aceptación de la terminación convencional del procedimiento va acompañada de garantías. (i) Antes de dictar la resolución aceptando los compromisos, la Comisión Europea debe publicar un breve resumen del asunto, así como de los compromisos o de la línea de acción propuesta [art. 27.4 del Reglamento (CE) 1/2003], con el fin de que terceros interesados puedan presentar observaciones. (ii) Además, la Comisión podrá reabrir el procedimiento, si: (a) la situación de hecho sufre una modificación sustancial; (b) los interesados incumplen los compromisos; (c) o la decisión se basa en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes [art. 9.2 del Reglamento (CE) 1/2003]. (iii) El acuerdo sólo puede ser aceptado cuando la autoridad de la competencia considere que las garantías presentadas por la empresa son suficientes.

La normativa española de defensa de la competencia también contempla la terminación convencional (art. 52 LDComp), que permite poner término al procedimiento sancionador con compromisos obligatorios para el interesado¹⁰⁶. (i) La terminación

convencional es una potestad discrecional¹⁰⁷. En otro caso, si fuese un derecho del interesado, se dejaría a voluntad del presunto infractor el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración¹⁰⁸. (ii) En este sentido, el ejercicio de esta potestad debe ser motivado, tanto si se acuerda, como si se deniega¹⁰⁹. La motivación de la denegación de la apertura del trámite de terminación convencional puede ser escueta, pero suficiente, siempre que se concreten las razones por las que dicha apertura no se entiende procedente. (iii) En caso de que sean varios los implicados, el procedimiento sancionador debe continuar respecto de los que no acuerden la terminación convencional¹¹⁰.

En la terminación convencional se elude la sanción administrativa, por razones puramente pragmáticas. El acuerdo puede ofrecer ventajas¹¹¹ para ambas partes. (i) En el caso de la Administración: libera de la carga de culminar el procedimiento y de probar las conductas anticompetitivas, permitiéndole aplicar sus siempre insuficientes medios a otros asuntos; permite resolver con celeridad eventuales restricciones de la competencia; reduce el riesgo de litigiosidad, etc¹¹². (ii) En el caso de las empresas afectadas: reduce la incertidumbre que generan las investigaciones y procedimientos administrativos, que –con frecuencia– se prolongan durante años; no

104 Asunto T 76/14, Morningstar v. Comisión, EU:T:2016:481, margs. 40 y 78.

105 Furse (2004:81).

106 J. M. Baño León (2013), «Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia», en J. Guillén Caramés, Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia (Cizur Menor: Aranzadi - Thomson Reuters), p. 255.

107 ECLI:ES:TS:2015:4126, FJ 2º.

108 ECLI:ES:TS:2015:3942, FJ 5º.

109 ECLI:ES:TS:2018:3829, FJ 4º.

110 L. A. Velasco San Pedro (2009), «La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia», Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 4, p. 175.

111 Massaguer y otros (2008: 621-622).

112 Allendesalazar Corcho (2005:446 y ss.).

se califican los hechos; no equivale a confesión; no hay sanción; se evitan los riesgos de posibles reclamaciones de daños y perjuicios.

No obstante, como decimos, el convenio tiene carácter alternativo a la sanción¹¹³. (i) Se dejan de reprimir ilícitos administrativos. La conducta no se tomará tampoco en cuenta a efectos de reincidencia¹¹⁴. No se vulnera el principio de legalidad sancionadora, ya que la propia ley que tipifica las infracciones es la que contempla la terminación convencional del procedimiento¹¹⁵. No significa tampoco que la persecución de las infracciones sea voluntaria, una cuestión de oportunidad. La calificación de una conducta como infracción administrativa constata un desvalor de acción, que hay que reprimir, salvo que, en las circunstancias concretas, se entienda que el pacto protege mejor el interés general. En este sentido, los compromisos han de resolver los efectos sobre la competencia derivados de la conducta y ha de quedar suficientemente garantizado el interés público. (ii) La terminación convencional también puede tener efectos perjudiciales para el interesado, al disuadirle del ejercicio de su derecho de defensa. Tampoco podrá impugnar en un momento posterior la actuación de la Administración (si no se desvía de lo pactado), ya que nadie puede ir contra sus propios actos.

Conclusiones

Primera. - El ejercicio de la potestad sancionadora es preceptivo, lo que no impide reconocer a la Administración facultades discrecionales para priorizar unas investigaciones sobre otras y, dentro de ciertos límites, para acordar o no el inicio del procedimiento. En todo caso, la decisión administrativa de no iniciar o archivar el procedimiento debe ser motivada, no puede generar indefensión y está sujeta a control judicial.

Segunda. - Las actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador, por lo que no computan a efectos de caducidad, no interrumpen la prescripción y no permiten adoptar medidas provisionales. No obstante, las garantías sustanciales del interesado en el procedimiento sancionador deben respetarse también en las actuaciones previas, ya que –en caso contrario– su observancia en el procedimiento sancionador no permitiría salvaguardar los derechos constitucionales.

Tercera. - Corresponde a la autoridad administrativa probar la infracción y, con ello, destruir la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental de los ciudadanos. Esto no excluye la prueba por presunciones, que tiene gran importancia en este ámbito.

Cuarta. - El derecho de defensa exige que el interesado haya sido adecuadamente informado de la infracción que se le imputa, de manera que pueda defender sus derechos y exponer sus razones antes de que la Administración adopte una decisión definitiva.

113 Massaguer y otros (2008: 621).

114 Allendesalazar Corcho (2005: 453-454).

115 Baño León (2013: 258).

Quinta.- El derecho a no declarar contra uno mismo es también un derecho fundamental de los ciudadanos. No obstante, esto no comporta la facultad de sustraerse a las potestades de prevención, indagación o prueba que corresponden a las autoridades administrativas. Más aún, las normas suelen imponer al interesado el deber de colaboración activa en la investigación, con el límite de que ello no puede comportar una autoinculpación.

Sexta.- El derecho de acceso al expediente es una garantía esencial, que permite al interesado defender sus derechos. Además, la eventual confidencialidad de hechos o pruebas no puede extenderse a las pruebas inculpatorias, lo que impediría el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte del interesado. En cambio, el acceso al expediente puede restringirse respecto de terceros interesados, aunque sean parte del procedimiento, ya que no está en juego su derecho de defensa.

Séptima.- La preocupación por la eficacia en la respuesta administrativa ha llevado a que la normativa favorezca el reconocimiento anticipado de la responsabilidad por parte del infractor. El problema es que desincentiva el ejercicio del derecho de defensa por el interesado.

Octava.- En algunos casos, puede resultar más conveniente para el interés general la renuncia al ejercicio de la potestad sancionadora, a cambio de que el interesado asuma un compromiso firme de cese inmediato de la infracción. Es ésta una potestad que –debidamente motivada- discrecionalmente puede ejercer la Administración, no un derecho del particular.

Bibliografía

Allendesalazar Corcho (Rafael). 2009). «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia, núm. 7201.

Baño León José María.(2013). «Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia», en Guillén Caramés (Javier), et al., Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia (Cizur Menor: Aranzadi - Thomson Reuters).

First, H., Fox, E. M., Hemli, D. E. (2013), «The United States. The Competition Law System and the Country's Norms», en H. First, E. M. Fox, D. E. Hemli, The Design of Competition Law Institutions (Oxford University Press).

Furse, M. (2004), Competition Law of the EC and UK, 4th edition (Oxford: Oxford University Press).

Laguna de Paz, J. C. (2009), «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», Revista de derecho de la competencia y la distribución, núm. 5.

Laguna de Paz, J. C. (2023), Tratado de derecho administrativo. general y económico, 5ª edición (Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters).

Laina, F., Laurinen, E. (2013), «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», Journal of European Competition Law & Practice, núm. 4.

López Benitez, M. (2013), «Algunas consideraciones en torno a la práctica de una información reservada en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia», en J. Guillén Caramés, «Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia» (Civitas Thomson Reuters: Madrid, España).

Lozano Cutanda, B. (1990), La extinción de las sanciones administrativas

y tributarias (Madrid, España: Marcial Pons).

Massaguer, J., Folguera, J., Sala Arquer, J. M. Gutiérrez, A. (2008), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Madrid: Civitas-Thomson).

Nieto García, A. (2012), *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición (Madrid, España: Tecnos).

Ortiz Blanco, L., *EC Competition Procedure*, 2nd edition (Oxford University Press: 2006).

Parada Vázquez, J. R., *Derecho Administrativo*, vol. II, 23ª edic. (Madrid, España, ediciones Académicas).

Rebollo Puig, M. (2004), «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», en F. Sáinz Moreno, *Estudios para la reforma de la Administración Pública* (Madrid, España: INAP).

Rebollo Puig (2009), «Ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio», en M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor, A. M. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid: Lex Nova).

Rebollo Puig, M. (2010), «Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador», en AAVV, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid: Lex Nova).

Schweitzer, H. (2009), «The European Competition Law Enforcement System and the Evolution of Judicial Review», *EUI-RSCAS*.

Velasco San Pedro, L. A. (2009), «La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4.

Las garantías procesales en el marco de las investigaciones de prácticas anticompetitivas

Fior D'Aliza Alduey Mercedes

Resumen

Este artículo ofrece una aproximación a las garantías procesales que se deben observar en el marco de una investigación por prácticas anticompetitivas. En sus funciones de investigación, la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia está obligada a respetar las garantías mínimas del debido proceso en la República Dominicana, lo cual significa que los agentes económicos investigados son titulares de un conjunto de derechos plenamente exigibles en el curso del procedimiento administrativo sancionador.

Palabras clave: Garantías procesales, competencia, prácticas anticompetitivas, investigación.

Abstract

This article provides an approximation to procedural guarantees in the context of an investigation into anti-competitive practices. In its investigative functions, the Executive Directorate of Pro-Competencia is subject to the general rules of procedural guarantees established in the Dominican Republic which means that the economic agents investigated are holders of a set of rights that are fully enforceable during the administrative sanctioning

procedure.

Key words: Procedural guarantees, competition, anti-competitive practices, investigation.

Introducción

Las garantías procesales son fundamentales en un Estado de Derecho, ya que protegen los derechos individuales y aseguran un proceso legal justo. Esas garantías incluyen: el derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a un juez imparcial, el derecho a un recurso efectivo, entre otros. Estas garantías son imprescindibles para proteger los derechos de los ciudadanos y garantizar que el sistema de justicia funcione de manera equitativa y justa.

En el ámbito del Derecho de la Competencia, los agentes económicos, que pueden ser personas físicas o jurídicas, también cuentan con garantías procesales para asegurar el pleno goce de sus derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la defensa, a ser informado, a la confidencialidad, a un procedimiento imparcial, a un recurso efectivo, la presunción de inocencia y derechos de igual naturaleza los cuales son esenciales para equilibrar el poder regulatorio del Estado en asuntos de competencia. Además, proteger los derechos de los agentes económicos, involucrados en los procesos que se lleven a cabo en su contra, tomando siempre en consideración las referidas garantías establecidas en el ordenamiento

jurídico dominicano.

1. El debido proceso en el ámbito constitucional de la República Dominicana

La Constitución de la República Dominicana establece que es un estado social y democrático de derecho. En el Estado «social» la dignidad humana debe alcanzar su máximo desarrollo, procurando la igualdad de todos los dominicanos en un marco de libertad y justicia social; es «democrático», porque la voluntad política del Estado deviene de la soberanía popular y es de «derecho», porque el poder público debe realizar todas sus actuaciones de conformidad con la norma jurídica, respetando el principio de la separación de poderes. Al concentrarnos en el Estado de derecho, podemos inferir que existe obligación positiva para todos los entes públicos de garantizar la concreción de los derechos fundamentales. En efecto, el artículo 68 de la Constitución, así lo establece al señalar: «Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley».

2.1 Principio de la buena administración

El principio de la buena administración contiene la forma en que las autoridades y las administraciones gubernamentales deben llevar a cabo sus funciones y tomar sus decisiones. Este principio se sustenta en la concepción de que, la administración pública, debe actuar de manera eficiente, transparente, imparcial y ética a los fines de garantizar el bienestar de los administrados y asegurar

el cumplimiento de los derechos que le asisten. Por tanto, es un eslabón imprescindible de un Estado de derecho ya que garantiza que el poder de gobierno se ejerza de manera justa propiciando, además, la confianza de sus ciudadanos.

Al tenor, el artículo 138 del texto constitucional dominicano, consigna que la administración pública está sujeta en su actuación al ordenamiento jurídico del Estado. De ese modo, se reconoce en nuestro sistema jurídico el principio de legalidad (o juridicidad), en cuya virtud todas las actuaciones administrativas deben estar sometidas a la ley y al derecho¹¹⁶. El hecho de que todos los poderes públicos deban justificar su actuación en una norma jurídica es un rasgo consustancial al Estado de derecho lo cual ha sido reforzado mediante jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano.

El máximo intérprete de la Constitución sustenta que el «derecho al buen gobierno o a la buena administración» constituye «un derecho fundamental nuevo entre nosotros», el cual «se encuentra implícitamente en el texto de la Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional¹¹⁷».

2.2 Principio de juridicidad

El principio de juridicidad implica que todos los órganos del Estado

116 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0619/16, 25 noviembre 2016, p.22.

117 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0322/14, 22 diciembre 2014, p. 15.

deben adaptar su actuación al ordenamiento jurídico. Este último tiene que ser cumplido, pues comprende las normas básicas que delimitan los contornos entre lo que la autoridad puede hacer y los derechos de las personas sujetas a su mandato. La Ley fundamental establece en su artículo seis que «Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a esta Constitución».

La supremacía constitucional, plantea el carácter de fuente primaria de nuestra carta magna para la validez de toda norma jurídica o actuación administrativa de los órganos del Estado, los cuales deben ceñirse a: los valores, principios, reglas y derechos contenidos en el texto constitucional. Asimismo, de conformidad con la Ley núm. 247-12, «toda función administrativa ha de ejercerse en el marco de lo establecido por la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados formal y previamente conforme al derecho».

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado que «la acepción de Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho¹¹⁸». Por tanto, en un Estado de derecho los poderes públicos solo pueden hacer aquello que expresamente se les autoriza en una norma jurídica preexistente, por lo que resulta evidente que en este modelo estatal el ejercicio del poder es limitado por esas

118 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-747/98, del 02 de noviembre de 1998.

reglas. Habitualmente, esas normas jurídicas que limitan el ámbito de actuación de los poderes públicos se encargan de reconocer un plexo de garantías para resguardar al individuo frente al Estado¹¹⁹. Esas garantías son «mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos¹²⁰».

Concomitantemente con lo anterior, hay que tomar en consideración que cualquier disposición legislativa o precepto del ordenamiento jurídico debe ser interpretado de acuerdo con la carta magna. De hecho, existen numerosas posibilidades de que los textos jurídicos sean pasibles de matices interpretativos y es justamente en estos casos cuando el intérprete debe acudir al texto constitucional, el cual se transforma a partir de ese momento, en una fuente de interpretación del resto del ordenamiento jurídico.

2.3 El debido proceso como garantía

En el contexto dominicano, el ordenamiento jurídico ha previsto un conjunto heterogéneo de derechos que procuran limitar el ejercicio del poder por parte del Estado. Ese conjunto de derechos, agrupados bajo la sombrilla del debido proceso, procura que «toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado pueda contar con las garantías mínimas necesarias para defenderse y representar adecuadamente

sus intereses en todo procedimiento¹²¹».

Como señala MEDINA REYES:

En esencia, el debido proceso establece los límites formales que deben ser analizados ex ante y ex post de un procedimiento administrativo, con el objetivo de salvaguardar las garantías mínimas de los particulares, y, en consecuencia, garantizar el equilibrio entre las personas que resultan afectados en una decisión administrativa. Es por tal motivo, que el debido proceso constituye un límite al poder exorbitante que en ciertas ocasiones posee el Estado, lo que permite regular la discrecionalidad de la administración pública. En cuanto a este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia ha conceptualizado en reiteradas ocasiones, el debido proceso «como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia¹²²».

Esas garantías mínimas que conforman el debido proceso son instrumentales, ya que en definitiva son derechos que tienen por objeto garantizar que, en un proceso específico, se determinen de manera justa y equitativa otros derechos u obligaciones. Dicho de otro modo, las garantías procesales que componen el debido proceso buscan «asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un

119 PIZZOLO, Calogero. «El desarrollo de algunas garantías que hacen al “debido proceso” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)».

120 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid, España, editorial Trotta, 1995, p.28.

121 ROJAS BÁEZ, Julio José. El debido proceso en el bloque de constitucionalidad dominicano. República Dominicana, 2020, p.37.

122 MEDINA REYES, Roberto (2014) «El tabú del debido proceso». Disponible en: <http://www.robertomedinareyes.com/el-tab--del-debido-proceso-administrativo.html>

proceso¹²³». Dada la importancia que revisten esas garantías mínimas en una sociedad democrática, como lo es la República Dominicana, éstas se han reconocido expresamente en la norma suprema del ordenamiento jurídico del Estado, con el fin de i) asegurar su exigibilidad frente a los poderes públicos y los particulares; y, ii) dificultar que sean cercenadas o recortadas producto de la rigidez de la que está revestida la Constitución.

En consonancia con lo afirmado anteriormente, se destaca que el artículo 69 de la Constitución consagra un conjunto de derechos instrumentales que son plenamente exigibles en cualquier proceso judicial o incluso administrativo:

- **Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso.** Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;

123 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0331/14, 22 diciembre 2014, p.18.

- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;

Para el académico boliviano AGUDELO RAMIREZ, «el debido proceso es un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho¹²⁴». Esas garantías mínimas que conforman el debido proceso están consagradas, además, en otros instrumentos normativos, razón por la cual, para los fines de este trabajo, haremos especial énfasis a las garantías del debido proceso recogidas en el referido artículo 69 de la Constitución, en la Ley núm. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo y en la Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia.

Abordaremos aquellas instituidas para reglar el proceso de investigación de prácticas anticompetitivas que lleva a cabo la

124 AGUDELO RAMIREZ, Martín (2004) «El debido proceso», Revista Opinión jurídica vol. 4, núm. 7 pp. 89-105.

Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). Vale destacar que, en adición al catálogo de garantías consagradas en el mencionado artículo 69 de la carta sustantiva dominicana, deben considerarse todas aquellas que sean de igual naturaleza, conforme lo consagra el artículo 74.1 de la Constitución, y que sustenta la teoría de los derechos implícitos y bloque de constitucionalidad¹²⁵.

2. Las garantías del debido proceso y su aplicación en los procesos de investigación de prácticas anticompetitivas

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) es un organismo autónomo y descentralizado del Estado adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Mipymes¹²⁶, que, se subdivide en dos órganos diferenciados: la Dirección Ejecutiva (DE), órgano unipersonal, cuya función principal es investigar y actuar de oficio o a petición de parte, en los casos que existan indicios en el mercado de violación a las disposiciones de la Ley núm.42-08 y el Consejo Directivo, órgano colegiado que ejerce la potestad administrativa sancionadora en estos procesos y que tiene la función de actuar como tribunal administrativo en esta materia.

La referida ley núm. 42-08 presenta un listado detallado de lo que son consideradas como prácticas anticompetitivas ejercidas por agentes

económicos: (i) los acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia; (ii) los abusos de posición dominante; (iii) los actos de competencia desleal, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, salvo en el caso de los mercados sujetos por leyes sectoriales a la rectoría de organismos reguladores que poseen atribuciones administrativas sancionadoras en materia de defensa de la competencia. Las referidas conductas quedan sujetas a investigación por parte de la DE, en sus atribuciones conferidas por la ley, para perseguirlas y contribuir a erradicarlas.

En la realización de sus labores de investigación, este órgano queda sujeto a las normas generales de garantías procesales establecidas en el ordenamiento jurídico aplicable en la República Dominicana y, en consecuencia, los investigados, tienen a su disposición no solo las garantías mínimas ofrecidas por la Constitución, también aquellas propias del procedimiento administrativo y las establecidas en su ley especial. Por ende, tiene el deber de tutelar las garantías mínimas del debido proceso, como se estila en cualquier proceso administrativo de la misma naturaleza.

Y es que, en efecto, el artículo 69.10 constitucional antes citado establece claramente que «las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», lo cual ha sido reforzado por la jurisprudencia constitucional al indicar que «todo proceso administrativo sancionador amerita el respeto de las garantías inherentes a un debido proceso, consagradas en el artículo 69 de la Constitución¹²⁷».

125 Domingo Gil, «Teoría de los derechos implícitos», Anuario 2015 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2016, pp.149-170.

126 Cfr. Artículo 7, numeral 7, de la Ley núm. 37-17, que reorganiza el Ministerio de Industria, Comercio y Mipymes.

127 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0153/22, 17 de junio 2022, p.24.

En ese mismo orden de ideas, antes de analizar de forma puntual en la DE debe velar por el respeto de esas garantías del debido proceso durante la fase de investigación e instrucción de prácticas anticompetitivas, resulta oportuno comprender, en qué consiste el debido proceso de acuerdo con el texto constitucional en vista de que este órgano desempeña un doble rol: por un lado, funge como fiscal de la competencia y por el otro, funge como guardián del debido proceso. En consecuencia, podemos reconocer, al menos, dos tipos de derechos: los derechos al proceso y los derechos en el proceso. Los primeros se conciben como los que guardan relación con el acceso a la justicia, mientras que, los segundos, se ejercen cuando ya inicia el proceso en sí mismo¹²⁸.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, el debido proceso se puede definir como

(...) un principio jurídico procesal que reconoce que toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, mediante las cuales se procura asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso que se lleve a cabo en su contra, permitiéndole tener la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juzgador, es por ello que la Constitución lo consagra como un derecho fundamental y lo hace exigible mediante la acción de amparo (...) ¹²⁹.

Se puede afirmar, en ese sentido, que el debido proceso es un

derecho fundamental en virtud del cual toda persona, sujeta a la jurisdicción del Estado, es titular de una serie de garantías mínimas que procuran asegurar un resultado justo y equitativo en el curso de cualquier proceso, ya sea judicial o administrativo. En el contexto particular del proceso de investigación de prácticas anticompetitivas que lleva a cabo la DE, esas garantías mínimas también se aplican para procurar que el proceso administrativo sancionador, seguido en contra de cualquier agente económico, se realice dentro de un marco garantista. Por tanto, al proceder a la investigación, tiene la obligación de velar por la protección de la libre competencia, así como también el deber de respetar las garantías del debido proceso administrativo de los agentes económicos investigados. En consecuencia, la validez jurídica de las actuaciones está condicionada al buen ejercicio de esas dos dimensiones del proceso de investigación.

2.1. Inicio del procedimiento de investigación

Es importante recordar que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al procedimiento administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. No obstante, las investigaciones de competencia se corresponden con el procedimiento administrativo ordinario con ciertas modulaciones, establecidas en la ley especial, en virtud de lo cual es necesario comprender las características procesales y normas seguidas en el marco de la investigación por prácticas anticompetitivas.

128 Constitución comentada. Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. Comentarios de Domingo Antonio Gil.

129 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0331/14, 22 diciembre 2014, p.18

El inicio del procedimiento de investigación que lleva a cabo la Dirección Ejecutiva puede producirse de dos modos: a) por denuncia de parte interesada; o, b) de oficio¹³⁰. En el primer supuesto, cualquier agente económico con interés legítimo puede «formular una instancia motivada ante la Dirección Ejecutiva, la que iniciará el expediente cuando se observen indicios racionales¹³¹». La procedencia de esa denuncia está sujeta al cumplimiento de unos requisitos mínimos, a saber: i) señalar al presunto responsable; ii) describir en qué consiste la práctica o violación a la ley; iii) describir el daño o perjuicio que se le ha causado o que se le pueda causar en el futuro; y, iv) fundamentar documentalmente y con suficientes argumentos que demuestren las aseveraciones¹³².

A pesar, de que la normativa especializada en derecho de la competencia no lo dispone expresamente, la DE tiene como práctica, notificar las denuncias a los agentes económicos acusados de haber incurrido en las prácticas prohibidas por la Ley núm. 42-08, para posibilitar que presenten sus medios de defensa¹³³. Garantizándose con ello, una de las garantías esenciales del debido proceso

130 Cfr. Artículo 19 del Decreto núm. 252-20, que establece el Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08.

131 Cfr. Artículo 36, párrafo, de la Ley núm. 42-08, sobre Defensa de la Competencia.

132 Esos requisitos de admisibilidad de las denuncias fueron detallados en la Resolución núm. DE-003-2022, de fecha 23 de marzo de 2022, dictada por la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

133 En la Resolución núm. DE-01-2022, de fecha 05 de enero de 2022, dictada por la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia, se le otorgó un plazo de 10 días hábiles al agente económico denunciado para que se pronunciara sobre la procedencia de la denuncia. De igual modo, se puede comprobar que en la Resolución núm. DE-004-2022, de fecha 08 de julio de 2022, la Dirección Ejecutiva también le otorgó un plazo de 10 días al agente económico denunciado para que depositara sus medios de defensa y se pronunciara sobre la procedencia de la denuncia.

administrativo consagradas en el artículo 69.4 de la Constitución, como es el derecho de defensa. Ese criterio es cónsono con la interpretación expansiva que ha ofrecido la jurisprudencia constitucional dominicana, en el sentido de que el derecho de defensa también se proyecta en el ámbito administrativo¹³⁴. De igual modo, ese criterio se compadece con el artículo 42 de la Ley núm. 107-13, en cuya disposición se establece claramente que, en el marco de un procedimiento sancionador, el presunto responsable tiene derecho a ser notificado de los hechos imputados.

En cuanto a las investigaciones de oficio, las mismas se originan usualmente, producto de una investigación preliminar donde se recopila información, se analizan documentaciones y



134 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0294/19, 08 agosto 2019, p.26.

comportamientos a los fines de respaldar la decisión tomada. Es decir, verificar si existen indicios razonables que permitan suponer la existencia de prácticas anticompetitivas en los mercados pues en este caso no es necesario contar con pruebas concretas. En la fase preliminar de investigación, la DE no está obligada a notificar a las posibles partes envueltas sobre la misma y, por ende, tampoco permitirles el acceso al expediente de que se trate, pues esta fase es estrictamente confidencial. Una vez concluida la fase preliminar de la investigación, mediante decisión motivada, la DE decide si inicia la investigación formal o desestima, en caso de denuncia, a partir de sus hallazgos.

En correspondencia con lo anterior, la Dirección Ejecutiva en su Resolución DE-005-2022, de fecha 10 de agosto del 2022, realizó una interpretación combinada de las disposiciones de la Ley núm. 42-08, así como también de la Ley núm. 107-13, a los fines de enfatizar la importancia de garantizar la tutela efectiva durante la fase de investigación:

(...) esta Dirección Ejecutiva es competente para conocer las solicitudes de investigación de prácticas anticompetitivas, conforme lo establecido en los artículos precedentemente citados y siguiendo el debido proceso administrativo contemplado tanto en el artículo 69 de la Constitución de la República, en la misma Ley Núm. 42-08, así como también la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo sin limitarse al planteamiento de las partes en conflicto, por lo que procederá a examinar los méritos de la

presente denuncia... Que el concepto de « persona con interés legítimo » es definido por el Artículo 2 numeral 16 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08 como aquella que, en consonancia con el artículo 17 de la Ley núm. 107-13, promueva la titularidad de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos en cada mercado relevante. Además, el referido artículo 37 de la Ley núm. 42-08, exige la existencia de un daño o perjuicio económico que le ha causado o le pudiera causar la conducta anticompetitiva denunciada.

Como hemos analizado anteriormente, tanto la Constitución dominicana como la jurisprudencia de la Corte IDH, han destacado que en los procesos administrativos sancionadores se deben respetar las garantías del debido proceso. Estas garantías procesales mínimas deben forzosamente ser tuteladas por la DE durante los procesos de investigación e instrucción y en caso de inobservancia de alguna, es posible invocar cualquier violación a estas normas ante el Consejo Directivo por la vía recursiva en sede administrativa. En ese sentido, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):

En lo que respecta a la aplicación de las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana para procesos que no sean de naturaleza penal, la Corte recuerda que si bien esta disposición se titula « Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente

sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. (Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala; Sentencia de fecha 3 de mayo del 2016; Corte IDH).

Es indudable que cuando la DE actúa en uso de sus facultades, ha de reconocer y cumplir con los límites de su actuación respetando los derechos de los administrados con estricto apego al ordenamiento jurídico.

2.2. Desarrollo de la fase de instrucción

Una vez al agente económico presuntamente responsable se le ha notificado la denuncia para que presente sus medios de defensa, la DE puede emitir una resolución en la que se declare improcedente la denuncia -por no satisfacer los requisitos contenidos en los artículos 37 y 38 de la Ley núm. 42-08 y 20 del reglamento de aplicación- o una resolución que ordene el inicio del procedimiento de investigación. La norma prevé un procedimiento de publicidad de la denuncia, a los fines de poder recabar información del público en general que sea útil para el desarrollo de la investigación.

En efecto, la referida Ley núm. 42-08, establece en sus artículos 39 y 40, un mecanismo de notificación a las partes y publicación al público en general en los casos en que la DE considere procedente la denuncia, debiendo emitir una resolución que ordene el inicio del procedimiento de investigación, y que debe ser notificada a las

partes dentro de un plazo de tres días hábiles, acompañada de: la denuncia, relación de los hechos que se imputen, y cualquier prueba aportada por la parte demandante.

Igual, el artículo 40 de la referida ley, señala que toda denuncia o investigación de oficio de las conductas prohibidas en esta ley tendrá carácter público. La DE publicará en su portal de internet 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 días hábiles siguientes a la publicación.

Otro elemento destacable durante la fase de investigación del proceso administrativo sancionatorio, de acuerdos o conductas anticompetitivas es la garantía de la confidencialidad de determinadas informaciones comerciales, industriales o de otra índole, cuya publicidad pudiere afectar ilegítimamente al agente económico investigado. En esa tesitura, se asume que en principio toda denuncia tendría un carácter público, salvo que, por solicitud motivada, alguna parte interesada, la Dirección Ejecutiva declare confidencial, parte o todo el material probatorio que se considere secreto comercial. Esta excepción está contemplada en el artículo 41 de la Ley núm. 42-08 y puede ser solicitada en cualquier fase del procedimiento.

Por otra parte, el artículo 39 de la Ley núm. 42-08, no establece

de manera explícita que la resolución que ordene el inicio de la investigación deba estar motivada. No obstante, la resolución que desestima la denuncia debe motivarse por mandato expreso del párrafo III del artículo 37 de la referida ley. En este aspecto el artículo 22, párrafo I de la Ley núm. 107-13, obliga a motivar toda resolución de iniciación de un procedimiento sancionador, por tanto, como se trata de una norma complementaria a la referida Ley núm. 42-08, la resolución que ordena el inicio de la investigación debe estar también motivada y con ello se resguarda otra de las garantías del debido proceso: el deber de la motivación.

La fase del procedimiento de investigación tiene por objeto recabar las pruebas que permitan acreditar la existencia de las prácticas prohibidas por la Ley núm. 42-08. De ahí que, el artículo 42 de la indicada ley le otorgue a la DE una serie de potestades con el fin de que pueda estar en condiciones de instruir adecuadamente los expedientes sancionadores. Sin embargo, el artículo 42, párrafo II, de la Ley núm. 42-08 dispone que los «elementos de pruebas que recopile el director ejecutivo solo serán válidos, siempre que hayan sido obtenidos lícitamente y de conformidad con la presente ley y las del Código Procesal Penal».

Igualmente, es importante aclarar que, en caso de desistimiento formal por parte del denunciante por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, no resultaría suficiente para declarar la falta de interés del órgano investigador de continuar con el proceso de investigación de que se trate. Lo anterior obedece a que las conductas anticompetitivas objeto de investigación atentan contra el

interés general y el interés público económico, también reconocido por el derecho constitucional a la libre empresa, comercio e industria. Al tenor, mediante Resolución DE-002-2023, de fecha 1 de febrero de 2023, sostuvo:

En efecto, por encima del interés privado del denunciante, en virtud del cual se le reconoce el derecho a desistir de su denuncia, se encuentra el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado, en virtud del cual esta Dirección Ejecutiva está en la obligación de investigar aquellos comportamientos de los agentes económicos que tienen entidad para causar grande perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado; es decir, que suponen amenazas para su mismo mantenimiento u ordenación, como son los acuerdos colusorios investigados en la especie.

Lo anterior, no transgrede el derecho del denunciante a desistir de la denuncia, sino que prevalece interés general sobre el particular.



Asimismo, hay que destacar que, cuando la Ley núm. 42-08, hace la remisión del régimen de recopilación de las pruebas al Código Procesal Penal (CPP), está implicando procesalmente dos cosas: 1) que se deben observar las disposiciones legales del CPP, salvo que la referida ley, contemple un procedimiento de recopilación de pruebas distinto; 2) la intervención colateral del juez penal en un proceso sancionador administrativo. Esa disposición además consagra el principio de legalidad de la prueba, de raigambre constitucional, en virtud del cual «sólo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas establecidas por la Constitución, la legislación procesal y los convenios internacionales en materia de derechos humanos¹³⁵».

Existe una identidad ontológica entre el régimen penal y administrativo sancionador, que destaca magistralmente el académico chileno CORDERO QUINZACAR, al señalar:

(...) existe una identidad ontológica entre sanción penal y sanción administrativa, ya que ambas tienen los mismos elementos sustanciales: son una reacción estatal represiva frente a un acto ilícito... Como parte del mismo género, la pena penal y la pena administrativa se someten a un mismo estatuto constitucional, que consagra garantías mínimas tanto sustantivas como procedimentales: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional procedimiento previo. Este es, por lo demás, una de las conclusiones a las cuales llega el Tribunal Constitucional al sostener la

tesis del jus puniendi único del Estado y la proyección de los principios del orden penal al ámbito de las sanciones administrativas, aunque con algunos matices. Más aún, expresamente ha señalado que las sanciones administrativas participan de los elementos esenciales de las sanciones penales¹³⁶».

Durante la fase del procedimiento de investigación, y con el objeto de recabar las pruebas, la DE, 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. De igual manera, la podrá 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 agotando el debido proceso antes recalado.

Asimismo, la Ley núm. 42-08, establece un régimen de instrucción «*sui generis*» en el cual, las habilitaciones para poder realizar determinadas medidas de instrucción deben ordenarlas el juez penal, otras el Consejo Directivo y algunas, la ley se las permite a la Dirección Ejecutiva. En efecto, los artículos 26 y 27 de la Ley núm. 107-13, autorizan a la autoridad administrativa responsable

135 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0135/14, 08 julio 2014, p.12.

136 CORDERO QUINZACAR, Eduardo (2012). «El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal», Revista de Derecho (Valdibia), Vol. XXV, No. 2, diciembre 2012, pp. 131-157.

de la investigación realizar de oficio algunos actos de instrucción, naturalmente, aquellos que la ley no atribuya expresamente a otra autoridad. Esto significa que, si una diligencia de instrucción o investigación no está confiada por la ley a una autoridad en específico, se asume que la Dirección Ejecutiva podrá realizarla de oficio por mandato de los referidos artículos 26 y 27 de la Ley núm. 107-13.

Vale destacar, además, que el artículo 42, párrafo II, de la Ley núm. 42-08 es cónsono con el artículo 69.8 de la Constitución. Y es que, en efecto, la citada disposición constitucional establece que «es nula toda prueba obtenida en violación a la ley» y sobre su encuadramiento en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia constitucional dominicana se ha encargado de establecer que se trata de un derecho fundamental de configuración legal¹³⁷. En cuanto a la dinámica operacional en esta fase del procedimiento, se debe observar que, si la Dirección Ejecutiva emite la resolución que ordena el inicio del procedimiento de investigación, el agente económico denunciado -o investigado- tiene el derecho a presentar un escrito de contestación dentro de un plazo de 20 días hábiles, contados a partir de la notificación del referido acto administrativo de trámite¹³⁸.

Por medio de ese escrito de contestación, el agente económico investigado podrá plasmar las argumentaciones para resguardar sus

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Cfr.* Artículo 20, párrafo I, del Decreto núm. 252-20, que establece el Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08.

derechos, así como también aportar las pruebas documentales o de cualquier otra índole para el ejercicio su defensa¹³⁹. De este modo se garantizan dos elementos claves del debido proceso administrativo: el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Asimismo, la normativa prevé que las pruebas aportadas al proceso deben ser notificadas a las partes, a fin de que éstas estén en condiciones de formular sus alegatos sobre las pruebas presentadas en un plazo no mayor de 10 días hábiles. Como se puede apreciar, estas disposiciones consagran y garantizan el derecho de defensa de las partes al reconocer que pueden presentar todos los medios de prueba y argumentos que estime pertinentes para fundar sus pretensiones. Este procedimiento, resulta sumamente garantista pues como se observa, a cada actuación de la Dirección Ejecutiva, el agente económico investigado tiene la oportunidad de presentar un escrito o formular prueba y alegación además de tener acceso al expediente cada vez que lo requiera.

En nuestro sistema jurídico, un componente fundamental del derecho de defensa es el derecho a servirse de los medios de prueba que se estime oportuno. De ahí que la jurisprudencia constitucional dominicana haya establecido que el derecho a la prueba se puede definir como:

(...) el derecho subjetivo que tiene toda persona de utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el

¹³⁹ *Cfr.* Artículo 44, literales «b» y «c», de la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia.

que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan o le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o defensa (...)¹⁴⁰

El derecho a la prueba es fundamental para garantizar un proceso justo y equitativo en el ámbito administrativo sancionador y para proteger los derechos de los agentes económicos sujetos de investigación.

4. Finalización del procedimiento de investigación: acto conclusivo de la Dirección Ejecutiva

Esta etapa de investigación puede culminar de dos formas: 1) a través de un informe de instrucción, en cuyo caso la Dirección Ejecutiva remite al Consejo Directivo el expediente, acompañándolo de un informe que individualice las conductas observadas, las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, así como la calificación de los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores, otorgando un plazo razonable; o, 2) por medio de una resolución de desestimación, en cuyo supuesto la Dirección Ejecutiva decide no formular acusación por no haberse configurado o acreditado la existencia de prácticas prohibidas. En este último caso, el agente económico perjudicado tiene el derecho a impugnarla a través de un recurso jerárquico por ante el Consejo Directivo, dentro de un plazo de 10 días hábiles contados a partir de su notificación¹⁴¹.

140 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0588/19, 17 diciembre 2019, p.16.

141 Cfr. Artículo 43, párrafo, de la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia.

5. Conclusiones

Luego analizar el procedimiento de investigación que realiza la Dirección Ejecutiva para perseguir la comisión de prácticas anticompetitivas, se ha podido advertir que el régimen normativo que lo regula es coherente con las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 69 de la Constitución, las que consigna la propia Ley núm. 42-08 y en los principios del procedimiento sancionador instituidos por el artículo 42 de la Ley núm. 107-13. Estas normas se aplican complementariamente y aportan más garantías al debido proceso administrativo que resguardan los derechos de los agentes económicos investigados por ésta.

Entre los aspectos de la Constitución dominicana destacamos la atención dedicada al tema de la legalidad de la actuación administrativa y de los medios jurisdiccionales instituidos para su tutela. Por su parte, la Ley núm. 13-07 consigna el principio de ejercicio normativo del poder, según el cual la administración pública ejercerá sus competencias y potestades dentro del marco legal y según la finalidad para la que le fueron otorgadas, sin incurrir en desviación de poder y con respeto y observancia objetiva del interés general dando arraigue al principio de juridicidad.

Las garantías mínimas del debido proceso, previstas en el referido artículo 69, son aplicables transversalmente en cualquier proceso administrativo sancionador, por tanto, es evidente que la DE constituye un sujeto obligado que debe velar por el respeto de esas garantías al momento de desplegar el proceso de investigación e instrucción de

prácticas anticompetitivas bajo su cargo. Por tanto, deberá:

1. Tutelar el derecho de defensa de las partes, especialmente del agente económico investigado, al permitir que puedan presentar todos los medios de prueba y las argumentaciones que estimen pertinentes para fundar sus pretensiones;
2. Garantizar a las partes el derecho a impugnar los actos administrativos que les perjudiquen, mediante los recursos judiciales y administrativos habilitados para tales fines;
3. Asegurar que la investigación llevada a cabo por la Dirección Ejecutiva se realice dentro del marco de la legalidad, al reputar como inválidas aquellos elementos de pruebas obtenidos ilícitamente;
4. Involucrar actores colaterales que deben autorizar la recopilación de determinadas pruebas, como los jueces penales y el Consejo Directivo;
5. Garantizar el tratamiento confidencial de algunas informaciones sensibles en favor de los agentes económicos investigados;

La Dirección Ejecutiva no sólo tiene el rol de ser el detective por excelencia de las prácticas o acuerdos anticompetitivos, sino que, además, deberá ser un celoso guardián de las garantías del debido proceso administrativo durante la fase de investigación, ya que será enjuiciado y la validez jurídica de sus actuaciones estarán condicionadas al cumplimiento cabal y riguroso de ambos roles.

Bibliografía

AGUDELO RAMIREZ, Martín (2004). «El debido proceso», *Revista Opinión Jurídica*, vol. 4, núm. 7 pp. 89-105.

CORDERO QUIZACAR, Eduardo (2012). «El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXV, núm. 2, diciembre 2012, pp. 131-157.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, España: editorial Trotta, 1995, p.28.

PIZZOLO, Calogero. «El desarrollo de algunas garantías que hacen al “debido proceso” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)».

ROJAS BÁEZ, Julio José. *El debido proceso en el bloque de constitucionalidad dominicano*. República Dominicana, 2020, p.37.

MEDINA REYES, Roberto (2014). «El tabú del debido proceso». Disponible en línea: <http://www.robertomedinareyes.com/el-tab--del-debido-proceso-administrativo.html>. [consulta 10 octubre 2023].

El interés público económico y su incidencia en el proceso administrativo sancionador en materia de competencia

Rey A. Fernández L.

Resumen

El artículo analiza la importancia de proteger el interés público económico en las relaciones de comercio y libre competencia en la República Dominicana, y cómo se aplican los principios de legalidad y debido proceso en el proceso de declaratoria de lesividad de actos administrativos favorables.

Palabras clave: interés público económico, derechos fundamentales, legalidad administrativa, prácticas anticompetitivas, constitución económica.

Abstract

The article analyzes the importance of protecting the public economic interest in trade relations and free competition in the Dominican Republic, and how the principles of legality and due process are applied in the process of declaring harmful administrative acts.

Key words: economic public interest, fundamental rights, administrative legality, anticompetitive practices, economic constitution.

Introducción

Desde el reconocimiento de la existencia de una constitución económica en la República Dominicana, las relaciones de comercio y libre competencia tienen una indudable protección constitucional, especialmente en escenarios donde, por lo regular, los sujetos son agentes económicos y consumidores, esto consecuentemente obliga al Estado a replantearse conceptos jurídicos indeterminados como ocurre con el denominado «interés público económico».

Es bien sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son, en esencia, conceptualizaciones que mutan conforme el contexto en que los destinatarios expresen su contenido, encontrándose los mismos carentes de una definición normativa tradicional, a pesar de tener una amplia aplicación en la resolución de conflictos, teniendo, en el caso particular del interés público, una aplicación dualista; por un lado es causal de nulidad, mientras que, por otro lado constituye un mandato estatal de oficiosidad.

Según Molina existen controles que derivan de la iniciativa de los administrados y la administración; y que, a su vez, pueden ser administrativos y jurisdiccionales¹. El principio de legalidad administrativa ha sido abordado por el Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia TC/0619/16 realizando las siguientes consideraciones: El fundamento de la legalidad de las actuaciones de la Administración está contenido en nuestra carta magna

en su artículo 138, el cual propugna por el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico del Estado².

Lo cierto es que, en el estado actual de nuestro derecho la administración pública encuentra en el control de legalidad el contrapeso a sus potestades reguladas, y a su discrecionalidad, de manera que, se previenen arbitrarias a través de este mandato de orden constitucional, muy específicamente de la vinculación positiva la cual supone que la sumisión de las actuaciones administrativas a la ley y al derecho debe ser plena, es decir, cabal, completa y sin excepciones.

El Tribunal Constitucional dominicano en la Sentencia TC/0183/2014, al abordar sobre la configuración jurídica de este principio ha manifestado que el mismo constituye de manera formal y sin duda alguna «un mandato a todos los ciudadanos y a los órganos del Estado que se encuentran bajo su jurisdicción para el cumplimiento de la totalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico dominicano³».

Ahora bien, la administración pública no solo se encuentra vinculada de manera positiva a la norma, también a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, facultada por efectos de la vinculación negativa, a adoptar las medidas necesarias dentro del marco de su competencia -expresa o tácita- para proteger el interés público económico, siendo en casos concretos, la protección del mercador y del sector regulado, a fin de evitar que, convenciones

1 BETANCOUR JARAMILLO, C. Derecho procesal administrativo, Bogotá, Colombia: editora Señal, 1993.

2 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0619/2016.

3 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0183/2014, p. 19

entre particulares puedan constituir una simulación de libre competencia, y se trate al efecto de prácticas anticompetitivas.

Esto último supone necesariamente interpretar la calidad e interés jurídico que debe tener un ciudadano para la interposición de una denuncia ante la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, al tenor del interés público económico, para esto debemos partir esencialmente de tres elementos que nos permitirán inferir escenarios donde la legitimidad activa vendría dada a cualquier ciudadano o persona jurídica, veamos:

1º) Las investigaciones pueden ser iniciadas de oficio por el órgano investigador, esto supone de manera implícita que cualquier persona tiene la facultad de realizar la denominada *notitia criminis* es decir, informar a la Dirección Ejecutiva la *sospecha razonable* de que, en determinado sector, agentes económicos podrían estar llevando a cabo conductas y prácticas que afecten la libre competencia en el mercado, quedando en la Dirección Ejecutiva el deber de confirmar la veracidad o no de la denuncia.

2º) El destinatario final o consumidor puede, aun siendo un potencial destinatario, sin la necesidad de ser un agente económico del sector, advertir sobre las prácticas que, en un sentido u otro, afectan el precio o la calidad de los bienes o servicios determinados en un sector; y

3º) Los potenciales agentes económicos pueden denunciar las conductas que, de una forma u otra, evitan su entrada al mercado.

Naturalmente, si cualquier persona que se vea en estos tres supuestos noveles de legitimidad activa, podrá interponer la denuncia de prácticas en perjuicio de la libre competencia, esto no quiere decir en modo alguno que el procedimiento administrativo sancionador se desvirtúe y el denunciante sea parte, sino todo lo contrario, este -el denunciante- tendrá calidad de intervención en el proceso en su etapa inicial, y ante la solicitud de medidas cautelares.

Esto último en el entendido de que el cese de actividades que afectan el mercado genera para este último una afectación, sin embargo, el mismo no podría requerir determinadas sanciones, constituyendo esto un contrapeso necesario de protección al principio de separaciones de funciones, sin perjuicio de que el denunciante apodere a las jurisdicciones propias del derecho común en procura de la reivindicación económica de sus derechos.

Es preciso enfatizar que, el interés público económico no solo dota de legitimidad activa a los ciudadanos, agentes económicos y potenciales agentes económicos, sino que además supone que la pretensión de archivo definitivo de las denuncias iniciadas, a solicitud de parte, no prospere jurídicamente, toda vez que, contrario a como ocurre en el derecho penal común, en materia de competencia no se investiga al sujeto económico exclusivamente, sino que, se investiga el mercado en cuestión y la incidencia de prácticas comunes que afectan a la colectividad a través del menoscabo de la libre competencia.

Ahora bien, esto supondría plantearnos la posibilidad de que, Pro-Competencia pueda, a través del proceso de lesividad advertir que, en un momento determinado, dictó un acto administrativo favorable a determinado agente económico, cuando, al efecto no correspondía el mismo.

Si analizamos la doctrina fijada por el Dr. Gustavo A. Esquivel Vázquez, el proceso de lesividad debe interpretarse como un juicio interpuesto por la máxima autoridad ejecutiva de un órgano u ente de la Administración, da inicio a un procedimiento administrativo con el objetivo de lograr dejar sin efectos jurídicos una decisión que favorecía o acogía una pretensión de un administrado que fuese dictada de forma ilegal⁴.

La posibilidad de que la máxima autoridad ejecutiva de una entidad, órgano u ente de la administración pública pueda solicitar la nulidad o anulabilidad de un acto administrativo favorable constituye colocar en un juicio de legalidad la actuación misma, donde quien dictó el acto deja de ser juez y parte en la decisión de dejar sin efectos jurídicos la actuación que reconoce derechos.

Resulta necesario que la Administración Pública tenga acceso a la intervención jurisdiccional que da los tribunales, con un espacio en el cual proponer los elementos de pruebas, los argumentos, las objeciones, las opiniones y elementos de hecho objetivos a fin de lograr que un determinado acto administrativo favorable, dictado en inobservancia propia de normas reguladoras, pueda ser revocada

en un escenario donde esta no sea juez y parte.

Al efecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que «no es posible para la administración pública revocar por sí misma un acto administrativo cuando se trata de un acto favorable para el administrado, sin seguir los procedimientos constitucionales y legales propios⁵».

En el ordenamiento jurídico dominicano, este procedimiento se encuentra positivizado en el artículo 45 de la Ley núm. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la administración pública y de procedimiento administrativo, indicando el Tribunal Constitucional que el mismo «permite la impugnación por parte de la administración por ante la jurisdicción contencioso administrativa de aquellos actos favorables que resulten lesivos para el interés general⁶».

Al efecto, González Pérez entiende que se trata de un proceso especial al aparecer una entidad pública como demandante frente a uno de sus propios actos⁷, todo lo antes dicho, deja claro que la facultad para interponer el procedimiento administrativo de declaratoria de lesividad se encuentra reservada única y exclusivamente para aquella entidad del orden administrativo, que dictó el acto lesivo al interés público.

5 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0226/2014. Boletín Constitucional de 2014, p. 22.

6 *Ídem*, p. 22.

7 GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España, 1958.

4 ESQUIVEL VÁZQUEZ, G. *El juicio de lesividad y otros estudios*. México: Porrúa, 2002.

Este procedimiento consta de dos fases, la administrativa y judicial; la primera se agota realizando un acto administrativo motivado indicando las razones en las que se fundamentan las causales tendentes a declarar lesivo, sin responsabilidad para el Estado, el acto administrativo que contiene efectos positivos a un particular.

Esto partiendo del principio de que la motivación a la luz del Estado actual de nuestro derecho constituye una exigencia de una buena administración pública con enfoques en la democratización de sus decisiones⁸, el acto administrativo inicial del procedimiento de lesividad debe ser debidamente motivado, precisando los motivos, razones y pruebas en las que sustenta que el acto lesivo fue dictado al margen del derecho y en perjuicio del interés general.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia contenciosa administrativa iberoamericana, sobre esta parte se ha referido indicando que: le compete únicamente la emisión del acuerdo de lesividad, como requisito previo para adoptar la posición de parte actora e impugnarlo ante este tribunal, a quien corresponde exclusivamente valorar la existencia de tales vicios⁹.

No es jurídicamente posible que una administración distinta lo encamine, sin incurrir en violación al debido proceso.

La fase administrativa del procedimiento se inicia con el dictado de otro acto administrativo cuyo fin único es declarar lesivo al anterior; tal y como se indicó antes, sustentándose en la estimación

de que el acto a impugnar es anulable; o bien la justificación del interés público que se requiere tutelar. Es deber de la administración fundamentar en derecho indicando el defecto, vicio o infracción constitucional en que incurre el acto favorable previamente citado.

Es importante que en la motivación del acto de declaratoria de lesividad la administración deje razones suficientes de ambos requisitos, pues si no se prueba el acto favorable transgrede el ordenamiento jurídico vigente, no habrá lugar a acoger la acción, aun cuando se alegue clara lesión al interés público.

En cambio, la sede judicial, supone el apoderamiento de la jurisdicción contencioso administrativa para decidir sobre la declaratoria de lesividad del acto y su consecuente nulidad o anulación, según corresponda al caso específico.

Para la sede jurisdiccional la motivación no solo debe estar presente en el acto administrativo que declara lesivo el acto favorable, sino que además debe estar presente en el recurso contencioso administrativo en declaratoria de lesividad, el cual es el mecanismo procesal que permitirá al Tribunal Superior Administrativo examinar la legalidad con la que fue dictado el acto que declara lesivo así como la validez de la decisión favorable en consonancia con los principios de buena fe y en respeto al interés general.

Una vez reconocido dicho acto como lesivo, se procede a la fase judicial, el cual se inicia con un recurso contencioso administrativo, el cual tiene su inicio mediante la presente instancia.

8 SCJ, 3ª Sala, sentencia núm. 473, 31 agosto 2016.

9 Tribunal Supremo del Salvador. Sentencia del 20/III/1997, referencia 17-T-96.

Los fundamentos del proceso de lesividad residen básicamente en¹⁰:

La tutela administrativa de la legalidad y del interés público, pues la búsqueda de la anulación judicial, muy lejos de ser una potestad discrecional de la Administración Pública, se constituye en un verdadero deber de la misma por adecuar sus actos a la legalidad y preservar el interés público como ha pasado y demostraremos en el caso que ocupa la atención de la presente instancia.

Garantizar la seguridad jurídica y el debido procedimiento del administrado: En ese sentido, el proceso de lesividad aparece como una garantía de los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica de los administrados toda vez que las situaciones jurídicas de los mismos contenidas en el acto viciado no podrán ser cuestionadas indefinidamente por la Administración y, al mismo tiempo, aparece como una garantía del debido procedimiento del administrado por cuanto el referido cuestionamiento será realizado por un órgano judicial imparcial respecto de la Administración emisora del acto viciado.

Los requisitos objetivos para la interposición del proceso de lesividad son los siguientes:

- Legitimación activa: la entidad pública demandante.

- Legitimación pasiva: la parte demandada, afectada por el acto.
- El órgano jurisdiccional, órgano imparcial del Poder Judicial.

Sobre este apartado, Marien Hoff entiende que no constituye un deber sino una obligación de la administración pública, acudir a este procedimiento cuando un acto administrativo adolece de vicio de naturaleza tal que excluye la posibilidad de que la extinción sea efectuada, de oficio, por la propia administración pública¹¹.

Con relación al acto que causa estado, el mismo resulta ser aquel acto administrativo que concluye un procedimiento administrativo, regularmente a través de la decisión de una máxima autoridad ejecutiva, tras el agotamiento de las vías en sede administrativa de reclamos.

En líneas similares aborda el maestro Ernesto Jinesta Lobo cuando señala la necesidad de que dicho acto sea dictado tras finalizar el ejercicio de todos los recursos administrativos reconocidos en las leyes¹². En cuanto al segundo elemento, es decir que el acto ha otorgado o reconocido derechos a administrados, esto se refiere a que dicho acto administrativo crea una ventaja con relación a los demás administrados en una situación previa al dictado del acto administrativo, incluido la creación de facultades¹³.

10 MORÓN URBINA, J. «El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración». En: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal, núm. 3. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002, pp. 33-34.

11 MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Citado por MORÓN Urbina. *Ob. cit.*, p.33.

12 JINESTA LOBO . E. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid. Biblioteca Jurídica Dike. P. 304

13 GARCIA TREJILLANO, G. *Los actos Administrativos*, Madrid, España, editorial Civitas,

La jurisprudencia comparada, encabezada por la Suprema Corte de Nicaragua, ha establecido que «los actos favorables son aquéllos que inciden convenientemente en los derechos del administrado, incrementando efectivamente sus facultades y prerrogativas¹⁴». Así las cosas, los efectos jurídicos de un acto administrativo favorable suponen que amplía la gama de derechos que una persona tiene comúnmente, lo cual permite que dicho administrado realice, sobre la base de la favorabilidad del acto mismo, uso de las prerrogativas que le fueron otorgadas frente a terceros.

Esto último crea confianza legítima en el uso del acto administrativo favorable, la cual, la propia administración no puede inobservar al momento de anular en sede, sin existencia de una impugnación de un tercero afectado, sin comprometer su responsabilidad patrimonial del Estado y dictar un acto manifiestamente nulo de nulidad absoluta, motivo principal por el cual el procedimiento de declaratoria de lesividad de un acto administrativo favorable es tan importante, en tanto que en este escenario es un tercero imparcial, juez, quien decide la afectación que se genera -o generará- el primer acto favorable.

En cuanto al tercer elemento, los actos irrevocables en sede administrativa por la propia entidad, supone que, contra el acto administrativo no se encuentre aperturado, y con plazo hábil, recurso administrativo alguno, de manera que, la administración pública no pueda ser apoderada de una solicitud formal de revocación del acto

dictado, toda vez que, este sería un tipo de facultad revocatoria a solicitud de parte, distinta al ejercicio de la autotutela que da lugar a la solicitud de declaratoria de lesividad.

Lo relativo al cuarto elemento, sobre afectar a la legalidad, debe fundarse en dos razones esenciales : 1). La estimación de que el acto a impugnar es impugnabile; y, 2). La justificación del interés público que se quiere tutelar. En el primer caso, la administración realiza un juicio de probabilidad, en el sentido de examinar la apariencia de buen derecho del acto dictado, dejando bases concretas de que el mismo adolece de alguna formalidad sustancial que lo hace inválido. En el segundo supuesto, que suele ser más común, se trata de dar razones suficientes que hagan suponer que de mantenerse vigente la fuerza ejecutoria del acto dictado por la administración, afectaría sensiblemente el interés general.

Todo lo antes indicado pretende prevenir afectaciones a los núcleos duros de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, al subordinar la actuación de revocación del acto administrativo al haber agotado, en sede jurisdiccional, un debido proceso. El carácter de impugnabilidad del acto administrativo que declara lesivo un acto administrativo favorable, nace del hecho de que el mismo toma desprevenido al administrado, en tanto que deja sin efecto los derechos que fueron adquiridos, afectando la seguridad jurídica y la confianza legítima.

Este tipo de actos genera una alta inseguridad jurídica al inobservar el principio de la buena fé y advertir un uso inadecuado de las facultades y poderes puestas a cargo de las máximas autoridades

S.A., 1986, p. 225.

14 Suprema Corte de Justicia de Nicaragua, Sentencia del 28/VIII/2002, referencia 61-T-2002.

ejecutivas¹⁵.

La acción de lesividad es el instrumento jurídico que tienen reservadas las máximas autoridades ejecutivas de una entidad o ente, de por medio del legítimo acceso a la tutela judicial efectiva, lograr revocar una o varias de sus propias actuaciones, sin comprometer el resultado del acto por violación a principios y derechos fundamentales.

Esto implica que la administración pública puede hacer uso de este procedimiento cuando el acto favorable fue dictado: primero, desconociendo la supremacía del orden constitucional; o segundo, afectando el principio de legalidad en cuanto a requisitos tasados y fijados por el legislador para el dictado del acto administrativo.

Para la doctrina española, el acto que declara la lesividad es un acto de puro trámite, de manera que, en principio este acto administrativo no podría ser por sí solo atacado por resultar ser un requisito de legitimación de la administración pública por ante la sede jurisdiccional¹⁶ y ¹⁷. El Tribunal Contencioso Administrativo Español, Sección Tercera en el voto 9456-99, del 26 de marzo 1999, sostiene la fundamentación de la irrecurribilidad de los actos administrativos de mero trámite en el siguiente alcance:

Los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles. Es una distinción (entre actos resolutorios y de trámite) firmemente establecida con base en la

propia estructura del procedimiento administrativo. La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite, sobre la cual la distinción se ha originado, es una simple regla de orden, no es una regla material absoluta. No quiere decirse con ella, en efecto, que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una suena de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos.

Quiere decirse, más simplemente, que los actos de trámite no son impugnables separadamente. Expresa, pues, un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite¹⁸.

En cuanto al ordenamiento jurídico dominicano esto no es aplicable en tanto que, por mandato del principio de supremacía constitucional, constituye una causal de nulidad sustancial a la omisión de las garantías constitucionales, siendo al efecto el debido proceso administrativo una de las principales garantías. Pensamiento distinto se ha sostenido en la sala homóloga de la materia, en el sentido siguiente:

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia núm. C-255 de 2012.

16 Tribunal Supremo español, SSTs, 10 de noviembre 1999, RJ 8425, y otros.

17 *Ídem*. 19 junio 2008, REC 1447/2006).

18 Tribunal Contencioso Administrativo Español, Sección Tercera en el voto 9456-99, del 26 marzo 1999.

Por la naturaleza y fin del acto administrativo impugnado ante los jueces de fondo, se infiere que, es un acto impugnabile de forma independiente y autónoma del acto final, en razón de que la permanencia en el tiempo, más allá de los límites señalados por el legislador, de los efectos jurídicos de la suspensión del servidor público, con o sin disfrute de sueldo, como medida de carácter provisional en el curso de un proceso administrativo sancionador o disciplinario, se convierte en una actuación lesiva al derecho fundamental al trabajo, vulneración de orden constitucional que no requiere de la expedición del acto administrativo definitivo, ni de la solicitud de levantamiento ante el órgano administrativo, para ser controlada por los jueces del orden judicial, tomando en consideración si su permanencia en el tiempo responde a una justificación constitucional o no; reconocer lo contrario, sería asumir que un formalismo en sede administrativa pueda impedir que los tribunales del orden jurisdiccional pueda ejercer el control de la legalidad de las medidas provisionales impuesta a los administrados y que resulten ser lesivas a derechos fundamentales adjetivos¹⁹.

De manera que, el acto administrativo lesivo es un acto cuyo único fin es declarar lesivo al acto administrativo dictado anteriormente y que le era favorable al contribuyente. Se trata así de un acto administrativo que tiene una naturaleza procesal. Ese acto será la puerta, el preludio necesario para luego continuar con el procedimiento de concluirá con la extirpación del primer acto favorable. Es bien sabido que, el debido proceso no solo es un

derecho en sí mismo, sino que constituye una garantía de los demás derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. En ese sentido, como garantía el mismo permite la plena eficacia de prerrogativas procesales de orden constitucional y legal, sujetando dicho cumplimiento a un esquema de supremacía constitucional, donde la inobservancia de una de sus desmembraciones funcionales, como es el caso del derecho de defensa, devenga en una causal de inexistencia del acto jurídico, es decir, una nulidad de pleno derecho donde no debe ser probada falta alguna más que la omisión en sí misma de no haber dado la oportunidad de defenderse.

En efecto, el debido proceso opera como una garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las personas, garantía a la que las mismas tienen un derecho oponible al Estado, quien es el deudor²⁰.

De cara a una concepción constitucionalmente adecuada, el proceso debido es aquel que «incorpora a un proceso determinados valores y principios que se singularizan en la aplicación razonada de la Constitución al caso concreto y a su adecuada interpretación, cuando proceda²¹»

De conformidad con lo señalado en el artículo 14 de la Ley núm. 107-03 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con

20 Gil, Domingo. «Comentarios al Artículo 69 de la Constitución de la República», en V.V.A.A. La Constitución comentada de 2010, 2da Ed. (Santo Domingo: Finjus, 2012), 182.
COLOMBO Campbell, Juan. «El debido proceso constitucional», Konrad Adenauer Stiftung (ed.), anuario latinoamericano de Derecho Constitucional, 10ma. ed. (Montevideo: Korand Adenauer Stiftung, 2004), p. 4.

19 SCJ, 3ª Sala, Yovanny de la Rosa Vs. Ministerio de Trabajo; 28 febrero 2020.

la administración y de procedimiento administrativo: «Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, (...)». Esto último reseña el régimen de nulidades de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico, el cual supone la erradicación del acto administrativo, con efectos de inexistencia jurídica absoluta, y no se encuentra sujeta a alcance de probar afectación.

Esto tiene su razón de ser en lo establecido en la Sentencia TC/0150/13 del Tribunal Constitucional dominicano, cuando realiza el mandato de que las normas infraconstitucionales deben ceñirse estrictamente a los valores, principios, reglas y derechos contenidos en la carta magna.

En ese sentido, los actos administrativos pueden ser anulados por uno -o varios- de los siguientes motivos: (i) la infracción de las normas en las que debió fundarse; (ii) la emisión del acto por una autoridad que carecía de competencia para el efecto; (iii) la expedición irregular; (iv) el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; (v) la falsa motivación y (vi) la desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió²².

De ahí que, si el acto administrativo que da formal apertura al procedimiento de declaratoria de lesividad, al declarar lesivo un acto administrativo favorable, es dictado inobservando las garantías mínimas del debido proceso, como son el derecho de defensa y

el derecho a proponer pruebas que permitan advertir que el acto administrativo es conforme al derecho, estamos en presencia de un acto cuya nulidad resulta ser absoluta por mandato constitucional y legal.

Lo cierto es que, no obligar a la administración pública en que, en el acto que declara lesivo un acto administrativo favorable, deba agotar el debido proceso sería convertir el principio de autotutela de la administración en una potestad discrecional que ocasionaría graves daños a la seguridad jurídica y a la previsibilidad del derecho adquirido generado como consecuencia de un acto administrativo favorable a favor de un ciudadano, especialmente ante la interpretación sistemática de esta posibilidad para proteger el interés público económico.

Conclusiones

El interés público económico es un principio fundamental del derecho económico. Este es un concepto jurídico indeterminado que puede tener una aplicación dualista, es decir, puede ser causal de nulidad o anulabilidad, o un mandato estatal de oficiosidad.

En el estado actual del derecho dominicano, la administración pública tiene el deber de proteger el interés público económico, lo cual puede implicar la adopción de medidas para proteger el mercado y el sector regulado, a fin de evitar que convenciones entre particulares puedan constituir una simulación de libre competencia. Cualquier persona, ciudadano o persona jurídica, tiene legitimidad activa para denunciar prácticas anticompetitivas, incluso si no es

²² Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-498 de 2016, 14 de septiembre. M. P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente: T-5.490.721.

un agente económico del sector afectado. Esto se debe a que el interés público económico está protegido por el Estado, y cualquier persona puede contribuir a su protección.

Bibliografía

- Betancour Jaramillo, C. (1993). Derecho procesal administrativo. Bogotá, Colombia: editora Señal.
- Colombo Campbell, J. (2004). El debido proceso constitucional. Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional (**décima ed.**). **Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.**
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia núm. **C-255 de 2012.**
- Esquivel Vázquez, G. (2002). El juicio de lesividad y otros estudios. México: Porrúa.
- García Trejillano, G. (1986). Los actos Administrativos. Madrid, España: editorial Civitas, S.A.
- Gil, D. (2012). Comentarios al artículo 69 de la Constitución dominicana. En VV.AA., La Constitución comentada de 2010 (Segunda ed., p. 182). Santo Domingo: Finjus
- González Pérez, J. (1958). Derecho Procesal Administrativo. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- Jinesta Lobo, E. (s.f.). Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, España: Biblioteca Jurídica Dike.
- Morón Urbina, J. . (2002). El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la administración. (P. U. Perú, ed.) (3).
- Sentencia SU-498 M. P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente: T-5.490.721 (14 septiembre 2016).
- Suprema Corte de Justicia de Nicaragua. Sentencia del 28/VIII/2002, referencia 61-T-2002.

– Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala. (31 de agosto de 2016). Sentencia núm.. 473.

Suprema Corte de Justicia. Tercera Sala. Yovanny de la Rosa Vs. Ministerio de Trabajo (28 febrero 2020)

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0226/2014. Boletín Constitucional de 2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0183/2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0619/2016.

Tribunal Contencioso Administrativo Español. Sección Tercera en el Voto 9456-99, del 26 de marzo de 1999.

Tribunal Supremo del Salvador. Sentencia del 20/III/1997, referencia 17-T-96.

Tribunal Supremo Español. Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala. SSTS, 10 de noviembre 1999, RJ 8425, y otros.

Acciones civiles en materia de competencia

Taniel Agramonte H.

Resumen

Debido al denominado carácter pluriprotector de las normas de defensa de la competencia, desde las legislaciones de los distintos países se ha promovido y propiciado el establecimiento de disposiciones tendentes a obtener reparaciones por daños y perjuicios derivados de la comisión de ilícitos contra la libre y leal competencia. Es decir, además de proteger el interés público, también se busca que los derechos de los particulares (agentes económicos o consumidores) sean salvaguardados mediante la posibilidad de que los jueces del sistema judicial puedan conocer, ya sea de forma directa o luego de agotada la vía administrativa, acciones civiles indemnizatorias con la finalidad de reparar los daños que estos han sufrido por un comportamiento anticompetitivo o por actos de competencia desleal, a través de la imposición de condenas pecuniarias resarcitorias.

Palabras clave: Aplicación privada, acción pública, acciones civiles indemnizatorias, acciones de seguimiento o derivadas, acciones independientes, daño, falta ilícita y vínculo de causalidad.

Abstract

Due to the so-called pluriprotective nature of the competition defense regulations, the legislation of the different countries has promoted and encouraged the establishment of provisions aimed at obtaining reparations for damages and losses derived from the commission of crimes against free and fair competition. That is, in addition to protecting the public interest, it is also sought that the rights of individuals (economic agents or consumers) are safeguarded through the possibility that the judges of the judicial system can hear, either directly or after exhausting the administratively, civil actions for compensation to repair the damages that they have suffered due to anti-competitive behavior or acts of unfair competition, through the imposition of compensatory pecuniary sentences.

Key words: Private enforcement, public enforcement, civil actions for compensation, follow-on actions, stand alone actions, damage, unlawful fault and causal link.

1. Introducción

Los procesos competitivos en los mercados basados en la libertad de empresa, comercio e industria, implican que cada competidor tiene la facultad de competir con el otro y ninguno de ellos tiene el deber u obligación de abstenerse de hacerlo ante el otro. Por el contrario, cada uno de ellos puede competir, dentro de ciertos límites para impedir o evitar que su rival venza en la lucha, y cada uno de ellos tiene el derecho de participar en ella.

Como es natural, esta lucha genera un perjuicio que es inherente a la libre competencia y que es, en principio, lícito, por lo que no se pudiera pretender indemnización alguna por él. Esto nos obliga a distinguir entre el perjuicio que resulta del juego normal de la competencia y el perjuicio reparable con motivo de un ilícito antitrust o de una acción de competencia desleal.

En efecto, el régimen de la competencia está basado en la licitud del daño, que es corolario necesario de la libre y leal competencia, el cual es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad cause un «perjuicio» a sus competidores. Esto implica que la licitud del denominado daño concurrencial causado al competidor en un ámbito de mercado pueda ser considerada como regla general y su ilicitud como la excepción.

Inclusive, la jurisprudencia francesa se ha pronunciado reafirmando la legitimidad del daño concurrencial al establecer que «la clientela

no se considera propiedad de nadie¹», pues en un mercado competitivo no queda atada jurídicamente a un agente económico, y nadie podrá decir que es el dueño de esta clientela, ya que «si el mercado es competitivo está expuesto a los vaivenes de la puja y los cambios de la clientela son una contingencia prevista²».

Sin embargo, este daño será ilícito cuando un agente económico desarrolle su actividad económica por medios y actos restrictivos, abusivos o desleales que afecten la competencia efectiva, es decir, lleve a cabo conductas anticompetitivas, restrictivas de la competencia o actos de competencia desleal, que distorsionan de manera artificial el mercado y que afectan directa o indirectamente a los competidores y a los consumidores.

Es este daño ilícito el que puede ser objeto de acciones civiles indemnizatorias ante los tribunales de justicia, para que el juez competente, como cauce privado de respuesta ante la infracción de una norma de competencia y dicte sentencia condenatoria en contra de aquel agente económico luego de haberse demostrado un comportamiento anticompetitivo de su parte.

Precisamente, el objetivo de este ensayo no es otro que el de hacer una revisión de cómo se ha ido introduciendo en la legislación y en la jurisprudencia la denominada aplicación privada del derecho de la competencia y con ello, la acción civil indemnizatoria por incumplimiento e infracciones a las normas de competencia.

2. La aplicación privada del derecho de la competencia

Como es sabido, el incumplimiento o vulneración de las normas de competencia tiene como consecuencia directa la afectación del bien jurídico protegido y constitucionalizado previsto en el artículo 50 de la Constitución dominicana, relativo a la libertad de empresa, comercio e industria y su correlativa obligación del Estado de favorecer y velar por la libre y leal competencia.

Este tipo de conductas o comportamientos anticompetitivos afectan el interés público o general reflejados y representados en la libre participación de las empresas en el mercado mediante una competencia efectiva, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores³.

Como estas conductas afectan el interés general y el bien jurídico protegido lo constituye el orden público económico y el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, en los países de la Europa continental y de América Latina, las normas de competencia, por lo menos en el ámbito *antitrust*, se han caracterizado por ser objeto de protección y ser aplicadas por entes administrativos de derecho público (*public enforcement*), quienes a través de facultades delegadas por la ley, de investigación, inspección y detección, declaran si se configuran alguna infracción al régimen de competencia; y, previo al agotamiento de un

1 Sentencia del Tribunal de Paris del 5 de marzo, 1987. Dalloz 1988. Somm. 180.

2 SPOLANSKY (2003, p. 24).

3 En los términos del artículo 1 de la Ley núm. 42-08 General de Defensa de la Competencia, estos elementos son los que conforman el objeto de protección del régimen de competencia dominicano.

procedimiento administrativo sancionador, dictan las sanciones y medidas correctivas correspondientes.

Sin embargo, además del interés público o general, el incumplimiento a las normas de competencia, puede impactar y provocar daños que lesionen derechos privados de competidores o consumidores, según sea el caso, quedando en ese sentido desprovistas de competencia las autoridades públicas encargadas de aplicar las normas concurrenciales, para imponer o fijar indemnizaciones por los daños y perjuicios que una conducta anticompetitiva o desleal pudiera provocar.

De ahí que, el Derecho de la Competencia es una combinación de intereses: el social y el individual. El primero, corresponde al derecho público y como tal es tutelado directamente por el Estado por iniciativa propia, o por requerimiento de particulares; conceptos como prácticas concertadas y abuso de posición dominante, caen dentro de este ámbito. En conjunción con ese interés público, existe un interés individual o privado.

Por tales razones, en la Unión Europea y en los países de América Latina, debido a la dualidad de efectos nocivos que pudiera tener los ilícitos *antitrust*, se ha llevado a cabo toda una reforma para promover y propiciar las acciones civiles indemnizatorias por ilícitos contra la libre y leal competencia, es decir, desarrollar y fortalecer la denominada aplicación privada del derecho de la competencia (*private enforcement*), entendiéndose esto como «la posibilidad de que los jueces de cada estado puedan de forma directa conocer de acciones privadas de buscan la reparación de los daños ocasionados

por la ejecución de un comportamiento anticompetitivo y condenar el pago de las indemnizaciones correspondientes⁴».

En el marco de los países de la Unión Europea se tiene que:

...El núcleo del sistema de *private enforcement* reside en la declaración de los efectos civiles o efectos jurídicos-privados que derivan de la infracción de las normas de libre competencia, esto es, la nulidad absoluta y la responsabilidad civil de los infractores. La definición de estos efectos materializa la conexión y la aproximación del Derecho antitrust al Derecho civil; evidencia además la finalidad protectora de las normas de competencia, el papel que corresponde desarrollar a los particulares en el control de las conductas restrictivas, las funciones de garante que se hallan a cargo de los jueces nacionales y la necesaria coordinación y cooperación de éstos con las autoridades administrativas⁵.

En síntesis, la aplicación privada del derecho de la competencia (*private enforcement*) no es más que la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el marco de procedimientos judiciales civiles, cuyo fundamento o razón de ser es la necesidad y el derecho de las víctimas de las prácticas anticompetitivas a ser indemnizadas por el daño ilícito que se le ha generado, de ahí que «Las acciones de daños por infracción de las normas de defensa de la competencia son la pieza principal del sistema de aplicación privada...⁶».

4 DE LA CALLE (2022, pp. 863-864).

5 ORTIZ BAQUERO (2011, p. 30).

6 BENEYTO y MAILLo (217, p. 126).

El primer paso de la Unión Europea para acercarse y legitimar la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia se dio mediante la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 30 enero, 1974 en el asunto 127/73, BRT vs SABAM al reconocer el efecto directo de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁷ sobre los particulares, en el sentido de que estas prácticas prohibidas «pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar».

Pero, no fue hasta el año 2001 que el TJUE en el caso *Courage*⁸ determinó en síntesis que la plena eficacia del artículo 101 del TFUE, en particular el efecto y aplicación útil de la prohibición prevista en el apartado núm. 1, se vería en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

Con estas decisiones, el TJUE «reconoció el carácter pluriprotector de las normas de defensa de la competencia, esto es, que además de salvaguardar el interés público, también protegen los derechos de los particulares (empresarios, consumidores y usuarios) que

pueden resultar afectados»⁹, pero, además, es cónsono y se acerca más al régimen instaurado en los Estados Unidos (EE.UU.), en donde existe un sistema maduro y con mayor desarrollo en torno a la aplicación privada del derecho de la competencia y a la obtención de indemnizaciones por violaciones a la leyes antimonopólicas.

En efecto, la aplicación privada (*private enforcement*) en cambio, ha sido y es el predominante en el ordenamiento jurídico de EE.UU., a través de la Sección siete *Sherman Ac.* de 1890 y la Sección cuatro de la *Clayton Act* de 1914, que crean el régimen de las acciones por daños triples (*treble damage actions*), por medio del cual se obtiene una indemnización por el triple de los daños sufridos.

Al margen de los procedimientos que pueden incoarse ante la *Antitrust Division* o, en su caso, ante la *Federal Trade Commission*, los perjudicados, conforme al Derecho *Antitrust* de EE.UU., pueden intentar reparar los daños causados a través de las llamadas las acciones por daños triples (*Treble Damage Actions*). Este tipo de acciones, aunque en un principio fueron escasamente utilizadas, adquirieron protagonismo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; presentan una naturaleza más represiva e, incluso, preventiva que reparadora, pues contribuyen, por un lado, a incentivar la iniciación de procesos por parte de los perjudicados, y por otro lado, a desincentivar la práctica de conductas contrarias a la competencia, pues el factor riesgo que pueda suponer para una empresa el pago de una indemnización triple puede ser muy elevado en estos supuestos.

7 Artículos que prohíben, por un lado, la suscripción de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia; y, por otro lado, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante.

8 Sentencia 20 septiembre 2001, asunto C-453/99 *Courage vs Bernard Crehan*.

9 ORTIZ Baquero (2011, p. 27).

Según la sección cuatro de la *Clayton Act* toda persona que resulte perjudicada en su negocio o bienes a causa de algo prohibido en las leyes *antitrust*, puede demandar por ello ante cualquier Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, en el distrito en que resida el acusado, o se le encuentre, o tenga un agente, sin consideración a la cuantía de la controversia o pleito, y recibirá por ello el triple de los daños sufridos por él y las costas del proceso incluyendo una minuta razonable de abogado.

Estas acciones no constituyen el único medio civil, puesto que también podría acudir a los llamados procesos civiles, de forma preventiva, a los interdictos contra posibles daños y perjuicios (sección 16 de la *Clayton Act*) y a los llamados remedios civiles (*civil remedies*).

«La importancia del reconocimiento de esta clase de acciones radica principalmente en que los perjudicados van a recibir directamente la reparación del daño causado, sin tener que conformarse con la imposición de multas a los causantes del mismo¹⁰».

De manera que, la responsabilidad civil ha servido de pie de amigo y viene a complementar al Derecho de la Competencia en sus dos vertientes: el antimonopólico (*antitrust*) y la competencia desleal. En donde ambos modelos, el público y el privado están llamados a complementarse, pues, uno está llamado a surtir un efecto disuasorio (*deterrence*), y el otro, a buscar un resarcimiento patrimonial por los daños provocados por la práctica anticompetitiva.

Esta armonía y complementariedad, fue reconocida por Wouter P. J. Wils en un artículo publicado en el 2009: «*The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*»; en donde reitera la superioridad de la acción pública (*public enforcement*), pero reconoce que a efectos de obtener fines compensatorios y cumplir objetivos de justicia correctiva y equidad las acciones de daños constituyen un mecanismo superior respecto a la aplicación pública. Y concluye, a mi juicio de forma certera, expresando que «ambos sistemas cumplen objetivos distintos, interactúan entre sí y surten efectos el uno sobre el otro».

Ahora bien, la República Dominicana no se encuentra ajena al denominado carácter pluriprotector de las normas de defensa de la competencia, todo lo contrario, la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, G. O. 10458 del 25 de enero, 2008, refleja la influencia europea sobre el legislador dominicano, en el sentido, de que dicha legislación, prevé no solo sanciones de índole administrativas para los casos en que el ente administrativo competente detecte y compruebe la existencia de conductas anticompetitivas y desleales, sino que también reconoce la posibilidad que tiene el agente económico de incoar acciones civiles indemnizatorias en caso de haber sufrido algún perjuicio derivado de una conducta restrictiva de la competencia o de actos de competencia desleal.

Así las cosas, la base legal de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia, la podemos encontrar en los artículos

10 DE LA VEGA (2001, p. 44).

12, 55 y 63 de la citada Ley núm. 42-08¹¹, de cuyos textos podemos advertir que la aplicación privada de cara a las conductas restrictivas de la competencia, dígame los ilícitos *antitrust*, se circunscribe, a la posibilidad de incoar demandas por ante los tribunales civiles y comerciales exclusivamente a fin de obtener la reparación de los

11 **Artículo 12.** Acciones contra las conductas de competencia desleal.

La aplicación de las disposiciones relativas a las conductas previstas en esta sección no podrá condicionarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal. En caso de infracción a las normas de competencia desleal establecidas en esta sección los afectados podrán acudir directamente por ante el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado, actuando en sus atribuciones civiles y comerciales, sin necesidad de agotar la vía administrativa y en ejercicio de las acciones establecidas en el artículo 55 de la presente ley. Sin embargo, si los afectados decidieren iniciar el respectivo procedimiento administrativo, de conformidad con las disposiciones de esta ley, no podrán demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieren podido sufrir como consecuencia de prácticas prohibidas, sino hasta después que la resolución definitiva del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia haya sido emitida.

Artículo 55.- De las acciones contra los actos de competencia desleal. Sin perjuicio de las acciones incoables por la vía penal, toda persona, física o jurídica, que haya sido vulnerada en sus derechos contra los actos de competencia desleal tipificados en la presente ley podrá ejercer por ante el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado, en sus atribuciones civiles y comerciales las acciones siguientes: a) Acción declarativa de la deslealtad del acto; accesoriamente a esta acción, el juez podrá, a solicitud de parte o de oficio, ordenar la cesación del acto desleal si la perturbación creada por el mismo subsiste; b) Acción de rectificación de las informaciones engañosas incorrectas o falsas, y, c) Acción en reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente económico.

Párrafo I.- La parte demandante podrá, mediante una misma instancia, incoar varias de las acciones anteriormente previstas. **Párrafo II.-** Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas anteriormente. **Párrafo III.-** Las acciones previstas en el presente artículo podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya comprobadamente cooperado a su realización.

Artículo 63.- De los daños y perjuicios causados. Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento administrativo sancionador de una conducta restrictiva de la competencia, haber sufrido daños y perjuicios por causa de la misma, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener la indemnización correspondiente.

daños que le han provocado estas conductas, no así, para obtener la nulidad, por ejemplo, de prácticas concertadas o acuerdos prohibidos.

Acontece lo contrario en torno a los actos de competencia desleal, en donde la aplicación privada se puede ejercer de forma plena, es decir, no solo con fines de obtener una indemnización, sino que el tribunal competente, el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado, actuando en sus atribuciones civiles y comerciales, podrá declarar el acto como desleal, ordenar la cesación del acto desleal si la perturbación creada por el mismo subsiste u ordenar la rectificación de las informaciones engañosas incorrectas o falsas en caso de que corresponda.

Otro aspecto a considerar y que se destaca, es que la ley prevé dos modalidades distintas de acciones, atendiendo al tipo de conducta. En los casos de competencia desleal, el agente económico puede ir directamente a la jurisdicción civil y comercial, sin necesidad de agotar la vía administrativa, en cambio, para los casos de conductas contrarias a la libre competencia o restrictivas de la competencia, necesariamente, habrá de agotarse un procedimiento administrativo sancionador previo a que se proceda a demandar por los tribunales en reparación de daños y perjuicios. Es decir que, nuestra legislación contempla en función del tipo de conducta las denominadas acciones de seguimiento o derivadas (*follow-on actions*) que son aquellas en las que «se interpone la acción civil con posterioridad y con fundamento en una resolución administrativa previa de la autoridad

nacional de la competencia o decisión del tribunal revisor»¹². Cabe señalar, que en estos supuestos, la prueba de la falta caracterizada en una conducta antijurídica o ilícita, lo constituye ya la propia resolución administrativa sancionadora, por lo que, *a priori*, es un beneficio para aquel que se dirija a los tribunales civiles y comerciales a reclamar indemnizaciones, en tanto que, solo tendrá que probar la existencia de un daño, fruto de esa falta y su vínculo de causalidad.

De igual forma, la ley prevé exclusivamente para los actos de competencia desleal la posibilidad de interponer acciones judiciales de las llamadas acciones independientes (*stand alone actions*) que, «son aquellas que no son consecuencia de una constatación previa de infracción por parte de una autoridad de defensa de la competencia¹³».

Por tanto, contamos con las herramientas suficientes para que la responsabilidad civil sea aplicada dentro del ámbito concurrencial, sin menoscabo de las sanciones administrativas que pudieran ser emitidas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

3. Aspectos de derecho material y procesal que plantea la aplicación judicial.

Desde nuestro punto de vista, la tendencia a nivel normativo es la de promover en términos relativos la aplicación privada del derecho de

la competencia, esto se advierte con tan solo observar la evolución de las distintas legislaciones de los países de la Unión Europea y los de América Latina, del que no estamos ajenos.

Sin embargo, la cantidad de sentencias a nivel comparado y local, revelan que, contrario al desarrollo normativo experimentado, todavía no existe un flujo sustancioso y proporcional de casos en los distintos tribunales; esto quizás por temor a aspectos como, la dificultad en el acceso a las pruebas para probar la falta; la imposibilidad de cuantificar y determinar el daño; o, la impericia del juzgador frente a temas económicos, técnicos; aunado con la lentitud del proceso y sus altos costos. A nuestro entender estos temores o barreras vienen dadas por los propios elementos configuradores de la responsabilidad civil, los cuales deben ser probados ante los tribunales: una falta (conducta antijurídica), un daño y el nexo de causalidad entre la falta y el daño. Ante esto podemos decir que la responsabilidad civil como sistema indemnizatorio general, fija los presupuestos esenciales o constitutivos de toda reparación del daño; esto significa que los daños ocurridos dentro del marco de la competencia no escaparían a este sistema, todo lo contrario el Derecho de la Competencia le serviría de base a la responsabilidad civil ya que esta establece los modelos de conductas ilícitas y a la vez delimita el sistema general del derecho de daños, para que así se logre con efectividad el cumplimiento de la función normativa y concurrencial de la responsabilidad civil.

Por tanto, el régimen sustantivo para el ejercicio de una demanda en reparación de daños y perjuicios derivada de una conducta

¹² Brokelmann (2013, p. 108).

¹³ *Ibid* (2013, p. 108).

restrictiva de la competencia o de un acto de competencia desleal lo constituye aparte de los artículos 12, 55 y 63 de la citada Ley núm. 42-08, los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, relativos a la responsabilidad civil extracontractual.

El artículo 1382 expresa que: «cualquier hecho del hombre que cause un daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo» En este mismo sentido el artículo 1383 establece que: «cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por un hecho suyo, sino también por su negligencia o su imprudencia». Desde un punto de vista general, toda obligación de reparación del daño nace de la concurrencia de una acción culpable: la falta, un daño y una relación de causalidad entre ambos. «Para que esta obligación sea exigible, la presencia de estos elementos deberá ser simultánea, pues la falta de cualquiera de ellos implica que la reparación de daño no pueda realizarse, no existiría lo que es la situación indemnizable¹⁴».

La situación indemnizable es aquella realidad fáctica, jurídica y unitaria que da lugar al nacimiento de la obligación de reparar el daño causado y que adquiere especiales caracteres por razón del ámbito social y jurídico en que se manifiesta¹⁵. Esta situación indemnizable será modificada cuando los daños objeto del resarcimiento han sido causados como consecuencia de conductas realizadas en un ámbito de mercado y con finalidad concurrencial. Pero como vimos anteriormente los elementos esenciales de la responsabilidad civil

seguirán siendo los mismos (acción u omisión que constituye una falta, daño o perjuicio y un vínculo de causalidad), ya que las normas y los principios del Derecho de la Competencia no pueden alterar el contenido y los presupuestos inderogables del sistema de responsabilidad civil y viceversa.

Por tanto, en principio el régimen de presupuestos necesarios para el nacimiento de la obligación de reparar no se ve alterado porque el daño haya sido inferido como consecuencia de la realización de un comportamiento desleal o ilícito¹⁶. Es decir que la implementación de los elementos de la responsabilidad civil dentro del ámbito concurrencial serán los mismos que son utilizados para reparar un perjuicio en el derecho común, dígase un acto u omisión, un daño o perjuicio y un vínculo de causalidad.

Del análisis de los artículos 55 y 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, se advierte que la falta del agente económico ha de ser una acción u omisión en donde haya intervenido dolo o culpa por parte de este, pues se trata de una falta caracterizada por ser una conducta antijurídica (ilícito antitrust o acto de competencia desleal). De manera que, bajo este modelo de conducta ilícita la culpabilidad se configura así, como un presupuesto de marcada raíz jurídica que queda definido como una actitud jurídicamente reprochable¹⁷.

La culpabilidad constituye, pues, un elemento inherente al autor material del hecho dañoso. «Existirá presunción de culpabilidad

14 DE LA VEGA (2001, p. 118).

15 *Ibidem.* (2001, pág. 115).

16 PEÑA LÓPEZ (2000, p. 218).

17 Sentencia del Tribunal Supremo Español, 19 octubre 1992,

cuando además del daño, exista un comportamiento objetivamente jurídico imputable subjetivamente, o lo que es lo mismo, exista un daño concurrencial resarcible¹⁸».

Tanto las normas que regulan la actividad concurrencial como las propias de la responsabilidad civil parecen exigir claramente la existencia de culpabilidad como elemento esencial del modelo de conducta ilícita. Por tanto, el Derecho de la Competencia y el Derecho Civil, ponen de manifiesto que la culpabilidad del agente aparece prima facie como presupuesto esencial o constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual del empresario derivada de ilícitos concurrenciales, «no existiendo en principio y con carácter general en este ámbito un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo¹⁹».

En las acciones independientes (*stand alone actions*) que contempla la ley, la práctica de la prueba es más compleja en tanto que, a la víctima le correspondería probar la configuración del acto de competencia desleal ante un tribunal, esta es una prueba más compleja y costosa, el juzgador debe jugar un papel activo y ordenar si se cumplen con algunas condiciones, la producción forzosa de los documentos.

En cambio, en acciones de seguimiento o derivadas (*follow-on actions*) que prevé la ley, ya la prueba de la falta estará acreditada en la resolución administrativa que imponga Pro-Competencia, de manera, que el juez de lo civil y comercial, solo tendrá que verificar

si esa falta o conducta antijurídica le provocó ciertamente los daños que tendría a bien alegar la demandante.

En cuanto al daño, entendemos que la demandante, en cualquier caso, ya sea en acciones *stand alone* o *follow-on* debe probar el daño, el cual deberá ser directo o personal, cierto y fruto de una conducta antijurídica. Por tanto, para interponer una acción de responsabilidad es imprescindible la existencia de un daño o un perjuicio, este es el fundamento de la acción. Sin perjuicio no hay interés y por tanto sería inadmisibles cualquier demanda que reclame el pago de indemnización.

La necesidad del perjuicio como elemento constitutivo de la responsabilidad civil no es objeto de discusión. En razón de que lo que persigue la responsabilidad civil es la reparación del daño, si no hay daño no hay nada que reparar y si no hay nada que reparar, no existe responsabilidad civil²⁰.

Este puede manifestarse a la vez como un daño emergente (*damnum emergens*) y como lucro cesante (*lucrum cessans*). El daño emergente se traduce en un empobrecimiento pecuniario de la víctima, como el que resulta del atentado material a un bien, de los gastos financieros que la víctima soporta, o de los gastos a los que ha debido exponerse; en cambio, el lucro cesante ocurre cuando la víctima ha sido privada de un enriquecimiento que podía razonablemente esperar: un buen negocio que se pierde a consecuencia de la anulación intempestiva de una orden de compra;

18 BERCOVITZ Rodríguez-Cano (1999, p. 20).

19 DE LA VEGA (2001, p.198).

20 SUBERO Isa (1998, p. 238).

un negocio no concluido debido a un rompimiento abusivo de las negociaciones.

Ahora bien, la antijuridicidad es un aspecto esencial, pues, como establecimos en la parte introductoria, en el ámbito del derecho de la libre competencia, existen daños lícitos en la medida en que se generen por el normal y legal desarrollo de la libertad de empresa, en estos casos las víctimas tienen que soportarlos y no sería procedente su reparación.

A su vez, el daño concurrencial se puede manifestar de varias maneras ya sea en una pérdida de ventaja concurrencial y de posibilidades de evolución o en una pérdida de cuota de mercado, fundamentalmente como consecuencia de un descenso en la clientela²¹. Massaguer Fuentes nos dice que «la desviación de la clientela es un fenómeno complejo, solo apreciable en su real extensión con el paso del tiempo, cuyos efectos patrimoniales dañosos son de difícil determinación y más difícil cuantificación²²».

De ahí que, la cuantificación del daño es uno de los principales problemas en el ámbito de la responsabilidad civil por violación a las normas de competencia. La cuantificación de los perjuicios se puede realizar atendiendo a la posición de la víctima o la del infractor: 1) desde la posición de la víctima la base para el cálculo tiene dos puntos de partidas: i) el daño emergente; y, ii) el lucro cesante; y, desde la posición del infractor, la base para la cuantificación serán las ganancias ilícitas obtenidas como consecuencia de la infracción.

21 DE LA VEGA (Óp. Cit., pp. 277-278).

22 MASSAGUER (1993, p. 37).

Dada la dificultad, los jueces deberían de acudir a los informes de expertos o peritos económicos, utilizando métodos y técnicas para el cálculo de los daños, como: i) *Before and after*; ii) *yardstick approach*; iii) *cost based approach*; iv) *price prediction approach*; v) *ex aequo et bono*. Aunque, lo cierto es que, los jueces en cuanto al «quantum» del perjuicio, muchas veces, aunque se recurra a dictámenes o estudios económicos, generalmente el daño se estima con arreglo a criterios de equidad.

En cuanto al último elemento configurador de la responsabilidad civil extracontractual, relativo al vínculo de causalidad, a través del cual, no hay ninguna obligación de reparar en la ausencia de tal vínculo. En consecuencia, la víctima debe demostrar que el hecho generador es el origen del daño, esto vale para todos los tipos de responsabilidad. Esta relación o vínculo causa efecto debe reunir, en principio, ciertas características, a saber: 1) Deber ser cierta: debe de existir la relación de causalidad; y, 2) Debe ser directa: es decir debe de haber una relación directa entre el perjuicio y el hecho o la falta.

La falta que debe tomarse en cuenta para establecer el vínculo de causalidad con el daño o perjuicio alegado, es la que ha concurrido como causa eficiente de dicho daño²³. El vínculo de causalidad es una relación fáctica entre la conducta y el daño. Por tanto, no hay obligación de reparar si no existe dicho nexo de causalidad.

Sin embargo, la aplicación y estudio de este elemento es extenso y complejo cuando se trata de la responsabilidad civil derivada

23 SUBERO Isa (2000, p. 238).

de violaciones a las normas de defensa de la competencia ya que: i) pueden concurrir además de la conducta anticompetitiva otros factores que no se puedan identificar, escindir, ni medir fácilmente pero que inciden en la provocación del daño (políticas públicas de intervención, inflación, deflación, introducción de nuevas tecnologías); y, ii) el análisis de la causalidad se complica en los casos en que se aplica la denominada *passing-on defence*, pues, en estos casos quien demanda es un comprador indirecto que tendrá que probar además del daño, la forma en que este se ha transferido.

La dificultad o complejidad indicada ha sido reconocida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al señalar que:

En lo que respecta a la causalidad, los tribunales pueden encontrar dificultades importantes al tratar de establecerla en casos de competencia: los mercados son instituciones complejas y las infracciones de la competencia a menudo tienen un impacto en cadenas de suministro sofisticadas que trabajan en estructuras de mercado altamente complejas, lo que hace que la identificación de vínculos causales sea particularmente difícil. Para abordar esto, regímenes legales en todo el mundo han adoptado reglas y mecanismos específicos para la operación de causalidad en casos de competencia. Estos mecanismos varían de un país a otro, e incluyen la adopción de presunciones legales y probatorias, modificaciones a la asignación de la carga de la prueba, la relajación en el estándar de la prueba, y la aceptación o tomar prestado el contenido de las

decisiones de infracción²⁴.

El Tribunal Supremo español ha señalado que:

«no son suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que, por mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de estos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba determinante relativo al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo». (Sentencias 11 de marzo y 17 de noviembre de 1988).

Sin embargo, habrá que esperar, cuál será el criterio de los tribunales dominicanos en cuanto a la necesidad de que exista un vínculo de causalidad directo, en los casos donde los efectos del ilícito se extiendan y se trasladen a todo lo largo y ancho de la cadena de producción, distribución y comercialización, y el demandando alegue que el demandante le ha trasladado total o parcialmente los daños a otros agentes económicos (*passing-on defence*).

5. Conclusiones

A pesar de que la Ley General de Defensa de la Competencia de la República Dominicana data del año 2008 (amén de cualquier discusión en torno al momento en que entró en plena vigencia), lo cierto es que los tribunales del orden judicial, no han tenido la oportunidad de construir una verdadera doctrina jurisprudencial en

²⁴ OCDE (2018) Aplicación privada individual y colectiva del Derecho de Competencia: reflexiones para México.

torno a las cuestiones sustantivas y de carácter procesal que implica la aplicación privada del derecho de la competencia, de manera que podamos establecer con claridad meridiana y de forma concreta, cuáles son las ventajas y desventajas de utilizar las acciones *stand alone* ante supuestos de actos de competencia desleal o medir las bondades y dificultades que presentan las acciones civiles indemnizatorias en los casos de actos restrictivos a la competencia.

Sin embargo, lo cierto es que, en función de lo previsto y analizado en las disposiciones de la ley; y, de lo visto en la experiencia comparada, sin temor a equivocarnos será tarea de los jueces civiles y comerciales dominicanos resolver las siguientes cuestiones:

- 1) Estamos consciente que una acción indemnizatoria en virtud de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil puede ser lanzada por aquel o aquellos que se consideran perjudicados por un hecho, es decir, el principio es que la legitimación activa claramente recae sobre la víctima del daño. Sin embargo, entendemos que por la redacción del artículo 63, los jueces estarán llamados a establecer su verdadero alcance en el sentido de si darle una interpretación estricta o flexible, a fines de identificar quiénes tendrán la legitimación activa para demandar en reparación de daños por la comisión de una conducta restrictiva de la competencia, si cualquier persona en la cadena de valor que se considere afectada (proveedores, competidores directos, compradores directos e

indirectos, consumidores) o solo aquellos que hayan participado previamente como parte o intervinientes en el procedimiento administrativo sancionador ante Pro-Competencia.

- 2) De igual forma, determinar el nivel de rigurosidad en la exigencia del nexo o vínculo de causalidad, tomando en cuenta muchas veces los efectos del ilícito se extienden y se trasladan a todo lo largo y ancho de la cadena de producción, distribución y comercialización, ¿se relajará el estándar de la prueba o la resolución sancionadora marcará la pauta? así como, deberá establecerse si se admite que el demandado alegue que el demandante le ha trasladado total o parcialmente los daños a otros agentes económicos (passing-on defence) o si se admite la teoría de la causalidad adecuada. O ¿el vínculo de causalidad estará sujeto a las reglas y pruebas exigidas en el régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el Código Civil?
- 3) Determinar el alcance de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento administrativo sancionador, en el sentido, de si la misma servirá sólo como prueba fehaciente de la falta de naturaleza antijurídica o ilícita, o también del daño sufrido, atendiendo a que del artículo 63 se infiere que las víctimas de una conducta anticompetitiva deberán acreditarlo y demostrarlo durante el procedimiento administrativo sancionador.

En consecuencia, los jueces deberán determinar, si aparte de la resolución sancionadora, el daño tendrá que cuantificarse y probarse con otras pruebas documentales e informes periciales, en aplicación del principio de verdad material y de justicia rogada, tomando en cuenta que en materia de daños y perjuicios la jurisprudencia ha establecido que los tribunales tienen la facultad de estimar los daños siempre que los resultados sean económicamente razonables y verosímiles «Los jueces del fondo son soberanos para apreciar el monto de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, pero deben justificar esa apreciación y exponer los motivos en que se fundamenta la misma²⁵».

- 4) El tratamiento y acceso a documentos declarados previamente como confidenciales, a fin de poder deducir consecuencias jurídicas sobre estos en el marco de una acción civil indemnizatoria.

²⁵ Cas. Civ. 9 dic. 1998, B.J.1057, pp. 99-104.

Bibliografía

- Beneyto, J.M.; y Maillo, J., directores (2017). Tratado de derecho de la competencia. Unión Europea y España. Tomo II. (2da. edición). Barcelona, España: Wolters Kluwer, S.A.
- De La Calle, J.M. (2022). Tratado general de libre competencia. Análisis jurídico y económico. Bogotá, Colombia: Tirant lo Blanch.
- De La Vega García, F. (2001). Responsabilidad derivada del ilícito concurrencial. Madrid, España: Civitas ediciones, S.L.
- Font Ribas, A.; Gómez Trinidad, S. (2013). Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales. Madrid, España: Marcial Pons.
- Font Ribas, A.; Vilá Costa, B. (2012). La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia. Madrid, España: Marcial Pons.
- García-Cruces, J. Y Galán Corona, E., coordinadores. (1999). La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales. España: editorial Tecnos.
- Guillén Caramés, J.; Y Cuerdo Mir, M., directores. (2015). Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia. Navarra, España: Thomson Reuters-editorial Aranzadi, S.A.
- Massaguer, J. (1993). Inducción a la infracción contractual. España: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI), ISSN 1139-3289.
- Massaguer, J. (1992). Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal. España: Revista Derecho Mercantil.
- ORTÍZ BAQUERO, I. (2011). La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid, España: La Ley, grupo Wolters Kluwer.

Peña López, F. (2000). La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust. Granada, España: editorial, Comares.

Spolansky, N. (2003). El delito de competencia desleal y el mercado competitivo. Argentina: editorial Ad Hoc.

Subero Isa, Jorge. (2000). Tratado práctico de responsabilidad civil dominicana. (4ta. edición) Moca: Dalis.

Velasco, L. A. et al, directores (2011). La Aplicación privada del Derecho de la Competencia. Valladolid, España: Lex Nova.

República Dominicana. Constitución proclamada en fecha 13 junio, 2015.

República Dominicana. Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, G. O. 10458 del 25 enero, 2008.

República Dominicana. Código Civil de fecha 17 de abril, d 1884 y sus modificaciones.

Acciones de clase como estímulo a la libre competencia en la jurisdicción dominicana

Angélica Noboa Pagán

Ana María Frías Rosario

Resumen

En los países desarrollados se evidencia un respaldo de los distintos poderes públicos para habilitar a los consumidores de productos y servicios, en especial de mercados digitales, en el acceso a justicia para obtener reparación por daños y perjuicios cuyo origen sea una práctica anticompetitiva. A tales fines, han organizado sistemas de acción de clase, seguida de una admisión de estos procesos colectivos en contra de empresas o grupo de ellas infractoras de las leyes de competencia. Se describe el estado actual de la legislación dominicana, se agota una descripción breve de la tendencia y se recomienda que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) impulse una propuesta de cambio legislativo en esa dirección.

Palabras clave: Acción de clase, acción colectiva, daño, conducta anticompetitiva, auto-inclusión, auto-exclusión, Pro-Competencia.

Abstract

In developed countries, there is strong support from the different public authorities to enable consumers and users of products and services, especially in digital markets, to have access to justice to

obtain redress for damages arising from anti-competitive practices. For such purposes, class action systems have been organized followed by an admission of these collective processes against companies or group of companies infringing competition laws. The current state of Dominican legislation is described, a brief description of the trend is exhausted, and it is recommended that the National Commission for the Defense of Competition (Pro-Competencia) promote a proposal for legislative change in this direction.

Key words: Class action, damage, anticompetitive, anticompetitive practice, opt-in, opt-out.

Introducción

En la jurisdicción dominicana, la plena vigencia de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08¹ ha alcanzado su primer lustro (2017-2023), luego de una prolongada *vacatio legis* (2008-2017). Durante ese período, determinados agentes económicos, en su mayoría empresas competidoras en distintos mercados de productos y servicios², presentaron denuncias, ante la dirección ejecutiva de Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia)³.

Las denuncias principales denuncias presentadas ante la dirección ejecutiva han sido, por: competencia desleal en la modalidad de incumplimiento de normas, abuso de posición dominante y fijación de precios. Sus estadísticas demuestran que:

- La dirección ejecutiva de Pro-Competencia ha recibido catorce denuncias, trece de estas promovidas por empresas o asociaciones empresariales⁴.
- Solo una denuncia proviene de una asociación de

1 Promulgada a los dieciséis días del mes de enero del año dos mil ocho (2008).

2 Agua a granel, importación de vehículos usados, varillas de acero, gas licuado del petróleo, servicios de intermediación financiera, entre otros.

3 Órgano encargado de las investigaciones e instrucción de expediente administrativos sancionadores por presunta comisión de prácticas anticompetitivas en la República Dominicana, con excepción de prácticas cometidas por agentes económicos en mercados regulados.

4 Cinco solicitudes de investigación por presunto abuso de posición dominante, cinco por presunta competencia desleal por incumplimiento de normas, tres por presunto acto de engaño y confusión, y finalmente una denuncia por presunta práctica concertada. Datos disponibles en el sitio en la red de *Internet* de Pro-Competencia www.procompetencia.gob.do (resoluciones de la dirección ejecutiva). Última vista 9 de octubre de 2023.

consumidores⁵.

- La tasa de denuncias por año se mantiene baja en comparación a otras jurisdicciones⁶.
- Las denuncias empresariales investigadas por la dirección ejecutiva han sido desestimadas por, insuficiencia de argumentos o evidencias que ameriten el inicio de la investigación o instrucción de expediente al consejo directivo para fines de juicio.
- Un caso particular la instrucción de una denuncia se efectuó por entrega de información falsa, falta que impidió la comprobación de los hechos denunciados.⁷
- Actualmente solo hay dos denuncias empresariales en curso de investigación.

La jurisdicción dominicana registra bajas tasas promedio de denuncias empresariales, hasta el momento de nula efectividad en la restauración de condiciones de competencia de los mercados dominicanos, alteradas por una o varias prácticas anticompetitivas a criterio de los denunciantes. En tanto, en otros se registra un

5 Resolución DE núm. 02-2017, que ordenó el inicio del procedimiento de investigación en ocasión de la denuncia interpuesta por la fundación jurídica en defensa del consumidor (FUNJUDECO), 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 prestación de servicios a través de «casas de conductores» / «casas cárcel» en la República Dominicana.

6 2017-3, 2018-3, 2019-2, 2020-1, 2021-1, 2022-3, 2023-1.

7 En el caso contra de Sodetransp, Eco Petróleo Dominicana y el señor David Levy Raposo por denuncia de la sociedad comercial V Energy, S.A. iniciado por Res. DE-002-2020 de la dirección ejecutiva, el suministro de información falsa sancionado con multa fijada por el consejo directivo impidió la investigación de fondo sobre la conducta anticompetitiva.

incremento significativo de acciones de clase promovidas por colectivos de consumidores o usuarios derivadas de tales conductas. Este interesante fenómeno litigioso trae una transformación sustancial en los efectos del derecho de la competencia en el bienestar general.

Los consumidores han tomado las riendas de la evolución de la disciplina a través de acciones de derecho privado en los tribunales, sustentadas por una determinación de violación a las leyes de defensa de la competencia dimanada de las autoridades de competencia⁸, no sin antes haber sido habilitados por ley a ejercer tales acciones⁹. Bélgica, Holanda y Portugal, jurisdicciones con tradición de derecho escrito como la República Dominicana y pertenecientes a la Unión Europea, han agotado reformas legales destinadas a aprovechar el derecho a la reparación por daños por comisión de prácticas anticompetitivas establecidas en directrices europeas en favor de los consumidores y usuarios.

Desarrollar negocios de manera sostenible y competitiva es menester del Estado dominicano, de las empresas nacionales y extranjeras con negocios en el país, y especialmente de los consumidores, beneficiarios finales de la tutela constitucional que defiende a la libre y leal competencia consagrada en la Constitución dominicana¹⁰ en

8 En algunos países un tribunal, en otros una dependencia del Poder Ejecutivo y en muchos otros casos, como en la República Dominicana un órgano descentralizado del Estado.

9 En los países del *common law*, los tribunales, facultados a crear derecho, pueden otorgar esa capacidad de acción y lo han hecho en la especie.

10 «Artículo 50.- Libertad de empresa. El Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las

virtud del objetivo trazado por su ley orgánica, la Ley núm. 42-08 en su artículo 1ro¹¹.

El presente trabajo analiza en líneas generales cuáles son los elementos que un país de tradición romano-germánica como la República Dominicana ha de seguir para asimilar el acceso a justicia de los consumidores y usuarios, reclamantes de daños cuyo origen se encuentre en un acto anticompetitivo determinado por la autoridad competente.

En la primera parte, se repasan las normas actualmente vigentes que esbozan más no regulan taxativamente las acciones de esta especie en el ordenamiento jurídico dominicano. A partir de ese conjunto normativo básico, el legislador podría promover un proyecto de ley de acciones colectivas, como han hecho otras naciones de tradición romanista, haciendo expreso en dicho estatuto, la prerrogativa en favor de consumidores y usuarios de los productos y servicios colocados en el mercado, de reclamar daños y perjuicios derivados alguna o varias de las prácticas concertadas, acuerdos prohibidos,

que establezcan las leyes. 1) No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. 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, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional; 2) El Estado podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país; 3) El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental».

11 «Artículo 1.- Objeto. La presente ley tiene por objeto, con carácter de orden público, promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional».

actos de abuso de posición dominante o de competencia desleal, tipificadas en el catálogo de la Ley núm. 42-08¹².

Primera parte

Acciones de clase. Antecedentes y estatus en el sistema jurídico dominicano

A continuación, desarrollamos las denominadas acciones de clase o colectivas para lo cual nos enfocamos en la investigación de los antecedentes de esta figura, su previsión en otras legislaciones, las vías de acción para resarcir un daño a las cuales se tiene acceso en el ordenamiento jurídico dominicano, con el propósito de recomendar una modificación legislativa para implementar este tipo de acciones en provecho de las personas cuyos derechos de consumo son vulnerados.

Los derechos colectivos son «aquellos derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos¹³». La Constitución dominicana establece los derechos colectivos y los derechos difusos en varios de sus artículos, pero dirigidos desde la perspectiva de derechos fundamentales que van en beneficio de toda la sociedad y no de un grupo determinado de personas, con excepción de las facultades que le otorga al defensor del pueblo, las cuales de manera específica le permiten ejercer funciones a favor de una persona en particular o colectividad determinada, al cual nos referimos en adelante.

12 Artículos 5, 6, 10 y 11 de la Ley núm. 42-08.

13 Jiménez Martínez (2014, p.3).

De igual forma, han sido enfocadas las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional respecto de los intereses colectivos donde se ha pronunciado acerca de: suministro de agua¹⁴; preservación del medio ambiente¹⁵; bienes inmuebles de dominio público¹⁶; preservación del patrimonio cultural¹⁷; derecho de propiedad¹⁸; patrimonio histórico¹⁹.

Para el ejercicio de un derecho colectivo se debe establecer cuáles son las personas que resultan perjudicadas con la violación de un derecho y quiénes tienen el derecho a reclamar la violación de este. Y sobre la base de un grupo en específico que ha sido violentado o perjudicado es que debe enfocarse la reclamación de daños y perjuicios que deba ser interpuesta usando la vía de las acciones de clase.

Las demandas denominadas *Class actions* datan de finales del siglo XIX y principios del siglo XX con las decisiones emitidas por los denominados tribunales de equidad en el sistema anglosajón. Las cortes de equidad eran «tribunales constituidos en Inglaterra y Gales y posteriormente en algunos países como los Estados Unidos, cuya función era ofrecer soluciones legales, adecuadas y efectivas, a las injusticias de la aplicación estricta de las normas del *common law* ²⁰» cuyas decisiones eran basadas en la equidad.

14 Cf. TC/0234/2014

15 Cf. TC/0167/2013

16 Cf. TC/0194/2013

17 Cf. TC/0230/2013

18 Cf. TC/0208/2014

19 Cf. TC/0254/2014

20 Londoño Toro (2010, p.14).

Luego de varios años, las *Class action* fueron adoptadas por el sistema anglosajón con diferencias en los criterios de aplicación del procedimiento e indemnizaciones, pero enfocadas en un mismo fin, el de «agrupar en una misma acción a múltiples afectados o víctimas, a través de un sistema de representación que vincula a los ausentes²¹».

Puede definirse *class action* o acción de clase como la:

...acción en justicia interpuesta por una asociación de defensa de los consumidores con el objetivo de obtener la reparación de las prácticas que van en contra de la concurrencia y/o abuso desde una posición de dominio o de prejuicios individuales patrimoniales, que resultan de daños materiales sufridos por consumidores que se encuentran en una situación idéntica o similar²².

El objetivo de las acciones de clase consiste en: un grupo que ha sido perjudicado tenga acceso a interponer acciones colectivas, con la garantía de obtener un proceso rápido y la consecución de una indemnización por los daños recibidos a favor del colectivo accionante. Un tipo de demanda enfocada en los consumidores, que surgen con la finalidad de que un grupo de personas perjudicadas por un mismo hecho, obtengan la reparación del daño que le fuera causado por un individuo o empresa. Para que una acción pueda ser considerada una acción de clase, conforme al sistema implementado en los Estados Unidos, estas deben tener las siguientes características:

21 Verbic (2007, pp.13-14); Defendant Class Actions (1978, p.630).

22 Reyes de los Santos (2016).

...a) el grupo debe ser lo suficientemente numeroso para que los casos individuales se consideren poco prácticos; b) debe haber reclamaciones legales o verdaderas en común; c) las reclamaciones o la defensa deben ser típicas de los demandantes o demandados, y d) los representantes deben proteger los intereses de la clase²³.

En adición a estas características: las clases deben estar debidamente definidas; los representantes deben formar parte de la clase; y, la reclamación debe ser real. En la República Dominicana el marco jurídico no presenta como tal el acceso a interponer este tipo de acciones, sin embargo, algunos textos presentan la posibilidad de que grupos o colectivos puedan hacer uso de ciertas figuras para obtener la reparación de un daño con ciertas limitaciones, entre las que citamos las siguientes: El artículo 66 de la Constitución dominicana reconoce la acción de amparo como la vía para «... garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos...» y obtener la protección de los derechos fundamentales que le hayan sido vulnerados.

La Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor núm. 358-05, en su artículo 94 permite a las asociaciones de consumidores y/o usuarios, «interponer las acciones correspondientes cuando resulten afectados o amenazados los intereses de los consumidores, asociados o no, siempre que éstos requieran de su intervención», con la salvedad de que estas asociaciones deben no solo estar

constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro sino que, además, deben estar debidamente registradas e incorporadas. En adición, establece como limitante el párrafo del citado artículo que, la parte afectada debe otorgar un mandato de representación expreso a la persona que actúe en su nombre y pueda interponer una demanda en daños y perjuicios.

La Ley núm. 19-01 que instituye el Defensor del Pueblo, establece en su artículo 15 que, un ciudadano o un colectivo podrán apoderar esta institución cuando considere que algún funcionario de la administración pública está realizando actos «de exceso, ilegal o arbitrario, que afecte a un particular o a una colectividad». Con la limitante de que este apoderamiento no generará derechos, sino que crea la base de una modificación o anulación del acto que generó el daño, otorgándole una facultad de mediador a los fines de que puedan ser corregidas las actuaciones consideradas como arbitrarias, debiendo la Ley núm. 19-01, que instituye el defensor ejercer su función de conformidad con lo que estipula el artículo 191 de la Constitución dominicana.

— El numeral 16 del artículo 2 del Reglamento de Aplicación de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, establece que toda persona con interés legítimo ya sea individual o colectivo podrá interponer procedimientos administrativos para:

... a. Conocer las presuntas violaciones a los artículos 5, 6, 10 y 11 de la Ley. b. Simplificar los trámites administrativos, la revisión de actos jurídicos estatales y condiciones de competencia de los subsidios, ayudas

²³ Lujosa Vadell (1194, p. 79).

estatales o incentivos entregados a empresas públicas o privadas, que limiten o menoscaben el derecho a la libre empresa y a la competencia, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 13, 14 y 15 de la ley.

Mientras el artículo 63 de la Ley núm. 42-08, que autoriza a deducir reclamación por daños y perjuicios por comprobadas conductas restrictivas a la competencia a través de una acción por la vía judicial, no parece excluir a los consumidores y usuarios, puesto que se refieren a los «agentes económicos» previamente definidos en su artículo 4b) como: «Toda persona o grupo de personas, físicas o jurídicas que participan en la actividad económica»:

...Artículo 63.- De los daños y perjuicios causados. Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento administrativo sancionador de una conducta restrictiva de la competencia, haber sufrido daños y perjuicios por causa de esta, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener la indemnización correspondiente.

En muchos países como la República Dominicana este tipo de demandas tampoco se encuentran legisladas, por lo que acuden al derecho comparado para tomar su origen como ejemplo, y determinar los aspectos que debemos tener en cuenta para una eventual implementación en la jurisdicción dominicana, ya que no existe una ley ni un marco regulatorio o norma que permita a una institución, conforme a lineamientos claros, cómo proceder en

estos casos para la obtención de la protección de los derechos de un colectivo que le han sido vulnerados.

A continuación, para mayor entendimiento realizamos un cuadro comparativo con la vinculación de las acciones colectivas o de clase en diferentes países²⁴:

Cuadro 1. Vinculación del <i>Class action</i> en distintas jurisdicciones		
Jurisdicción	Finalidad	Medio
Argentina	La protección de los derechos humanos y de los derechos carácter colectivo.	Acción de amparo.
México	Consagra las acciones de grupo, pero las tendentes a proteger los derechos constitucionales y protección del consumidor.	Acción de amparo y la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) ha sustentado que a partir del 2004 se le otorgó competencia para interponer ante el Poder Judicial demandas en daños y perjuicio.
República Dominicana	La protección de los derechos constitucionales colectivos.	Acción de amparo y mediante acciones tomadas por el Defensor del Pueblo.
Perú	La protección de los derechos del consumidor.	Demandas interpuestas ante el Poder Judicial por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Indecopi.
China	Indemnizar problemas relacionados con: contaminación, publicidad engañosa y violaciones contractuales, violaciones masivas a los derechos humanos.	No se ha implementado ningún medio eficaz a esos fines.

²⁴ Londoño Toro (2010).

Cuadro 1. Vinculación del <i>Class action</i> en distintas jurisdicciones		
Jurisdicción	Finalidad	Medio
Italia	Protección del consumidor.	Acciones de clase circunscritas a la Ley de Protección del Consumidor.
Finlandia	Protección del consumidor.	Ley que solo es aplicable para la protección del consumidor que forman parte de las atribuciones del Defensor del Pueblo.
Unión Europea	Salvaguardar los derechos de los consumidores.	Directiva de Acciones de clase.
Estados Unidos	Salvaguardar el acceso efectivo a la justicia a aquellas personas con pretensiones a resarcir que de no ser interpuestas por esa vía no podrían ser llevadas a la justicia.	Class interpuestas ante los tribunales estatales y federales dependiendo del monto a solicitar de indemnización
Colombia	La protección de los derechos constitucionales colectivos.	Acciones populares.

En la jurisdicción dominicana, para obtener el resarcimiento de un daño debemos de accionar por la vía civil mediante la interposición de una demanda en responsabilidad civil en reparación de daños y perjuicios, bajo la premisa del artículo 1382 del Código Civil Dominicano, el cual expresa que «cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo» en conjunto con el artículo 1383 del mismo código que establece «Cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por un hecho suyo, sino también por su negligencia o su imprudencia».

La doctrina ha establecido que la responsabilidad civil es «la obligación que incumbe a una persona de reparar el daño causado

a otro²⁵», mientras la Suprema Corte de Justicia ha establecido que «es la actuación judicial que le confiere la ley a la víctima de un daño a fin de obtener del responsable la reparación del agravio sufrido²⁶».

Para determinar la existencia de la responsabilidad civil de los accionantes para la interposición de este tipo de demandas debemos diferenciar si estamos frente a una responsabilidad civil por el hecho de una cosa o una responsabilidad civil por el hecho personal, puesto que los elementos constitutivos de estas varían. Si estamos frente a la responsabilidad por un hecho personal debemos tomar en cuenta lo siguiente: (i) la falta cometida por una persona en detrimento de otra y que necesariamente le ocasiona un daño; (ii) el daño, ya sea material o moral, que consiste en la afectación que percibió una persona por la falta cometida por otra; y, (iii) el vínculo de causalidad entre la falta y el daño, de donde se deduce que de no haberse cometido la falta no se hubiese generado el hecho que originó el perjuicio. Mientras que si estamos frente a una responsabilidad civil por el hecho de una cosa debemos tomar en cuenta «(i) una cosa, (ii) una acción de la cosa y (iii) un vínculo de causalidad entre la cosa y el daño²⁷».

En ambos casos, debemos detenernos en el daño, ya que toda persona que decide interponer una acción en reparación de daños y perjuicios, por haber percibido un daño percibido lo hace con la finalidad de que el mismo se «reparese por medio de una

25 Subero Isa (2010, p.33).

26 S.C.J. decisión número 52, B.J. 1235 (2013).

27 TC/0223/2018 p. 20.

indemnización económica²⁸».

El Tribunal Constitucional ha establecido que el daño: «es la pérdida que sufre el agraviado por la ocurrencia de un acontecimiento determinado que lesiona a una persona, ya sea en sus bienes, propiedad, patrimonio, a su propia persona o a sus familiares, en cuyo caso debe responder por ello el tercero que lo ha provocado²⁹» Establece además que: existe «el daño moral y el material, según recaiga sobre la persona o sobre sus bienes materiales³⁰».

Luego de una intensa búsqueda pudimos observar que en la República Dominicana no existen indicios de acciones judiciales interpuestas bajo la modalidad de *Class action*, sin embargo, existen varias demandas interpuestas por diferentes asociaciones, personas físicas o morales con la finalidad de que el resultado de estas sea utilizado en beneficio y favor de un grupo o comunidad que fue vulnerada en sus derechos, pero estas acciones no pueden ser consideradas *Class action*. No solo porque no cumplen con los requisitos para que se pueda determinar iniciar una acción colectiva, sino que son demandas interpuestas para resguardar derechos fundamentales a favor de toda la sociedad consagrado en la constitución dominicana, que no conllevan una indemnización pecuniaria en favor de un colectivo. Y lo que se busca con la interposición de las *Class ction* es la obtención de una indemnización a causa de un daño provocado por una persona física o moral, en contra de un grupo de personas que como consumidores fueron víctimas de negligencias que necesitan

resarcir y obtener una indemnización, con el factor común de que todas recibieron un daño por la misma falta.

Se destaca que, la resolución núm. DE-002-2017 de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, dio inicio al procedimiento de investigación con ocasión de la denuncia interpuesta por la Fundación Jurídica en Defensa del Consumidor (FUNDUJECO), con motivo de la observación de indicios razonables referentes a la existencia de prácticas contrarias Ley núm. 42-08, en el mercado de prestación de servicios a través de «casas de conductores» «casas cárcel» en la República Dominicana.

Este proceso investigativo fue desestimado por parte de la dirección ejecutiva conforme lo dispone su Resolución núm. DE-026-2018, en acompañamiento del Informe de Recomendaciones DE-IN-2018-1059 de fecha 19 de abril de 2018, dirigido al consejo directivo, acogido por este último en su totalidad y por el cual, mediante la Resolución núm. 007-2018, se instruyó a la Subdirección de Abogacía de la Competencia en conjunto con este para el diseño de un plan de trabajo tendente a plantear medidas de acción con miras a la corrección de las distorsiones manifestadas en el mercado de casas de conductores.

Las partes investigadas interpusieron un recurso de reconsideración contra la Resolución núm. 007-2018 y un recurso jerárquico en contra del Informe de Recomendaciones núm. DE-IN-2018-1059, con el fin de eliminar la recomendación relativa al hecho de «que se modifique la composición societaria del CAA a los fines de que los agentes económicos competidores no sean socios en

28 Subero Isa (2010, p.33).

29 TC/0629/2018 p. 21.

30 TC/0629/2018 p. 21.

dicha empresa, disminuyendo así el peligro de que se produzcan acuerdos anticompetitivos entre ellos», ambos siendo rechazados por parte del consejo directivo en la Resolución núm. 011-2018, al entender que la facultad de abogacía le permitía realizar este tipo de recomendaciones.

Inconformes con la decisión, las partes investigadas interpusieron un recurso contencioso administrativo, acogido por el Tribunal Superior Administrativo, en su sentencia núm. 030-02-2021-SSEN-00319, de fecha treinta de junio del 2021, al considerar que la facultad de abogacía frente a la recomendación previamente indicada:

...resulta excesivo en cuanto a sus poderes, toda vez que las recomendaciones dadas, trata de la modificación de los estatutos de la sociedad accionante, acto jurídico de carácter privado, lo que escapa a la competencia del organismo rector, pues, conforme a la legislación que rige el ejercicio de la abogacía, está supeditada a actos de carácter que emanan de los poderes público, lo que no sucede en la especie.

Parte 2

Sistemas de acción de clase para reclamar daños derivados en prácticas anticompetitivas en el derecho comparado

Uno de los sistemas de acción de clase de más ágil evolución es el estadounidense. En 2019 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos extendió la habilitación de las reparaciones por daños, con

ocasión de *Class actions* por una violación a la Ley Antimonopolios de los Estados Unidos hasta los compradores indirectos, que no son otros que los consumidores finales.

En el caso *Apple, Inc. contra Pepper y compartes*³¹, el alto tribunal americano decidió que los consumidores podían proceder con una demanda por práctica anticompetitiva alegando que *Apple, Inc.* utilizaba su poder monopolístico para cobrar por encima de su costo por sus aplicaciones de *iPhone*. No satisfecha con la demanda, *Apple* alegó que era improcedente porque los consumidores no eran «compradores directos» conforme el criterio del precedente *Illinois Brick*. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia rechazó el argumento de *Apple* en una decisión 5-4, en revisión a la sentencia desestimatoria. El magistrado Brett Kavanaugh elaboró la opinión mayoritaria adherida por los cuatro jueces liberales³² de la corte.³³ Preciso es mencionar que la disidencia se expresó por escrito.³⁴ El voto mayoritario y prevaleciente³⁵.

31 *APPLE INC. contra PEPPER ET AL.* (2019). Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, *APPLE INC. Contra PEPPER ET AL.* (2019) núm. 17-204. Discutida el 26 de noviembre de 2018. Decidida el 13 mayo 2019.

32 Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan.

33 Dictada y publicada el 13 mayo 2019.

34 El magistrado Neil Gorsch redactó el voto disidente al que se unieron los magistrados Clarence Thomas y Samuel Alito.

35 ... (c) Contrario al argumento de Apple, las tres racionales de Illinois Brick para la adopción de la regla de «compradores directos» favorece significativamente a los demandados. Primero, Apple postula que, al permitir a los desarrolladores de aplicaciones aguas arriba —y no a consumidores aguas abajo— demandar a Apple significaría una más efectiva aplicación del derecho antimonopolios. Pero eso no tiene mucho sentido, y desmentiría directamente la meta duradera de la efectiva ejecución privada y la protección del consumidor en casos antimonopolios. Segundo, Apple advierte que, el cálculo de daños en las demandas antimonopolios de los consumidores contra minoristas monopolísticos puede ser complicado. Tercero, Apple reclama que permitir a los consumidores demandar resultará en «demandas

Cabe resaltar la postura liberal liderada por el magistrado Kavanaugh de 2019 es una decisión parteaguas. El nuevo criterio pone fin a una doctrina judicial hasta ese momento firme desde 1977, proveniente del precedente *Illinois Brick Co. contra Illinois*³⁶. El criterio anterior cerraba las puertas a muchas acciones de clase en materia de *antitrust*. La decisión establecía la regla de que: «los compradores indirectos de bienes en la cadena de suministro no podían reclamar daños por violación a las leyes antimonopolios cometidos por el proveedor o productor original, pero permitía esas acciones a los compradores directos³⁷».

La supresión de la doctrina judicial *Illinois Brick* había sido revertida por tribunales estadounidenses de inferior rango. No obstante, se resalta que existen reglas para incoar *class actions* en el sistema estadounidense: «...Para que una reclamación judicial de un grupo de personas pueda instrumentarse mediante este tipo de acciones, es necesario que concurren ciertos requisitos, recogidos desde 1938 en el Federal Rule No. 23. *Of Civil Procedure* tras su configuración inicial por parte de la jurisprudencia estadounidense³⁸. Los requisitos son cuatro: numerosidad, identidad fáctica, tipicidad y adecuada representatividad³⁹».

El mismo autor destaca que:

conflictivas a un fondo común —la suma del alegado sobreprecio».

No obstante, este no es el caso donde partes múltiples a diferentes niveles de la cadena de distribución están tratando de recuperar la misma sobrecarga trasladada inicialmente impuesta por el fabricante en el tope de la cadena.

36 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Decisión discutida el 23 de marzo de 1977 y decidida el 9 de junio de 1977. No. 76-404, 431 U.S. 720 (1977).

37 *Ibid.*

38 Ferreras Comella (2005).

39 *Ibid.*

...Las acciones de clase cuentan con regulación positiva en España en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como en el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, las que reconoce una legitimación extraordinaria a las corporaciones, asociaciones, y grupos para la defensa de los llamados «intereses o derechos colectivos» («intereses generales de los consumidores⁴⁰»).

En la Unión Europea no existe una legislación regional para las acciones colectivas por violación al derecho de la competencia, sin embargo, la recientemente acordada Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea («LMD»)⁴¹ proveerá a los consumidores acciones con respecto a las violaciones en tales mercados, explican los autores Batchelor, Macaulay, Hunt y Kamp, en un trabajo publicado el presente año por *Global Competition Review*⁴²:

...La Directiva de Daños en Materia de Competencia de la Unión Europea de 2014 excluye las acciones colectivas, y, similarmente la Directiva en Representación de Acciones para la Protección de Intereses Colectivos de 2020 no aplica a reclamaciones por demanda de competencia. Como resultado, se ha generado una variedad de enfoques de los diferentes estados. Dentro de los estados miembros, procedimientos legales diseñados específicamente para organizar demandas de acción de clase en derecho de la competencia solo han jugado un pequeño rol. Es más común que las

40 *Ibidem.*

41 De acuerdo con el sitio en la red de *Internet* de la Unión Europea.

42 Batchelor, Mcaulay, Hunt, Kamp (2023).

acciones se sometan a las reglas procesales de Derecho Común, por ejemplo, por acumulación de demandas o la reunión de reclamaciones por daños ocasionados por múltiples compañías⁴³.

Conviene precisar que la Comisión Europea publicó en su Recomendación 2013/396/EU del 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. El estatuto define las situaciones apropiadas para esas acciones colectivas como: «la situación en la que dos o más personas naturales o jurídicas reclaman haber sufrido un daño ocasionado por la misma actividad ilegal de una o varias personas naturales o jurídicas⁴⁴».

Por su parte, la Directiva (UE) núm. 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁴⁵, introduce un marco legal para las acciones colectivas que persiguen reparación por daños. Los Estados miembros tienen la discreción de implementar el mecanismo con criterio de *opt-in* (auto-inclusión) u *opt-out* (auto-exclusión) de los

43 *Ibid.*

44 Recomendación 2013/396/EU del 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.

45 Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la directiva 2009/22/CE (Texto pertinente a efectos del EEE).

reclamantes aplicable a varias clases de demandas, las de derecho de la competencia inclusive.

La novedad más reciente en la Unión Europea en esta rama proviene del LMD, que iniciará su aplicación plena en marzo del 2024 y permitirá a los consumidores llevar a cabo acciones colectivas. De acuerdo con Walters Kluwer el LMD:

... facilitará las acciones privadas por daño derivadas del no cumplimiento de sus obligaciones. El Art. 42 extiende la aplicación de la Directiva UE 2020/1828 para «acciones representativas contra las infracciones de los garantes de sus disposiciones que puedan afectar los derechos de los consumidores⁴⁶».

Con independencia del Brexit, la Suprema Corte de Justicia británica también ha dictado una decisión cimera para expandir las acciones de clase con origen un acto anticompetitivo. En un proceso colectivo seguido contra Mastercard y rechazado por el tribunal de apelación, el alto tribunal británico, identifica errores de apreciación cometidos por el tribunal inferior y habilita a los

46 Rurali Giulia y SEEGERs Martin (2023).

consumidores en la especie con esta consideración general^{47/48}.

Conclusiones

Tomando en cuenta la legislación en lo que respecta a la responsabilidad civil por daños y perjuicios, más los aspectos de Class action de otros países, es necesario implementar en nuestro marco jurídico una regulación para que los grupos o colectivos vulnerados puedan apoyarse para resarcir los daños sufridos a través de la interposición de demandas bajo la modalidad de clase en sentido general, y para permitir las contra conductas determinadas anticompetitivas por la autoridad competente, el consejo directivo de Pro-Competencia.

Es menester adentrarnos a estudiar sus orígenes, evolución e implementación en otros países para poder determinar qué vía usar de modelo para la creación de un marco regulatorio en la República Dominicana, considerando el sistema implementado, por ejemplo,

47 ...Esta apelación se refiere al procedimiento colectivo introducido por la reforma a la Ley de Competencia de 1998 («la Ley») para el propósito de permitir a los pequeños negocios y consumidores una más fácil vía de reclamación por las conductas anticompetitivas tipificadas por la ley e infringidas.

Cuando el daño de esa conducta afecta a los consumidores, podría típicamente ocasionar daño a una variedad amplia de reclamantes. La prueba de la falta, la causalidad y la pérdida implica una dificultosa y costosa labor forense, tanto en términos de reunión de evidencias como en el análisis de los efectos económicos. Visto desde esa perspectiva de un consumidor individual, la disparidad entre el costo y los esfuerzos de traer esa demanda y el monto monetario de la pérdida individual del consumidor, aunada con más amplios recursos litigiosos más fácilmente disponibles del alegado infractor, significa que rara vez, si acaso alguna vez, sería un sabio o proporcional uso limitado de recursos del consumidor litigar a solas.

48 *Mastercard Incorporated* y compartes (apelantes) vs *Walter Hugh Merricks CBE* (apelados) por ante los magistrados Lord Kerr, Lord Briggs, Lord Sales, Lord Leggatt, Lord Thomas. Decisión dada, 11 diciembre 2020.

en Perú con el Indecopi^{49/50} como un modelo de referencia para usar a favor de los consumidores dominicanos, así como los del Portugal, España, Bélgica y Holanda.

Con este marco de referencia Pro-Competencia puede establecer criterios, que le permitan a todo aquel grupo de empresas o de personas físicas promover acciones sobre la base de violaciones de competencia, con las que se atenten a un grupo de consumidores, mediante la obtención de sanciones a las personas físicas o morales que ocasionaron daños que deban ser resarcidos, siendo esta la puerta que permita la existencia de una legislación que de manera clara establezca los lineamientos para que cualquier grupo o colectivo pueda de manera directa, y no por mediación de ninguna institución, interponer demandas donde se les reconozca el perjuicio y sean indemnizados.

En el derecho comparado, la aparición y multiplicación de demandas colectivas promovidas por la consumidores y usuarios para restaurar las condiciones de competencia es un fenómeno en expansión. La literatura jurídica presta atención a la cada vez más variada muestra de precedentes en distintas jurisdicciones, donde los accionantes, colectivos de consumidores, aprovechan masivamente la nueva modalidad de acceso a justicia vinculada al *antitrust*. En el caso dominicano, la asimilación de esa corriente debe cumplir con los rigores que impone nuestro sistema jurídico, para establecer si conviene un sistema de acción de clase *opt-in* (auto-inclusión) u

49 Indecopi (2021).

50 *Mastercard Incorpora*

opt-out (auto-exclusión).

La atención oficial de la Unión Europea, los Estados Unidos, entre otras jurisdicciones a este tema, es respuesta que responde a un cambio social. Este se manifiesta en la última edición del Índice de Desarrollo Humano publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2021-2022) «Tiempos inciertos, vidas inestables, configurar nuestro futuro en un mundo en transformación⁵¹».

El mensaje de ese estudio señala que, las nuevas incertidumbres apuntan a buscar oportunidades para impulsar el desarrollo humano a fin de aprovechar las capacidades creativas y de cooperación. Entre otros aspectos, se recomienda expandir la capacidad de actuar y defender las libertades humanas en materia de bienestar⁵².

Las acciones de clase contra daños ocasionados por prácticas anticompetitivas es actualmente el motivo de demandas de este género del cuarenta por ciento de las acciones colectivas europeas⁵³. Las autoridades dominicanas competentes, en especial Pro-Competencia, en su calidad de promotora de la política de competencia, debe estudiar y proponer al Congreso Nacional por conducto del Poder Ejecutivo propuestas legislativas que habiliten procesos de esa naturaleza en beneficio de la demanda.

51 Informe de Desarrollo Humano publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2021-2022) con el título «*Tiempos Inciertos, Vidas Inestables, configurar nuestro futuro en un mundo en transformación*».

52 Ibid.

53 European class action report (2022).

Bibliografía

APPLE INC. contra PEPPER ET AL. (2019). Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, APPLE INC. Contra PEPPER ET AL. (2019) núm. 17-204. Discutida: 26 noviembre 2018. Decidida: 13 mayo 2019.

B. Batchelor, B. Mcaulay, S. Hunt, y A. Kamp, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP. Inglaterra y la Unión Europa, un renacer de las acciones de clase, Europe, Middle East and Africa Antitrust 2023, Global Competition Review. Disponible en: <https://awards.concurrences.com/en/awards/2023/business-articles/european-union-and-united-kingdom-a-new-dawn-for-class-actions> [consulta 13 octubre 2023]

Código Civil de la República Dominicana.

Constitución de la República Dominicana.

CMS. European class action report 2022 (2022). Disponible en: <https://cms.law/en/media/international/files/publications/publications/european-class-action-report-2022?v=3> [consulta 13 octubre 2023].

FERRERAS COMELLA, Alejandro (2005). Las acciones de clase (“class actions”) en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Actualidad Jurídica Uría y Menéndez/11-2005. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210> [consulta 13 octubre 2023].

Gidi, A. (2004). Las acciones colectivas en los Estados Unidos. *Direito e Sociedade*, Curitiba, 3, n.1, 117-150. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069595.pdf> [consulta 13 octubre 2023].

Harvard Law Review (1978). Defendant Class Actions. 91, No. 3.

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977), Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Decisión discutida el 23 de marzo de 1977 y decidida el 9 de junio de 1977. No. 76-404, 431 U.S. 720 (1977).

INDECOPI. (2021). Lineamientos sobre resarcimiento a consumidores por conductas anticompetitivas. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/733615>

SUBERO ISA, J. A. (2010). Tratado Práctico de Responsabilidad Civil. Editora Corripio.

Suprema Corte de Justicia. S.C.J.-Primera Sala- 30 de octubre del 2013, decisión número 52, B.J. 1235.

Sentencias del Tribunal Constitucional dominicano

TC/0230/2013

TC/0208/2014

TC/0254/2014

VENEGAS ÁLVAREZ, S. (2013). La Class Action Como Solución A La Demanda De Justicia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/46.pdf> [consulta 13 octubre 2023].

VERBIC, F. (2007). Procesos Colectivos editorial Astrea.

La política de competencia y los mecanismos de defensa comercial en la República Dominicana

Gianna Franjul

Resumen

El derecho de la competencia tiene fundamento constitucional. Empezando por el artículo 217 de la carta magna dominicana que establece el régimen económico aplicable a la República Dominicana. Asimismo, el artículo 50.1 de la referida normativa establece que es una obligación del Estado velar por la libre y leal competencia. La Ley General de Defensa de Competencia, núm. 42-08 es el marco jurídico que regula todo lo concerniente a la materia, sin menoscabo de las disposiciones contenidas en las leyes de los sectores regulados.

En el panorama internacional, encontramos instrumentos que se refieren al tema, como el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), además de los acuerdos de libre comercio suscritos por la República Dominicana.

Por su parte, la defensa comercial resulta ser otra disciplina normativa que tiene un rol preponderante en la política comercial del Estado al establecer los mecanismos para que los países puedan adoptar medidas comerciales correctivas ante amenazas graves de daños a la producción nacional, originados por prácticas desleales

en el comercio internacional o aumento súbito de las importaciones.

Hay que resaltar que la política de competencia promueve la eficiencia de los mercados mediante la prohibición de actos que impiden la competencia y a través de la promoción y abogacía a favor de la libre y leal competencia. Por otro lado, la defensa comercial, a través de mecanismos excepcionales, faculta a los Estados a restringir el comercio autorizando la protección temporal de la rama de producción frente a la actividad exportadora de bienes de empresas radicadas en mercados extranjeros.

Las instituciones a cargo de estas materias deben ser muy rigurosas en sus investigaciones, de conformidad con las normativas nacionales e internacionales.

Palabras clave: política de competencia, mecanismos de defensa comercial, prácticas concertadas, abuso de posición dominante, política comercial.

Abstract

The constitutional basis for competition law is firmly established. Beginning with Article 217 of the Dominican Constitution, which outlines the economic regime applicable to the Dominican Republic. Furthermore, Article 50.1 of the same legal framework mandates that the State has an obligation to safeguard free and fair competition. The General Law on Competition Defense, Law No. 42-08 (Law 42-08), serves as the legal framework governing all matters related to this subject, without prejudice to the provisions contained in laws specific to regulated sectors.

On the international front, there are instruments addressing this topic, such as the General Agreement on Trade in Services (GATS), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), in addition to the free trade agreements signed by the Dominican Republic.

Commercial defense, on the other hand, represents another regulatory discipline that plays a significant role in the state's trade policy by establishing mechanisms for countries to adopt corrective trade measures in response to the serious threat of damage to domestic production sectors caused by unfair trade practices or sudden increases in imports.

It should be emphasized that competition policy promotes market efficiency by prohibiting acts that hinder competition and by advocating for and promoting fair and free competition. On the other hand, commercial defense, through exceptional mechanisms, authorizes temporary protection for the domestic production sector against the export activities of foreign-based companies.

The institutions responsible for these matters must conduct rigorous investigations in accordance with both national and international regulations.

Key words: competition policy, trade defense mechanisms, concerted practices, abuse of dominant position, trade policy.

Introducción

El derecho de la competencia juega un papel preponderante en el derecho económico de un país, debido a que su campo de acción impacta a todos los agentes económicos de la jurisdicción en la que se aplica. En la República Dominicana, el desarrollo de esta disciplina ha sido reciente, impulsado por el contexto internacional que empujó al país a adoptar una legislación que regule la materia. En la administración de la Ley General de Defensa de Competencia, núm. 42-08 (, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) tiene un rol de: supervigilancia, investigación, sanción de las prácticas, acuerdos anticompetitivos, abuso de posición dominante y actos de competencia desleal.

Otra disciplina de surgimiento relativamente reciente en nuestro país, pero también con larga data de estudio y aplicación en jurisdicciones foráneas, es la de defensa comercial, o medidas comerciales correctivas, como suele llamarse. Ambas disciplinas resultan de suma importancia en la adopción de las políticas de comercio del Estado dominicano. En este ensayo se pretende ilustrar el rol de cada una y sus diferencias, sin perder de vista los puntos de encuentro entre ambas disciplinas.

Para ello, este ensayo se estructura de la siguiente manera: (i) Contexto nacional del derecho de la competencia. (ii) Breve panorama sobre las disposiciones de política de competencia establecidas en normativas internacionales y en los acuerdos de libre comercio suscritos por la República Dominicana (iii) De la defensa

comercial y sus diferencias con el derecho de la competencia.

1. Contexto nacional del derecho de la competencia

La Constitución dominicana establece en su artículo 217 que el régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. De esa manera, la letra del propio articulado establece que el crecimiento económico debe ir aparejado con la redistribución de: la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad.

Este conjunto de conceptos que se traducen en objetivos del régimen económico, son una consecuencia de la adopción de un Estado social con economía de mercado, que tiene como base fundamental la iniciativa privada libre, con la intervención estatal para asegurar un crecimiento equilibrado y sostenido de dicha economía. En ese rol interventor que juega el Estado, la regulación en materia de competencia adquiere un protagonismo particular.

Resulta claro visualizar que la libertad de empresa no es solo un derecho fundamental que los particulares pueden exigir al Estado a través de los medios y garantías previamente establecidos en la Constitución, sino que también forma parte de toda la estructura sobre la que se cimenta el régimen económico dominicano.

Con respecto al contenido del derecho fundamental a la libertad de empresa, Martínez S., Wendy señala que:

(...) La libertad de empresa incluye cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado y se entiende que no es necesario que esta se ejerza de manera habitual. Abarca la libertad de creación de empresas, acceso al mercado, la libertad de su organización, dirección, ejercicio de la actividad empresarial, la libertad de tomar decisiones, de competir en un mercado libre, libertad de producción, libertad de inversión, libertad de fijación de una política comercial, libertad de contratación, entre otros¹.

Como se desprende de la cita anterior, la garantía de acceso al mercado y una vez dentro, la posibilidad de competir en condiciones de lealtad y sin mecanismos anticompetitivos que dificulten su permanencia en el mercado, resultan indispensables para la efectividad del derecho fundamental a la libertad de empresa, por lo que un marco normativo que proscriba las diversas prácticas, concertadas o no, que tengan por efecto erigir barreras artificiosas se hace más que necesario. Es ahí, precisamente, donde entra el derecho de la competencia con el objetivo de lograr la eficiencia de los mercados y evitar el daño que producen el abuso de posición dominante, las prácticas concertadas y la competencia desleal al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Es así como el artículo 50.1 de la carta magna dominicana pone a cargo del Estado velar por la libre y leal competencia. Por su parte, la Ley 42-082 tiene por objeto, con carácter de orden público,

¹ Martínez (2023, pp. 488).

² El marco normativo en materia de competencia se ve completado por el Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, y por los siguientes reglamentos: i) reglamento para el

promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios.

Es importante tener presente que las barreras a los agentes económicos interesados en ingresar al mercado, mantenerse en el mismo una vez dentro y diversificar sus actividades económicas, pueden venir de los órganos y entes públicos al establecer asfixiantes trámites burocráticos o disposiciones que representen ventajas para determinados agentes económicos, y de los demás competidores en el ejercicio, por ejemplo, una posición dominante abusiva o del concierto de voluntades anticompetitivas. La Ley 42-08 tipifica una serie de conductas como faltas administrativas que dan principio a la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador, que puede ser iniciado de oficio o a solicitud de parte interesada.

Estas conductas son:

- Las prácticas concertadas y los acuerdos anticompetitivos (Art. 5, Ley 42-08), quedando completamente prohibidos cuando tengan por objeto o produzcan o puedan producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado. Entre este tipo de prácticas, la ley cita: los acuerdos de precios, descuentos, cargos extraordinarios; la concertación o coordinación de las ofertas o la abstención en

establecimiento de un régimen de reducción de sanciones; ii) reglamento del Procedimiento Simplificado por Indicios de Entrega de Información Falsa o Alterada; y iii) reglamento para el sometimiento y aprobación de compromisos de cese. Todos estos reglamentos fueron dictados por Pro-Competencia en el año 2021 tras agotar un proceso de consulta pública.

licitaciones, concursos y subastas públicas; la repartición de segmentos de mercado de bienes y servicios; la limitación de la producción, distribución o comercialización de bienes, o la prestación y/o frecuencias de servicios; y la eliminación de competidores del mercado o la limitación de su acceso al mismo, desde la posición de compradores o vendedores de productos determinados;

- El abuso de posición dominante (Art. 6, Ley 42-08), dentro de las que se encuentran tipificadas las siguientes prácticas: la subordinación de la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras; la imposición por parte del proveedor de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin mediar razón comercial justificante, entre otros; y
- Actos de competencia desleal (artículo 10, Ley 42-08), que comprende los actos de engaño, como la publicidad engañosa; actos de confusión, respecto de los derechos de propiedad intelectual de terceros, y más específicamente, de los signos distintivos; actos de comparación indebida; actos violatorios del secreto empresarial, incumplimiento a normas, entre otros.

Las sanciones administrativas que pueden ser aplicadas por la autoridad investigadora, en este caso Pro-Competencia, a los

infractores de los artículos 5 y 6 se encuentran en el artículo 61 de la Ley 42-08. En ese sentido, las sanciones consisten en multas que van desde treinta salarios mínimos, hasta tres mil salarios mínimos del sector económico en el que se desempeñe el agente económico sancionado. Cabe señalar que, a través de la Resolución núm. 010-2021 del Consejo Directivo, el mismo consideró que la expresión contenida en el artículo cinco con respecto a que las concertaciones anticompetitivas «tengan por objeto» imponer injustificadamente barreras en el mercado, indica que la sola existencia de estas actuaciones es razón suficiente para ameritar una sanción, sin que sea necesario acreditar los efectos reales o potenciales sobre la competencia (Regla per se)³.

Para los casos de abuso de posición dominante, prima la regla de la razón, en el sentido de que el agente económico que se beneficia de una posición dominante en el mercado y que está siendo objeto de investigación deberá aportar las pruebas que acrediten la existencia de una justificación económica o de eficiencia en sus actuaciones, que se traduzca en beneficio de los consumidores⁴.

3 Cf. Resolución número 010-2021 que decide sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante la Resolución Núm. 003-2019 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), con motivo de la observación de indicios razonables de prácticas contrarias a la ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 por parte de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., consistentes en la realización de prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos en la comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca Glaxosmithkline (GSK) en la República Dominicana.

4 Cf. Resolución número 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

La instrucción del procedimiento administrativo sancionador corresponde a la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, mientras que la decisión de imponer o no la sanción aparejada a la conducta prohibida imputada al presunto responsable es atribución del Consejo Directivo. De esa manera, la Ley 42-08 ya observaba el principio de separación de las funciones de instrucción y decisión en órganos distintos, que luego vino a ser plasmada mediante enunciado jurídico en la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo⁵.

Pro-Competencia también tiene la atribución de ejercer, en una especie de vigilancia permanente, lo que se ha denominado la abogacía de la competencia. Es así como el artículo 14 de la Ley 42-08 atribuye a esta institución la potestad de dirigir un informe público a la autoridad respectiva, sugiriendo la adopción de las medidas correctivas sobre los posibles efectos contrarios a la competencia de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos jurídicos emanados de los poderes públicos.

De igual forma, tiene la atribución de examinar los efectos que sobre las condiciones de competencia pueden tener las ayudas estatales,

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.

5 Véase el artículo 42 de la Ley núm. 107-13 ya señalada, que plasma de manera positiva los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador. Ese catálogo de principios incluye la separación entre la función instructora y la sancionadora; la garantía que tiene el presunto responsable de formular las alegaciones y medios de defensa procedentes; y la garantía de la presunción de inocencia del presunto responsable, mientras no se demuestre lo contrario; entre otros.

los subsidios e incentivos⁶. Esta potestad se materializa a través del Consejo Directivo de la entidad, según el literal n) del artículo 31, de la Ley 42-08. Asimismo, se realizan estudios de mercados para determinar el nivel de competencia de estos. Por otro lado, tiene a su cargo la promoción de la competencia, que se refiere a trazar la política nacional de difusión del contenido de la citada ley. .

Merece la pena subrayar que, el artículo dos de la Ley 42-08 establece en el caso de las leyes sectoriales que contengan disposiciones en materia de competencia, esta tiene carácter supletorio. Por ejemplo, el caso de: las telecomunicaciones, electricidad, transporte, servicios financieros, entre otros⁷. Sin embargo, aun en estos, persiste la obligación de Pro-Competencia de brindar consulta al ente regulador, quien a su vez tiene el deber de remitir a nueva vez al organismo los proyectos de actos administrativos destinados a dictar reglamentos o resolver procedimientos administrativos sancionadores, todo esto sin menoscabo de las atribuciones del ente sectorial, y de las disposiciones especiales de competencia vigentes en la respectiva legislación sectorial⁸.

6 Ley 42-08, artículo 15.

7 Conviene precisar que en el caso de competencia desleal vinculada a derechos de propiedad industrial, el Consejo Directivo de Pro-Competencia, en la Resolución núm. 001-2023 que decide el recurso de reconsideración interpuesto Loto Real Cibao, S.A. en contra de la Resolución núm. 009-2022, entendió que la Ley 20-00 es la única en el ordenamiento jurídico que tipifica los actos de competencia desleal relacionados con signos distintivos, y que la aplicación de esas conductas no puede ser seguida bajo los hechos que tipifica la Ley 42-08.

8 Ley 42-08, artículo 20.

2. Breve panorama sobre las disposiciones de política de competencia establecidas en normativas internacionales y en los acuerdos de libre comercio suscritos por la República Dominicana

Con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la cual la República Dominicana forma parte desde el año 1995, tras la ratificación del Acuerdo de *Marrakech* mediante la Resolución núm. 2-95 del 20 de enero de 1995 del Congreso Nacional, el país asumió los compromisos derivados de los acuerdos multilaterales de la OMC, entre los que encontramos el acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS) y el acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Estos prevén la celebración de consultas ante prácticas contrarias a la competencia. Asimismo, el acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) contemplan disposiciones encaminadas a lograr que las normativas estatales sobre estas materias no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional.

Pese a los esfuerzos por concertar un acuerdo multilateral sobre política de competencia, en la esfera internacional no existe un acuerdo destinado a establecer de manera exclusiva reglas contra los abusos de posición dominante y el concierto de actos o prácticas anticompetitivas. Sin embargo, y como veremos a continuación, los acuerdos señalados han contribuido de manera significativa con cuestiones relacionadas con la libre y leal competencia.

El AGCS contempla en su artículo VIII provisiones destinadas a proteger los compromisos en materia de servicios contra las prácticas monopolísticas y de abuso de posición dominante desplegadas por un proveedor de uno de los miembros contratantes. Este artículo ha sido la base de importantes avances en otras áreas de servicios, como el de comercio electrónico⁹ y el de las telecomunicaciones. En este último caso, el acuerdo contiene un anexo para las telecomunicaciones y el uso de la infraestructura pública, con la finalidad de producir su liberalización.

Pasando a los ADPIC, el mismo no solo toma como base jurídica la disposición contenida en el artículo 10*bis* del Convenio de París sobre competencia desleal contenidas, sino que también contempla disciplinas relativas a la limitación de los derechos de exclusiva que se derivan de una patente de invención, en casos en los que el interés público, el desabastecimiento del mercado y la negativa irrazonable del titular lo ameriten¹⁰.

Por otro lado, organizaciones internacionales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹¹ contribuyen a la discusión constante de la disciplina,

9 Cf. Documento S/L/74 del 27 de julio de 1999, relativo al Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del Consejo de Comercio de Servicios de la OMC.

10 ADPIC, artículo 31.

11 La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD por sus siglas en inglés) es una organización internacional que, trabajando conjuntamente con los gobiernos hacedores de políticas públicas y ciudadanos, persigue la planificación y confección de políticas en asuntos de carácter social, económico y medioambiental. Todo ello basado en estándares internacionales basados en evidencia. La República Dominicana no es parte de esta organización, aunque es común ver que en los informes de los organismos públicos se haga

a través del estudio periódico de temas relacionados con la competencia. Estas promueven el intercambio regular de puntos de vistas, estudios y recomendaciones en materia de políticas públicas enfocadas en la competencia.

En cuanto a los acuerdos comerciales suscritos por la República Dominicana, debemos resaltar que, a excepción del acuerdo de alcance parcial con Panamá, todos incluyen, en mayor o menor medida, disposiciones relacionadas a política de competencia. El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA, por sus siglas en inglés) no contiene un capítulo sobre competencia, sino algunas disposiciones sobre competencia relacionadas con: la contratación pública, servicios financieros, telecomunicaciones e inversión¹². Por su parte, en el acuerdo de Asociación Económica entre los países del CARIFORUM y la Unión Europea (AAE-CARIFORUM-UE) encontramos disposiciones más detalladas en la materia¹³, así como un capítulo sobre competencia que abarca los artículos 125 al 130. En particular, el artículo 126 establece los principios que rigen las disposiciones de competencia.

En esa misma línea, producto de la salida del Reino Unido de la Unión Europea en el año 2020 (Brexit), los países del CARIFORUM, incluyendo a la República Dominicana, suscribieron un nuevo

referencia a estos estudios no solo en materia de competencia, sino también en áreas como la evasión tributaria o de crecimiento económico. Para más información al respecto, visitar la página web de la OCDE.

12 DR-CAFTA, artículo 9.7, numeral 4; artículo 9.12, numeral 2 inciso b; artículo 10.9; artículo 11.4 y artículo 13.4, numeral 2.

13 AAE-CARIFORUM-UE, artículos 90, 97 y 111.

acuerdo de asociación económica con el Reino Unido, similar al suscrito con la Unión Europea. Es por esta razón que este acuerdo contiene las mismas disposiciones, y en los mismos artículos, en materia de política de competencia que el AAE-CARIFORUM-UE.

En cuanto a los tratados de libre comercio suscritos por la República Dominicana con Centroamérica¹⁴ y CARICOM¹⁵, las partes se comprometieron a evitar los efectos negativos de las prácticas comerciales anticompetitivas y a promover políticas de competencia, así como asegurar su aplicación en la zona de libre comercio.

Partiendo del reconocimiento que hacen las partes contratantes de los acuerdos antes citados, con respecto a que las prácticas comerciales anticompetitivas afectan directamente la eficiencia de los mercados, debemos señalar la importancia que tiene la disciplina objeto de estudio en la política comercial de la República Dominicana. Aunque la competencia entre países suele abordarse, como es lógico, desde la perspectiva de la política arancelaria y de otras medidas en frontera de un país. Por tal razón, las políticas comerciales en general no pueden limitarse al establecimiento de barreras arancelarias y no arancelarias al comercio internacional con los fines de proteger en determinadas circunstancias al aparato productivo nacional, sino que también, los gobiernos deben dar especial importancia al buen funcionamiento de las relaciones de competencia de los distintos agentes económicos que interactúan en los mercados.

14 Cf. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana., artículo 15.01.

15 Cf. Acuerdo de Libre Comercio entre CARICOM y República Dominicana, artículo XI.

Como hemos podido apreciar, la estrecha relación entre la competencia y la política comercial del Estado es lo que lleva al Órgano de Examen de Políticas Comerciales de la OMC¹⁶ a examinar la legislación de competencia conjuntamente con otras medidas y prácticas comerciales, como son: a) el régimen aduanero; b) las medidas de defensa comercial, entiéndase las medidas antidumping, compensatorias y las salvaguardias; c) las medidas que afectan las exportaciones, incluyendo los programas de fomento y de apoyo; d) las medidas que afectan a la producción y al comercio; e) las medidas sanitarias y fitosanitarias; f) la contratación pública, g) la propiedad intelectual, entre otros¹⁷.

3. De la defensa comercial y sus diferencias con el derecho de la competencia

Otra disciplina comercial es la de defensa comercial o de medidas comerciales correctivas, como también se le suele llamar. En el contexto de las reglas de comercio internacional, estas medidas correctivas tienden a funcionar como una excepción para hacer frente a las adversidades que pueden enfrentar los Estados producto de la liberalización del comercio. Según la OMC, ésta autoriza a sus miembros a adoptar medidas comerciales correctivas o medidas de defensa comercial respecto de las importaciones para proteger sus

ramas de producción nacionales frente a prácticas desleales como el dumping o las subvenciones o cuando se produce un incremento de las importaciones de mercancías. Sin embargo, se han establecido normas que los miembros deben observar para iniciar, de oficio o a solicitud de la rama de producción nacional, y llevar a cabo investigaciones tendentes a determinar si corresponde o no adoptar medidas antidumping, medidas de salvaguardias y derechos compensatorios.

Las medidas de defensa comercial se clasifican en dos categorías:

- Acciones de comercio desleal que podrían dañar un mercado externo.
- Incremento súbito de importaciones de productos que pueda causar un daño o amenaza de daño a una rama de producción.

En ese sentido, las prácticas, desleales o no, que pueden ser objeto de una investigación son las siguientes:

- *Dumping*: consiste en la práctica de exportar una mercancía a un precio inferior al que se aplica normalmente a las ventas de un producto similar¹⁸ en el mercado de su propio país (valor normal).
- *Subvenciones*: consisten en las aportaciones financieras que hace un gobierno a una empresa o

16 El Órgano de Examen de las Políticas Comerciales (OEPC) se conforma por el Consejo General de la OMC, que se reúne en calidad de OEPC para realizar exámenes de las políticas comerciales de los Miembros en el marco del MEPC y para examinar los informes periódicos del Director General sobre la evolución de las políticas comerciales. Para más información, visitar el portal de la OMC, en la sección «Órgano de Examen de las Políticas Comerciales» (OEPC).

17 Informe de la Secretaría del Órgano de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC. República Dominicana (2022).

18 Al referirse a productos similares, se exige que el producto destinado al consumo en el país exportador sea idéntico en todos los aspectos o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

grupo de empresas¹⁹ y que con ello le(s) otorgue un beneficio.

- *Salvaguardias*: son aquellas destinadas a regular el aumento de las importaciones temporalmente, y tienen por objeto prevenir o remediar un daño grave a una rama de la producción y facilitar el ajuste a los productores nacionales. Es importante precisar que las importaciones objeto de medidas de salvaguardias no son fruto de una práctica desleal.

En el caso de investigaciones por *dumping* o subvenciones, la medida que pueden adoptar los miembros de la OMC consiste en un derecho *antidumping* y compensatorio, respectivamente, correspondiente al aumento del arancel de aduanas aplicado a las importaciones de la mercancía objeto de investigación, el cual será a un nivel igual o inferior al margen de *dumping* o la cuantía de subvención determinada. Estas medidas se encuentran concebidas en el artículo VI del GATT de 1994.

Las medidas de salvaguardias son medidas de urgencia de las que los gobiernos pueden hacer uso en caso de que las importaciones de determinados productos se incrementen, en forma súbita y en cantidades tales, que amenacen causar o causen un perjuicio grave a los productores nacionales de los productos similares o directamente competidores. Estas fueron concebidas como una

¹⁹ Criterio de especificidad, según el artículo dos del acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias (acuerdo SMC). Para los fines de este ensayo se emplean de manera indistinta los términos ayuda estatal, subsidios y subvenciones.

«cláusula» de escape al incorporarse al GATT de 1947, dado que estas medidas podían ser aplicadas por los miembros de la OMC para suspender de manera temporal las concesiones arancelarias otorgadas a otros miembros²⁰. Estas medidas pueden tomar forma de incremento de aranceles, contingentes arancelarios o cupos máximos²¹. Es necesario subrayar que las medidas de salvaguardias son de aplicación general a todos los países miembros de la OMC independientemente de la fuente de donde proceda, con base en el principio de Nación Más Favorecida (NMF).

Mediante el acuerdo por el que se establece la OMC²², estas disciplinas fueron desarrolladas por medio de acuerdos separados. Estos son; a) El acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (acuerdo *Antidumping*); b) El acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (acuerdo SMC); y c) el acuerdo sobre salvaguardias. Estos acuerdos tienen que ser observados por los miembros

²⁰ Las condiciones y normas que seguir para la aplicación de medidas de salvaguardias se encuentran, de manera general, contenidas en el artículo XIX del GATT, el cual citamos a continuación en su inciso a) con fines ilustrativos: a) Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión.

²¹ Ley núm. 1-02, artículo 73.

²² La Organización Mundial del Comercio surge como resultado de las negociaciones celebradas entre 1986 y 1994, denominadas como la «Ronda de Uruguay» y que trajo como consecuencia la adopción, a nivel internacional, de un cuerpo jurídico en materia de comercio de mercancías y de servicios.

de la OMC durante el curso de sus investigaciones y en la determinación provisional y definitiva.

No hacerlo puede devenir en un incumplimiento susceptible de ser llevado ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD)²³, el cual, tras recibir el informe del grupo especial²⁴ o del órgano de apelación²⁵, se encuentra autorizado para adoptar medidas de retorsión en caso de que el Estado en incumplimiento no ponga la medida de conformidad con los acuerdos. Naturalmente, en el caso de la República Dominicana, lo anterior sin detrimento de las acciones que cualquier parte interesada pudiera ejercer en el ámbito nacional de conformidad con la Ley 107-13.

En nuestra jurisdicción, la defensa comercial está regulada por las disposiciones de la Ley 1-02 sobre Prácticas Desleales de Comercio

23 El Consejo General [de la OMC] se reúne en calidad de Órgano de Solución de Diferencias (OSD) para examinar las diferencias entre los Miembros de la OMC. Es importante destacar que estas diferencias pueden plantearse con respecto a cualquiera de los Acuerdos comprendidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay que esté abarcado por el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). Para más información, visitar la sección del portal electrónico de la OMC, dedicado al Órgano de Solución de Diferencias. Cf. Portal web de la OMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_body_s.htm [consulta 15 septiembre 2023]

24 Los grupos especiales son órganos cuasijudiciales -en cierto modo tribunales- encargados de resolver las diferencias entre los Miembros en primera instancia. Normalmente se componen de tres expertos, y en casos excepcionales de cinco, seleccionados específicamente para cada caso. Para más información, visitar la sección del portal electrónico de la OMC dedicado a los Órganos de la OMC que participan en el proceso de solución de diferencias. Cf. Portal web de la OMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c3s3p1_s.htm#:~:text=Los%20grupos%20especiales%20son%20%C3%B3rganos,seleccionados%20espec%C3%ADficamente%20para%20cada%20caso [consulta 15 septiembre 2023].

25 A diferencia de los grupos especiales, el Órgano de Apelación es un organismo permanente compuesto de siete miembros, que se ocupa de examinar los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales. El Órgano de Apelación es la segunda instancia (final) de la etapa jurisdiccional. Fue una de las grandes novedades de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

y Medidas de Salvaguardas y su reglamento de aplicación, del 10 de noviembre de 2015. El órgano regulador es la Comisión Reguladora de Prácticas Desleales en el Comercio y sobre Medidas de Salvaguarda, conocida por su denominación simplificada «Comisión de Defensa Comercial» o por sus siglas «CDC»²⁶.

Asimismo, los acuerdos comerciales de los que forma parte la República Dominicana incluyen cláusulas correspondientes a las medidas de defensa comercial, las cuales deben ser consideradas en las investigaciones, ya que son parte de los puntos convenidos por los países signatarios. A continuación, indicamos las referencias donde están contenidos los lineamientos relativos a *dumping*, subvenciones y salvaguardias en los diferentes acuerdos:

- 1 Acuerdo de Libre Comercio entre CARICOM y la República Dominicana: artículos IX y X.
- 2 Tratado de Libre entre Centroamérica y la República Dominicana: capítulo VII y VIII.
- 3 Tratado Comercial entre la República Dominicana y la República de Panamá: artículo 63 y 64 del Reglamento de Aplicación.
- 4 DR-CAFTA: capítulo 8.
- 5 AAE-CARIFORUM-UE: artículos 23 al 25.
- 6 AAE-CARIFORUM-Reino Unido: artículos 23 al 25.

26 Tanto el nombre simplificado como las siglas aparecen en las definiciones que provee el reglamento de aplicación de la ley 1-02, del 10 de noviembre de 2015. Este reglamento fue dictado por la CDC en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere la referida Ley 1-02.

Como sucede con Pro-Competencia, las funciones de instrucción y de decisión se encuentran claramente diferenciadas a lo interno de la CDC. La función de instrucción corresponde al Departamento de Investigación (DEI)²⁷, mientras que la función decisoria corresponde al pleno de comisionados. La CDC también cuenta con una Dirección Ejecutiva, en este caso sus funciones son de supervisión y apoyo a los distintos departamentos e instancias de la institución, de administración y de tramitación²⁸.

Con respecto a las medidas correctivas que hemos indicado puede adoptar la CDC, hay que hacer notar que las antidumping y compensatorias pueden ser aplicadas por un tiempo máximo de cinco años, prorrogables previa investigación de examen de la probabilidad de repetición del *dumping*/de la subvención, y del daño²⁹. A su vez, las medidas de salvaguardias son temporales; pueden aplicarse durante cuatro años prorrogables por igual periodo, pudiendo extenderse por dos años adicionales por la condición de la República Dominicana de país en desarrollo³⁰.

A lo largo de la vigencia de la medida de salvaguardia debe producirse el desmonte gradual de la misma, pues la finalidad es que la rama de producción protegida tenga margen para realizar los ajustes necesarios que le permitan mejorar su competitividad³¹. También, el acuerdo sobre salvaguardias requiere que los miembros

que apliquen estas medidas otorguen otorgar una compensación a los miembros exportadores afectados, equivalente a la medida adoptada.

Debemos resaltar que las prácticas de *dumping* y en sentido general las subvenciones³² no se consideran prohibidas. En estos casos, al igual que para las salvaguardias, se podrán adoptar medidas siempre que a través de un procedimiento de investigación se determinen tres factores: a) que existe una práctica desleal o un incremento de las importaciones, b) hay un daño a la rama de producción nacional y c) una relación causal entre el daño y las importaciones investigadas. Asimismo, en el marco de los procedimientos de investigación sobre salvaguardias, deberá analizarse si la medida a adoptar es o no de interés público.

Conviene precisar que las medidas de defensa comercial pueden ser solicitadas por los productores nacionales, sin embargo, para que proceda el inicio de una investigación uno de los aspectos que deben considerarse es la representatividad de los productores nacionales, esto es al menos el 50 % de la producción total del producto objeto de investigación³³. Como vemos, se establece un requisito mínimo de participación en el mercado, sin importar que se trate de un mercado altamente concentrado o de un mercado no concentrado o fragmentado.

Aunado a lo anterior, los distintos objetos de las respectivas leyes,

27 El Departamento de Investigación y sus funciones se encuentran delimitadas en los artículos 17, 18, 19 y 20 del Reglamento de Aplicación.

28 Ver el artículo 16 del Reglamento de la núm. Ley 1-02.

29 Ley núm. 1-02, artículo 54, párrafo.

30 Ley núm. 1-02, artículo 78 y el artículo 9, párrafo 2 del acuerdo sobre Salvaguardias.

31 Ley núm. 1-02, artículo 79.

32 El núm. Artículo 3 del acuerdo SMC prohíbe las subvenciones supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación.

33 Ley núm. 1-02, artículo 25

-la Ley 42-08 y la Ley 1-02-, revelan las diferencias de ambas disciplinas. Por un lado, el objeto de la Ley 42-08 y de la política de competencia es promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, en favor de los consumidores y usuarios. Mientras que el objeto de la Ley 1-02 es la protección de la producción nacional y de los empleos que generan las empresas locales, cuando estas sean afectadas o amenazadas por un aumento repentino y sustancial de las importaciones o por el dumping o las subvenciones³⁴. Así pues, vemos como la naturaleza del campo de acción de la defensa comercial es de excepción, pues las reglas del comercio internacional se encuentran orientadas al objetivo de lograr la liberalización progresiva del comercio³⁵.

A menudo, estas diferencias suelen perderse de vista. Ello amerita, por tanto, que nos detengamos a apreciar las distinciones entre algunas figuras jurídicas propias del derecho de la competencia y de la defensa comercial, respectivamente. En ese sentido, aunque la ley 42-08 no contempla la figura de precios predatorios como falta susceptible de ser sancionada por la autoridad de competencia, es común que se asocie al *dumping*; esto a pesar de que la práctica de precios predatorios consiste en desplazar a rivales del mercado mediante el establecimiento de precios por debajo del costo.

34 Ley núm. 1-02, artículo 1.

35 En el preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC, las partes indicaron estar resueltas «a desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda de Uruguay» (el subrayado es nuestro).

Castillo, Jimmy define la depredación de precios como «la acción de disminuir el precio de los productos hasta por debajo de los costos de producción con la intención de excluir o suprimir a uno o varios competidores, aprovechando una posición dominante en el mercado³⁶».

No debe confundirse con el *dumping*, porque éste se produce cuando una empresa exporta a otro mercado por debajo del valor normal³⁷ con la intención de desplazar a la competencia de un mercado del exterior, y la medida adoptada por la autoridad tiene por finalidad proteger la producción nacional; en cambio, los precios predatorios se producen por una empresa que, para eliminar o desplazar a los competidores de su propio mercado, incurre en precios por debajo del costo, por lo que la medida a adoptar por la autoridad tiene por finalidad salvaguardar las relaciones de competencia y evitar la creación artificiosa y malintencionada de un monopolio. Por eso, el *dumping* suele ir asociado a cuestiones de comercio exterior, mientras que los precios predatorios se le atribuyen a la autoridad encargada de velar por la competencia.

Sin detrimento de lo anterior, no podemos dejar de lado que, en el caso de la República Dominicana, el artículo 3 de la Ley 42-08 abarca aquellos acuerdos entre agentes económicos que se concreten en el extranjero y generen efectos restrictivos a la competencia en el territorio nacional.

36 Castillo (2017, p. 185).

37 En general, el valor normal es el precio que tiene el producto en cuestión, en las operaciones comerciales normales, cuando está destinado al consumo en el mercado del país exportador.

Algo similar sucede con las ayudas estatales, cuyos efectos se encuentra autorizada a examinar Pro-Competencia³⁸. Se trata de ayudas que confiere el Estado dominicano, a uno o varios productores que pueden tener por efecto crear barreras en el mercado o que genere la posibilidad de competir deslealmente entre los agentes económicos del mercado respectivo. Si este fuera el caso, Pro-Competencia tiene la facultad de dirigir un informe de recomendación -no vinculante- a los poderes públicos solicitando la supresión o modificación de tales incentivos. De manera diferente, la CDC aborda las subvenciones o ayudas estatales desde una perspectiva internacional.

Las subvenciones que está llamada a examinar esta última institución³⁹ no son las que otorga el Estado dominicano a sus productores, sino las conferidas por otros Estados a los agentes económicos de sus respectivas jurisdicciones que pueden tener por efecto producir un daño o amenazar con dañar a los productores dominicanos. Esto es lo que en la OMC se conoce como la vía unilateral⁴⁰. La CDC también tiene la potestad de acompañar a los productores dominicanos que estén siendo investigados por autoridades investigadoras homólogas⁴¹, y de representar al país

en la persecución por ante la OMC, de subvenciones prohibidas⁴² aplicadas por terceros países⁴³.

Por otra parte, conviene enfatizar que las medidas de defensa comercial son un gravamen adicional a la importación, no consisten en multas o sanciones administrativas, pues no se derivan de infracciones o comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico. Por su parte, las prácticas normadas por la Ley 42-08 quedan prohibidas y catalogadas como infracciones.

En otro orden, es menester acotar que los procedimientos de investigación correspondientes a las disciplinas objeto de este ensayo que desarrollan Pro-Competencia y la CDC presentan notorias diferencias en sus distintas etapas. Tal es el caso del tiempo en el que deberán concluir las investigaciones; los allanamientos que la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia tiene la facultad de realizar de conformidad con la Ley 42-08 y las visitas de inspección (a productores nacionales, importadores y empresas exportadoras objeto de investigación) que dispone la Ley 1-02; los procedimientos de audiencia; las notificaciones, que en el caso de la CDC debe realizar a la Secretaría de la OMC y a los gobiernos, no solo a las partes involucradas en el procedimiento. Asimismo, recordamos la potestad que el art. 40 de la Ley 1-02 otorga a la CDC de imponer medidas provisionales para evitar que se cause un daño durante el proceso de investigación, entre otros.

38 Ley 42-08, artículo 15.

39 La República Dominicana no tiene experiencia práctica en procedimientos de investigaciones en materia de subvenciones.

40 La vía unilateral consiste en una investigación tendente a la aplicación de una medida compensatoria. En ella, la autoridad investigadora [la CDC en el caso dominicano], debe comprobar la existencia de la subvención, definida en los términos del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias [acuerdo SMC], el daño o amenaza de daño, y la relación causal. El proceso se encuentra reglado a partir de la Parte V del Acuerdo SMC.

41 Cf. Reglamento de aplicación Ley 1-02, del 10 de noviembre de 2015, artículo 21.

42 Las subvenciones prohibidas son aquellas supeditadas a la exportación, según la letra del artículo 3 del acuerdo SMC.

43 Reglamento de Aplicación de la Ley 1-02, del 10 de noviembre de 2015, artículo 123.

Finalmente, y luego de señaladas las diferencias entre la política de competencia y los mecanismos de defensa comercial, y de los distintos órganos encargados de administrar y aplicar sus respectivas legislaciones, recordamos que los órganos y entes del Estado deben actuar siempre conforme al principio de coordinación, consagrado en el artículo 138 de la Constitución y 12.4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, núm. Ley 247-12, por lo que este trabajo no pretende promover actuaciones aisladas. Es así que, tras resaltar las diferencias entre una disciplina y la otra, culminamos destacando como lazo que sirve de unión y de entendimiento, las disposiciones generales del derecho administrativo contenidas en la Constitución, en las referidas: Ley núm. 247-12, Ley núm. 107-13 y demás leyes adjetivas.

Conclusiones

La República Dominicana ha percibido, en los últimos años, avances importantes en materia de política de competencia y defensa comercial. Tras haber definido cuáles son las prácticas que sanciona el derecho de la competencia, con la finalidad de promover la eficiencia económica en favor de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, hemos visto también cuáles son esas reglas que de forma excepcional permiten a los Estados adoptar medidas comerciales correctivas que limiten, de manera temporal, determinadas importaciones de bienes, como consecuencia de los efectos adversos de la liberalización del comercio internacional.

Por la configuración de sus figuras jurídicas, suele confundirse

el ámbito de aplicación de una y otra materia, como es el caso del *dumping* y los precios predatorios, o la evaluación de las ayudas estatales con la adopción de medidas compensatorias para contrarrestar los efectos de las subvenciones. Por otro lado, los procedimientos de investigación presentan notorias diferencias. Asimismo, mención especial merece la función de abogacía de la competencia que por mandato legal se le confiere a Pro-Competencia para evaluar los distintos instrumentos jurídicos que emanan de los poderes públicos y emitir recomendaciones en los casos en que una determinada medida represente posibles efectos contrarios a la competencia. Por todo lo anterior es importante conocer el alcance de ambas disciplinas. Este aspecto es relevante no solo para el administrado, sino también para los organismos del Estado, en especial aquellos que conforman la administración pública, que deben regirse siempre por el principio de coordinación y cooperación en el ejercicio que les confieren sus respectivas leyes sustantivas.

Sin lugar a dudas, existe una incuestionable vinculación entre las leyes de competencia y las de comercio internacional, en este caso de defensa comercial. En cuanto a las primeras, determinadas disposiciones gubernamentales y las prácticas anticompetitivas, que tienen cada vez una dimensión más internacional, pudieran afectar la competencia entre dos o más países. Por su parte, las medidas comerciales correctivas, al consistir en barreras de entrada legítimas, podrían acarrear un impacto importante en las condiciones de competencia de los mercados al limitar la oferta de productos importados.

En resumidas cuentas, mientras que al garantizar la libre y leal competencia se busca proteger el proceso competitivo no a los competidores, para contribuir en la mejora de las condiciones de vida de la sociedad; a través de los remedios comerciales se busca proteger, de manera excepcional y temporal, la rama de producción nacional, lo que demuestra la importancia de tener presente los objetivos de ambas políticas en un Estado social y democrático de derecho que tiene como centro garantizar la dignidad de las personas y el respeto de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Acuerdo de Alcance parcial entre Panamá y la República Dominicana.
- Acuerdo de Asociación Económica entre CARIFORUM y la Unión Europea.
- Acuerdo de Asociación Económica entre CARIFORUM y el Reino Unido.
- Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- Acuerdo antidumping de la OMC.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- Cruz, J. (2016). «Sobre la (in)competencia de la jurisdicción civil respecto de recursos de apelación contra actos administrativos de la ONAPI: a propósito del recurso de revisión constitucional interpuesto por la ONAPI». Funglode.
- Castillo, J. (2017). «Precios predatorios y su determinación como conducta anticompetitiva: ¿faltan elementos jurídicos para su aplicación o falta de decisión?» Actualidad Jurídica.
- Constitución dominicana de 2010, modificada en el año 2015.
- De la Mata, J., Sánchez, J., Alcácer, R., Lascuraín, J., Rusconi, M., Arturo, M., & de los santos, J. (2007) «Teoría del delito». Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ).
- García, A. (2010). De la Ventaja Comparativa a la ventaja competitiva: Una explicación al comercio internacional. Universidad ICESI.
- Informe de la Secretaría del Órgano de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC (2022). República Dominicana.

Lamoureaux. (2019) «The Problem of Bigness: From Standard Oil to Google» *Journal of Economic Perspectives*.

Ley núm. 42-08 sobre la Defensa de la Competencia.

Ley núm. 20-00 sobre Propiedad Industrial.

Ley núm. 247-12 Orgánica de la Administración Pública.

Ley núm. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo.

Ley núm. 1-02 sobre Prácticas Desleales de Comercio y Medidas de Salvaguardas.

Martínez, W. (2023). «La Constitución de la República Dominicana comentada por jueces y juezas del Poder Judicial». Tomo I. Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ).

Noboa, A. (2020). «Libre y leal competencia en la República Dominicana (1994-2020)». Colección NPA.

OECD (2022). «Disentangling consummated mergers: experiences and challenges. OECD Competition Policy Roundtable Background Note».

Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (2016), *El Nacional*. La disputa por los converse.

Organización Mundial del Comercio (OMC) (1999). Documento S/L/74 relativo al Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del Consejo de Comercio de Servicios de la OMC.

Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE). <https://www.oecd.org/> [consulta 10 octubre 2023]

Organización de Estados Americanos (OEA). <https://www.oas.org/es/> [consulta 10 octubre 2023]

Resolución núm. 010-2021 que decide sobre el procedimiento

administrativo sancionador iniciado mediante la Resolución núm. 003-2019 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), con motivo de la observación de indicios razonables de prácticas contrarias a la ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 por parte de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., consistentes en la realización de prácticas concertadas y acuerdos anticonceptivos en la comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca Glaxosmithkline (GSK) en la República Dominicana.

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.

–Resolución número 001-2023 que decide el recurso de reconsideración interpuesto Loto Real Cibao, S.A. en contra de la Resolución núm. 009-2022, entendió que la Ley 20-00 es la única en el ordenamiento jurídico que tipifica los actos de competencia desleal relacionados con signos distintivos, y que la aplicación de esas conductas no puede ser seguida bajo los hechos que tipifica la Ley núm. 42-08.

Reglamento de aplicación de la ley núm. 1-02, del 10 de noviembre de 2015.

The Wall Street Journal (2001). Microsoft Drafts Settlement Proposal, Hoping to Resolve Antitrust Lawsuit.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y la

República Dominicana.

Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República Dominicana.

Tratado de Libre Comercio entre CARICOM la República Dominicana.

Programas de cumplimiento de cara a la defensa de la competencia

María Elisa Holguín

Resumen

La cultura de defensa de la competencia inicia con la adopción de políticas internas por parte de los agentes económicos. Estas políticas se construyen una vez se ha afianzado la deseabilidad y la necesidad de las mismas, que pueden presentarse en una primera instancia, por un requerimiento regulatorio, por una exigencia de alguna matriz, o por la voluntad del agente económico. En la República Dominicana es posible apreciar de la experiencia internacional en este aspecto para promover el uso de herramientas que internamente asienten esta cultura de cumplimiento orientada a la defensa de la competencia. Además de la experiencia internacional, se puede observar la utilidad de herramientas como los programas de cumplimiento y las matrices de riesgos en otras áreas donde ya se vislumbra el fruto de su implementación. Pese a la falta de su uso extensivo en materia de competencia, puede aprovecharse el uso de los programas de cumplimiento para la promoción y la defensa de la competencia como ejes centrales en los que se sostiene un mercado donde el intercambio de bienes y servicios sea basado en una competencia sana, saludable y sostenible.

Palabras clave: Competencia, cumplimiento, programa de cumplimiento, oficial de cumplimiento.

Abstract

The culture of the defense of competition begins with the approval of internal policies by economic agents. These policies are built once the desirability and necessity has been established, which may arise, in first instance, due to a regulatory requirement, due to a requirement of headquarters, or by the will of the economic agent. In the Dominican Republic, it is possible to appreciate the international experience in this regard to promote the use of tools that internally support this culture of compliance oriented towards the defense of competition. In addition to international experience, we can observe the usefulness of tools such as compliance programs and risk matrices in other areas where the result of their implementation is already visible. Despite the lack of its extensive use in competition matters, the use of compliance programs for the promotion and defense of competition can be used as central axes on which a market where the exchange of goods and services is based on a sustained, healthy, and sustainable competition.

Key words: Competition, compliance, compliance programs, compliance officer.

Introducción

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), es la entidad del Estado dominicano encargada de velar por la construcción de una cultura de libre y de leal competencia¹. Para el logro de este objetivo general, el marco regulatorio vigente le confiere a Pro-Competencia determinadas facultades organizadas en tres ejes centrales: la defensa, la abogacía y la promoción de la competencia.

Dentro del proceso de promoción de la competencia, intrínsecamente ligado a los demás ejes centrales en tanto que ameritan del conocimiento previo que pretende difundir el eje de la promoción, las autoridades de competencia generan distintos espacios en los cuales se expanda el conocimiento.

En estos escenarios se conocen las distintas formas en las que el derecho de la competencia se hace presente ante el agente económico y cómo éstas benefician a la sociedad, y de ahí se transita a lo más interno: cómo puede un agente económico garantizar, desde su quehacer, la competencia efectiva.

Los programas de cumplimiento tienen por finalidad prevenir y detectar conductas contrarias al ordenamiento jurídico existente. Se hace realidad la necesidad de contar con programas de cumplimiento que incorporen distintos aspectos relacionados a las disposiciones legales que han de cumplir los agentes económicos según su

¹ Ley General núm. 42-08, sobre Defensa de la Competencia, de 25 enero 2008, y su legislación complementaria.

actividad comercial. Es así como, dentro de los programas de cumplimiento, se vislumbra incluir distintos tópicos que van desde: temas vinculados a la ética, la integridad, los asuntos fiscales hasta el derecho penal. Hoy se propone la inclusión de temas como el derecho de la competencia dentro de un acápite de estos programas de cumplimiento, no como un aspecto accesorio o adicional, sino como contenido intrínseco e integral del programa.

La construcción a la medida de programas de cumplimiento por parte del agente económico, es un punto de partida para el funcionamiento del mismo y el establecimiento de una cultura de cumplimiento de la competencia efectiva. Ha de tomarse en consideración aspectos que van desde lo interno del agente hasta factores externos. Con los elementos internos debe considerarse el contexto del agente, los órganos internos de gobernanza y los mecanismos de toma de decisión, los recursos con los que se cuenta (desde lo económico, lo tecnológico, hasta el humano), entre otros.

Al momento de formalizar el programa de cumplimiento, los elementos externos que el agente económico ha de analizar son: el marco regulatorio general, las regulaciones que aplican en lo particular de la rama económica, las obligaciones legales a raíz del marco regulatorio, los plazos establecidos, las evidencias de cumplimiento, las legislaciones y proyectos en curso, los requisitos internos que se desprenden del cumplimiento de las obligaciones legales, las obligaciones de las matrices (de aplicar), entre otros.

La cultura de competencia inicia con la defensa de ésta desde el seno de los agentes económicos, parte de la promoción de

la competencia como eje central no solo de las autoridades de competencia, sino también de los agentes económicos. Para lograr esta promoción y defensa, los agentes económicos deben crear las simientes auxiliándose de herramientas de las cuales ya disponen, apalancándose en ellas para difundir el mensaje y hacerlo propio. El programa de cumplimiento es una herramienta de la cual puede hacer uso el agente económico, transformarla hasta incluir en ella aspectos que hoy revisten una connotación medular: la libre y leal competencia.

Marco teórico

1. El programa de cumplimiento y la defensa de la competencia

«La competencia es el escenario en donde los agentes económicos tienen la libertad para escoger cómo vender y cómo comprar sus productos y servicios y hacerlo de una manera eficiente»². Mediante la aplicación del derecho de la competencia se pretende defender la competencia de conductas anticompetitivas al mismo tiempo que se promueve la simplificación de los trámites administrativos para evitar el establecimiento de trabas o interferencias indebidas a particulares, y se promociona la competencia a fin de difundir el conocimiento y educar.

La libre competencia es un derecho que supone asumir una

² Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), 2020. Guía Orientativa sobre la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08. Disponible en línea:// https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/guia-orientativa-sobre-la-ley-general-de-defensa-de-la-competencia-num-42-08/ [consulta 21 agosto 2023].

responsabilidad. Esta implica la colaboración constante entre los distintos sectores (públicos y privados) y los agentes económicos. Es un proceso que supone la creación de un sistema eficiente que va desde la implementación de políticas públicas a favor de la competencia hasta la creación de políticas internas desde los agentes económicos.

Un programa de cumplimiento es un conjunto integrado de políticas a los que un agente económico debe apegarse a fin de salvaguardar su responsabilidad (patrimonial o moral), evitando la imposición de multas o sanciones y los distintos riesgos a los cuales se expone dicho agente en el desarrollo de su actividad comercial (legales, operacionales, reputaciones, de contagio). Estos programas son políticas construidas a la medida de cada agente. Si bien se encontrarán disposiciones comunes entre los agentes económicos de un mismo sector (por efecto de la regulación), nada impide que determinadas disposiciones contenidas en dichas políticas sean de una naturaleza más elevada, estableciendo parámetros y criterios propios.

Los programas de cumplimiento están intrínsecamente relacionados a asegurar el cumplimiento de las normas en una persona o estructura jurídica, que han de comprender los aspectos relacionados a la competencia dentro del sector que se desarrolla. Con el objetivo mayor de garantizar su sostenibilidad, se ha sugerido que estos programas en materia de competencia sean «incorporados a otro de mayor envergadura, que aborde la gestión de riesgos de incumplimientos de normas de diversas materias», de manera

simultánea³, insertándose esta política en la dinámica propia de la actividad económica.

Las organizaciones pueden verse enfrentadas al diseño y puesta en marcha de modelos que abarcan materias tan diversas como la prevención del cohecho y del financiamiento del terrorismo, la protección del medioambiente, la libre competencia y los derechos de los consumidores⁴. Se vislumbra la necesidad de incorporar programas de cumplimiento asociados a la competencia, como mecanismo que garantice que las empresas se encuentren en cumplimiento de las disposiciones del derecho de la competencia. Los programas de cumplimiento deben ser comprendidos dentro de la especificidad del accionar de los agentes económicos, con todo el andamiaje jurídico a observar. Deben incorporar el entorno en el que operan (incluyendo la regulación aplicable a las matrices de ser el caso), los riesgos a los que se enfrenta en sus operaciones, el manejo y el adecuado abordaje de los riesgos.

El establecimiento de programas de cumplimiento permite prevenir, detectar y disuadir las infracciones en la competencia. Como lo ha dejado apreciar el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la experiencia que

3 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de Perú (INDECOPI), 2021. Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf?v=1629901602>, p. 9 [consulta 19 agosto 2023].

4 MILOS (Angela), 2021. El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de compliance en las sociedades anónimas. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532021000100205#aff1 [consulta 19 agosto 2023].

ha brindado la lucha contra la corrupción puede poner sobre la mesa ideas interesantes a incorporar en cuanto apliquen⁵. En dicho informe se señala que las violaciones a la competencia no son muy diferentes de los delitos de corrupción: «a menudo se cometen (o se permiten silenciosamente) por la alta dirección», pueden ser la esencia de un modelo de negocio ilegal y pueden beneficiar a la empresa al generar mayores beneficios. Sin embargo, aunque muchas jurisdicciones reconocerán los programas de cumplimiento cuando se trata de delitos de corrupción y de lavado de activos, esto no es una práctica común hoy en día para los delitos o infracciones asociados a la competencia.

Conforme cita la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁶, un estudio realizado por la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido concluyó que: «La mayoría de los encuestados no fue mucho más allá de la formación y no abordaban adecuadamente los factores de riesgo reales de los cárteles, como las perturbaciones de la demanda, los cambios en el entorno competitivo, los cambios en los beneficios o los incentivos salariales o de promoción adversos». Como una de las conclusiones del informe, quedó asentado que «se necesitan estrategias de mitigación de riesgos más activas y específicas, así como una comunicación más clara de las sanciones internas por las infracciones del derecho de la competencia». Temas éstos

que pueden ser abordados mediante un efectivo programa de cumplimiento en materia de competencia.

La OCDE ha expresado que la competencia es solo un capítulo en el «universo de los riesgos de cumplimiento» a los que se puede enfrentar un agente económico⁷. Los programas de cumplimiento deben marcar el tono sobre la importancia de cumplir y no tolerar ciertos riesgos y determinadas conductas con componente o efectos anticompetitivos (la colusión, el uso indebido de información confidencial o privilegiada, la fijación de precios, prácticas contrarias a los efectos de la protección de la propiedad intelectual, obtener ventajas del incumplimiento normativo). El programa de cumplimiento ha de marcar la pauta para el apego del agente económico a la normativa aplicable conforme la actividad económica que desarrolle, manteniendo una visión integral y holística del cumplimiento normativo y su relevancia para el crecimiento de los mercados en nuestras sociedades y, por supuesto, la ventaja que esto produce de cara al consumidor final.

El *compliance*, se traduce en la elaboración de programas o modelos de organización y de gestión cuyo objetivo es identificar, administrar y monitorear los riesgos normativos (en sentido amplio) que enfrenta una empresa, a fin de evitar que ocurran irregularidades, y para que, si se dan, sean descubiertas, investigadas y sancionadas⁸.

5 OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp> p. 10. [consulta 19 agosto 2023]

6 OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp>, p. 26.

7 OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp>, p. 22.

8 ALARCÓN (Garrido, A) 2016, *Manual teórico-práctico del compliance officer*. Madrid: Sepin, p. 23.

En materia de competencia, una fuente importante para prevenir reside en el interior de los agentes económicos, como motor y corazón de la prevención, por medio de una detección y/o denuncia temprana a las autoridades competentes. La implementación de programas de cumplimiento eficaces puede llevar a la prevención, detección y una competencia eficiente en los mercados de bienes y servicios.

Ampliar el ámbito de aplicación de un programa de cumplimiento a la especificidad propia de cada persona o estructura jurídica tiene un valor transcendental, que ha probado funcionar en otras áreas, las cuales pueden servir de inspiración a otras emergentes o que, a la fecha, no han contemplado el programa de cumplimiento como una herramienta de trabajo vital en el desarrollo de los objetivos sociales y la economía de nuestros países.

Existen inconvenientes prácticos que deben ser solventados para la implementación de un programa de esta naturaleza⁹. Se citan algunos de ellos:

1. La falta de la homogeneidad en las legislaciones sobre la competencia hace difícil aplicar la prevención, detección y sanción cuando de delitos transnacionales se trate. Como corolario, concebir los delitos de competencia más allá de la responsabilidad corporativa, serviría

para asentar la homogeneidad y la persecución a nivel transfronterizo.

2. La necesidad de inversión de capital en las empresas para el establecimiento de culturas de cumplimiento sigue siendo una necesidad. Adicionar el capítulo de la defensa de la competencia precisaría inversión en todos los recursos (financieros, humanos, tecnológicos).

Las normas asociadas al gobierno corporativo: ética, transparencia, prevención de lavado de activos y competencia leal, forman capítulos especiales de un mismo código de conducta. Los programas de cumplimiento tienen la vocación a ser instrumentos cada vez más robustos, no estando completos sin la perspectiva de la defensa de la competencia. La experiencia del programa de cumplimiento con un enfoque basado en riesgos es útil para la defensa de la competencia, la prevención, la detección y la sanción de conductas sospechosas que afecten el mercado, la libre y leal competencia.

2. Componentes del programa cumplimiento para la protección de la competencia

Una de las prácticas de las autoridades de libre competencia consiste en la emisión de guías o documentos que ayuden a clarificar ciertos aspectos contenidos en la normativa de defensa de la competencia. Respecto a los programas de cumplimiento y su contenido, enfocado en el derecho de la competencia, existen pronunciamientos regionales en torno a este punto. Al respecto es posible citar, a título de ilustración, la guía sobre programas de cumplimiento en materia

⁹ HOLGUÍN (López, M) 2023. Programas de cumplimiento en materia de competencia y la prevención de infracciones precedentes al lavado de activo. Disponible en: <https://www.iq-integrity.com/red-latam-de-conocimiento/programas-de-cumplimiento-en-materia-de-competencia-y-la-prevencion-de-infracciones-precedentes-al-lavado-de-activos/> [consulta 19 agosto 2023].

de competencia emitida por la autoridad de competencia de Brasil (Consejo Administrativo para la Defensa Económica), la Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia (INDECOPI) de la República del Perú, guía de *Compliance* en competencia de Ecuador, entre otros.

Existe un consenso generalizado en que los programas de cumplimiento deben contener ciertos elementos mínimos para ser considerados programas eficientes. Dentro de estos elementos o contenidos mínimos, encontrados en los programas de cumplimiento en general y no con exclusividad para la materia de competencia, se encuentran los siguientes, a saber: 1. compromiso de la alta dirección; 2. identificación y gestión de riesgos; 3. procedimientos internos alineados con la competencia; 4. capacitaciones al personal; 5. monitoreo del programa de cumplimiento; 6. auditorías; 7. consultas y denuncias; y 8. nombramiento de un oficial de cumplimiento.

Los elementos de un programa de cumplimiento son aceptados y reconocidos por distintas organizaciones internacionales que regulan la prevención desde distintos enfoques, como transparencia, combate a la corrupción, regulación para la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En tal sentido se encuentran los siguientes textos: «Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento» de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) y el Banco

Mundial¹⁰; «Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía Práctica», de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC)¹¹; y «Integrity Compliance Guidelines» del *World Bank Group*¹², así como las «40 Recomendaciones» del Grupo de Acción Financiera¹³.

Se expone el alcance de estos componentes para la defensa de la competencia:

1. Compromiso de la alta dirección

La alta dirección es responsable de la aprobación de las políticas, planes y objetivos estratégicos de una entidad. De ahí que, como buenos hombres y mujeres de negocios (el padre de familia tradicional), sea precisamente la alta dirección la responsable de la puesta en marcha de políticas que sean consistentes con las buenas prácticas y el equilibrio entre hacer negocios, obtener resultados que generen dividendos y una práctica empresarial ética.

La alta dirección es donde inicia el liderazgo y el compromiso con la gestión empresarial. Las normas ISO de estandarización internacional, definen a la alta dirección como la «persona o grupo de personas que dirige y controla la organización al más alto nivel¹⁴».

10 Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>.

11 Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf.

12 Disponible en: <https://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity-Compliance-Guidelines.pdf>.

13 Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>.

14 Organización Internacional de Normalización (ISO), Normativa ISO 9001:2015 sobre Sistemas de Gestión de la Calidad, 2015.

Se refiere este concepto a la persona o grupo de personas que tienen potestad de decisión en el diseño de objetivos organizacionales y la forma de hacer negocios. Todas las certificaciones internacionales que detallan buenas prácticas, inician por la necesidad de contar con la visión y el apoyo inicial de la alta dirección para lograr los compromisos. El compromiso de la alta dirección ofrece el lineamiento y traza las pautas de comportamiento de los miembros de su familia empresarial.

Este compromiso se puede manifestar de diversas formas: conocimiento de las obligaciones asumidas, asignación de los recursos requeridos (que pueden ir desde salarios competitivos para los equipos de cumplimiento y los analistas de competencia, hasta la habilitación de este perfil en su manual de cargos y funciones, y la inclusión de los temas de competencia en su plan de capacitaciones, objetivos estratégicos y evaluaciones de desempeño o *key performances indicators*). Sin este compromiso, como cerebro institucional, es imposible que los esfuerzos de los colaboradores, como el cuerpo institucional, lleguen a su materialización con los resultados deseados. Sin este compromiso, no hay cumplimiento posible.

2. Identificación y gestión de riesgos

Este aspecto se refiere a la identificación previa de los riesgos a los que se expone o se enfrenta el agente económico en el desarrollo de su actividad comercial, y en el manejo o gestión de los mismos. Es el proceso realizado por el agente económico en el cual se llevan a cabo actividades en tres grandes bloques: identificación, análisis y

evaluación del riesgo para una eficiente gestión.



Fuente propia.

El proceso de identificación de riesgos incluye los que actualmente experimenta un agente económico, y a los que potencialmente se puede exponer o se puedan presentar en un futuro. Deberá identificarse, analizarse y evaluarse los riesgos a los que se expone el agente económico respecto al cumplimiento de las normas de defensa de la competencia enmarcadas en su sector empresarial. Identificar aquellas conductas contrarias a la competencia conforme la normativa aplicable, analizando la probabilidad de ocurrencia y el nivel de gravedad de las mismas en caso de ocurrencia, así como los controles desplegados para fines de su gestión.

Se han diseñado diversos mecanismos o herramientas para gestionar y documentar estos riesgos. En esta oportunidad, se hace referencia a la matriz de riesgos operacionales. Esta permite la identificación del supuesto que genera un posible riesgo para el agente, la probabilidad de que el supuesto ocurra y, en caso de ocurrencia, el impacto que este supuesto representaría para el agente económico (o la gravedad de su impacto en caso de ocurrencia).

Ejemplo que incluye los componentes generales de la matriz que luego deben ser calibrados por el agente económico:

MATRIZ DE RIESGOS				
RIESGO	Probabilidad (Ocurrencia)	Gravedad (Impacto)	Valor del Riesgo	Nivel de Riesgo
	Riesgo 1			
Riesgo 2				
Riesgo 3				

Fuente propia a partir de normas internacionales de estandarización ISO.

LEYENDA							
PROBABILIDAD		GRAVEDAD (IMPACTO)					
		Muy bajo	Bajo	Medio	Alto	Muy alto	
	Muy alta	5	5	10	15	20	25
	Alta	4	4	8	12	16	20
	Media	3	3	6	9	12	15
	Baja	2	2	4	6	8	12
	Muy baja	1	1	2	3	4	5

El color rojo representa un riesgo muy grave, requiriendo la adopción de medidas preventivas urgentes y con celeridad; el naranja, un riesgo importante donde la adopción de medidas preventivas es de carácter obligatorio, debiendo ser controladas las variables que favorecen la ocurrencia del riesgo; el amarillo, un riesgo apreciable, es decir, un riesgo que se debe vigilar, que debe ser estudiado y analizado (incluyendo económicamente) a fin de aplicar medidas preventivas para reducir su riesgo; mientras que el color blanco, un riesgo que ha de vigilarse y monitorearse mas no precisa de medidas preventivas.

Finalmente, existen elementos metodológicos de diversas fuentes¹⁵, que estudian y plantean distintas formas de identificación y gestión de los riesgos, los cuales pueden ser adaptados por cada agente económico en consideración de su contexto particular. Así se plantean elementos como las consultas, el contexto y tamaño de la entidad, identificación de riesgos, análisis y evaluación, el tratamiento del riesgo, seguimiento, registro e informe.

3. Procedimientos internos alineados con la libre competencia

Cada agente económico debe comprender en toda su extensión el marco legal (incluyendo las normas sectoriales) que regulan su actividad comercial. Las políticas, procedimientos y procesos

¹⁵ Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission (COSO), «Fraud Risk Management Guide», 2016. Disponible en: <https://www.coso.org/Documents/COSO-Fraud-Risk-Management-Guide-Executive-Summary.pdf> [consulta 20 agosto 2023]. <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-31000/> <https://www.isotools.org/2017/01/19/la-norma-iso-19600-realizar-cumplimiento-I> [consulta 20 agosto 2023].

internos deben respirar el respeto al cumplimiento de estos elementos normativos y adecuarse cuando las necesidades así lo determinen, siendo una de estas necesidades los cambios normativos que afecten su actividad y gestión empresarial.

Todas las políticas y los procedimientos del agente económico forman parte integral del programa de cumplimiento. Este programa ha de incorporar tanto la normativa que rige al agente (normativa en sentido amplio), como el cumplimiento de las políticas y los procedimientos internos (en especial cuando éstos establezcan directrices más elevadas que la normativa misma, escenario muy común en casos de filiales y casas matrices cuando éstas últimas se encuentran en jurisdicciones con un alto nivel de cultura de competencia).

Como ha sido establecido por su guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia del Perú (INDECOPI)¹⁶, señala que algunas de estas políticas que puede incorporar los agentes económicos son la identificación de riesgos de cumplimiento de las normas de libre competencia, la asistencia a reuniones con competidores y en las asociaciones gremiales, la determinación de precios y condiciones comerciales, entre otros.

Dentro del conjunto de las políticas que integran el programa de cumplimiento, se recomienda contemplar los mecanismos de

incentivo al personal, lo cual colaboraría con el establecimiento de la cultura y, del mismo modo, códigos de buena conducta o disciplinarios, con el establecimiento de las actividades y conductas prohibidas, la sanción aplicable y el sistema o régimen sancionador correspondiente.

Este programa ha de incorporar las políticas, dentro de su contexto (que incluye el marco legal), que aseguren el cumplimiento de las normas de competencia. Debe analizarse cada factor de riesgo al que se encuentra expuesto el agente económico (tanto reales como potenciales): que tan concentrado o no es el sector en el que se encuentra, los competidores existentes y su interrelación, la exposición real a los cárteles, las perturbaciones de la demanda, los cambios en el entorno competitivo, los incentivos y las promociones salariales de los empleados, el conocimiento de las leyes de competencia a lo interno del organigrama del agente, la participación en las asociaciones gremiales y la forma de adopción de las decisiones, cómo está estructurado su modelo de negocios y la estrategia empresarial.

La implementación del programa de cumplimiento para la defensa de la competencia, en sentido general, ha de abordar conductas como las prácticas anticompetitivas, restrictivas y desleales, por ejemplo, la obtención de una ventaja competitiva significativa adquirida frente a competidores mediante la infracción de una norma jurídica. Los programas de cumplimiento tienen una vocación preventiva (a priori) en la medida en que establecen las pautas o lineamientos a seguir y permiten entrenar para detectar, así como consultar en

¹⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia (INDECOPI), 2021. Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe> pp. 22-23. [consulta 20 agosto 2023].

caso de que fuere menester. Estos programas también tienen un efecto detectivo (a posteriori), ya que permiten adoptar medidas correctivas luego de haberse suscitado un supuesto generador o que exponga a riesgos no deseados.

4. Capacitaciones al personal

Un elemento que no debe faltar dentro de la estructuración de los programas de cumplimiento es la formación continua y actualizada al personal en toda su extensión. El programa de cumplimiento debe contemplar un plan de capacitación anual, que debe monitorearse y evaluarse a fin de constatar la eficacia del mismo.

Dentro de las recomendaciones a contemplarse en este apartado se encuentran que las capacitaciones no solo incluyan a todo el personal que labore en la entidad, sino que, además, éstas sean diferenciadas. Al tratarse de capacitaciones diferenciadas, el plan diseñado para los empleados de nuevo ingreso es distintos del plan aplicable a quienes tienen mayor experiencia. Lo mismo sucede por cargos o posiciones (diferencia entre los empleados que ocupan una posición gerencial y los que no), y por áreas o equipos de trabajo (quienes trabajan en el área de negocios y su estructuración y los que trabajan en áreas operativas, por el tipo de función que realizan, deben capacitarse de forma diferenciada).

Las capacitaciones deben contemplar cualquier cambio que experimente la legislación en particular cuando implique una modificación de la forma de operar, cambios en las políticas internas y modificación en los riesgos identificados.

Con la evaluación de la eficacia se hace referencia a que debe existir un plan de capacitación, pero, de la misma forma, dicho plan debe ser apropiado para la entidad y todos sus integrantes, debe existir y debe ser eficiente en cuanto al logro de los objetivos perseguidos por el programa de cumplimiento en sentido general. Es decir, si la formación consiste en explicar, en términos generales, las conductas prohibidas por el marco legal vigente, este aspecto debería dominarse a cabalidad y no se el objeto exclusivo de todas las formaciones de manera permanente. Si los empleados de forma continua incurren en dichas prácticas, o no aprueban las evaluaciones del proceso formativo, es un indicador de que tal capacitación no está obteniendo los resultados esperados, esto es, no está siendo eficiente en el logro de sus objetivos.

Dicho esto, dentro del plan de capacitación se debe contemplar la evaluación de los sujetos de la misma, a quienes van dirigidas, dejando evidencias de todo el proceso. El establecimiento de una cultura de libre y leal competencia inicia por la capacitación.

5. Monitoreo del programa de cumplimiento

En todo proceso debe incorporarse el monitoreo y el seguimiento al programa de cumplimiento y su efectividad. Importa no solo la existencia de un programa, sino que, también, el mismo sea efectivo en comprender y abordar los objetivos propuestos. Este proceso es continuo, constante y permanente y, generalmente, a cargo de la figura de un oficial de cumplimiento o del oficial de cumplimiento y su equipo. Como se verá más adelante, esta figura forma parte

integral del funcionamiento de un programa de cumplimiento.

Al momento de monitorear el programa, se detectarán aspectos que funcionan con las medidas implementadas y otros no, requiriéndose, para estos últimos, medidas adicionales o distintas a las ya contempladas en el programa de cumplimiento. En todo caso, los resultados deben ser documentados y conservados por medios escritos y verificables (rastros auditables).

6. Auditorías

A fin de validar y verificar la efectividad del programa de cumplimiento en materia de competencia, que sus objetivos se estén abordando con medidas adecuadas y, en general, que se encuentra incorporando el cumplimiento al marco normativo de defensa de la competencia, existe la función de la auditoría del programa de cumplimiento. El monitoreo y seguimiento explicado en el apartado anterior, es liderado por el oficial de cumplimiento mismo; mientras que en este punto cobra vigencia los auditores (internos y/o externos) que son funciones independientes al oficial de cumplimiento y sus equipos.

La función de auditoría es cable para detectar si existe algún incumplimiento o desviación al programa, lo cual tiene como resultado el establecimiento de un programa particular y especial a fin de subsanar las inconsistencias detectadas y la mitigación o eliminación de los efectos no deseados. Igualmente, el proceso de auditoría debe resultar en informes escritos comunicados y discutidos con el órgano jerárquico más alto del agente económico

y las partes interesadas, por ejemplo, aquellas personas que deberán trabajar y establecer planes de acción para la remediación de las inconsistencias detectadas.

7. Consultas y denuncias

Cada vez más se hace visible la necesidad de contar con herramientas como los canales de denuncias y las consultas. Existe toda una corriente que explica las ventajas de contar con estos mecanismos dentro de las empresas, siendo una de ellas la posibilidad de que los colaboradores pueden denunciar, por medios seguros, las conductas no apropiadas o prohibidas.

Para el establecimiento de estos mecanismos la cultura de cumplimiento y de competencia debe estar lo suficientemente arraigada de forma que motive a la presentación de la denuncia y al conocimiento de que las mismas serán tratadas de la forma pertinente. Asimismo, implica un conocimiento de las conductas que se encuentran prohibidas y del sector particular en que se presentan, lo que supone un conocimiento y entrenamiento previo. Estas denuncias podrían llevar a la detección de las actividades sospechosas que luego se formulen y presenten antes las autoridades nacionales en materia de competencia.

8. Nombramiento de un oficial de cumplimiento

El oficial de cumplimiento es la persona encargada de velar por el estricto cumplimiento del programa para la defensa de la competencia. Puede ser una persona en específico o la designada

para liderar el equipo encargado de velar por el cumplimiento del referido programa. En todo caso, y dada la amplitud de las materias en la que hoy se ubica al oficial de cumplimiento, se tendría la tendencia de partir de que el segundo escenario sería la opción más recomendable para los agentes económicos: un oficial de cumplimiento que lidera un equipo multidisciplinario y con competencias y especializaciones en las áreas en que el agente económico precise para el desarrollo de su objeto social.

Sin embargo, esta figura se extrapola del rol que ha desempeñado en otros sectores y para otros fines, también asociados a la prevención y detección de conductas ilícitas. En tal sentido, el Grupo de Acción Financiera (GAFI), establece en sus 40 recomendaciones que es necesario la designación de un oficial de cumplimiento encargado de velar por el cumplimiento del programa¹⁷, y en ese mismo tenor se expresan los organismos internacionales precedentemente referidos. Dado el impacto de este rol en la defensa de la competencia, se le dedica un punto separado.

III. El oficial de cumplimiento en el derecho de la competencia

Con los diversos cambios experimentados en el mundo, las nuevas y crecientes disposiciones normativas en el derecho de la competencia y la especialización, una de las propuestas es analizar la posibilidad de implementar la figura del oficial de cumplimiento en la aplicación del derecho de la competencia en los agentes

económicos. A raíz de esta propuesta inicial, es posible continuar con las siguientes interrogantes que ya rondan en el ámbito de esta figura: ¿a quién debo contratar como oficial de cumplimiento? ¿qué perfil debe tener un oficial de cumplimiento? ¿qué haría el oficial de cumplimiento en mi empresa? ¿para qué lo necesito?¹⁸

El oficial de cumplimiento es definido en otras legislaciones nacionales como un ejecutivo de alto nivel, con capacidad técnica, encargado de vigilar la estricta observancia del programa de cumplimiento, normalmente programa de cumplimiento para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, que, a su vez, sirve de enlace de la sociedad con las autoridades competentes o supervisoras.

Los oficiales de cumplimiento tienen un rol preponderante en las sociedades clasificadas como sujetos obligados en determinadas legislaciones y sus normativas complementarias, teniendo un importante rol en la prevención de conductas prohibidas por determinadas legislaciones. Así cada vez más, la figura del oficial de cumplimiento va desarrollando un rol más amplio vinculado a la estricta observancia del programa de cumplimiento de cada entidad, programas que van comprendiendo otras funciones dependiendo del sector en el cual se desarrolle el agente económico.

Ha quedado establecido que estos oficiales ostenten dentro de la estructura organizacional de una sociedad, un nivel gerencial, a

17 Financial Action Task Force, FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, GAFI, París, Francia, www.fatf-gafi.org/recommendations.html, p. 85.

18 Holguín López, M. (2019). El oficial de cumplimiento como fuente generadora de valor. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/el-oficial-de-cumplimiento-como-fuente-generadora-de-valor-8699393.html> [consulta 21 agosto 2023].

fin de garantizar el conocimiento de este recurso y, asimismo, su experiencia, de la mano con una independencia de criterio. El oficial de cumplimiento debe ser visto como un recurso orientado a evitar la imposición de sanciones administrativas o, inclusive, demandas por incumplimientos normativos, así como también un recurso que, seleccionado adecuadamente, se convierta en una fuente de valor inagotable dentro de una empresa o sociedad.

Ante eventualidades de clientes, cuya actividad comercial sea particular o sean clientes con profesiones independientes (fuera del marco estandarizado), el oficial de cumplimiento es la mano amiga que puede analizar los casos más complejos e identificar la mejor manera de proteger al agente económico contra cualquier infracción relacionada al desarrollo de su actividad comercial. Esta figura puede colaborar en la sustentación de los expedientes de las transacciones que permitan dejar la evidencia de que hacer negocios con dicho agente económico, y la forma en la que se ejecuta el modelo de negocios, es saludable o potable; pero es también la persona que, de aplicar, debería levantar la bandera estableciendo lo contrario, de ahí la exigencia de capacidad técnica de dicho recurso y el conocimiento del sector.

Asimismo, en una mesa de trabajo donde se discuten estrategias comerciales, empresariales y legales, o se realizan lluvias de ideas para la creación de productos y servicios orientados a satisfacer la demanda de los clientes o usuarios, o de mejorar los productos y los servicios ya ofrecidos o, simplemente, dar a productos y servicios el toque diferenciador, es imprescindible la presencia de un oficial

de cumplimiento, y no únicamente para destacar y resaltar aquellas cosas que no deberían ser realizadas o que no están permitidas por la legislación y la regulación sectorial de que se trate, sino también porque, conocedor de la regulación, puede impactar positivamente en los proyectos brindando herramientas poderosas respecto a las mejores prácticas y los modelos más eficientes de implementación de un proceso, proyecto, producto o servicio.

El rol del oficial de cumplimiento no se limita exclusivamente a la parte de: prevención del lavado de activo, del financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva. Existe otra rama del cumplimiento, comúnmente conocida como cumplimiento regulatorio o normativo, que se encarga de mantener al día a un agente económico en cuanto a las diversas legislaciones cuya observancia debe respetarse.

Así, el oficial de cumplimiento tiene la labor de adaptar políticas, procesos, procedimientos a distintas regulaciones, tales como: las sectoriales (bancarias, mercado de valores, entre otras), las disposiciones tributarias, regulaciones internacionales de cumplimiento obligatorio (como FATCA), y otras de conocimiento más extendido como las disposiciones laborales. A estas tradicionales formas de plantear el rol del oficial de cumplimiento, se adiciona el aspecto regulatorio que se desprende de la aplicación de las normativas en materia del derecho de la competencia.

Bajo el concepto de cumplimiento normativo, el objetivo del oficial de cumplimiento es asegurarse que la sociedad, su alta gerencia y sus directivos conozcan y tomen las medidas necesarias para

cumplir con las leyes y los reglamentos aplicables al sector en el que se encuentre el agente económico, lo cual es un objetivo cada vez más ambicioso debido al creciente número de regulaciones, la internacionalización de los negocios y a la necesidad de transparencia operativa que se precisa.

El oficial de cumplimiento pasa de ser un verificador de expedientes de clientes, muy necesario para la operativa diaria de una sociedad o empresa en la forma en que fue originalmente concebida la figura, a un recurso que puede ser aprovechado para la generación de valor en torno a las estrategias empresariales, legales y contractuales, a la creación de productos y servicios que, respetando la normativa vigente, sean eficaces y generen valor a la sociedad y a la clientela, así como evitar la imposición de multas por incumplimientos normativos.

Se debe comprender, entonces, el valor del oficial de cumplimiento no como un gasto de recursos, sino que debe ser medido por todo aquello que dicho oficial puede evitar o impide que ocurra. Algunas entidades han tenido que pagar multas cuantiosas por efectos derivados de esta función de cumplimiento, y no se puede dejar de lado la responsabilidad fiduciaria de los administradores y directores o de la alta gerencia de una sociedad (que el oficial de cumplimiento, con su gestión, ayuda en proteger).

Visto así, el oficial de cumplimiento no es únicamente un recurso requerido por la ley de algunos sectores para la operativa diaria y fluida de una sociedad. Al ser comprendida como una fuente que, aprovechada en su justa dimensión, sirve para generar valor a una

sociedad o agente económico, puede colaborar en el cumplimiento de la normativa que debe observar dicho agente evitando con ello contingencias legales, daños por contagio, así como mitigando riesgos reputacionales, operaciones y legales. Un oficial de cumplimiento debe ser entendido como un recurso con el que puede contar el agente económico para prevenir, detectar, monitorear y evitar la imposición de sanciones, que colabore con el entorno comercial logrando los objetivos institucionales.

El derecho de la competencia es una de las ramas del derecho en crecimiento constante, una de las políticas públicas que con el paso de los años revestirán cada vez más relevancia para los países pues, su objetivo general, es lograr la eficiencia económica de los mercados mediante la ejecución y aplicación de políticas y legislación en materia de competencia. Cada vez más se aprecia la necesidad de contar con legislaciones avanzadas en materia de competencia y, con ello, especializaciones de profesionales que puedan brindar un enfoque de salvaguarda de la competencia en lo interno de los agentes económicos. Esto incluirá, por efecto extensivo, mayor especialización de los servidores públicos en el área de competencia a fin de monitorear, supervisar y/o recomendar en su justo alcance, las tareas asociadas al programa de cumplimiento para la defensa de la competencia.

Partiendo de lo anterior, contar con oficiales de cumplimiento especialistas en derecho de la competencia o que, dentro de los equipos que lideren, cuenten con analistas de competencia o perfiles asociados al derecho de la competencia, parece una propuesta

interesante resaltada por la necesidad casi práctica.

Al incorporar al oficial de cumplimiento dentro del agente económico, su liderazgo ha de tener la certeza de que podrá comprender los nuevos tiempos y reconocer los cambios, que siempre precisan de la actualización del conocimiento. Un oficial de cumplimiento que le permita tener la seguridad de que sus negocios y clientes generan relaciones saludables y potables, duraderas en el tiempo y sostenibles¹⁹; que tenga el interés en aportar ideas para la construcción de negocios eficaces y eficientes, aportando creatividad y la certeza de que levantará la voz cuando el agente económico pueda afectar su negocio y reputación.

El cumplimiento regulatorio o normativo corresponde a aquella función que tiene como objeto que las organizaciones determinen y comprendan las diferentes obligaciones regulatorias a las cuales se encuentran sujetas, y en base a ello adopten modelos de gestión para su cumplimiento. Esto implica no solo mantener un proceso constante de cumplimiento, sino la constante revisión de la exposición a nuevos requerimientos regulatorios o a la modificación de los existentes.

El oficial de cumplimiento, además, debe velar porque el agente económico comprenda todas las obligaciones que le son impuestas en los diversos textos legales que le aplican conforme su actividad económica, adaptando sus políticas, procedimientos, modelo de

negocios y de gestión.

Tanto el derecho de la competencia como los agentes económicos y las autoridades nacionales se benefician de la incorporación de figuras como las del oficial de cumplimiento, con una vocación de promoción y defensa de la competencia para la construcción de una cultura de libre y leal competencia.

Conclusiones

La construcción de una cultura de cumplimiento, bajo el enfoque del derecho de la competencia, inicia desde la formación de los agentes económicos, con el apoyo de las políticas públicas, y se extiende hasta el trabajo conjunto y coordinado de éstos con las autoridades nacionales (y del Estado como engranaje). Para establecer y sostener en el tiempo esta cultura, es válido extrapolar las herramientas ya existentes para prevenir, detectar y mitigar los efectos no deseados de los riesgos a los cuales se expone un agente económico.

Algunos países de la región, como: Brasil, Chile, Ecuador y Perú, a través de sus autoridades nacionales, ya se han pronunciado sobre la deseabilidad de los programas de cumplimiento para la defensa de la competencia. Igual, España ha optado por el pronunciamiento favorable hacia estos programas, cuya vocación es la de prevención, pero, también la de detección por medio del monitoreo y seguimiento (como otro de los elementos del programa).

Existe una gran tradición de la cultura de programas de cumplimiento por parte de organismos internacionales relacionados a otras áreas muy especializadas. Tal sería el caso: el Grupo de Acción

¹⁹ Holguín López, M. (2019). Lo que debes saber para ser oficial de cumplimiento. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/lo-que-debes-saber-para-ser-oficial-de-cumplimiento-8706092.html> [consulta 21 agosto 2023].

Financiera y sus organismos regionales, el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. En el 2021, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos emitió una guía donde explica el uso de estos programas desde la perspectiva de la competencia, el impacto de estos y los resultados que se han obtenido en las legislaciones donde se han implementado y recomendado su uso.

En la República Dominicana se hace necesaria la orientación de estos programas para la inclusión de la competencia como una parte integral del mismo. Un paso que colaboraría a la construcción del objetivo general de todos: competencia libre entre los agentes para un mercado eficiente de intercambio de bienes y servicios que beneficie a la colectividad.

El uso de la matriz como herramienta para gestionar estos riesgos es útil, siempre que la misma sea preparada y alimentada desde el contexto mismo del agente, con el enfoque basado en los riesgos asociados al incumplimiento de la normativa de la competencia. Esto supone un conocimiento previo tanto de la normativa general de defensa de la competencia, como de la sectorial que le corresponda al agente económico en función de la actividad comercial que desarrolle.

Para que este programa de cumplimiento logre sus objetivos, deberá contemplar ciertos elementos esenciales dentro de los cuales destaca el compromiso de la alta directiva, la capacitación constante y continua, el rol del oficial de cumplimiento y el establecimiento de

políticas internas sobre los aspectos medulares de la competencia que han de ser observados como ley misma por el agente económico.

Es hora de construir un mercado que pueda prevenir las conductas sancionables en materia de competencia, que pueda detectar cuando estas conductas se presenten (estableciendo los controles para su mitigación), y que pueda notificar a la autoridad nacional cuando se presente un supuesto que deba ser escalado para el inicio de un proceso administrativo sancionador. Cada parte tiene un rol en el establecimiento de una cultura de cumplimiento y de defensa de la competencia. El establecimiento de herramientas como un eficaz programa de cumplimiento y la matriz de gestión de riesgos asociada a dicho programa constituyen piezas integrales para el desempeño del rol de los agentes económicos en la promoción de la competencia y su defensa.

Bibliografía

Alarcón Garrido (Antonio)., «*Manual teórico-práctico del compliance officer*», Madrid, España, editorial Sepin. (2016).

Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), 2022. Guía Orientativa sobre la Ley General de Defensa de la Competencia Núm. 42-08. Disponible en: <https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/> [consulta 10 julio 2023].

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), 2020. Guía orientativa sobre la Ley General de Defensa de la Competencia Núm. 42-08. Disponible en: https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/guia-orientativa-sobre-la-ley-general-de-defensa-de-la-competencia-num-42-08/ [consulta 15 julio 2023].

Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission (COSO), 2016. Fraud Risk Management Guide. Disponible en: <https://www.coso.org/Documents/COSO-Fraud-Risk-Management-Guide-Executive-Summary.pdf> [consulta 28 julio 2023].

Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (COFECE), 2019. Recomendaciones para cumplir con la Ley Federal de Competencia Económica. Disponible en: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/compliance-guidelines-final-version.pdf/view> [consulta 10 agosto 2023].

Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (COFECE), «*Guidelines Competititon Compliance Programs. Guidelines on the structuring and benefits of adopting competition compliance programs*». Disponible en: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/>

[compliance-guidelines-final-version.pdf/view](#) [consulta 15 agosto 2023].

Dirección Nacional de Promoción de la Competencia Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia de Ecuador (SCPM), 2021. Guía de *Compliance* en competencia.

Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE), 2019. Guía interna para solicitudes de multa de la Fiscalía Nacional Económica.

Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE), 2012. Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia.

Holguín López, M. 2023. Programas de cumplimiento en materia de competencia y la prevención de infracciones precedentes al lavado de activo. Disponible en: <https://www.iq-integrity.com/red-latam-de-conocimiento/programas-de-cumplimiento-en-materia-de-competencia-y-la-prevencion-de-infracciones-precedentes-al-lavado-de-activos/> [consultado 15 julio 2023].

Holguín López, M. 2019. El oficial de cumplimiento como fuente generadora de valor. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/el-oficial-de-cumplimiento-como-fuente-generadora-de-valor-8699393.html> [consulta 5 agosto 2023].

Holguín López, M. (2019). Lo que debes saber para ser oficial de cumplimiento. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/lo-que-debes-saber-para-ser-oficial-de-cumplimiento-8706092.html> [Consulta 3 julio 2023].

International Chamber of Commerce, 2013. The Icc Antitrust Compliance Toolkit. «The ICC antitrust compliance toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and large companies», p. 34. Disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf> [consulta 18 agosto 2023].

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de Perú (INDECOPI), 2021. Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia.

Financial Action Task Force, FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, GAFI, París, Francia, www.fatf-gafi.org/recommendations.html [consulta 25 agosto 2023].

Financial Action Task Force, FATF (2013-2018), *Methodology for Assessing Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems*, actualizado febrero 2018, GAFI, París, Francia, www.fatfgafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatfissuesnewmechanismtostrongenmoneylaunderingandterroristfinancingcompliance.html [consulta 6 julio 2023].

International Standardization Organization for Normalization (ISO), 2017. Norma ISO 19600 de Estandarización Internacional. Disponible en: <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-31000/> <https://www.isotools.org/2017/01/19/la-norma-iso-19600-realizar-cumplimiento-1> [Consulta 26 agosto 2023].

Ley contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, núm. 155-17, del 1 de junio de 2017.

Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, del 25 de enero de 2008.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) y Banco Mundial, «Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento», 2013. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorruption-Elementos-Cumplimiento.pdf>. [consulta 24 agosto 2023].

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2021, Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp> [consulta 24 agosto 2023].

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), 2022. Data Screening Tools in Competition Investigations, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, www.oecd.org/daf/competition/data-screening-tools-in-competitioninvestigations-2022.pdf. [consulta 10 agosto 2023].

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), «Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía Práctica», 2013. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf [consulta 11 julio 2023].

World Bank Group, «Integrity Compliance Guidelines». Disponible en: https://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity_Compliance_Guidelines.pdf [consulta 22 agosto 2023].

La regulación de los servicios de transporte de personas en vehículos contratados por medio de aplicaciones digitales, a propósito de la reciente Sentencia del TJUE

Rolando Díaz Delgado

Resumen

La presente contribución pretende, a propósito de la publicación de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), *Prestige and Limousine, S.L.*, C-50/21, de 8 de junio, 2023¹, una revisión en perspectiva de la Opinión D/RD N° 01/2021, relativa a la regulación de los servicios de transporte de personas en vehículos contratados por medio de aplicaciones digitales², emitida por la Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay (CONACOM) el 14 de enero de 2021, y del Informe PR-IN-2021-0719, de recomendaciones sobre la Normativa Técnica del Servicio de Transporte en Taxis³, emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana (Pro-Competencia) el 9 de noviembre, 2021; más específicamente de la restricción para el acceso al mercado, mediante la limitación del número de licencias.

Palabras clave: Competencia, transporte, taxi.

Abstract

1 Asunto C-50/21, Tribunal de Justicia (Sala Primera), 8 de junio 2023, Sentencia (Unión Europea).

2 Comisión Nacional de la Competencia, 2021.

3 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 2021.

Due to the publication of the recent Judgment from the Court of Justice of the European Union, *Prestige and Limousine, S.L.*, C-50/21, dated 8 June 2023, this contribution purports to be a review of Opinion D/RD No. 1/2021 on the regulation of transport services hired through digital apps, issued by the National Competition Commission of Paraguay (CONACOM) on 14 January 2021, and Report PR-IN-2021-0719 on recommendations on the Technical Review of the Service of Transport in Taxis, issued by the National Commission of Competition Defense of the Dominican Republic (Pro-Competencia) on 9 November 2021; more specifically on the restriction to access the market through the limitation of the number of licenses.

Key words: Competition, transport, taxi.

1. Introducción

El 14 de enero de 2021, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay hizo pública la Opinión D/RD N° 01/2021 (la *Opinión*), relativa a la regulación de los servicios de transporte de personas en vehículos contratados por medio de aplicaciones digitales⁴. En la misma línea, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Dominicana (Pro-Competencia) hizo público el Informe PR-IN-2021-0719, de recomendaciones sobre la Normativa Técnica del Servicio de Transporte en Taxis puesto a consulta pública abreviada remitido, el 9 de noviembre de 2021, al Director del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTRANT)⁵.

Ambas autoridades de competencia, al igual que otras de distintas partes del planeta, con sus respectivos documentos buscaban acercar, tanto a los legisladores municipales y nacionales, como a la ciudadanía en general, algunas recomendaciones respecto de la eventual regulación del nuevo «fenómeno», en atención a sus peculiares características y atendiendo a criterios de libre competencia.

La *Opinión* D/RD N° 01/2021 parte señalando el hecho de que, hasta ese momento, en el marco de sus competencias, los diferentes municipios han regulado la prestación de los servicios de transporte de personas en automóviles o transporte público individual, bajo

4 Comisión Nacional de la Competencia, 2021.

5 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 2021.

la modalidad de taxis y remises, a través de ordenanzas, normas jurídicas de aplicación general con fuerza obligatoria dentro del territorio de cada municipio⁶.

La autoridad paraguaya con su *Opinión D/RD N° 01/2021* buscaba, en primer lugar, dilucidar si ambas modalidades de prestación de servicio de transporte de personas (taxis y remises, por una parte; y aquellas que operan mediante las aplicaciones móviles, por la otra) eran servicios idénticos o no; y, en segundo lugar, definir si el servicio de transporte de personas en vehículos privados contratados a través de aplicaciones digitales debía ser regulado o no, y en caso afirmativo, si la regulación existente, aplicable al servicio de taxis y remises, era suficiente y aplicable a esta nueva modalidad, o si era necesaria una regulación propia; todo a la luz de los principios de libre competencia y competencia en el mercado.

La cuestión, que no ha quedado aún zanjada del todo y renueva interés cada cierto tiempo, llama nuevamente nuestra atención, a propósito de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), *Prestige and Limousine, S.L., C-50/21*, de 8 de junio, 2023⁷. En este marco, en las líneas que siguen recordaremos brevemente las observaciones que a este respecto han realizado las autoridades de competencia de Paraguay y la República Dominicana, para ponerlas posteriormente en perspectiva de lo resuelto recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁶ De conformidad a cuanto establece la Ley núm. 3966/10, Orgánica Municipal, en su artículo 37.

⁷ Asunto C-50/21, Tribunal de Justicia (Sala Primera), 8 de junio, 2023, Sentencia (Unión Europea).

2. La regulación del servicio de transporte en vehículos contratados a través de aplicaciones digitales

Respecto de la naturaleza jurídica del servicio de transporte de personas en vehículos contratados por medio de aplicaciones digitales, atendiendo a sus peculiares características y luego de un repaso por la doctrina y la jurisprudencia comparada, la «Opinión» concluye que la misma constituye una nueva modalidad de transporte diferente al tradicional. Esta diferente naturaleza lleva también a concluir que la regulación preexistente no le resulta aplicable sin más.

El surgimiento de estos nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios que implica la economía colaborativa plantea problemas jurídicos y regulatorios, en la medida que se trata de nuevos métodos que difieren de los tradicionales, y, por tanto, no está siempre claro cuál es el régimen jurídico aplicable o si los regímenes jurídicos existentes y vigentes para modelos parecidos pueden ser aplicables a los disruptivos.

La normativa existente y aparentemente aplicable en realidad no se adecua del todo a estos nuevos sistemas. Esto es así, porque las leyes no fueron diseñadas para regular sistemas y modelos de negocios colaborativos. Más bien, para regular sistemas económicos binarios: público y privado, empleador y empleado, proveedor y consumidor. Sin embargo, en la economía colaborativa muchas de estas relaciones se superponen; por lo que es difícil determinar qué

leyes o normas devienen aplicables⁸.

En la misma línea, Ortiz Zamora⁹ sostiene que, como la mayoría de las manifestaciones de las economías colaborativas no encajan en los conceptos y supuestos de hechos fijados por la normativa preexistente, pensada para realidades sociales distintas, en su regulación habrá que tener en cuenta su especial naturaleza y no partir de la base de que lo nuevo es igual que lo existente, solo porque comparten un mismo espacio de juego, es decir, un mismo mercado.

Además, como explica Doménech¹⁰, lo habitual es que el legislador vaya por detrás de la realidad, que se demore más o menos tiempo en darle una respuesta adecuada; y hasta entonces, no siempre resulta evidente cómo hay que colmar la laguna jurídica existente, por una parte, resulta dudoso que proceda aplicar disposiciones jurídicas preexistentes cuyo tenor literal pudiera comprender o no la economía colaborativa, pero que evidentemente fueron dictadas con el propósito de regular actividades diferentes, en un contexto tecnológico y social igualmente distinto; sin perjuicio, como es obvio, de que alguna regla o principio jurídico preexistente pueda resultar aplicable.

Pero más aún, tampoco es fácil siquiera determinar si es que deben ser regulados o cómo deben ser regulados los sistemas de economía colaborativa, ya que se desconoce cuáles han sido o pueden ser sus

8 CRESPO, 2016, p. 83. La traducción es propia.

9 ORTIZ ZAMORA, 2019, p. 647.

10 DOMÉNECH Pascual, 2015, p. 70.

repercusiones sobre el bienestar social, bajo las condiciones jurídicas actuales, o bajo aquellas establecidas a partir del surgimiento de estas nuevas modalidades y que el legislador creyó ser las acertadas en su momento, continúa explicando el citado autor.

Además, otros factores que dificultan o inciden en el regulador son los intereses de los operadores ya establecidos, lo que puede llevar al fenómeno conocido como la «captura del regulador», fenómeno dado por la capacidad, tamaño y organización gremial que tienen generalmente los actores de los mercados amenazados por los nuevos modelos económicos, tales como el del transporte individual, quienes mediante demostraciones de poder, amenazas y medidas drásticas, pueden influir con éxito sobre las autoridades locales.

De todas formas, la ausencia de regulación aplicable o la disparidad de criterios acerca de cuál es la correspondiente parece tener una consecuencia ineludible: la inseguridad jurídica. La falta de certeza con relación a las condiciones en las cuales una persona puede desarrollar estas nuevas actividades es sin duda negativa, ya que: desalienta la entrada de los nuevos actores, es caldo de cultivo de litigios, promueve situaciones de desigualdad y desincentiva al desarrollo de nuevos sistemas de economía colaborativa que promuevan el desarrollo económico y social, sesgados por las malas experiencias anteriores.

En efecto, como bien señaló el Tribunal Supremo de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹, la falta de un régimen

11 p.12, 2020.

legal y reglamentario específico respecto a este tipo de actividades solamente causa problemas para todos los agentes involucrados, consecuencia de esta inseguridad jurídica existente, por lo que es deber del Estado definir «cómo y bajo qué sistema de organización y control [se] habrá de autorizar la presencia de Uber o prohibirla».

Los tribunales paraguayos también han tenido la oportunidad de expedirse respecto de dos contiendas distintas relacionadas a la legalidad de la prestación del servicio de transporte en vehículos contratados a través de aplicaciones digitales, teniendo ambos resultados favorables para el mismo.

En el primero de los casos, tres asociaciones que aglutinan a taxistas profesionales promovieron un amparo constitucional en contra de la firma que explota la aplicación digital MUV, Click S.A., solicitando que se prohíba el servicio de transporte prestado a través de la misma, alegando que el servicio prestado por los taxistas se encuentra regulado por normativas y ordenanzas específicas, encontrándose su funcionamiento sujeto al control de autoridades competentes, y que las aplicaciones digitales como MUV, no solamente prestan directamente el servicio de transporte y no son solo intermediadores, sino que lo hacen sin estar sujetos a estas normas, por lo que se encuentran compitiendo deslealmente con los taxistas^{12 13}.

12 ABC Color, 2019.

13 Especial atención merece la manifestación vertida por el representante legal de estas asociaciones al respecto en dicha oportunidad, al decir que «distinto sería si existiese una norma que contemple esta actividad del MUV y el proyectado Uber, así como contempla la de los taxis, porque de esta manera daría igualmente a nuestros poderdantes a acogerse a esa norma si así conviniere a sus derechos».

La jueza competente rechazó el amparo promovido, en el entendimiento de que no existía vulneración evidente alguna para que los taxistas profesionales ejerzan libremente sus derechos y garantías constitucionales, ni se probó la existencia de daño alguno. Así mismo, la magistrada alegó que, de hacer lugar al amparo promovido, estaría cercenando derechos de los denunciados tales como el de igualdad y del trabajo, y que la falta de reglamentación no impide la realización de una actividad lícita, haciendo mención a la libertad de concurrencia y a que toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, con libre competencia en el mercado¹⁴.

En una segunda ocasión, ante reiterados amedrentamientos realizados en la vía pública, aparentemente por taxistas profesionales y allegados a estos, esta vez fue el defensor del pueblo¹⁵ quien promovió un amparo contra la Asociación de Profesionales Taxistas de Asunción con el objetivo de obtener una resolución judicial que dispusiera que los choferes de vehículos contratados a través de las aplicaciones digitales puedan ejercer su derecho al trabajo¹⁶. El juez competente hizo lugar al pedido realizado, y ofició a la Policía Nacional a los efectos de que garanticen que los choferes de

14 ABC Color, 2019.

15 La Defensoría del Pueblo es un Organismo del Estado, introducido por la Constitución nacional de 1992, en su artículo 276 en adelante, y cuya cabeza, el defensor del pueblo, es el responsable de la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y protección de intereses comunitarios, por lo que tiene legitimación activa para promover un amparo judicial en nombre y representación de un grupo de ciudadanos que presta un servicio en común, de conformidad a las atribuciones regladas en el artículo 10 de la Ley 631/95 Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

16 Última Hora, 2019.

vehículos contratados a través de las aplicaciones digitales puedan ejercer su derecho al trabajo sin ningún tipo de coacción por parte de terceros¹⁷.

Entonces, de ambos antecedentes podemos resaltar que el criterio de los dos jueces a quienes cupo interpretar la normativa paraguaya existente es que el ejercicio de un derecho, como la prestación de un servicio de transporte a cambio de un precio determinado, contratado previamente a través de una aplicación digital, y la puesta a disposición misma de esta plataforma en teléfonos digitales, son lícitos, considerando que no se encontraban prohibidos ni regulados expresamente.

Por tanto, en la medida en que no exista regulación, deberíamos entender que las autoridades competentes, sean estas administrativas o jurisdiccionales, deben sistemáticamente interpretar las normas en clave de competencia, en base al derecho consagrado en el artículo 107 de nuestra carta magna.

Por lo demás, como bien señala Geradin¹⁸, las autoridades públicas tienen dos opciones: resistir la entrada al mercado de estos nuevos servicios de transporte y afrontar años de litigios judiciales, que resultarán eventual y probablemente en una sentencia favorable a que los mismos operen legalmente amparados; o bien, lo cual sería preferible, que acepten el desarrollo tecnológico y la aparición de estos nuevos modelos económicos y adopten marcos regulatorios que permitan a estas aplicaciones digitales ingresar el mercado

17 Última Hora, 2019.

18 GERANDIN, 2015.

de transporte individual de personas y competir con los taxis tradicionales. Esto no significa que deban permitir que operen sin regulación alguna; por ejemplo, la seguridad del usuario debe ser una prioridad y requisitos para garantizarla deberían ser considerados.

Todo ello, nos lleva al siguiente punto; si decimos que esta nueva modalidad de transporte en vehículos contratados a través de aplicaciones digitales debe ser regulada para corregir las fallas propias del mercado y salvaguardar los derechos de los consumidores, terceros, y establecer las propias reglas de juego para los prestadores del servicio y sus competidores, ¿bajo qué criterios y principios deberíamos hacerlo? Es este quizás el punto central sobre el cual mayores polémicas y debates se siguen generado.

3. Criterios y principios para regular el servicio de transporte prestado en vehículos contratados a través de aplicaciones digitales

Ahora bien, ¿cuáles son los principios que deberían tenerse presentes una vez que se ha concluido que la regulación es una opción válida? La «*Opinión*» sostiene que, en primer lugar, esta regulación debería respetar los derechos consagrados en la Constitución nacional, en particular, el derecho que tiene toda persona a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de igualdad de oportunidades (libre competencia), y la obligación del regulador de garantizar la libre competencia en los mercados. Además, no permitir la creación de monopolios¹⁹, de asegurarse

19 Constitución de la República del Paraguay (1992), artículo 107.

que en ningún caso primen intereses particulares sobre el interés general²⁰, así como de remover los obstáculos y factores que generen o propicien discriminaciones que atenten contra la igualdad de derechos de las personas²¹, entre los cuales se encuentra el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y en condiciones justas²².

Ortiz Zamora²³ menciona que al tratarse de regular el ejercicio de derechos fundamentales, su interpretación debe ser siempre conforme con los principios *pro homine* y *pro libertatis*, por lo que se debería preferir aquellas intervenciones que supongan la menor restricción de la libertad, en el entendido de que esta es la regla, y la limitación, en cambio, la excepción.

Para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC), la respuesta regulatoria de las autoridades competentes debe enmarcarse en los principios de regulación económica eficiente, en el entendimiento de que:

(...) una actuación alejada de estos principios será un obstáculo para el desarrollo de nuevos modelos de negocio y la operación en el mercado por parte de los nuevos actores, que impedirá el desarrollo y explotación de innovaciones y de ganancias de productividad, lo que generará una pérdida de bienestar para los consumidores y para la sociedad²⁴.

20 Constitución de la República del Paraguay (1992), artículo 128.

21 Constitución de la República del Paraguay (1992), artículo 46.

22 Constitución de la República del Paraguay (1992), artículo 86.

23 ORTIZ Zamora, 2019, p. 647.

24 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2016, p. 7.

A este respecto, resulta oportuno traer a colación la «Guía para la regulación con criterios de competencia²⁵», recientemente publicada por la CONACOM, según la cual una regulación solo será eficiente, y por tanto justificada, en la medida en que atienda a: los principios de necesidad, proporcionalidad, neutralidad, transparencia, claridad y consistencia.

Principio de necesidad, la norma debe estar dirigida a mitigar o corregir fallas de mercado o a lograr un objetivo de interés general que el mercado no logra satisfacer por sí solo²⁶. Por tanto, el principio de necesidad requiere, en primer lugar, que los objetivos perseguidos por la norma estén claramente identificados²⁷; en segundo lugar, el análisis de si dichos objetivos son admisibles y, finalmente, si con la norma tales objetivos se cumplirán efectivamente.

Principio de proporcionalidad, la norma debe ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de los fines enunciados, en el sentido de que no existen otras medidas o disposiciones alternativas que generen menos distorsiones en el mercado.

Principio de neutralidad o de no discriminación, la norma no debería otorgar ventajas competitivas a ciertas empresas en detrimento de otras. A este respecto, como una muestra en sentido contrario de lo que manda el principio de neutralidad, la «Opinión» llama la atención respecto de cómo la propuesta de ordenanza del municipio de Ciudad del Este, el segundo en importancia del país,

25 Comisión Nacional de la Competencia, 2023.

26 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, s.f., p. 13.

27 DEL GUAYO Castiella, 2017, p. 144.

expresamente en su exposición de motivos, señalaba que, ante la situación planteada, se hacía necesaria e imperiosa la regulación (...) «de esta nueva modalidad laboral que aflora con mucho ímpetu en esta nueva era del mundo digital (...) a fin de precautelar los derechos adquiridos por los taxistas que desde hace años vienen trabajando en el sector» (...).

Principio de transparencia, se impone al regulador la obligación de (i) posibilitar el acceso sencillo, universal y actualizado a los documentos que sirven de base a su proceso de elaboración; (ii) definir claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el considerando, preámbulo o exposición de motivos de la norma; y (iii) promover la participación en el proceso de elaboración de los potenciales destinatarios de la norma²⁸.

Además, en particular con el tema que nos ocupa, como se apunta en la «*Opinión*», se debería evitar que la normativa genere cargas excesivas para los operadores, que restrinjan su ingreso y participación en el mercado, o supongan costos regulatorios innecesarios o excesivos a las plataformas o usuarios, más aún, teniendo en cuenta que los usuarios prestadores del servicio a través de estas plataformas suelen ser personas físicas.

La Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos de América, por su parte, ha emitido sus recomendaciones con relación a los principios para la regulación de industrias en proceso de innovación²⁹. Estas son: (i) determinar si existe justificación

28 DEL GUAYO Castiella, 2017, p. 147.

29 Federal Trade Commission, 2014.

de políticas públicas para regularlos; (ii) si es necesaria una regulación, esta debe ser flexible para permitir la innovación y la entrada de nuevos competidores a los mercados; (iii) el objetivo de toda regulación debe ser la seguridad de conductores y pasajeros, incluyendo consideraciones con respecto de datos personales, remarcando finalmente que la regulación no debe favorecer a un grupo de competidores o imponer cargas regulatorias innecesarias a otros.

En sentido concordante, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Illinois, de los Estados Unidos de América, sentenció que el argumento de que no imponer las mismas cargas regulatorias que rigen para los taxis a los vehículos de transporte privado contratados a través de plataformas digitales, es discriminatorio y atenta contra la igualdad ante la ley es en realidad contrario a la libre competencia en los mercados; que, de hecho, lo que el regulador debe asegurar es que las cargas regulatorias impuestas a uno u otro servicio sean las adecuadas de acuerdo a las características propias del mismo, y que estas no sofoquen a la competencia. Al contrario, deben alentarla. Además, la corte señaló que hay suficientes diferencias entre el servicio del taxi y el prestado previa contratación a través de plataformas digitales, lo cual justifica la diferencia en el esquema regulatorio³⁰.

Geradin³¹ opina lo mismo, al decir que el marco regulatorio debería

30 Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago, 7 octubre 2016, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. Decisión (Estados Unidos).

31 GERADIN, 2015.

La traducción es propia.

ser adaptado para permitir a los servicios de transporte contratados por aplicaciones digitales operar legalmente y competir justamente con el servicio de taxi. Finalmente, coincidimos con la CNMC en cuanto que la respuesta regulatoria a los nuevos modelos de economía colaborativa debe estar basada únicamente en el interés general, y no en la rutina, los supuestos derechos adquiridos o el interés particular de determinados grupos de operadores económicos, incumbentes o nuevos entrantes.

4. Principales restricciones identificadas por la CONACOM y Pro-Competencia en los marcos normativos propuestos por las autoridades reguladoras del Paraguay y la República Dominicana

Atendiendo a los principios señalados, la «*Opinión*» de la CONACOM entró al análisis crítico de las ordenanzas municipales vigentes en la ciudad de Asunción (capital) y en los proyectos de ordenanzas de los municipios de Ciudad del Este y San Lorenzo, en las que identificó disposiciones restrictivas a la competencia, tales como: la limitación territorial al municipio que otorga la licencia para el ejercicio de la actividad; la prohibición de alzar pasajeros a 100 metros a la redonda de paradas de taxis; la limitación del número de licencias por persona con el claro objetivo de evitar la formación de flotas; la prohibición de que un mismo vehículo pueda ser utilizado por más de un permisionario o que solo el propietario del vehículo pueda ser conductor del mismo; la obligación de contar con una licencia especial, años de experiencia previa y requisitos de edad mínima para hacerse conductor prestador del servicio; antigüedad

máxima de vehículos y tarifas reguladas por la autoridad municipal.

Por su parte, el «*Informe*» de Pro -Competencia , en su análisis de la normativa propuesta por el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, identificó las siguientes disposiciones restrictivas de la competencia: el establecimiento de distancias mínimas que deben mantener los prestadores del servicio de transporte de pasajeros contratados mediante plataformas móviles respecto del área donde prestan el servicio los taxis tradicionales o de los hoteles; el requisito de contar con una licencia profesional de conducir; la suspensión de las autorizaciones para nuevas empresas de redes de transporte que pretendan abrir el mercado para prestadores de servicio de transporte privado de pasajeros a través de plataformas tecnológicas; la fijación de una distancia mínima entre los establecimientos comerciales de los prestadores del servicio; la limitación de la cantidad de licencias de operación en relación con la cantidad de habitantes; el establecimiento de la obligación de que los vehículos deban estar pintados de un color particular; la fijación de las tarifas por parte de la autoridad reguladora; el establecimiento de la obligación de informar a la autoridad de aplicación de las presuntas rutas a operar y sobre la capacidad financiera y organizacional.

Como puede apreciarse, son varias de las disposiciones restrictivas de la competencia esencialmente idénticas que fueron señaladas, tanto por la autoridad paraguaya como por la autoridad dominicana de competencia; y, aunque en esta sede no vamos a ocuparnos de los argumentos expuestos en los documentos emitidos por estas

para fundar la ausencia de justificación de aquellas, si queremos referirnos particularmente a una, que renueva vigencia, a propósito de la reciente Sentencia del TJUE: la restricción para el acceso al mercado mediante la limitación de licencias.

**5. Restricciones para el acceso al mercado: *numerus clausus*.
La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), *Prestige and Limousine, S.L., C-50/21, de 8 de junio de 2023***

Recientemente se ha hecho pública la Sentencia recaída en el asunto *Prestige and Limousine, S.L., C-50/21*, de 8 de junio de 2023 en la que la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se expidió respecto de una petición de decisión prejudicial plantada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (España). En el contexto de un litigio entre *Prestige and Limousine, S.L. (P&L)*, que ofrece servicios de arrendamiento de vehículos de turismo con conductor (VTC) y el Área metropolitana de Barcelona (AMB), en relación con la validez del Reglamento de ordenación de la actividad de transporte urbano, discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas, que circula íntegramente en el ámbito del area metropolitana de Barcelona.

El reglamento aprobado por el Consejo Metropolitano del área metropolitana de Barcelona, en sesión de 26 de junio de 201832, que exige la obtención de una licencia para prestar servicios de VTC en la conurbación de Barcelona y limita el número de licencias

32 Área metropolitana de Barcelona, 2017.

de servicios de VTC a una por cada treinta licencias de taxis tradicionales otorgadas por dicha autoridad; más específicamente, si la referida norma constituye o no una restricción a la libertad de establecimiento, en los términos del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como puede leerse en la *Sentencia*, P&L y otras catorce empresas que ya prestaban servicios de VTC en la zona, con anterioridad a la adopción del «Reglamento», entre las que se encuentran empresas vinculadas a plataformas internacionales en línea, consideran que, a la vista de las limitaciones y restricciones que les impone el «Reglamento», (...) «el único objetivo de la adopción de este era obstaculizar la actividad de tales empresas, con el único fin de proteger los intereses del sector de los taxis», por lo que solicitan al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que declare nulo de pleno derecho el referido «Reglamento». El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) parte señalando que los taxis y los VTC compiten entre sí en el servicio de transporte urbano de viajeros, es decir, que participan del mismo mercado relevante.

Según el TSJC, las justificaciones del «Reglamento» aducidas por el AMB se basan, en: primer lugar, en el hecho de que los servicios de VTC suponen un riesgo para la viabilidad económica de los servicios del taxi, les hacen una competencia desleal y traen consigo un uso intensivo de las vías de comunicaciones. En segundo lugar, en que el número actual de licencias metropolitanas de taxi tradicionales, concedidas por el AMB ya son suficientes para atender las necesidades de la población y para garantizar la

rentabilidad de la actividad de taxis. Por último, el AMB insiste en la necesidad de proteger la sostenibilidad ambiental.

No obstante, según el TSJC, las consideraciones económicas relativas a la situación de los taxis no pueden servir de justificación de las medidas incluidas en el «Reglamento». Además, siempre según el TSJC, en cuanto a las consideraciones relativas al uso de las vías de comunicación, el AMB no ponderó la eventual disminución del uso del vehículo privado que podrían resultar de los servicios de VTC. Añade que, los VTC están obligados a disponer de local de aparcamiento y no pueden recoger pasajeros en la vía pública, ni tampoco estacionarse en la misma a la espera de clientes. Añade que, asimismo, las consideraciones medioambientales obvian las técnicas existentes, susceptibles de garantizar un servicio con vehículos apenas o nada contaminantes e insiste en que se califica a la del taxi como flota «limpia», sin que se señale el porqué de no hacer extensiva esa consideración a la flota de VTC; para concluir en que el propósito esencial del AMB parece haber sido, más bien, preservar o proteger los intereses del sector de los taxis.

En este marco el TJUE parte recordando que, según reiterada jurisprudencia, deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban el ejercicio de la libertad de establecimiento lo obstaculicen o le resten interés; por lo que, la limitación del número de licencias de servicios de VTC, a una por cada treinta licencias de servicios de taxi, debe calificarse de restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto restringe

el número de prestadores de servicios de VTC³³.

El TJUE sostiene que tales restricciones a la libertad de establecimiento únicamente podrían admitirse a condición, en primer lugar, de estar justificadas por una razón imperiosa de interés general y, en segundo lugar, de respetar el principio de proporcionalidad, es decir, que sean apropiadas para garantizar, de forma congruente y sistemática, la realización del objetivo perseguido y que no vayan más allá de lo necesario para su consecución³⁴.

5.1 Razones imperiosas de interés económico general

Respecto del primero de los extremos, la eventual razón de imperioso interés general, el TJUE parte afirmando, en primer lugar, que el objetivo de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público de una conurbación, por un lado, así como el de protección del medio ambiente, por el otro, podrían constituir razones imperiosas de interés general.

En segundo lugar, sin embargo, también afirma que, según reiterada jurisprudencia, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general que justifique una restricción a una libertad fundamental garantizada por el tratado, en este caso, la libertad de establecimiento; por lo que, en el asunto bajo análisis, el objetivo de garantizar la viabilidad

33 Asunto C-50/21, Tribunal de Justicia (Sala Primera), 8 junio 2023, Sentencia (Unión Europea), apartado 61.

34 Asunto C-50/21, Tribunal de Justicia (Sala Primera), 8 junio 2023, Sentencia (Unión Europea), apartado 64.

económica de los servicios de taxi tradicional debe considerarse un motivo de carácter puramente económico que no puede constituir una razón imperiosa de interés general. De donde concluye que el objetivo de garantizar la viabilidad económica de los servicios de taxi tradicional no puede invocarse como razón imperiosa de interés general, en particular, la preservación de un equilibrio entre las dos formas de transporte urbano de que se trata en el litigio principal, ni una proporción entre las licencias de servicios de VTC y de servicios de taxi, consideraciones ambas de carácter puramente económico³⁵.

En tercer lugar, sigue diciendo el TJUE, estas apreciaciones no pueden ponerse en duda por el hecho de que los servicios de taxi se califican en el Derecho español como servicio de interés general; ya que, por una parte, el objetivo perseguido por una medida que restringe la libertad de establecimiento debe constituir, como tal, una razón imperiosa de interés general sin que la calificación de ese objetivo en el Derecho nacional pueda influir en la apreciación que debe realizarse al respecto; y, por la otra, que ningún elemento pone de manifiesto que los prestadores de servicios de taxi que ejercen su actividad en la conurbación de Barcelona se encarguen de la gestión de un servicio de interés económico general, ni que la ausencia de restricción a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios de VTC fuera a impedir, de hecho o de derecho, el cumplimiento de una misión específica de servicio público confiada a dichos prestadores de servicios de taxi.

35 Asunto C-50/21, Tribunal de Justicia (Sala Primera), 8 junio 2023, Sentencia (Unión Europea), apartados 70 a 72.

Además, el TJUE reafirma que incluso las empresas que gestionen servicios de interés económico general están sometidas a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada; de donde se desprende que, las excepciones a la libertad de establecimiento, solo están permitidas si fueran necesarias para el cumplimiento de la misión específica confiada a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general.

En este contexto, el TJUE concluye a este respecto que, el hecho de que la actividad de servicios de taxi presente la característica de estar intensamente regulada, en la medida en que dichos servicios están sujetos, en particular, a: cuotas de licencias, a tarifas reguladas, a una obligación de transporte universal y a accesibilidad para las personas con movilidad reducida; y que, por tanto, estén considerados, en particular por el AMB, como un servicio de interés general que merece ser preservado, en cuanto que elemento importante de la organización general del transporte urbano de la conurbación de Barcelona, no permite demostrar que el interés de esa actividad posea características específicas respecto al de otras actividades económicas, ni que se haya confiado a los prestadores de servicios de taxi una misión específica de servicio público mediante actos del poder público suficientemente precisos en este sentido.

En cuarto lugar, el TJUE sostiene que, si bien es cierto que la regulación de los servicios de taxi persigue, en particular, garantizar la calidad, la seguridad y la accesibilidad de los servicios de taxi

en beneficio de los usuarios, resulta, en cambio, que las medidas controvertidas en el litigio principal no persiguen, por sí mismas, esos objetivos.

Con base en todo lo expuesto, el TJUE concluye que, para justificar, en el caso bajo análisis, las medidas controvertidas solo pueden invocarse, como razones imperiosas de interés general, los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público, por una parte, y de protección del medio ambiente, por otra.

6. Proporcionalidad

En relación con el requisito de proporcionalidad, el TJUE parte afirmando que durante el procedimiento no ha quedado de manifiesto ningún elemento que permita demostrar que la medida de limitación de las licencias de servicios de VTC a una por cada treinta licencias de servicios de taxi sea idónea para garantizar la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público, así como de protección del medio ambiente.

En tal sentido, para el Tribunal los argumentos que sostienen (i) que los servicios de VTC reducen el recurso al automóvil privado; (ii) que carece de coherencia invocar problemas de estacionamiento en las vías públicas del AMB cuando el *Reglamento* obliga a las empresas que ofrecen servicios de VTC a disponer de su propio estacionamiento y a no estacionar sus vehículos en las vías públicas; (iii) que los servicios de VTC pueden contribuir a alcanzar el objetivo de una movilidad eficaz e integradora, por su nivel de digitalización y la flexibilidad en la prestación de servicios, como

una plataforma tecnológica accesible a los invidentes, y (iv) que la normativa estatal fomenta el recurso a vehículos que utilizan energías alternativas para los servicios de VTC, no han quedado desvirtuadas ni por el AMB ni por el Gobierno español.

A este respecto, el tribunal recuerda que, en respuesta a una pregunta formulada al Gobierno de España, este manifestó que no tenía conocimiento de la existencia de algún estudio del impacto de la flota de VTC en el transporte, el tráfico, el espacio público y el medio ambiente en la conurbación de Barcelona, ni de ningún estudio que contemplara los efectos de la normativa introducida por el *Reglamento* sobre la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público, así como de protección del medio ambiente; por lo que, la limitación de las licencias de servicios de VTC a una por cada treinta licencias de servicios de taxi no parece apropiada para garantizar la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público.

En efecto, para el Tribunal, por una parte, no puede descartarse que un posible impacto de la flota de los VTC en el transporte, el tráfico y el espacio público no pueda limitarse adecuadamente a través de medidas menos restrictivas, como medidas de organización de los servicios de VTC, limitaciones de estos servicios durante determinadas franjas horarias o incluso restricciones de circulación en determinados espacios; y, por otra parte, tampoco puede excluirse que el objetivo de protección del medio ambiente no pueda alcanzarse con medidas menos lesivas para la libertad de

establecimiento, como límites de emisión aplicables a los vehículos que circulan por esa conurbación.

7. Lo que a este respecto han apuntado Pro-Competencia y la CONACOM.

El *Informe* de Pro-Competencia analizó la cuestión de la limitación en el número de licencias de operación contemplado en el *ut supra* referido proyecto de Normativa Técnica señalando que el objetivo buscado por la norma es sujetar el número de licencias a un límite cuantitativo que atienda a factores de planificación como son la oferta y la demanda existente y la garantía de suficiente rentabilidad.

Por su parte, si bien, en las propuestas de regulación del servicio de transporte individual de pasajeros contratado mediante aplicaciones móviles analizadas en la *Opinión*, no se identificó esta limitación, la misma también fue analizada por la CONACOM.

En este sentido, la *Opinión* destaca que las justificaciones tradicionales para la restricción de la oferta del servicio de transporte individual de pasajeros contratados por aplicaciones móviles, como también ha puesto de manifiesto la Sentencia del TJUE, suelen referirse a la existencia de externalidades negativas asociadas a la polución y congestión de la vía pública, a una menor productividad como consecuencia de un exceso de oferta en el mercado y al interés de garantizar un determinado nivel de servicio.

Sin embargo, como apuntó la autoridad dominicana de competencia, al establecer restricciones a la entrada se reduce inmediatamente las condiciones de rivalidad en el mercado y se limita el ejercicio del

derecho a la libre empresa y a la libre competencia, en la medida en que se acerca más la estructura de mercado al oligopolio en lugar de modelos competitivos. El efecto será la reducción del número de operadores y, por tanto, también la disminución de las posibilidades de elección de los consumidores, quienes tendrán menos prestadores del servicio entre los cuales elegir.

Pro-Competencia llama también la atención al hecho de que al limitar la cantidad de competidores en un mercado se promueve la existencia de mayores riesgos de colusión en el mismo; al tiempo de que la limitación en la cantidad de competidores también fortalecerá el poder de mercado de los prestadores existentes en el mercado.

Contrariamente, sigue diciendo el *Informe* de la autoridad dominicana, la libertad de entrada al mercado aumenta la oferta, reduce los tiempos de espera y conduce a la reducción de precios y contribuye a las mejoras de eficiencias que reducen los costos de operación. En la línea de lo señalado en la Sentencia del TJUE, Pro-Competencia también sostiene que, la eliminación de la restricción llevaría al abaratamiento del costo del servicio frente a otros medios de transporte, incluido el uso del vehículo privado, lo que promoverá un aumento de la demanda y a su vez contribuirá a reducir la congestión y la contaminación ambiental.

Por su parte, la CONACOM, en su *Opinión* ha dejado sentado que la limitación del número de licencias es una importante barrera que imposibilita el acceso al mercado de nuevos operadores, dejando sin presión competitiva a los ya establecidos; además de que el número limitado de licencias también favorece que las mismas adquieran un

valor económico en un mercado secundario que puede desvirtuar notablemente el objetivo principal del servicio, sacándole el foco a lo que realmente necesita el usuario.

Conclusiones

La primera conclusión, no cabe duda, debe ser que la sentencia del TJUE que nos sirve de excusa para retomar el tema, viene a reafirmar que, tanto la autoridad dominicana, como la paraguaya, han actuado con madurez a la hora de expresar sus opiniones técnicas respecto de la cuestión planteada: los argumentos expuestos, tanto por Pro-Competencia como por la CONACOM, son esencialmente los mismos que los señalados por el TJUE.

En segundo término, respecto de los criterios bajo los cuales habría que analizar la limitación de licencias, cabe destacar, como afirma Gabriel Domenech³⁶, siguiendo al TJUE, habrá que partir de un concepto amplísimo de lo que debe entenderse por libertad de establecimiento y, en consecuencia, también del ámbito de protección de este derecho frente a la acción del Estado.

En este marco, la limitación del número de licencias de servicios de transporte individual de personas contratado mediante aplicaciones móviles, únicamente podría ser admisible, por una parte, si estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, es decir, cuando se haya acreditado que esa medida sea apropiada para garantizar, de forma congruente y sistemática, la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio

36 DOMENECH (2023).

público, así como de protección de su medio ambiente; y, por otra parte, cuando se ajustare al principio de proporcionalidad, es decir, que la citada medida no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

La referida restricción no aparece como la más apropiada ni necesaria para alcanzar los objetivos señalados: por una parte, porque, no solo no ha quedado demostrado que la existencia de estos servicios podría favorecer la congestión del tráfico y afectar negativamente al medio ambiente, sino que, antes bien, incluso podrían contribuir a reducir tal congestión y, por tanto, favorecer la protección del medio ambiente; y, por otra, porque podrían identificarse medidas regulatorias menos restrictivas.

Finalmente, como señala Gabriel Domenech³⁷, en cualquier caso, corresponde al Estado acreditar la proporcionalidad de las limitaciones de la libertad de establecimiento para poder imponerlas.

37 DOMENECH (2023).

Bibliografía

ABC Color. (22 abril 2019). *Rechazan amparo de taxistas contra Muv*. <https://www.abc.com.py/nacionales/rechazan-amparo-de-taxistas-1770285.html>.

ABC Color. (29 agosto 2023). *Roque Alonso levanta prohibición a Uber y taxistas se declaran en guerra*. <https://www.abc.com.py/nacionales/2019/07/08/roque-alonso-levanta-prohibicion-a-uber-y-taxistas-se-declaran-en-guerra/>.

ABC Color. (22 enero 2020). *Taxistas hacen operativo corralito contra Uber y Muv*, <https://www.abc.com.py/este/2020/01/22/taxistas-hacen-operativo-corrallito-contra-uber-y-muv/>.

ABC Color. (22 abril 2019). *Taxistas plantean amparo para prohibir MUV*. <https://www.abc.com.py/nacionales/taxistas-piden-amparo-para-prohibir-muv-1769127.html>.

Área Metropolitana de Barcelona. (9 julio 2018) *Aprovació definitiva del Reglament m. dels serveis urbans de transport discrecional de viatgers que realitzen els vehicles de turisme de lloguer amb conductor/a (VTC) (castellà)*. <https://bop.diba.cat/anuncio/653932/aprovacio-definitiva-del-reglament-m-dels-serveis-urbans-de-transport-discrecional-de-viatgers-que-realitzen-els-vehicles-de-turisme-de-lloguer-amb-conductor-a-vtc-castella-area-metropolitana-de-barcelona>.

Asunto C-50/21, Tribunal de Justicia (Sala Primera), 8 junio 2023, Sentencia (Unión Europea). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D5C607E301C0D3BF2D02B9185DCC0486?text=&docid=274412&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1650424>

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. (9 noviembre 2021) *Informe PR-IN-2021-0719*. https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/observaciones-de-pro-competencia-sobre-normativa-tecnica-del-servicio-de-transporte-en-taxis-puesto-en-consulta-publica-abreviada/.

Comisión Nacional de la Competencia. (2023). *Guía para la regulación con criterios de competencia*. <https://drive.google.com/file/d/1Lca7n1IN701sAF10itI3sSV-FzsFNK8C/view>.

Comisión Nacional de la Competencia. (enero 2021) *Opinión D/RD N° 1/2021*. https://drive.google.com/file/d/1VVSYPpQ_Ix4n-fV4M8FvsmzWlIttY84p/view.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (marzo 2016). *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (Resultados preliminares E/CNMC/004/15, marzo de 2016)*.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (s.f.). *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Módulo IV, 9ª edición.

Constitución de la República del Paraguay (1992).

CRESPO, Y. (2016) *Uber v. Regulation: «Ride-Sharing» Creates a Legal gray area*. *University of Miami Business Law Review*, 25(1).

DEL GUAYO Castiella, Í. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.

DOMENECH, G. (2023). *En Luxemburgo sí hay jueces. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de los VTC* [Comentario en la página web Hay Derecho]. <https://www.hayderecho.com/2023/06/26/en-luxemburgo-si-hay-jueces-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-en-el-caso-de-los-vtc/>.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015) *La Regulación de la economía colaborativa (El caso Uber contra el taxi)*. *Revista Ceflegal*, 175-176.

Federal Trade Commission. (2014). *Comentarios de la Oficina de Competencia y Economía de la FTC con respecto a la propuesta de Ordenanza No. 02014-1367 de la Intendencia de la ciudad de Chicago*. https://www.ftc.gov/system/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-comment-honorable-brendan-reilly-concerning-

chicago-proposed-ordinance-o2014-1367/140421chicagoridesharing.pdf.

GERANDIN, D. (2015). *¿Debería permitirse a Uber competir en Europa, y si es así, cómo?*. [Comentario en la página web *Competition Policy International*]. <https://www.competitionpolicyinternational.com/should-UBER-be-allowed-to-compete-in-europe-and-if-so-how/>.

Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago, 7 de octubre de 2016, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. Decisión (Estados Unidos).

La Clave. (2020). *Muv y Uber tienen luz verde en CDE y Prieto promete ayuda a los taxistas*. <https://www.laclave.com.py/2020/01/27/muv-y-uber-tienen-luz-verde-en-cde-y-prieto-promete-ayuda-a-los-taxistas/>.

Ley N° 1034/83 del Comerciante (16 diciembre 1983). <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/2538/del-comerciante>.

Ley 1294/98 de Marcas (6 de agosto de 1998). <https://www.una.py/wp-content/uploads/2021/01/Ley-1294-de-Marcas.pdf>.

Ley N° 3966/2010 Orgánica Municipal (8 febrero 2010). Gaceta Oficial N° 28 del 10 de febrero de 2010. <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/969/ley-n-3966-organica-municipal>.

MUV. (22 enero 2020). *Comunicado acerca de las retenciones arbitrarias en CDE*. https://twitter.com/app_muv/status/1220152811209609216/photo/1.

ORTIZ ZAMORA, L. (2019) La regulación de Uber: un enigma. *Anuario Iberoamericano de Regulación: Hacia una regulación inteligente*.

Página 12. (1 octubre 2020). *Uber logró un fallo favorable de la Justicia pero la Ciudad asegura que sigue siendo ilegal*. <https://www.pagina12.com.ar/295830-uber-logro-un-fallo-favorable-de-la-justicia-pero-la-ciudad->.

Última Hora. (13 julio 2019). *Amparo contra taxistas a favor de Uber y Muv*. <https://www.ultimahora.com/amparo-contra-taxistas-favor-uber-y-muv-n2831372.html>.

Última Hora. (19 julio 2019). *Conceden amparo a favor de Muv y Uber*. <https://>

www.ultimahora.com/conceden-amparo-favor-muv-y-uber-n2832831.html.

Última Hora. (29 agosto 2023). *Mariano Roque Alonso prohíbe servicios de Uber y Muv*. <https://www.ultimahora.com/mariano-roque-alonso-prohibe-servicios-uber-y-muv-n2829847.html>.

La intervención de los Estados en los mercados a través de las ayudas públicas: efectos en la competencia y regímenes de control

Juan Luis Crucelegui Garate¹

Resumen

Las ayudas públicas concedidas a las empresas constituyen un instrumento fundamental de política económica para coadyuvar al desarrollo económico de cualquier país. La existencia de fallas de mercado, la necesidad de financiar determinados sectores o actividades económicas o la intervención en casos de crisis económicas o de otro carácter que inciden negativamente en los mercados, forman parte esencial de los programas de desarrollo económico de los gobiernos. No obstante, los efectos de las ayudas públicas pueden ir más allá de los objetivos iniciales y pueden transgredir y falsear la competencia en los mercados.

La adopción de reglas que permitan una intervención eficaz de las autoridades de competencia en la concesión de ayudas públicas es pertinente y necesaria. Es preciso establecer un cierto control y dar atribuciones a estas autoridades para que los criterios en la concesión

¹ Jefe de Capacitación y de Servicios consultivos del Departamento de Políticas de Competencia y de Protección del Consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). Las opiniones expresadas en el presente trabajo son personales del autor y no cabe atribuir las al organismo en el que presta sus servicios.

de ayudas sean eficientes. Actualmente existen reglas de control en el ámbito internacional, regional y nacional que exponemos de forma sintética en el presente artículo.

Palabras clave: Ayudas públicas, subvenciones, política de competencia, procedimiento de control, eficiencia económica

Abstract

State aid granted to enterprises is a fundamental instrument of economic policy to support the economic development of any country. The existence of market failures, the need to finance certain sectors or economic activities, or intervention in cases of economic or other crises that have a negative impact on markets, form an essential part of governments economic development programmes. However, the effects of state aid may go beyond the initial objectives and may infringe and distort competition in markets.

The adoption of rules allowing effective intervention by competition authorities in the granting of state aid is both relevant and necessary. It is necessary to establish a certain degree of control and to give powers to these authorities so that the criteria for granting aid are efficient. There are currently control rules at the international, regional and national level, which are summarised in this article.

Key words: Publics aids, subsidy, politic of competition, control procedure, economic efficiency

1. Consideraciones previas e introductorias

El tema que abordo en esta publicación es de singular relevancia tanto desde la perspectiva del Derecho Administrativo como del Derecho de la Competencia, en momentos de especial trascendencia, tras la crisis provocada por la pandemia de la Covid-19, las consecuencias de la guerra de Ucrania, el momento de transición energética en la que estamos inmersos debido al cambio climático y la necesidad de facilitar el proceso de digitalización de las economías, para no perder el tren del progreso.²

Con el fin de tratar este tema de forma clara, comprensible y completa, iniciaremos el artículo exponiendo una serie de conceptos básicos como es el concepto de ayuda pública, las diferentes formas que puede adoptar, sus usos y acepciones, el substrato económico en el que se asienta y los diversos ámbitos normativos que regulan el control de su concesión. Posteriormente, analizaremos el control en el ámbito multilateral cuyo principal protagonista es la Organización Mundial de Comercio (por sus siglas, la OMC o WTO); el ámbito de la Unión Europea que constituye el régimen más desarrollado de la dimensión regional en el control de las ayudas públicas o ayudas de Estado y finalmente el nacional, en referencia al reciente marco regulatorio adoptado en el Reino Unido, tras el Brexit. En este apartado abordaremos también los sistemas español y dominicano

² Constituye para mí un honor y una satisfacción atender a la amable invitación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Dominicana (Pro-Competencia) y en particular de su presidenta, sra. María Elena Vásquez Taveras, a participar en la primera edición del anuario dominicano sobre Libre y Leal Competencia.

dado que tanto la ley española de 2007 como la ley de la República Dominicana de 2008 incorporaron algunas disposiciones referentes a esta vertiente de la política de competencia.

En el análisis de las ayudas abordaremos los tres niveles normativos a los que hemos hecho referencia en las reglas recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y en el Derecho derivado cuyo desarrollo y aplicación constituyen un buen ejemplo de la capacidad de adaptación de unas reglas sencillas en su redacción, a las diversas circunstancias que se suceden en los mercados.

En efecto, la importancia que otorgamos a la regulación europea es doble, ya que por un lado constituye un sistema de control «ex ante» basado en la prohibición de conceder ayudas públicas contrarias e incompatibles con el funcionamiento del mercado interior europeo, de acuerdo con el contenido del artículo 107.1 del TFUE. Por otra parte, es un sistema de control que ofrece una importante flexibilidad sobre la base de lo dispuesto en los artículos 107.2 y 107.3 TFUE, así como las previsiones del artículo 106 TFUE respecto de los denominados «Servicios de Interés Económico General» (SIEG). Como veremos esta flexibilidad ha permitido a la Comisión Europea, único órgano competente para su aplicación, gestionar la intervención de los Estados miembros en los mercados sin merma de su eficacia.

En los demás ámbitos normativos (internacional y nacional) analizaremos los aspectos más relevantes de las reglas aplicables en el control de las ayudas públicas.

En el ámbito internacional haremos un análisis sobre la aplicación de las reglas establecidas por la OMC en 1994, las cuales se encuentran cuestionadas por sus grandes lagunas que restan su eficacia, dando lugar a diversas iniciativas tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos de Norteamérica para dar solución al problema del control de las ayudas que reciben algunas empresas, en particular cuando gracias a las mismas pueden realizar operaciones de envergadura en jurisdicciones nacionales ajenas a la suya propia.

En el ámbito nacional, expondremos las características de la nueva regulación adoptada en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea. Esta regulación puede servir de referencia a las autoridades nacionales de competencia para establecer mecanismos que les permitan guiar a los gobiernos en la concesión de ayudas públicas, de forma que tanto su objeto como sus efectos reviertan de forma positiva en el interés general e impidan generar distorsiones no deseadas a la competencia. Asimismo, haremos referencia a las normativas española y dominicana de competencia, que incluyen en su parte dispositiva artículos específicos sobre las ayudas públicas.

Finalizaremos con unas consideraciones finales sobre el importante papel que las autoridades de competencia deben jugar en la concesión de ayudas públicas, teniendo en cuenta su conocimiento sobre las condiciones de los mercados y su capacidad de análisis sobre los efectos perversos que las ayudas públicas pueden producir en los mercados si su concesión no atiende a criterios de eficiencia asignativa.

2 La noción de ayuda pública

Con carácter general, resulta importante definir el término de ayuda pública a efectos de delimitar el alcance y el ámbito de aplicación de las normativas que regulan el control de su concesión. A este respecto, siguiendo la doctrina europea lo primero que hay que señalar es que la ayuda pública hace referencia a cualquier ventaja o beneficio que es relevante desde la perspectiva de la competencia cuando favorece a una o determinadas empresas en un sentido muy amplio de su concepción (ayuda selectiva). Siguiendo la doctrina desarrollada en la Unión Europea, el elemento relevante para determinar la existencia de una ayuda pública es la concesión de dicha ventaja o beneficio con cargo a fondos públicos. La forma que puede adoptar la ayuda es muy variable, puede ser una ayuda directa a través de subvenciones, la concesión de préstamos a tipos de interés bajos, la bonificación o la exención del pago de intereses, la bonificación o exención del pago de impuestos, etc. Lo relevante es que exista una disminución de los recursos públicos en beneficio de una o varias empresas que consecuentemente verán parcialmente compensados sus gastos de explotación.³

La imputación de la ayuda al Estado debe entenderse en sentido muy amplio, comprendiendo no solo a las concedidas por la

administración central de un Estado sino también las atribuibles a administraciones territoriales (ayuntamientos, diputaciones, etc.), empresas públicas e incluso empresas privadas que gestionan fondos públicos⁴. Uno de los problemas más importantes que se ha generado en la UE ha sido el de establecer los límites a los Estados miembros cuando actúan en los mercados como inversores. En este sentido el criterio desarrollado por la Comisión europea para determinar si una inversión estatal puede ser considerada como ayuda pública, ha sido el criterio del inversor privado⁵.

En el ámbito internacional las reglas establecidas por la OMC en el acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante, ASMC), utilizan el término subvención para referirse a las ayudas públicas. El ASMC se aplica solamente a las subvenciones concedidas específicamente a una empresa o rama de producción o a un grupo de empresas o ramas de producción (carácter selectivo), y define el término «subvención» y el concepto de «especificidad». En este sentido sólo una medida que sea una «subvención específica» está sujeta a disciplinas multilaterales y puede ser objeto de medidas compensatorias.

El ASMC contiene una definición del término «subvención» que

³ Ver la comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE de 19 de julio de 2016). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719%2805%29&from=ES>

⁴ Respectos a este, resulta interesante mencionar la Sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1993 (C-73/1991, Sloman Neptum) en la que el alto tribunal estableció el criterio del origen público de los recursos como elemento fundamental para otorgar el carácter de ayuda pública a la medida objeto de análisis.

⁵ Según este criterio para que una inversión pública no entre en el ámbito del control de las ayudas públicas, debe atender a criterios de búsqueda de rentabilidad en el sentido que lo haría un inversor privado. Resulta ilustrativa la Sentencia del TJCE de 21 de marzo de 1991, C 305-1989.

incluye tres elementos básicos: i) una contribución financiera, ii) de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un miembro y iii) que otorgue un beneficio. Para que exista subvención, deben reunirse los tres elementos⁶.

A nivel nacional, en el Reino Unido el nuevo régimen de control de subsidios regulado en la Ley de Control de Subsidios de 2022 (*Subsidy Control Act*)⁷, en vigor desde el 4 de enero de 2023, busca proporcionar un marco que permita a las autoridades conceder subsidios de manera eficiente, al tiempo que garantiza que dichos subsidios no distorsionen el mercado interno ni infrinjan los compromisos internacionales del Reino Unido sobre el control de ayudas públicas. Este régimen completa la revisión del enfoque del Reino Unido sobre las subvenciones tras el Brexit y la decisión del Reino Unido de apartarse del régimen de ayudas estatales de la UE. Las nuevas normas se aplican a las subvenciones concedidas por las autoridades del Reino Unido a partir de la mencionada fecha de entrada en vigor de la ley.

La Ley define el término «subvención» como la ayuda financiera que se otorga, directa o indirectamente, con cargo a recursos públicos por parte de una autoridad pública, y que: confiere una ventaja económica a una o más empresas, es específico y afecta o es susceptible de afectar (i) la competencia o la inversión dentro

del Reino Unido; (ii) el comercio entre el Reino Unido y un país o territorio fuera del Reino Unido; o (iii) la inversión entre el Reino Unido y un país o territorio fuera del Reino Unido.

En España, la Ley 15/2007, introdujo disposiciones dirigidas a facilitar la intervención de las autoridades (nacional y autonómicas) en el ámbito de las ayudas públicas, término que utiliza la ley, a través de actividades propias de la promoción o abogacía de la competencia⁸. En este sentido las autoridades que podrán analizar los criterios de concesión de las ayudas desde la perspectiva de la competencia con el fin de emitir informes y dirigir recomendaciones a los poderes públicos.

En la República Dominicana, la ley introdujo en el artículo 15 la facultad de Pro-Competencia de examinar los efectos sobre las condiciones de competencia de los subsidios, las ayudas estatales o incentivos otorgados a empresa públicas o privadas. En este sentido la ley le permite realizar y dirigir a las administraciones concernidas, informes con recomendaciones motivadas para la modificación o supresión de los subsidios.

3. El efecto económico de las ayudas públicas en el mercado

Una cuestión muy relevante que no se puede desdeñar, con independencia de la forma jurídica que adopte una ayuda pública, es la relativa a los objetivos que persigue y que normalmente se traducen en objetivos de política económica. En este sentido, las

⁶ El acuerdo establece que debe haber una contribución financiera y contiene una lista de los tipos de medidas que constituyen una contribución financiera, por ejemplo: donaciones, préstamos, aportaciones de capital, garantías de préstamos, incentivos fiscales, suministro de bienes o servicios, o compra de bienes.

⁷ *Subsidy Control Act 2022*, 2022 Chapter 23.

⁸ Artículo 11.1 y 5 de la Ley 15/2007. BOE n°159, de 04/07/2007.

ayudas públicas son instrumentos muy relevantes que contribuyen a la consecución de objetivos encomendados a las administraciones públicas. En condiciones normales las ayudas deben dirigirse a resolver fallas de mercado, a financiar la prestación de servicios de interés general o a incentivar la realización de inversiones que favorezcan el desarrollo económico. Desde la perspectiva de la política de competencia, los regímenes de control establecen los criterios que deben tenerse en cuenta para que las ayudas sean consideradas compatibles con un sistema de libre competencia. En general es necesario acreditar que las ayudas son necesarias y proporcionales a los objetivos, además deben tener un efecto incentivador que permita a la empresa beneficiaria realizar una inversión que sin la ayuda no hubiese realizado y también es preciso que la concesión de la ayuda tenga una justificación compensatoria que supere los efectos distorsionadores en la competencia.

En ocasiones las ayudas públicas contribuyen a superar circunstancias excepcionales surgidas como consecuencia de acontecimientos extraordinarios. Tal fue el caso en la crisis económica y sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19 que generó problemas sociales y económicos sin precedentes en los últimos tiempos. El papel de las ayudas públicas ha sido esencial para atender necesidades inmediatas e imprevistas en el funcionamiento de muchos sectores de la economía y para acometer la recuperación económica y social.

En el análisis de las ayudas públicas es preciso atender no solo a las características jurídicas y presupuestarias sino a los efectos

económicos en los mercados. Las autoridades encargadas de la aplicación de un sistema de control deben realizar dicho análisis y adoptar una decisión o un dictamen motivado sobre la compatibilidad de la ayuda con la competencia. En caso de falta de conformidad con los principios que regulan la competencia deberán realizar recomendaciones motivadas para llevar a cabo modificaciones necesarias que eviten distorsiones innecesarias.

En el ámbito internacional, el ASMC implica realizar una valoración de los efectos económicos de la ayuda sobre el comercio internacional. En concreto, el artículo tres del ASMC prohíbe dos categorías de subvenciones. Las primeras son las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones («subvenciones a la exportación»). La segunda categoría es la de las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones («subvenciones al contenido nacional»). Estas dos categorías de subvenciones están prohibidas porque se establecen para influir en el comercio y, en consecuencia, es muy probable que tengan efectos desfavorables para los intereses de otros Estados miembros.

En la UE, la Comisión considera que las ayudas de Estado son instrumentos que distorsionan la competencia *per se*⁹. Sin embargo,

9 En la primera encuesta sobre las ayudas estatales en la Comunidad Europea la Comisión afirmaba lo siguiente: «La Comisión considera que las ayudas repercuten de forma directa e inmediata sobre la competencia ya que se dirigen a determinados objetivos, muchas veces de forma selectiva y discriminatoria. Así para favorecer a las empresas beneficiarias de las ayudas es preciso gravar con impuestos al resto de los sectores económicos». Asimismo, en el punto 189 de la Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme

el Tribunal de Justicia se ha mostrado muy prudente cuando ha interpretado esta condición. La jurisprudencia atinente a este concepto exige a la Comisión realizar un análisis sobre los efectos probables de la ayuda sobre la competencia y exprese el resultado de dicho examen junto con los motivos que le han llevado a su conclusión¹⁰.

En definitiva, en la concesión de las ayudas públicas es preciso, no solo atenerse a la normativa desde una perspectiva legal y presupuestaria, sino además analizar el impacto de las ayudas en el funcionamiento competitivo de los mercados o su efecto distorsionador en el comercio internacional, lo cual requiere un análisis económico específico sobre la ayuda a conceder.

4. El control de las ayudas públicas en el ámbito internacional: las reglas de la Organización Mundial de Comercio

4.1 El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias

La necesidad de adoptar unas reglas destinadas al control de las ayudas públicas no es reciente. Es preciso remontarse a los acuerdos del GATT, que ya en su redacción de 1947, pusieron de manifiesto la preocupación de los Estados miembros por establecer un cierto

orden en la concesión de subvenciones estatales¹¹.

En efecto, inicialmente las subvenciones se regularon en los artículos VI y XVI del GATT, dedicados a los derechos *antidumping*, derechos compensatorios y subvenciones. Estas disposiciones han quedado prácticamente invariables hasta la actual versión del GATT de 1994. El artículo VI legitima a las partes contratantes a establecer de forma unilateral compensaciones a las importaciones de productos que se hayan beneficiado de subvenciones. Por su parte el artículo XVI establece una obligación de notificar las ayudas que tienen por objeto incrementar las exportaciones de un producto o a reducir la importación de dicho producto en su territorio.

La actual regulación de las subvenciones se contiene en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante ASMC) de 1994 que incorpora importantes mejoras en la definición del término subvención que hasta el momento había sido una importante rémora en las negociaciones del acuerdo¹².

La importancia de las reglas de la OMC ha aumentado con motivo del Brexit, pues tras la salida del Reino Unido de la UE los litigios que se generen por motivo de la concesión de ayudas públicas y que antes se abordaban aplicando la normativa europea serán sometidas a las reglas ASMC.

En la definición de subvención se incorporan varios elementos a

a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, refiere que «a este respecto, para que se considere que la ayuda falsea la competencia, suele ser suficiente que esta conceda al beneficiario una ventaja liberándolo de los costes propios de su gestión corriente con los que normalmente debería haber cargado».

10 Sentencia de 14 de noviembre de 1984 (Intermills/Comisión), Asunto 323/84

11 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947).

12 Vid. Montaña Mora, M. «El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Uruguay». Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, D-27, 1997, pp. 239-280.

tomar en consideración, inspirados en la regulación europea. Por un lado, es preciso que exista una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público que implique una transferencia directa de fondos (a través de subvenciones, préstamos, aportaciones de capital, garantías públicas, etc.), una condonación, exención o bonificación fiscal o la concesión de bienes o servicios en condiciones preferenciales. Por otro lado, es preciso que haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios de forma que se otorgue un beneficio.

Además, en el artículo dos se recoge el principio de especialidad, que guarda relación con el principio de selectividad propia del derecho europeo. Este principio exige que la ayuda tenga destinatarios o beneficiarios concretos y determinados o determinables. Si una subvención está muy extendida en una economía, se supone que no hay distorsión en la asignación de recursos. Así pues, sólo están sujetas a las disciplinas del ASMC las subvenciones «específicas»¹³.

Finalmente, la definición se complementa con tres tipos de subvenciones que se regulan en los artículos tres al ocho del acuerdo:

13 Hay cuatro tipos de «especificidad» en el sentido del Acuerdo SMC:
 Especificidad en cuanto a la empresa. Un gobierno destina la subvención a una empresa o empresas determinadas.
 Especificidad en cuanto a la rama de producción. Un gobierno destina la subvención a determinado sector o sectores.
 Especificidad regional. Un gobierno destina la subvención a los productos para la exportación o los productos que utilizan insumos nacionales.
 Subvenciones prohibidas. Un gobierno destina la subvención a los productos para la exportación o los productos que utilizan insumos nacionales.

Subvenciones prohibidas: el artículo tres ASMC prohíbe las dos categorías de subvenciones ya mencionadas, esto es, las subvenciones a la exportación y las supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.¹⁴

Subvenciones recurribles: reguladas en los artículos cinco al siete, la mayor parte de las subvenciones, como las subvenciones a la producción, entran en la categoría «recurrible». Las subvenciones recurribles no están prohibidas. No obstante, si tienen efectos desfavorables sobre los intereses de otro Estado miembro pueden ser impugnadas en el marco de la solución de diferencias multilateral o ser objeto de una medida compensatoria¹⁵.

Subvenciones no recurribles: el artículo ocho establece que no serán recurribles las subvenciones que no

14 El alcance de estas prohibiciones es relativamente limitado. Los países desarrollados ya habían aceptado la prohibición de las subvenciones a la exportación de conformidad con el Acuerdo SMC de la Ronda de Tokio, y las subvenciones al contenido nacional del tipo de las prohibidas por el Acuerdo SMC ya eran incompatibles con el artículo III del GATT 1947. Lo más significativo del nuevo Acuerdo en este aspecto es la extensión de las obligaciones a los países en desarrollo de conformidad con las normas de transición, así como el establecimiento en el artículo cuatro del Acuerdo de un mecanismo de solución de diferencias rápido (tres meses) para las reclamaciones relativas a subvenciones prohibidas.

15 Hay tres tipos de efectos desfavorables. En primer lugar, el daño a una rama de producción nacional causado por las importaciones subvencionadas en el territorio del miembro reclamante. Es el único fundamento para la adopción de medidas compensatorias. En segundo lugar, el perjuicio grave. Normalmente, el perjuicio grave es consecuencia de efectos desfavorables (por ejemplo, desplazamiento de las exportaciones) en el mercado del miembro que concede la subvención o en el de un tercer país. Así pues, a diferencia del daño, puede servir de fundamento de una reclamación la lesión de los intereses exportadores de un miembro. Finalmente, la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del GATT de 1994. La anulación o menoscabo surge casi siempre cuando la subvención socava el mejor acceso a los mercados que supuestamente surge de una reducción del arancel consolidado.

sean específicas. Tampoco lo serán, dentro de las condiciones establecidas en dicho artículo, las destinadas a (i) financiar proyectos de investigación realizadas por entidades de enseñanza superior, (ii) asistencia para regiones desfavorecidas situadas en el territorio de un miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional y no específica; y (iii) asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas.

El procedimiento establecido en el acuerdo de 1994 para denunciar aquellas subvenciones contrarias a las reglas de la OMC no es muy efectivo y dista mucho del procedimiento establecido en otras jurisdicciones como es el caso de la UE.

La Parte V del Acuerdo contiene normas detalladas sobre la iniciación y realización de las investigaciones en materia de medidas compensatorias, la imposición de medidas provisionales y definitivas, la utilización de compromisos, y la duración de las medidas. Un objetivo fundamental de estas normas es asegurar la transparencia de las investigaciones, lo que implica que todas las partes interesadas tengan oportunidad plena de defender sus intereses, y que las autoridades investigadoras expliquen correctamente los fundamentos de sus determinaciones¹⁶.

¹⁶ El Acuerdo establece una serie de principios que han mejorado el funcionamiento del sistema de control:

Legitimación. El Acuerdo define en cifras las circunstancias en que hay suficiente grado de

Finalmente, en lo que respecta a las subvenciones, según el artículo 25 del ASMC, los Estados miembros notificarán al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (Comité SMC)¹⁷ todas las subvenciones específicas (en todos los niveles del Gobierno y con respecto a todos los sectores de la producción, incluida la agricultura). Cada tres años se deben presentar notificaciones nuevas y completas y en los años intermedios notificaciones de actualización. Las notificaciones son objeto de un examen detallado y un debate en el Comité SMC. Asimismo, en lo que respecta a los derechos compensatorios, de conformidad con el párrafo seis del artículo 32 del ASMC, todos los miembros deben notificar al Comité SMC sus leyes y reglamentos en materia de derechos compensatorios. Los miembros también deben notificar, cada seis meses, todas las medidas compensatorias adoptadas, y las medidas preliminares o definitivas en el momento de su adopción.

apoyo de una rama de producción nacional para justificar la iniciación de una investigación.

Investigación preliminar. El Acuerdo asegura que se lleve a cabo una investigación preliminar antes de la imposición de medidas provisionales.

Compromisos. El Acuerdo limita el uso de compromisos para solucionar las investigaciones en materia de derechos compensatorios, con el fin de evitar que se establezcan acuerdos de limitación voluntaria de las exportaciones o medidas similares haciéndolos pasar por compromisos.

Extinción. En virtud del Acuerdo toda medida compensatoria será suprimida al cabo de cinco años, salvo que se determine la necesidad de mantenerla para evitar la continuación o repetición de la subvención y del daño.

Revisión judicial. El Acuerdo requiere que los miembros establezcan un tribunal independiente que examine si las determinaciones de la autoridad investigadora están en conformidad con la legislación nacional.

¹⁷ Órgano competente regulado en el artículo 24 del ASMC.

4.2 La necesidad de una reforma en las reglas de la OMC: el Reglamento europeo relativo a las subvenciones extranjeras en el mercado interior

En los últimos años se han emprendido diversas negociaciones dirigidas a fortalecer las reglas establecidas en el ASMC. Se trata de una cuestión de gran importancia que ha generado reuniones de alto nivel sobre todo entre la UE, Estados Unidos y Japón, con el objetivo de mejorar la cooperación multilateral en una serie de áreas clave, en el marco de las competencias transferidas a la OMC. A este respecto, en consideración de las disputas que se han hecho públicas en este ámbito, resultan especialmente elocuentes para entender el trasfondo de los problemas que se plantean, varios casos que de forma paralela enfrentaron a la UE con otros Estados miembros por las ayudas concedidas a importantes empresas de la aviación civil¹⁸.

La preocupación de la Comisión Europea se hizo patente en el periodo de pandemia con la publicación del Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el Mercado Único¹⁹. A través de este documento la Comisión pretendía abrir un debate público que le permitiera recabar opiniones e informaciones de los operadores económicos con el fin de preparar propuestas legislativas en este ámbito y de esta forma cubrir las lagunas normativas que

la Comisión percibía en la aplicación de las reglas del Acuerdo. En este sentido la Comisión recuerda de forma expresa que «las normas de defensa comercial existentes se refieren únicamente a las exportaciones de bienes procedentes de terceros países y, por tanto, no abordan todos los falseamientos causados por las subvenciones extranjeras concedidas por países no pertenecientes a la UE. Cuando las subvenciones extranjeras adoptan la forma de flujos financieros que facilitan las adquisiciones de empresas de la UE, apoyan directamente el funcionamiento de una empresa en la UE o facilitan la presentación de ofertas en un procedimiento de contratación pública, se constata la existencia de una laguna normativa».

Fruto de esta laguna normativa constatada por la Comisión en el Libro Blanco, la UE ha adoptado recientemente un nuevo reglamento²⁰, cuyo objetivo fundamental es evitar que empresas que operen en el mercado único europeo perciban ayudas provenientes de terceros países en contra de las reglas de competencia. Es preciso tener en cuenta, como veremos más adelante, que las ayudas estatales que los Estados miembros conceden a sus empresas nacionales están sometidas a un estricto control por parte de la Comisión Europea. El nuevo reglamento establece un control para las ayudas que provienen de países terceros con el fin de equiparar, dentro de lo posible, el trato que las reglas de competencia dispensan en el ámbito de las ayudas públicas.

18 Vid en especial los casos Airbus y Boeing. Comunicados de la Comisión europea y de la OMC Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2048

Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds316_s.htm

19 European Commission, White Paper on Foreign Subsidies. June 2020.

20 Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo, 14 diciembre 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior. DOUE núm. 330, 23 diciembre 2022.

El Reglamento 2022/2560, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, también conocido como «Reglamento FSR» (por sus siglas en inglés, «*Foreign Subsidies Regulation*»), parte de la idea de que el otorgamiento de subvenciones por parte de países ajenos a la Unión Europea a empresas activas en el mercado europeo puede distorsionar las condiciones efectivas de competencia entre empresas.

En adelante, a partir del 12 de julio de 2023, fecha de entrada en vigor del FSR, las subvenciones extranjeras quedarán sujetas al control de la Comisión Europea, especialmente en dos ámbitos concretos: cuando se concedan para financiar operaciones de concentración por las que se produzca un cambio de control sobre una empresa activa en la Unión Europea, y cuando mejoren la posición de una determinada empresa en procedimientos de contratación pública. En ambos supuestos, el control se activará a partir de determinados umbrales cuantitativos señalados en el Reglamento FSR.

El Reglamento FSR se aplicará a cualquier empresa que desarrolle una actividad económica en el mercado interior (no se excluye ningún sector económico) y que se beneficie de una subvención extranjera que pueda distorsionar el juego de la competencia en el mercado europeo. No se requiere que la empresa en cuestión esté domiciliada en la UE ni que se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro, sino que basta con que realice una actividad económica en el mercado europeo y que se beneficie a tal fin de una subvención extranjera.

En cuanto al concepto de «subvención extranjera», este se configura cuando un país que no tenga la condición de miembro de la UE, realice una aportación directa o indirecta de una contribución financiera a una empresa activa en el mercado europeo y que le confiera una ventaja económica de carácter selectivo²¹.

En cuanto al procedimiento de control, el Reglamento FSR atribuye a la Comisión Europea competencia exclusiva para controlar y corregir las subvenciones extranjeras en el mercado interior. Para ello dispondrá de amplios poderes para investigar *ex officio* las presuntas subvenciones extranjeras que distorsionen el mercado, incluyendo la posibilidad de requerir información a empresas (europeas o extranjeras) y a Estados, e incluso llevar a cabo inspecciones, tanto dentro como fuera de las fronteras de la Unión. En el caso de las inspecciones en el territorio de un tercer país, la Comisión deberá notificar oficialmente al gobierno del país en cuestión y solo realizará la inspección en caso de que no se formulen objeciones.

En materia de ayudas destinadas a la adquisición de empresas europeas, inspirándose en la normativa europea de control de concentraciones, el Reglamento FSR establece una obligación de notificación a la Comisión Europea cuando se superan determinados

21 La noción de subvención extranjera es sustancialmente idéntica al concepto de ayuda de Estado, en la medida en que requiere de las mismas cuatro condiciones fundamentales: (i) la concesión de una ventaja económica, (ii) atribuible directa o indirectamente al poder público (Estado), (iii) de carácter selectivo (esto es, que favorezca específicamente a determinado operador u operadores), y (iv) que pueda afectar a la competencia en el mercado interior.

umbrales de volumen de negocios. Si una operación se encuentra sujeta a notificación por alcanzar los umbrales previstos, la misma no podrá ejecutarse mientras la Comisión examine la operación y las subvenciones recibidas. En este sentido, se encontrarán sujetas a notificación a la Comisión aquellas concentraciones que cumplan las siguientes dos condiciones: (i) que al menos una de las empresas que se fusionen (la empresa adquirida o la empresa en participación) esté establecida en la UE y genere como mínimo un volumen de negocios total – en la UE – de 500 millones de euros; y (ii) que las empresas que intervienen en la operación, en conjunto, hayan obtenido de terceros países, en los tres ejercicios anteriores a la operación, contribuciones financieras por un total de más de 50 millones de euros.

En las subvenciones en procedimientos de contratación pública, se establece, asimismo, un mecanismo de notificación en los casos en que las subvenciones extranjeras pueden alterar el funcionamiento o el resultado de procedimientos de contratación pública, al permitir que un operador económico presente una oferta indebidamente ventajosa en relación con las obras, los suministros o los servicios objeto del contrato. El umbral de notificación exige el cumplimiento de dos condiciones acumulativas. La primera es que el valor estimado del contrato público sea igual o superior a 250 millones de euros. En cuanto a la segunda, la empresa licitadora debe haber recibido, en los tres años financieros anteriores a la notificación, contribuciones financieras extranjeras por un total igual o superior a cuatro millones de euros.

Cabe mencionar que en aplicación del Reglamento FSR, recientemente, se han hecho públicas la denuncia presentada por la Liga de Fútbol Profesional de España ante la Comisión Europea por las ayudas concedidas por el Estado de Qatar al club de fútbol Paris Saint Germain (PSG) que, en su opinión, desvirtúan las reglas de control económico, mejorando su posición competitiva y generando importantes distorsiones en varios mercados nacionales y de la UE²².

5. El control de ayudas públicas en el ámbito supranacional: el sistema de control de ayudas de Estado en la UE

5.1 El marco general

En la UE el control de las ayudas de Estado y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados ha constituido una política clave desde los inicios de la construcción europea. En efecto desde la entrada en vigor de los Tratados constitutivos (en particular del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 1951 las ayudas de Estado han sido objeto de un estricto control por parte de la Comisión Europea con el fin de evitar el falseamiento de la competencia en los mercados. A partir de 1957 con la entrada en vigor del Tratado de Roma (TCEE), la Comisión europea y el Tribunal de Justicia, a través de sus resoluciones, han realizado una labor fundamental para adaptar el control de las disposiciones del Tratado (hoy en día del

²² *id.* Comunicado de La Liga, 12 de agosto 2023. Disponible en: <https://www.laliga.com/es-GB/noticias/laliga-presenta-una-denuncia-contra-el-psg-ante-la-comision-europea>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a las cambiantes circunstancias de los mercados y a los diferentes periodos de crisis que han acechado a sectores económicos.

El control de las ayudas públicas se estableció en el marco del Tratado de la CECA. El sistema de control era muy exhaustivo en el sentido que dejaba poco margen de apreciación a la Comisión europea (la Alta Autoridad en aquellos momentos) y las excepciones a la prohibición eran muy limitadas. Posteriormente, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) estableció un sistema de control más flexible basado en el principio de incompatibilidad de las ayudas con el Tratado en el art. 92.1 del TCEE, (actualmente art. 107.1 del TFUE), pero acompañado de disposiciones que permiten a la Comisión Europea autorizar la concesión de ayudas estatales en determinadas circunstancias previstas en los artículos 92.2 y 92.3 del TCEE (actualmente arts. 107.2 y 107.3 del TFUE).

Los preceptos que regulan la aplicación de esta política se encuentran en los artículos 107 y 108 del TFUE, si bien estas disposiciones se complementan con las reglas especiales previstas para el sector agrícola, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general y sectores relacionados con la seguridad y la defensa.

Las disposiciones previstas en los artículos mencionados se desarrollaron inicialmente a través de textos de *soft law*, esto es, de documentos en los que bajo diferentes denominaciones (cartas, comunicaciones, encuadramientos, etc.), la Comisión exponía como aplicarían las disposiciones del Tratado de acuerdo con los objetivos

a alcanzar en cada caso, bajo la supervisión del Tribunal de Justicia. Esta dinámica de utilizar actos sin fuerza vinculante se debió a la falta de desarrollo de normativa, derivada de la falta de adopción de normas habilitantes por parte del Consejo de ministros²³. Como veremos más adelante, a partir de finales de los años 90, la Comisión pudo establecer marcos reglamentarios para agilizar y dar mayor transparencia a su política de control.

5.3 El principio de incompatibilidad de las ayudas estatales con el mercado interior y sus excepciones

El artículo 107.1 TFUE establece el principio de incompatibilidad de las ayudas con el mercado interior. La aplicación de esta disposición requiere la concurrencia de varias condiciones con independencia de la forma que adopte la ayuda. Por un lado, la ayuda debe ser selectiva y beneficiar a una o varias empresas, en caso contrario, si la medida beneficia a todas las empresas estaríamos en presencia de una medida general que escaparía al control de las ayudas. En segundo lugar, la ayuda debe ser susceptible de falsear la competencia, esto es, dificultar la entrada de competidores en el mercado, aumentar la capacidad productiva o trasladar problemas estructurales de un mercado. Finalmente, como característica

23 En efecto, si bien el Tratado había previsto la posibilidad de que el Consejo adoptase reglamentos habilitantes para que la Comisión pudiera adoptar regulaciones específicas, para acordar exenciones en bloque de determinadas ayudas públicas, en la práctica no lo hizo hasta el año 1999, mediante la adopción del Reglamento (CE) núm. 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DO L 142 de 14.5.1998, p. 1).

específica del sistema europeo, es preciso que la ayuda tenga efectos en el comercio entre los Estados miembros, condición sin la cual la prohibición no sería de aplicación.

Sin embargo, en los apartados posteriores se prevén dos tipos de excepciones a la regla general. Las primeras se refieren a aquellas ayudas que por sus características son compatibles con el Tratado de forma automática en virtud del artículo 107.2. Las segundas se refieren a las ayudas de estado que podrán ser autorizadas por la Comisión, en virtud de lo previsto en el artículo 107.3 TFUE, tras llevar a cabo un análisis de sus efectos para comprobar su compatibilidad con el funcionamiento del mercado interior.

La Comisión dispone de un alto grado de discrecionalidad en el ejercicio de esta política, bajo el control del Tribunal de Justicia. Asimismo, los tribunales nacionales pueden intervenir y declarar la suspensión de las ayudas estatales concedidas a empresas sin haber sido previamente notificadas y aprobadas por la Comisión, salvo que tengan amparo en algún Reglamento de exención por categorías adoptado por la Comisión en el marco del Reglamento (CE) núm. 994/98 del Consejo.

En virtud de las reglas del Tratado y en particular del mencionado Reglamento 994/98 del Consejo, la Comisión europea ha desarrollado una amplia normativa dirigida a facilitar y dar transparencia a su política de control de ayudas de Estado para facilitar la concesión de ayudas a empresas y sectores, y promover actividades (de formación, creación de empleo, I+D, etc.) que sirvan para potenciar su desarrollo sin menoscabo de las condiciones de la competencia.

Actualmente el Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, establece las categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE.

Por otra parte, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 107.2 y 107.3 TFUE, la Comisión puede autorizar las ayudas de urgencia concedidas en determinados periodos, como es el caso en el contexto de crisis económicas. En este sentido cabe mencionar la crisis provocada por la pandemia de la Covid-19 en 2020 y, anteriormente, en la crisis financiera de 2008 que tantos problemas generó en el sector bancario y financiero. Ello es muestra del carácter flexible de estas disposiciones que permiten a la Comisión intervenir en cualquier momento para atajar las crisis y contribuir a la recuperación económica generada.

En estos casos excepcionales la Comisión suele establecer marcos temporales que permiten a los Estados miembros conceder ayudas de urgencia para atajar los efectos de las crisis y contribuir a la recuperación económica. Tal fue el caso en la crisis financiera de 2008 en la que la Comisión facilitó la intervención de los Estados en el sector bancario, y en la crisis sanitaria y económica de la pandemia de la Covid-19.

En esta última, la intervención de la Comisión fue rápida ya que el 19 de marzo de 2020 adoptó el primer paquete de medidas bajo el título de «Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de Covid-19» que posteriormente fue revisada hasta en seis

ocasiones para adaptar la concesión de ayudas a las circunstancias y a la evolución de los efectos de la pandemia en las economías²⁴.

5.3 El procedimiento de control de las ayudas de Estado

El artículo 108 TFUE establece un control ex ante sobre los proyectos de ayuda que los Estados miembros pretenden conceder a sus empresas nacionales y un sistema de control permanente sobre las ayudas concedidas, que le permite intervenir en cualquier momento para establecer modificaciones en su concesión²⁵. La

24 La primera Comunicación sobre las ayudas de urgencia se adoptó el 13 de marzo de 2020. El primer marco temporal se aprobó el 19 de marzo de 2020, que posteriormente se actualizó seis veces. Su plazo de aplicación expiró el 30/06/2022 salvo para las ayudas a la refinanciación (31/12/2023) y a la inversión (31/12/2022).

La Comisión adoptó más de 1350 decisiones y aprobó más de 980 regímenes nacionales de ayuda.

Esta actuación permitió a los Estados miembros intervenir a tiempo en sus economías a través de una flexibilización de las reglas protegiendo el level playing field y mitigando los efectos de la crisis pandémica.

25 Artículo 108 del TFUE. 1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante, lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión

Comisión tiene una competencia exclusiva para decidir sobre la compatibilidad de las ayudas estatales con el mercado interior cuando examine los regímenes de ayudas existentes, cuando adopte decisiones referentes a ayudas nuevas o modificadas y cuando inicie una acción relacionada con la inobservancia de sus decisiones o del requisito de notificación.

Las disposiciones del artículo 108 TFUE no fueron desarrolladas hasta el año 1999 mediante el Reglamento 659/1999 del Consejo, modificado en varias ocasiones, que posteriormente fue codificado por el Reglamento 2015/1989 del Consejo, de 13 de julio de 2015²⁶. El Reglamento 659/1999 consolidó y reforzó la práctica previa de la Comisión de incrementar la seguridad jurídica y apoyar el desarrollo de la política de ayudas estatales en un entorno transparente.

Los Estados miembros están obligados a notificar sus proyectos de ayuda estatal antes de su concesión. Una vez notificada una ayuda o un régimen de ayudas el examen de compatibilidad de la ayuda con el mercado interior se realiza en dos fases. El período de que dispone la Comisión para la conclusión del examen preliminar de

de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

4. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al artículo 109, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado tres del presente artículo.

26 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1589>

las ayudas notificadas debe establecerse en dos meses a partir de la fecha de recepción de la notificación completa o de una declaración debidamente motivada del Estado miembro interesado en la que señala que la notificación es completa, ya sea porque no dispone de la información adicional solicitada por la Comisión o porque aquella ya haya sido facilitada. Por razones de seguridad jurídica, dicho examen debe concluir con una decisión.

En todos aquellos casos en los que, como fruto del examen preliminar, la Comisión no pueda declarar la compatibilidad de una ayuda con el mercado interior, debe iniciarse el procedimiento de investigación formal (plazo de 18 meses) con objeto de que la Comisión pueda obtener toda la información necesaria para valorar la compatibilidad de la ayuda y permitir a las partes interesadas presentar sus observaciones. Tras haber analizado las observaciones presentadas por las partes interesadas, la Comisión debe concluir su examen mediante una decisión final tan pronto como se disipen las dudas existentes²⁷.

Las ayudas que hayan sido concedidas sin haber sido notificadas previamente a la Comisión o sin amparo en un reglamento de exención son ilegales y consecuentemente su concesión debe ser suspendida hasta que la Comisión se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado interior.

En caso de ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior, debe restablecerse la competencia efectiva. Para ello es necesario

²⁷ En el caso de que no se concluya el examen en un plazo de 18 meses a partir del inicio del procedimiento, procede que el Estado miembro interesado tenga la oportunidad de solicitar una decisión, que la Comisión deberá adoptar en el plazo de dos meses.

que la ayuda, con sus correspondientes intereses, se recupere sin demora. Conviene que dicha recuperación se efectúe con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional. La aplicación de estos procedimientos no debe, impidiendo la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión, entorpecer el restablecimiento de la competencia efectiva. Para lograr este resultado, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que la decisión de la Comisión surta efecto. El reglamento establece un plazo de prescripción de diez años para las concesiones de ayuda ilegal, al cabo del cual no pueda ordenarse su recuperación.

El reglamento prevé disposiciones que garantizan la intervención de terceros interesados afectados por la concesión de ayudas ilegales o abusivas y establece la posibilidad de presentación de denuncias, siempre que se justifique un interés particular por la parte denunciante. Asimismo, establece mecanismos para garantizar una cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y la Comisión²⁸.

6. El control de las ayudas estatales en el ámbito nacional

A nivel nacional los sistemas de control de las ayudas públicas son prácticamente inexistentes. No obstante, algunos Estados han incluido dentro de sus leyes de competencia o han adoptado normativas específicas para otorgar a la autoridad de competencia la facultad de intervenir para promover la competencia en este ámbito. Analizaremos el sistema del Reino Unido que es el más reciente,

²⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales. DOUE C 305 de 30 de julio de 2021.

dado que ha entrado en vigor durante el presente año. El sistema español y el dominicano complementarán este análisis.

6.1 El nuevo sistema de control de subvenciones del Reino Unido

La salida del Reino Unido de la Unión Europea generó un proceso de negociación arduo que, entre otros muchos puntos, afectó al control de ayudas públicas. En efecto, antes del final del período de transición del Brexit, las subvenciones concedidas por las autoridades del Reino Unido estaban sujetas a las normas sobre ayudas estatales de la UE, lo que significaba que estas medidas tenían que ser notificadas y aprobadas previamente por la Comisión Europea (o bien ampararse en los reglamentos de exención por categorías). Una de las prioridades clave del gobierno del Reino Unido en las negociaciones del Brexit fue alejarse de este enfoque y permitir que el Reino Unido brinde un apoyo más «ágil» y «flexible» a las empresas del Reino Unido²⁹.

²⁹ Las ayudas estatales fueron uno de los aspectos más controvertidos de las negociaciones sobre el TCA y uno de los últimos asuntos en resolverse durante las negociaciones del TCA.

Los objetivos de negociación del Reino Unido se centraban en las normas de la OMC como base para control de las subvenciones, en el que ambas partes se notificarían bianualmente sus subvenciones, con la opción de realizar consultas sobre subvenciones preocupantes y la obligación de hacer todo lo posible para corregir los efectos adversos.

En cambio, la posición negociadora de la UE era que el Reino Unido debía aplicar la legislación de la UE sobre ayudas estatales, remitiendo las cuestiones de interpretación de la legislación de la UE al TJUE.

El TCA estableció un compromiso entre estas dos posturas exigiendo al Reino Unido que aplicara un control de las subvenciones basado en una serie de principios (similares al del Derecho de la UE), que creara una autoridad independiente para supervisar su régimen, y que estableciera un sistema de control de las subvenciones garantizando que los tribunales británicos tuvieran el poder de revisar el cumplimiento de los principios.

El Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido (por sus siglas TCA) puede considerarse en parte el punto de inicio de la normativa interna (*Subsidy Control Act* de 2022) que el Reino Unido ha adoptado y ha puesto en vigor desde enero de 2023. La ley requiere que una autoridad no otorgue un subsidio a menos que considere que el subsidio es consistente con los siguientes siete principios generales de control de subsidios.

- Interés común: los subsidios deben perseguir un objetivo de política específico para corregir una falla de mercado identificada o para abordar una lógica de equidad (como una desventaja local o regional, dificultades sociales o problemas de distribución).
- Medios menos distorsionadores para lograr el objetivo de política: Los subsidios deben ser un instrumento de política apropiado para lograr su objetivo de política específico y ese objetivo no puede lograrse a través de otros medios menos distorsionadores de la competencia.
- Diseñados para cambiar el comportamiento económico del beneficiario: Los subsidios deben estar diseñados para provocar un cambio en el comportamiento económico del beneficiario. Ese cambio debe ser propicio para lograr el objetivo de política específico del subsidio y debe ser algo que no sucedería sin el subsidio.

- Costos que se financiarían de todos modos: los subsidios normalmente no deberían compensar los costos que el beneficiario habría financiado en ausencia de cualquier subsidio.
- Proporcionales y necesarios: Los subsidios deben ser proporcionales a su objetivo político específico y limitados a lo que sea necesario para lograrlo.
- Competencia e inversión dentro del Reino Unido: los subsidios deben diseñarse para lograr su objetivo de política específico mientras se minimizan los efectos negativos sobre la competencia o la inversión dentro del Reino Unido.
- Efectos beneficiosos que superen los efectos negativos: los efectos beneficiosos de los subsidios (en términos de lograr su objetivo de política específico) deben superar cualquier efecto negativo, incluidos los efectos negativos sobre la competencia o la inversión dentro del Reino Unido; o sobre el comercio o la inversión internacional.

La ley incluye formas de subsidio automáticamente prohibidas (a menos que se cumplan ciertas condiciones estrictas). Estas formas de subsidio incluyen: las garantías públicas ilimitadas; las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación o al uso de bienes o servicios nacionales (sobre los importados); los subsidios otorgados para la reubicación de actividades; subsidios de rescate

o reestructuración; y subsidios a los transportistas aéreos para la operación de rutas. Por otra parte, ciertos tipos de subsidios están exentos de los requisitos de control de subsidios. Estos incluyen subsidios para compensar los daños causados por desastres naturales y otras circunstancias excepcionales, subsidios otorgados con el fin de salvaguardar la seguridad nacional y ciertas medidas fiscales. Por otra parte, ciertos tipos de subsidios están exentos de los requisitos de control de subsidios. Estos incluyen subsidios para compensar los daños causados por desastres naturales y otras circunstancias excepcionales, subsidios otorgados con el fin de salvaguardar la seguridad nacional y ciertas medidas fiscales.

- Procedimiento de referencia (*baseline route*): requiere que las autoridades autoevalúen el cumplimiento de un subsidio propuesto con los principios indicados.
- Procedimiento simplificado (*streamlined route*): El Gobierno ha publicado este procedimiento en las tres áreas siguientes: (i) investigación, desarrollo e innovación, (ii) crecimiento local y (iii) uso de energía. Siempre que una autoridad autoevalúe que un subsidio propuesto cumple con los criterios para este procedimiento, no necesitará autoevaluar el cumplimiento del subsidio con los principios señalados.

La ley ha creado una nueva Unidad de Asesoramiento sobre Subvenciones («SAU») dentro de la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA). La SAU tendrá la responsabilidad de monitorear

e informar sobre la efectividad del nuevo régimen y preparar informes consultivos (no vinculantes) a las autoridades en relación con las subvenciones o esquemas de subsidios que se remitan a la SAU. Este papel consultivo es significativamente más limitado que el papel de ejecución de la Comisión Europea bajo la regla de ayuda estatal de la UE.

La SAU no decidirá si se puede otorgar un subsidio ni evaluará directamente si cumple con las reglas de control de subsidios. En cambio, las autoridades deben realizar su propia «Evaluación de cumplimiento» y, en última instancia, tienen la responsabilidad de las decisiones sobre los subsidios³⁰. Sin embargo, cuando una subvención o régimen de subvenciones se remita a la SAU, esta ayudará a las autoridades proporcionando un informe independiente no vinculante (publicado en la web del gobierno) que analizará la Evaluación de Cumplimiento frente a los principios de control de subvenciones y, en su caso, la energía y principios ambientales.

Las administraciones públicas podrán solicitar informe al SAU cuando vayan a conceder subvenciones o planes de subvenciones de interés («SSOI») pero deberán remitir al SAU las siguientes subvenciones: (i) subvenciones o planes de subvenciones de interés particular («SSOPI») o (ii) subsidios o esquemas de subsidios convocados por el secretario de Estado.

³⁰ A diferencia de la UE donde el alcance de las reglas es transnacional ya que exige una afectación en el comercio entre Estados miembros para su aplicación, el nuevo régimen británico tiene un alcance más limitado pues debe establecer criterios basados en la afectación de la competencia solo dentro del mercado británico.

El Gobierno tendrá un poder de «llamada» para exigir a las autoridades que busquen el asesoramiento de la SAU y la potestad de remitir los subsidios a la SAU para una revisión del cumplimiento incluso después de que hayan sido otorgados. Los dictámenes de la SAU no son vinculantes. La SAU deberá hacer públicas las remisiones recibidas para ser evaluadas, así como su dictamen final en relación con dichas evaluaciones.

Se prevé que las partes interesadas puedan impugnar judicialmente las resoluciones sobre subsidios ante el Tribunal especializado en Competencia (*Competition Appeal Tribunal*)³¹. Finalmente se prevé que la Secretaría de Estado de Negocios, Energía y Estrategia Industrial pueda emitir directrices para complementar y clarificar los criterios de la ley y ayudar a las autoridades a aplicar los requisitos.

6.2 El control de ayudas públicas en el sistema español de defensa de la competencia

En el sistema español la normativa actual establece una sola disposición que integra el capítulo III de la Ley (De las ayudas públicas) en la que se otorgan determinadas competencias de alcance limitado y en todo caso inferior al que detenta la Comisión europea para disciplinar la concesión de las ayudas que afectan al funcionamiento del mercado interior³². En el sistema español

³¹ Otro cambio significativo en el régimen de ayudas estatales es el énfasis en la aplicación privada. Las normas sobre ayudas estatales de la UE permiten la aplicación privada, pero en la práctica las demandas judiciales son poco frecuentes y suelen fracasar. Por el contrario, en virtud de la Ley de Control de Subvenciones del Reino Unido, el único medio de reparación será la aplicación privada.

³² El artículo 11 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia establece lo

la inclusión de esta disposición no conlleva un sistema de control previo de las ayudas que las autoridades pueden conceder, sino que

siguiente:

1. La Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de las administraciones públicas, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de:

a) Emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales.
b) Dirigir a las administraciones públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia.

2. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que tendrá carácter público en los términos previstos en el artículo 27.3.b) de la presente Ley.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá a las Cortes Generales, a través de su Oficina Presupuestaria, un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España. La Oficina pondrá dicha información a disposición de los diputados, senadores y las comisiones parlamentarias

3. A los efectos de la realización de los informes y propuestas previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el órgano responsable de la notificación a la Comisión Europea deberá comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia:

a) los proyectos de ayudas públicas incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.
b) las ayudas públicas concedidas al amparo de Reglamentos comunitarios de exención, así como los informes anuales recogidos en el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.

La Comisión Nacional de la Competencia habilitará los mecanismos de información y comunicación necesarios para que la información recibida esté a disposición de los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas.

4. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir cualquier información en relación con los proyectos y las ayudas concedidas por las Administraciones públicas y, en concreto, las disposiciones por las que se establezca cualquier ayuda pública distinta de las contempladas en los apartados a) y b) del punto anterior.

5. Los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas podrán elaborar, igualmente, informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial, a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo. Estos informes se remitirán a la Comisión Nacional de la Competencia a los efectos de su incorporación al informe anual. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la Comisión Nacional de la Competencia.

6. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea y del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, y de las competencias de la Comisión Europea y de los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales en materia de control de ayudas públicas.

su objetivo principal es desarrollar un cierto control de eficiencia en la concesión de las ayudas públicas.

La labor desarrollada por la Comisión Nacional de la Competencia (2007-2013) y la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia³³ en aplicación de la citada disposición ha sido relevante, tanto para guiar a las administraciones públicas en la concesión de ayudas públicas y respetar las obligaciones derivadas de los artículos 107 y 108 del TFUE, como a otorgar mayor transparencia sobre las ayudas concedidas por los diferentes poderes públicos y su estado en relación con los compromisos de notificación a la Comisión europea³⁴. Consideramos de sumo interés los Informes Anuales sobre ayudas públicas publicados desde el año 2008 que ofrecen información sobre el conjunto de las ayudas concedidas durante cada ejercicio anual³⁵. Asimismo, destacamos la importancia del documento publicado el 9 de junio de 2016, sobre la metodología para evaluar el impacto de las ayudas públicas, que nos ofrece una guía muy interesante sobre los aspectos más relevantes a tomar en consideración en el análisis del impacto de las

33 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es la autoridad nacional de competencia y actúa también como regulador en los sectores más relevantes de la economía, en particular: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, regula las atribuciones de este organismo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5940>

34 Disponible en: <https://www.cnmc.es/buscarador?t=ayudas%20publicas&page=1>

35 A título de ejemplo el último informe publicado del Consejo sobre las ayudas públicas de 2021 ofrece un panorama de la actividad desarrollada durante este ejercicio anual. https://www.cnmc.es/sites/default/files/3857699_0.pdf

ayudas sobre la competencia³⁶.

6.3 El sistema de control de ayudas públicas en la República Dominicana

En América Latina cabe destacar el sistema de defensa de la competencia de la República Dominicana, ya que Pro-Competencia dispone de una serie de atribuciones que le permiten intervenir en este ámbito de una forma similar a la del sistema español.

La Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, en sus artículos 14 y 15, establece los criterios que deben regir las formas de intervención estatal para que sean consistentes con el interés de preservar la eficiencia en los mercados. Para ello, otorga a la autoridad Pro-Competencia la facultad de intervenir en un plano general con el objetivo de prevenir y evitar la adopción de todo tipo de disposiciones normativas o regulatorias que sean susceptibles de obstaculizar la competencia y, en particular, en el ámbito de la concesión de ayudas públicas con el fin de guiar a las administraciones públicas sobre los criterios a tener en cuenta en la concesión de ayudas y de prevenir sobre las ayudas que falsean la competencia en los mercados.

El Artículo 14 (De la revisión de actos jurídicos estatales contrarios a la libre competencia) dispone que «Sin menoscabo de las facultades otorgadas a otras entidades públicas, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá dirigir un informe público a

la autoridad respectiva, sugiriendo la adopción de las medidas correctivas sobre los posibles efectos contrarios a la competencia, de las leyes, reglamentos, ordenanzas, normas, resoluciones y demás actos jurídicos emanados de los poderes públicos, cuyo objeto o efecto, inmediato o mediato, sea limitar o menoscabar arbitrariamente la libre empresa, obstaculizando la competencia».

Por su parte, el artículo 15 (sobre el tratamiento de las ayudas públicas) dispone que «El Estado no adoptará ni mantendrá respecto de las empresas públicas ni de aquellas a las que otorgare delegaciones por cualquier forma contractual, ninguna medida que pudiese crear injustificadamente barreras al mercado o que genere la posibilidad de competir deslealmente en el mercado».

En el subsiguiente párrafo establece que «La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia examinará los efectos sobre las condiciones de competencia de los subsidios, ayudas estatales o incentivos otorgados a empresas públicas o privadas, con cargo a los recursos públicos y procederá, si fuere el caso, a solicitar a los poderes públicos, mediante un informe de recomendación motivado, la supresión o modificación de tales subsidios, así como la adopción de las demás medidas conducentes al restablecimiento de la competencia». Estas disposiciones son de indudable interés para facilitar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados y prevenir las intervenciones de las administraciones públicas susceptibles de falsear u obstaculizar la competencia en los mercados. El procedimiento para dar aplicación a estas disposiciones legales ha sido establecido en el Reglamento de

³⁶ Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>

aplicación de la Ley núm. 42-08, mediante el Decreto núm. 252-20.

El artículo 13 del Decreto dispone un procedimiento expedito que permite a Pro-Competencia intervenir en cualquier momento que tenga conocimiento de cualquier acto jurídico estatal o de ayudas públicas, y emitir informes debidamente motivados cuando observe indicios razonables que puedan generar efectos contrarios a la competencia. La emisión de dicho informe obligará a la autoridad receptora a implementar las recomendaciones señaladas en el informe o, en su caso, a informar y justificar el motivo de su no adopción.

Complementariamente, el artículo 14 del Decreto habilita a Pro-Competencia a realizar actividades de abogacía de la competencia mediante las cuales puede monitorear las condiciones de competencia de los mercados que permitan diagnosticar y proponer medidas necesarias para fortalecer la competencia efectiva y el bienestar general, desarrollar propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa en los sectores objeto de estudio.

En aplicación de las facultades que la ley atribuye a Pro-Competencia, cabe significar por su contenido e importancia estratégica, el estudio de impacto de ayudas estatales desde la perspectiva de competencia en relación con la Ley de Desarrollo Fronterizo (Ley núm. 28-01). Este estudio presenta un análisis exhaustivo del régimen de ayudas públicas (incentivos fiscales) establecidas en la Ley de Desarrollo Fronterizo y de su impacto sobre las condiciones de competencia en los mercados a los que pertenecen las empresas beneficiarias.

Asimismo, en el estudio se realiza una indagación sobre el impacto de la aplicación de la Ley sobre las condiciones económicas de las provincias fronterizas. Finalmente se realiza una estimación del efecto social y la cuantificación del balance neto entre los beneficios que conlleva el incentivo a la actividad empresarial y sus efectos en la competencia³⁷.

7. Consideraciones finales

En este breve análisis sobre los sistemas de control de las ayudas públicas hemos descrito las reglas que actualmente existen en el ámbito internacional, regional y nacional. Las reglas establecidas en el orden internacional han sido establecidas por la OMC, y su impacto en el comercio internacional sigue siendo objeto de debate entre las grandes potencias, debido a las lagunas que presenta en su aplicación. Estas lagunas en la aplicación del sistema han dado lugar a que la UE haya establecido un nuevo sistema de control de ayudas dirigido a las empresas que operan en el mercado interior beneficiándose de ayudas concedidas por terceros países.

En el ámbito regional, hemos descrito las reglas establecidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que sin duda constituyen el sistema más efectivo en el control de ayudas públicas debido a su carácter vinculante, al sistema institucional establecido

³⁷ El impacto de las ayudas estatales desde la perspectiva de la competencia: el caso de la Ley de Desarrollo Fronterizo. Ley núm. 28-01. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). 20 junio 2022.

para su aplicación y a su flexibilidad para adaptarse a las diversas circunstancias que concurren en los mercados.

En el ámbito nacional hemos descrito el nuevo sistema del Reino Unido, país que recientemente ha puesto en vigor una ley específica para regular la concesión de ayudas públicas con el objetivo de evitar falseamientos de la competencia en sus mercados y de responder a los compromisos internacionales adquiridos tanto con la UE, tras el Brexit, como con la OMC. Asimismo, hemos incluido los sistemas de dos países en los cuales se han previsto disposiciones específicas relativas a las ayudas públicas dentro de sus leyes nacionales de competencia (España y la República Dominicana).

Las ayudas públicas forman parte importante de los instrumentos de política económica y de política industrial que los Estados utilizan para hacer frente a problemas específicos sectoriales o a fallas de mercado y para financiar determinadas actividades económicas de interés general. Sin embargo, sus efectos en la competencia pueden ser perversos y muy perjudiciales si su concesión se realiza sin una justificación objetiva y compensatoria para el interés general de una sociedad. En este sentido, si bien las ayudas públicas son por naturaleza selectivas y por tanto benefician a determinadas empresas en perjuicio de sus competidoras, pueden estar justificadas por sus efectos positivos en la economía. La creación de empleo, la formación, la investigación y desarrollo, la protección del medio ambiente, el acceso a la financiación de las mipyme para facilitar la inversión o las ayudas a los nuevos emprendedores, entre otros, son objetivos loables desde una perspectiva social y económica

para otorgar ayudas públicas, siempre que su concesión respete los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Las ayudas a las grandes empresas y, en particular, las destinadas a socorrer a empresas en crisis pueden perjudicar gravemente la economía si su concesión no atiende a criterios de eficiencia asignativa. Es fundamental que las autoridades de competencia intervengan en este ámbito que indudablemente afecta a las condiciones de competencia, para poder analizar la finalidad y los criterios de concesión que utilizan las autoridades. A este respecto es importante crear guías y alineamientos que contribuyan a crear una disciplina procompetitiva en la concesión de las ayudas públicas³⁸. Sin embargo, son muy pocas las jurisdicciones que otorgan competencias de control o de intervención a las autoridades de competencia.

El modelo europeo de control de ayudas públicas constituye un modelo ejemplar del que se pueden adquirir muchas enseñanzas y sacar conclusiones para otras jurisdicciones nacionales o regionales. Este responde a un proceso singular de integración económica regional, compuesto por 27 Estados miembros, con objetivos de largo alcance y donde la competencia es un principio fundamental que proteger. El sistema europeo de control de las ayudas públicas no es replicable, pero sin duda puede aportar elementos de gran interés a las jurisdicciones que apuesten por mejorar la intervención

³⁸ A este respecto cabe citar la reciente publicación de Pro-Competencia, en septiembre de 2023, de una «Guía metodológica para la evaluación de las ayudas estatales desde la perspectiva de la Competencia», realizada a raíz de la ya citada evaluación de impacto sobre la Ley núm. 28-01, de Desarrollo Fronterizo.

de los poderes públicos en los mercados.

Si bien no podemos juzgar, por su carácter incipiente, el sistema del Reino Unido, si queremos subrayar la importancia de los modelos de España y de la República Dominicana, porque otorgan a las autoridades de competencia la posibilidad de intervenir en el ámbito de las ayudas públicas desde una perspectiva de promoción de la competencia. El modelo de España está condicionado por las reglas de la UE porque son de obligado cumplimiento y la competencia exclusiva para su aplicación reside en la Comisión europea, pero es muy útil como instrumento de promoción y de transparencia. El modelo de la República Dominicana es más abierto y por tanto puede desarrollarse de forma más flexible, pudiendo adaptarse a las circunstancias de los mercados del país sin más condicionantes que los que establece la ley.

Desde una perspectiva de política económica, los poderes públicos deben considerar el papel de la autoridad de competencia como vector de la búsqueda de eficiencia en la concesión de ayudas públicas para que el dinero público se utilice para la consecución de objetivos legítimos desde una perspectiva de desarrollo económico, financiando inversiones con un efecto incentivador, que reviertan en beneficio de la colectividad. Nadie mejor que la autoridad de competencia está capacitada para contribuir a este fin.

Bibliografía

Arpio Santacruz Juan L. (2009) 2 «El sistema de supervisión de las ayudas públicas». Beneyto José María. y Maillo (Jerónimo). La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios, pp. 351.378. Editorial Bosch, Barcelona, España.

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 262, de 19 julio 2016.

Comisión Europea. *White Paper on Foreign Subsidies*, Junio 2020

Comisión Europea. Comunicación de la comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales. DOUE C 305 de 30 julio 2021.

Crucelegu Garate (Juan Luis), (2006) «El control de las ayudas públicas en la Unión Europea». *Ekonomiaz*, Revista Vasca de Economía, vol. núm. 61, 1er. cuatrimestre, pp. 136-165, ejemplar dedicado a: Economía y derecho de la competencia. Últimas tendencias y reformas legales en Europa.

Didier (P), 1995 «Le Code antisubventions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté», *Revista Cahiers de Droit Européen*, vol. núm. 31, (5-6), pp. 679-750.

Luengo Hernández de Madrid, G. (2000). Derecho de las subvenciones en la OMC. Marcial Pons

Montaña Mora M «El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Uruguay». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, D-27, 1997, pp. 239-280.

Peretz G (2020), The subsidy control provisions of the UK-EU trade and cooperation agreement: a framework for a new UK domestic subsidy regime. United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA)

Peretz G (2021), the subsidy Control Bill: a short summary (UKSALA)

Rodríguez Miguez J.A. (2017) El control europeo de las ayudas Públicas (I): Visión y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado). Beneyto Perez, J.M. y Maillo Gonzalez Orus, J. Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, Vol. 2-2, 187-242.

Rodríguez Miguez(J.A), (2020), Ayudas de Estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control. Anuario de la Competencia 2019, 167-204.

Rubini, L. (2009). The definition of subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective. Oxford University Press.

Urraca Caviedes, C. (2017). El control europeo de las ayudas públicas (II): las excepciones a la prohibición en bloque e individuales. Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González Orus, J. Tratado de la Competencia. Unión Europea y España (Vol. 2-2), 243-279.

El rol del análisis económico en el derecho de la competencia

Liverca Altagracia Gómez

Juan Bautista Rodríguez Núñez

Nathanael Mesa Candelario

Fernando Miguel Morbán Gómez,

Zoraya Esther García Read

Resumen

El derecho de la competencia desempeña un papel fundamental en la promoción de mercados eficientes maximizando el excedente de los consumidores. En este sentido, el análisis económico se ha convertido en una herramienta crucial para evaluar la conducta de las empresas y los posibles efectos anticompetitivos de sus acciones, tanto en los mercados como en el bienestar del consumidor. Este ensayo examinará la importancia del análisis económico en el derecho de la competencia, destacando su relevancia en la detección y evaluación de prácticas anticompetitivas, así como en la toma de decisiones en materia de políticas y regulaciones.

Palabras clave: Derecho de la competencia, análisis económica, prácticas anticompetitivas

Clasificación JEL: D4, K21, L40, P16

Abstract

Antitrust law plays a fundamental role in promoting efficient markets and safeguarding consumer interests. In this regard, economic

analysis has become a crucial tool for assessing firms' conduct and the potential anticompetitive effects of their actions in markets and consumer welfare. This essay will examine the significance of economic analysis in competition law, emphasizing its relevance in detecting and evaluating anticompetitive practices policymaking and regulation decision-making.

Key words: Antitrust law, economic analysis, anticompetitive practices

Classification JEL: D4, K21, L40, P16

Introducción

La política de competencia, también conocida como política antimonopolio o de competencia económica, juega un papel fundamental en la promoción de mercados justos y eficientes, en un contexto económico y legal. Por tanto, para comprender la importancia de los análisis económicos en el derecho de la competencia, es necesario establecer sus conceptos básicos, que hacen más que evidentes su fuerte vínculo. Por un lado, el derecho de la competencia busca promover y preservar la competencia efectiva¹ en los mercados, a fin de evitar prácticas anticompetitivas para garantizar la eficiencia económica. Se basa en leyes y regulaciones diseñadas para prevenir los acuerdos colusorios, los abusos de posición dominante y las fusiones y adquisiciones que puedan perjudicar la competencia efectiva en los mercados. Por otro lado, a través de los análisis económicos, se pueden identificar y analizar los incentivos y las consecuencias económicas de las prácticas empresariales, lo que permite tomar decisiones mejor informadas y basadas en evidencia empírica.

La primera edición del libro «*Antitrust Law*» de Richard Posner, sirvió como una pieza fundamental para enfatizar la imperiosa necesidad de un enfoque económico en este ámbito del derecho. Al abogar por «Una Perspectiva Económica», Posner marcó el

¹ La Ley núm. 42-08 en su artículo 4, literal c, define la competencia efectiva como «la participación competitiva entre agentes económicos en un mercado, a fin de servir una porción determinada del mismo, mediante el mejoramiento de la oferta en calidad y precio en beneficio del consumidor».

comienzo de una nueva era donde las consideraciones económicas comenzaron a tomar un papel central en el análisis y adjudicación de los casos relacionados al derecho de la competencia (Posner, 2001).

Dada la naturaleza esencialmente económica de los problemas que el derecho de la competencia busca resolver, es imprescindible que las herramientas, principios económicos y los métodos y técnicas derivados de este, sean utilizados para lograr decisiones acertadas. Los modelos económicos y las técnicas de evaluación permiten determinar si un acuerdo entre empresas tiene el potencial de restringir la competencia y perjudicar a los consumidores. Del mismo modo, el análisis económico es esencial para evaluar los abusos de posición dominante, en los que una empresa con poder de mercado utiliza su posición para limitar la competencia. En ambos casos, los modelos empleados tienen como finalidad simular diferentes escenarios. Así como evaluar los posibles efectos de las prácticas restrictivas en la competencia y en el bienestar del consumidor. Para esto se auxilian de herramientas estadísticas y técnicas econométricas para analizar datos empíricos y proporcionar evidencia cuantitativa sobre el impacto de las prácticas anticompetitivas.

No es solo cuestión de identificar y castigar las prácticas contrarias a la libre competencia, en esencia, es garantizar que los mercados operen de manera eficiente y justa, lo que a su vez se traduce en beneficios tangibles para los consumidores en forma de precios más bajos, mayor calidad, innovación y una amplia variedad de opciones de donde pueda elegir.

Por ello, el papel de la investigación económica es primordial en el derecho de la competencia. Esta permite a los reguladores, abogados y jueces comprender las complejidades subyacentes de los mercados y las prácticas empresariales, identificar comportamientos anticompetitivos y proponer soluciones efectivas. Sin una sólida base económica, las decisiones tomadas en el ámbito del derecho de la competencia podrían ser desinformadas y potencialmente perjudiciales para la economía en su conjunto.

En este documento se explora con profundidad el rol del análisis económico en los casos de política de competencia con especial énfasis en el caso dominicano, donde dicho rol es particularmente importante en los casos de abuso de posición dominante; se analiza el rol y las herramientas estilizadas en la literatura empírica y la jurisprudencia en la definición del mercado relevante y determinación de la posición dominante, de acuerdo a la mejor experiencia internacional, además se ponen de referencia decisiones de casos emblemáticos a lo largo de la historia del derecho de la competencia.

2. Papel de los análisis económicos en el derecho de la competencia

La importancia que tiene la economía en el derecho de la competencia obviamente es reconocida cuando se acepta la idea de que muchos de los conceptos claves de la política de competencia -por ejemplo: competencia, monopolios, oligopolios, y barreras a la entrada- son conceptos derivados no de las leyes, no de la sociología o de las

ciencias políticas, sino de la economía. Por tanto, es imposible pensar en la aplicación de una política de competencia efectiva sin tener en cuenta la teoría económica que le sustente (Walker & Bishop, 2010).

En un sistema económico de libre mercado, la competencia efectiva es la participación competitiva entre agentes económicos, que incrementa la eficiencia económica² en los mercados de bienes y servicios, y genera beneficio y valor a favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en un territorio determinado, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.

En este sentido, la definición del mercado relevante es el primer y más importante aspecto para determinar en el derecho de la competencia de toda agencia de competencia. Esto seguido por la determinación de la posición dominante y el posible abuso de esta. Es por ello que, esta primera definición es considerada como un paso crítico para evaluar indicadores que permitan determinar la tenencia de poder de mercado, que es cuando un agente económico, por sí o conjuntamente con otros, puede actuar libre de condicionantes competitivos y, en consecuencia, puede incrementar sus precios, reducir la producción o degradar la calidad de sus productos de manera rentable.

² Se refiere al caso en que los insumos se utilizan de tal forma que un determinado nivel de producción se alcanza al menor costo posible. Un aumento en la eficiencia ocurre cuando se logra una producción existente o en una escala mayor con un costo menor. Este término hace referencia a la eficiencia asignativa, productiva y dinámica en un mercado.

De igual forma, la definición de mercados relevantes también resulta necesaria en los casos de control de concentraciones económicas, las cuales pueden reducir significativamente las condiciones de competencia en el mercado y generar perjuicios para el interés económico general.

2.1 Definición del mercado relevante

La política de competencia es esencial para garantizar que los mercados funcionen de manera eficiente, que los consumidores tengan opciones y las empresas compitan en igualdad de condiciones. Esta política se considera un pilar importante de la regulación económica y legal en muchos países.

En este contexto, la definición del mercado relevante emerge como un pilar fundamental que marca los límites de competencia entre las empresas, proporcionando un marco en el que se articula y se aplica esta política. Esta definición no solo tiene que ver con el producto o servicio en sí, sino también con las dimensiones geográficas en las que opera, delineando con precisión las limitaciones y los desafíos que enfrentan las empresas en este doble espectro.

La definición precisa del mercado, en sus dimensiones tanto de producto como geográficas, ofrece un lente analítico para las autoridades de competencia al evaluar posibles incongruencias o desequilibrios en el mercado. Esta definición permite identificar a los competidores reales y potenciales que pueden ejercer presión o influencia sobre el comportamiento de una empresa, garantizando

así que ninguna empresa opere en un vacío desprovisto de competencia efectiva. Además, proporciona una base sólida para calcular cuotas de mercado, un indicador crítico que ofrece lineamientos sobre el poder relativo de mercado y facilita la evaluación de posibles posiciones dominantes. Según la OCDE (2012), la definición adecuada del mercado se convierte en una herramienta imprescindible para asegurar un análisis coherente y efectivo de la competencia.

La identificación del mercado relevante va más allá de la mera nomenclatura; exige un examen riguroso de todos los productos o servicios interrelacionados y su alcance geográfico, abordando cuestiones críticas como las limitaciones que enfrentan los consumidores para optar por alternativas. Respecto a este, la Comisión de Defensa Europea ha subrayado la importancia de considerar tanto las dimensiones del producto como las geográficas al definir el mercado, reafirmando que el objetivo primordial es discernir a los competidores verdaderos capaces de contrarrestar comportamientos monopolísticos.

La prueba del monopolista hipotético, o prueba SSNIP³, emerge como una metodología estándar en la definición del mercado relevante. Esta prueba considera la capacidad de un monopolista ficticio para implementar un aumento «pequeño pero significativo y no transitorio» en el precio, manteniendo constantes las condiciones de venta de todos los demás productos. Según el Departamento de

3 «Small but Significant Non-transitory Increase in Price» (en español, «Incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio»).

Justicia de EE. UU. y la Comisión Federal de Comercio (1997), el mercado relevante abarca aquel conjunto de productos y regiones geográficas que se alinean con este criterio, sin exceder los límites necesarios para satisfacerlo. La correcta aplicación de esta prueba garantiza una definición de mercado que refleja fielmente las dinámicas de competencia y las interacciones entre empresas, consolidando así los fundamentos para una Política de Competencia efectiva y equitativa.

Si bien el mercado relevante es un concepto que surge del ámbito jurídico, las herramientas para determinarlo y delimitarlo han sido encontradas en la economía. Desde la década de los años 50 del siglo XX en los Estados Unidos de América comenzó el uso de herramientas como las elasticidades⁴ en casos de Política de Competencia (Werden, 1992). Este se ha popularizado junto a la aplicación de técnicas econométricas que abarcan desde las pruebas de precios⁵, hasta el análisis de regresión para estimar elasticidades (Walker & Bishop, 2010).

Cabe resaltar que existen técnicas cualitativas que suelen ser utilizadas, pero su rol no deja de ser meramente complementario. Lo anterior se debe a que en la actualidad se busca que sea la

4 Es una medida de la sensibilidad de la cantidad demandada de un bien o servicio ante variaciones del precio de este bien.

5 Este tipo de pruebas engloban la correlación de precios, la cointegración, entre otras. Las pruebas de precios se fundamentan en el hecho de que cuando dos o más bienes son sustitutos, se esperaría que las variaciones entre los precios de dichos productos se muevan de manera conjunta o en el mismo sentido a través del tiempo. La lógica detrás de las pruebas de precios está relacionada a la ley de la demanda y el comportamiento del precio de dos productos que son sustitutos perfectos.

comprobación y no el criterio «experto» lo que determine la decisión del jurado (Walker & Bishop, 2010). Por esto, el rol de la investigación con enfoque cuantitativo a través de la economía se ha vuelto fundamental en del derecho de la Competencia, en donde la literatura económica, tanto en la parte teórica como empírica, ha venido complementándose con los desarrollos de la Organización Industrial y la Economía Aplicada.

En este contexto, la República Dominicana sigue esta misma línea procedimental. La definición de los mercados relevantes⁶ ha sido protagonizada por el análisis económico aplicado. Las técnicas econométricas han sido parte fundamental de la definición de los distintos mercados relevantes, en los estudios de condiciones de competencia, cuyo rol ha sido principalmente de promoción y abogacía de la competencia⁷, y para las investigaciones (por oficio o por solicitud de los agentes) realizadas en defensa de la competencia. Los resultados del análisis económico plasmados en los estudios de condiciones de competencia proporcionan información importante para diseñar políticas que promuevan la competencia y eviten prácticas anticompetitivas, a través de una serie de recomendaciones que se dejan plasmados en los mismos para el ente regulador, una vez terminado el estudio. Asimismo, el análisis económico resulta fundamental para evaluar los efectos de las regulaciones existentes

6 El literal f del artículo 4 de la Ley núm. 42-08 define al mercado relevante como «el ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, 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».

7 Ver todos los estudios de condiciones de competencia elaborados por Pro-Competencia República Dominicana en el siguiente enlace: <https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/> [consulta 15 agosto 2023].

y proponer posibles ajustes o modificaciones de cualquier cuerpo legal que pudiera tener un efecto aparente en las condiciones de competencia de los mercados.

En las investigaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva, se combinan los aspectos económicos y jurídicos en un mismo documento, ya sea para las resoluciones de inicio de un procedimiento de investigación, para la resolución de desestimación o para el Informe de Instrucción, el cual es elevado al Consejo Directivo, como órgano decisor de los casos⁸.

De igual forma, la determinación del mercado relevante en temas de defensa de la competencia se aplicará solo para el abuso de posición dominante. En estos casos el mercado relevante es fundamental considerando que la práctica anticompetitiva responde a la regla de la razón que implica que debe evaluarse caso a caso los efectos anticompetitivos frente a los efectos pro-competitivos.

Así pues, para la determinación del mercado relevante, el artículo 8 de la Ley núm. 42-08 establece que deberán ser considerados los siguientes elementos:

- Identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar;
- Identificación del área geográfica correspondiente;

8 Para conocer en más detalle el procedimiento que debe llevar tanto la Dirección Ejecutiva como el Consejo Directivo de Pro-Competencia C , ver la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08.

- 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;
- 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;
- 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,

- 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.

Contrariamente, en los casos de carteles, la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo de Pro-Competencia C han asumido como criterio propio que cuando se trate de estos casos, no es necesaria la determinación del mercado relevante, pues la doctrina jurisprudencial especializada ha establecido que «los mercados relevantes afectados por la colaboración entre competidores incluyen todos los mercados en los que tiene lugar la cooperación», por tanto, es el alcance de la conducta investigada la que determina el mercado presuntamente afectado. Esto significa que es el propio cartel o acuerdo anticompetitivo el que determina el mercado o productos afectados o involucrados, lo que, en principio nada tiene que ver con el concepto técnico de «mercado relevante» (Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), 2021).

2.2 Identificación de la posición dominante

Una vez delimitado el mercado relevante, previo a determinar la existencia de una práctica anticompetitiva⁹ por abuso de posición dominante, se debe identificar si el agente económico cuenta o no con una posición dominante. La noción de «posición dominante»

⁹ Por ejemplo: precios abusivos, estrechamiento de margen, ventas atadas, negativa a tratar con ciertos clientes, etc.

no es un concepto vago o ambiguo; por el contrario, se encuentra cimentado en legislaciones específicas de distintas jurisdicciones. En tal sentido, se examina de manera resumida cómo se ha interpretado la «posición dominante» y cómo se ha aplicado en jurisdicciones con larga trayectoria en materia de competencia, como los Estados Unidos y la Unión Europea, y se finaliza con el fundamento legal de la misma, que para la República Dominicana se encuentra enmarcado en el artículo 9 de la Ley núm. 42-08.

Siguiendo la decisión de la Comisión Europea, en el caso *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*:

... la posición dominante a la que se refiere el Artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores (Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, 1979)¹⁰.

La legislación europea en el caso *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, establece la definición que se utiliza hasta la actualidad.

El poder de mercado, en la jurisprudencia norteamericana se define

como la capacidad del vendedor para ejercer cierto control sobre el precio que cobra (Department of Justice, 2009). Del mismo modo, la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE), define el poder de mercado como la capacidad de las empresas para cobrar precios superiores a los niveles competitivos y, en consecuencia, obtener utilidades significativas (utilidades económicas mayores a los niveles normales) (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE), 2011).

Por otra parte, el derecho de la competencia de la UE¹¹, supone que una empresa tiene una posición dominante si puede evitar que se mantenga la competencia efectiva en el mercado relevante otorgándole el poder de comportarse en un grado apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y, en última instancia, de los consumidores (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2012).

Así pues, el concepto de posición dominante se percibe de forma distinta, de acuerdo con la jurisdicción en que se aplique. Por ejemplo, en la jurisdicción norteamericana y canadiense, en lugar de posición dominante se habla más bien de «poder de mercado», en cambio, en la jurisdicción europea, se utiliza el termino de «posición dominante» (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), 2004).

En el caso dominicano, la Ley núm. 42-08 en su artículo 4 literal g, define la posición dominante como:

¹⁰ Ver: *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*. 27/76 («*Judgment of the Court*», 2 14, 1978).

¹¹ En uno de los primeros casos del artículo 102 (antes artículo 82) Hoffmann-La Roche el TJUE dio una definición de dominancia que todavía hoy se utiliza.

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.

Como bien deja por sentado la Ley núm. 42-08, la misma prohíbe el abuso de la posición dominante, no la tenencia de la posición de dominio. El problema surge cuando el agente económico se aprovecha de la posición que ostenta en el mercado en que desarrolla su actividad y realiza acciones que restrinjan la competencia y la viabilidad de un mercado eficiente, debido a que estas acciones no solo perjudican a los consumidores sino también a competidores y proveedores¹².

La existencia de una posición dominante puede deberse a varios elementos que, de forma separada, no son necesariamente determinantes, pero entre estos puntos hay uno muy importante, que es la existencia de grandes cuotas de mercado (Motta, 2018). Sin embargo, una alta cuota de mercado no es suficiente para concluir que la empresa es dominante. En el caso particular de las cuotas de mercado¹³, estas se podrían contar como número de unidades o en valores, este último, generalmente tienen más significado

económico. Las cuotas de mercado se definen como el porcentaje de ventas de un producto o servicio que tiene una empresa en un mercado, teniendo en cuenta todos los que compiten en el referido mercado. Así, cada competidor que ofrezca un bien sustitutivo o similar tendrá una cuota de mercado, y todas juntas alcanzarán el 100.0% (Motta, 2018).

Las cuotas de mercados se han convertido en una primera aproximación para la determinación de la posición de dominio, sin embargo, no hay una regla general que considere el mercado de referencia («Benchmark») que debe tener un agente para utilizar las cuotas de mercado como un indicador de posición de dominio. Ni la Comisión Europea ni el tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) son tan explícitos, pero en la práctica su enfoque quizá no es muy diferente (Motta, 2018)

La literatura cuenta con algunos casos en la jurisdicción estadounidense y europea en los cuales se consideran ciertos niveles de participación de mercado como indicativos de posición de dominio. Por ejemplo, en el caso United Brands se determinó que el acusado era dominante con una cuota de mercado de alrededor de 40.0% a 45.0% (pero, de nuevo, este fue solo uno de los elementos que fue considerado), y de alguna manera se sigue considerando que este rango cubre los niveles del punto de referencia («Benchmark») para la presunción de dominancia. Por otro lado, en Akzo v. Commission, TJUE declaró que una cuota de mercado persistente por encima del 50% es indicativa de que la empresa es dominante, en ausencia de que se pruebe lo contrario.

Los tribunales de los Estados Unidos parecen indicar umbrales más

12 Ver: Universidad Pontificia de Madrid. La noción del abuso de la posición de dominio en el derecho europeo y estadounidense. p. 15.

13 Ampliar en: La noción de abuso de posición de dominio en el derecho europeo y estadounidense.

altos para determinar una posición dominante. En Alcoa, el juez Learned Hand escribió que una cuota de mercado de 33.0% sin duda no es suficiente para establecer dominancia, en tanto que, en «Time-Picayune», una empresa con una cuota de mercado de 40.0% no fue declarada dominante. Se recuerda, tal como se mencionó anteriormente, que «más allá del criterio de la cuota de mercado, la evaluación de la posición dominante es un proceso de múltiples facetas. El objetivo es determinar quién o qué limita el ejercicio del significativo poder de mercado de la empresa¹⁴». Tanto en la jurisdicción estadounidense como en la europea se requiere de la evaluación de otros elementos, independientemente de la cuota de mercado, para verificar la posición dominante, tales como¹⁵:

- Mercado relevante
- Barreras de entrada y de salida
- Capacidad financiera de una empresa
- Número de competidores

Una vez se validan los elementos anteriormente mencionados, se puede determinar con mayor certeza si un agente económico que configure estas características está en posición de causar o está interfiriendo con la libre y sana competencia en el mercado relevante previamente establecido. Cabe resaltar que según Walker & Bishop, (2010), el concepto legal de «dominancia» es equivalente al concepto económico de «poder de mercado sustancial». Se espera que una empresa con un poder de mercado sustancial tenga la

capacidad de aumentar el precio por encima del precio competitivo. En ese mismo orden, siguiendo a (Hovenkamp, 2017). el poder de mercado se define como la habilidad que tiene una empresa para incrementar los beneficios por medio de una restricción de la producción cambiando el precio competitivo del mercado.

En el caso «*Du Pont (Cellophane)*» la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, definió el poder de mercado como: «el poder de controlar los precios para excluir la competencia» (Hovenkamp, 2017). Sin embargo, esta primera definición resulta incompleta e imprecisa, pues no necesariamente el poder de mercado en sí mismo es una práctica exclusoria. De hecho, la teoría económica señala que precios por encima del precio de la competencia atraen nuevos competidores al mercado, que posteriormente regulan el nivel de competencia.

La microeconomía propone que la medición del poder de mercado se estime de manera directa a través del índice de *Lerner* (Davis & Garcés, 2010). Este índice evalúa la habilidad de una firma para elevar el precio de un producto por encima del costo marginal. Se define como:

P = nivel de precios de la firma al que se maximiza el nivel de producción;

MC = el costo marginal de la empresa al nivel que se maximizan los beneficios dado un determinado nivel de producción.

Debido a esto, considerando la elasticidad precio de la demanda, se obtendría lo siguiente:

Los métodos indirectos se relacionan con criterios legales, tales

14 Naciones Unidas. ««Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo». Ginebra, 2008.

15 Ver: La noción del abuso de posición de dominio en el derecho europeo y estadounidense. p. 26 y 27.

como participación en el mercado y capacidad para establecer precios de manera unilateral. A raíz de las dificultades en estimar el Índice de Lerner, se han propuesto medidas alternativas como los indicadores de concentración. Naturalmente, las cuotas de participación de las empresas y cómo estas cambian con el tiempo surgen como una aproximación para medir el poder en el mercado. Varias medidas alternativas han sido propuestas para analizar estas cuotas de mercado, incluyendo:

- Índice C_k .
- Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH).
- Índice de rivalidad.

La participación de mercado es uno de los indicadores usualmente utilizados para la determinación de posición de dominio. Bajo este contexto, una vez definido el mercado relevante donde compiten las empresas bajo estudio, es necesario determinar la existencia o no de una posición dominante. Para dicho fin, la literatura aplicada señala una serie de indicadores, siendo el Coeficiente de Concentración (C_k) uno de los más utilizados. Este indicador se basa en el concepto de cuota de mercado (S_i), el cual se refiere a la participación porcentual de las ventas de una empresa, dentro de las ventas totales de un bien o servicio, en el mercado relevante definido.

Relativo a la cuota de mercado, no hay una regla definitiva que determine si una empresa tiene una posición dominante. Sin embargo, de manera general, se podría inferir que empresas con una cuota de mercado entre 30% y 35% probablemente no tienen una posición dominante. Por otro lado, aquellas con una cuota entre

60% y 65% tienen una alta probabilidad de tener una posición dominante en el mercado.

El segundo indicador nombrado anteriormente que se utiliza para estudiar la estructura de un mercado es el conocido índice de concentración Herfindahl-Hirschman (IHH) el cual va desde 0 hasta diez mil, y a medida que aumenta, este indica mayor concentración de mercado. El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de todas las empresas en la industria.

La ventaja que posee este indicador es que combina información entre el número de firmas y la distribución del tamaño de estas, haciendo que un mayor IHH represente un mayor nivel de concentración. En Castañeda (2007) se establecen umbrales¹⁶ para los cuales se puede considerar si un mercado está concentrado o no, siendo la clasificación de los umbrales según lo siguiente:

- Mercados no concentrados → IHH menor a 1,500 puntos.
- Moderadamente concentrados → IHH entre 1,500 puntos.
- Altamente concentrados → IHH por encima de los 2,500 puntos.

Cabe señalar que, los índices de concentración como el IHH y el C_k , tienen la limitación de no presentar los cambios o la dinámica que pueden darse en la estructura de los mercados, indicando así su estructura en un punto determinado. Es por esto que también se cuenta con el tercer índice citado anteriormente, el índice de rivalidad, el cual recoge estas limitaciones e incorpora variaciones

16 De igual forma, los umbrales de IHH para la República Dominicana están enmarcados en la Resolución del Consejo Directivo de Pro-Competencia, núm. 001-2017.

en su cálculo. Esto debido a que la teoría económica reconoce que mercados concentrados pueden mostrar comportamientos competitivos mediante los cuales las participaciones de mercado de las empresas cambian significativamente de un período a otro, debido a que el grado de competencia no solo se relaciona con la magnitud de la concentración reflejada por la participación o cuota de mercado, sino que también depende de la intensidad con la que se manifiesta la competencia. El índice de rivalidad indica que tan dinámico es un mercado en cuanto a su nivel de rivalidad; este índice tiene un valor de cero a uno, indicando que hay rivalidad cuando el valor es uno y no hay rivalidad cuando es cero.

La idea que hay detrás de la determinación de la posición de dominio es la validación de una posible práctica anticompetitiva. Dicho de otro modo, si se comprueba la existencia de posición dominante, una práctica anticompetitiva de abuso de posición dominante pudiera ser posible. De lo contrario, si no hay una posición dominante comprobada para alguno de los agentes económicos del mercado objeto de investigación, no hay caso de posible abuso de posición.

Para determinar si una empresa o un conjunto de ellas tienen posición dominante en el mercado relevante, de acuerdo a la definición del artículo 4 de la Ley núm. 42-08, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) de la República Dominicana deberá considerar los elementos enmarcados en el artículo 9 de dicho texto normativo:

- 1 La existencia de barreras a la entrada al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras;

- 2 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;
- 3 Participación de mercado en términos porcentuales (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado;
- 5 Las posibilidades de acceso de los demás participantes del mercado a fuentes de insumos; y,
- 6 La relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes.

Pro-Competencia ha tenido la oportunidad de llevar todo lo anteriormente citado a la práctica, tanto para la definición de mercado relevante como para la determinación de posición dominante, los cuales pueden ser analizados en mayor detalle en el informe de instrucción iniciado por la Dirección Ejecutiva de la institución con el núm. DE-01-2017¹⁷ del mercado de producción, comercialización y distribución de la cerveza en la República Dominicana. Otro caso en donde se pueden ver las técnicas utilizadas para la definición del mercado relevante se encuentra en la Resolución de la Dirección Ejecutiva núm. DE-19-2020¹⁸, del mercado de importación y comercialización de gas licuado de petróleo en la República Dominicana.

17 Resolución núm. DE-01-2017 de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia.

18 Resolución núm. DE-019-2020 de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia.

3. Conclusiones

Este artículo ha evidenciado de manera breve el rol del análisis económico en los casos de política de competencia haciendo énfasis en la definición del mercado relevante, la determinación de la posición dominante y posible abuso de esa posición por parte de los agentes económicos de un mercado.

El entramado entre aspectos jurídicos y económicos, en la definición de mercado relevante refuerza la necesidad de un análisis holístico que aborde tanto las dimensiones geográficas como del producto. Para la República Dominicana, el enfoque riguroso en la determinación del mercado relevante se traduce en una herramienta crítica, particularmente en casos que aborden el abuso de posición dominante. Esta determinación no solo facilita la identificación de prácticas anticompetitivas, sino que también proporciona un marco para ponderar sus efectos frente a posibles beneficios pro-competitivos de la práctica.

La posición dominante en el mercado es un concepto central en las investigaciones antimonopolio y es fundamental para regular la competencia. Si bien la cuota de mercado de una empresa es un indicador inicial para determinar su poder en el mercado, no es el único factor. Barreras de entrada, fortaleza financiera y número de competidores son también consideraciones clave. Jurisdicciones como la República Dominicana, la Unión Europea y los Estados Unidos han establecido guías y jurisprudencias para identificar y evaluar esta posición dominante, cada una con sus matices y criterios particulares.

La teoría económica provee alternativas, como el índice de *Lerner*, que representan una aproximación cuantitativa del poder de mercado al medir la habilidad de una empresa para fijar precios por encima de los costos. Sin embargo, en situaciones donde falta información para tales estimaciones, métodos indirectos basados en cuotas de mercado y criterios legales, como el índice de *Herfindahl-Hirshman* (IHH), pueden ser empleados.

Futuros artículos podrían profundizar aspectos vinculados a las técnicas cuantitativas y cualitativas empleadas por las distintas autoridades de competencia partiendo de la experiencia dominicana. De igual manera, otros podrían explorar el posible rol de la investigación económica para el caso dominicano considerando una posible modificación de la ley vigente que incluya nuevas prácticas, así como el control de fusiones empresariales, que actualmente está fuera del alcance de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08.

En definitiva, los análisis económicos desempeñan un papel crucial en el derecho de la competencia al proporcionar una base sólida para evaluar la conducta de las empresas y determinar si sus acciones son anticompetitivas o no. A través de la aplicación de modelos y técnicas econométricas, se pueden identificar y analizar los posibles efectos de estas acciones en la competencia y en el bienestar del consumidor. Los análisis económicos son fundamentales para la detección y evaluación de prácticas anticompetitivas, así como para la toma de decisiones en materia de políticas y regulaciones. En un mundo en constante evolución, es importante seguir mejorando

y refinando las herramientas y enfoques utilizados en los análisis económicos para asegurar una aplicación efectiva y justa del derecho de la competencia.

Bibliografía

CASTAÑEDA, C. C. (2007). *Indicadores de concentración: Una revisión del marco conceptual y la experiencia internacionales*. Lima, Perú.

Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). (2017). *Resolución 001-2017*. Comisión Nacional Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), Consejo Directivo. Santo Domingo, D.N.: Comisión Nacional Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). (2021). *Resolución CD-010-2021*. Consejo Directivo de la Comisión Nacional Defensa de la Competencia.

DAVIS, P., y Garcés, E. (2010). *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press.

Department of Justice. (05 de 11 de 2009). *Department of Justice (DOJ)*. Obtenido de <https://www.justice.gov/archives/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1#:~:text=Section%20of%20the%20Sherman%20Act%20makes%20it%20unlawful%20for,foreign%20nations%20.%20.%20.%20.%22>

Dirección Ejecutiva. (2017). *Resolución núm. DE-01-2017*. Santo Domingo, República Dominicana: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

Dirección Ejecutiva. (2020). *Resolución núm. 019-2020*. Santo Domingo, República Dominicana: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

FRANCIS, D., y Sprigman, C. J. (2023). *Antitrust: Principles, Cases and Materials*. New York City: American Bar Association: Antitrust Law Section.

HOFFMANN-La Roche y Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 85/76. (Tribunal de Justicia 13 febrero 1979).

Hovenkamp, H. (2017). *Principles of Antitrust*. Minnesota: West Academic Publishing.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (2004). *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

MOTTA, M. (2018). *Política de Competencia*. México, México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). *Market definition*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE). (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia: Volumen II: Guía*. París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE).

POSNER, R. A. (2001). *Antitrust Law* (2nd ed.). Chicago: The University of Chicago Press. doi:10.7208/chicago/9780226675787.001.0001

WALKER, M.,y Bishop, S. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application, and Measurement* (Third ed.). London, England: Sweet & Maxwell.

WERDEN, G. J. (1992). *The History of Antitrust Market Delineation*. Department of Justice - Antitrust Division. Washington D.C.: Federal Trade Commission.

Temas clave para la política de competencia en América Latina y el Caribe

Paulo Burnier y Vivian Ianelli

Resumen

Este artículo analiza los principales tópicos en materia de ley y política de competencia en la América Latina y Caribe. El mismo ofrece una descripción general sobre las leyes y política de competencia relacionadas con la sostenibilidad, los mercados digitales y la pobreza, incluyendo regulaciones relevantes y jurisprudencia regional. El marco normativo en Latino América y El Caribe puede tener modificaciones dependiendo de la manera como esos temas evolucionen en el mundo en el futuro próximo, lo que aumentaría su relevancia para las autoridades de competencia.

Palabras clave:

Competencia, sostenibilidad, mercados digitales, pobreza, América Latina y Caribe.

Abstract

This article explores key topics for competition policy in Latin America and the Caribbean. It provides an overview of competition law and policy regarding sustainability, digital markets and poverty including case law and regulation from the region. The current

legal framework of Latin America and Caribbean countries will possibly face adjustments depending on how these topics evolve around the world in the near future, which adds to their relevance for competition authorities.

Key words: Competition, sustainability, digital markets, poverty, LatinAmerica and Caribe.

1. Introducción

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) tiene como objetivo diseñar políticas que fomenten: la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar a nivel global. En el ámbito de la política de competencia, la División de Competencia de la OCDE se centra en animar a los gobiernos a hacer frente a las prácticas anticompetitivas y a elaborar estudios sobre diversos sectores para potenciar una reforma económica basada en la competencia en todo el mundo, fomentando el bienestar de los consumidores y el crecimiento económico.

Además de su trabajo en todo el mundo, la OCDE también se centra en regiones específicas, incluidos los países de América Latina y el Caribe. En esta región, la política de competencia ha avanzado significativamente en los últimos 20 años, ya que la mayoría de los países de la región en este periodo, han adoptado leyes de competencia o han reforzado considerablemente su marco jurídico de competencia.

Este artículo proporcionará en primer lugar una actualización sobre la evolución reciente del derecho y la política de competencia en América Latina y el Caribe, y luego explorará tres temas claves que parecen relevantes para la política de competencia en la región, la sostenibilidad personal, los mercados digitales y la pobreza.

2. Actualizaciones recientes

Varios países de la región han adoptado o ampliado sus regímenes

de control de las fusiones en los últimos años. Por ejemplo, Perú adoptó una nueva legislación de control de las fusiones que abarca toda la economía (hasta entonces, el control de las fusiones se limitaba al sector eléctrico). De junio de 2021 a junio de 2023, se notificaron 29 fusiones a la Autoridad de Competencia de Perú (INDECOPI) dentro del nuevo marco de control de fusiones: 24 autorizadas sin restricciones, una retirada por las partes de la fusión, una transacción fue aprobada con restricciones (en el sector farmacéutico) y tres aún están siendo analizadas. Ninguna transacción ha sido bloqueada y el tiempo promedio de revisión es de 26 días hábiles.

El ejemplo peruano ilustra la creciente importancia de las autoridades de competencia de América Latina y el Caribe en los negocios multinacionales. Actualmente, existen 20 regímenes de control de fusiones en la región (17 en América Latina y tres en países del Caribe), lo que representa alrededor del 20% de los regímenes de control de fusiones a nivel mundial. Recientes casos transnacionales han sido objeto de una intensa cooperación internacional entre las autoridades de competencia de la región, como Disney/Fox (2019), que fue aprobado con soluciones en muchas jurisdicciones, incluyendo Argentina, Brasil, Chile y México. También podríamos mencionar Siemens/Alstom (2019) bloqueado por la Comisión Europea y Bayer/Monsanto (2018) aprobado con un paquete global de soluciones entre muchos otros.

Las autoridades de competencia de la región también se han mostrado activas en la aplicación de la normativa antimonopolio

en ámbitos clave como los mercados digitales y laborales. En Brasil, el CADE ha abierto varias investigaciones contra las «grandes tecnológicas», por ejemplo, *Google* y *Meta* (Facebook). El caso «*Google Shopping*» que fue sancionado por la Comisión Europea fue archivado en 2019, pero con una ajustada votación en el Tribunal del CADE: 3-3 que obligó al presidente del CADE a hacer uso de su voto decisivo para archivar finalmente el caso. Además, el CADE ha hecho un uso más frecuente de las medidas cautelares en los mercados digitales, incluso para abordar cuestiones de competencia en relación con las «local techs», como una medida cautelar ordenada en marzo de 2021 contra *iFood*, una plataforma digital de pedidos y entrega de comida, en particular para impedir nuevos contratos de exclusividad con restaurantes que podrían socavar la competencia de otras plataformas de entrega.

En México, la COFECE sancionó en 2021 a 17 clubes de fútbol, a la Federación Mexicana de Fútbol y a ocho particulares por incurrir en colusión para imponer topes salariales máximos a futbolistas femeninas. La práctica anticompetitiva impedía a los clubes competir por la contratación de jugadoras mediante mejores salarios. La conducta tuvo un impacto negativo en los ingresos de las jugadoras, pero también aumentó la brecha salarial entre hombres y mujeres. La práctica también afectó a los mercados de futbolistas masculinos, en particular mediante un acuerdo de no cesión en virtud del cual los clubes acordaron aplicar un derecho de retención (es decir, cada club tenía derecho a mantener a sus jugadores hasta el vencimiento de sus contratos). En la práctica, los clubes segmentaban el mercado de jugadores, limitando la competencia de los clubes en la contratación

de deportistas, lo que restringía la movilidad de los jugadores y reducía su capacidad de negociación para obtener mejores salarios. Se estimó que las prácticas ilegales generaron un perjuicio de casi cuatro millones de dólares al mercado. La COFECE impuso multas por un total de alrededor de ocho millones de dólares.

Chile y Colombia también tienen organismos activos de defensa de la competencia, con un número creciente de intervenciones en casos de fusiones y conductas anticompetitivas. Ambos han cambiado de dirección recientemente con el nombramiento este año de nuevos jefes de agencia en la FNE-Chile y la SIC-Colombia. A pesar del cambio del espectro político de los gobiernos centrales (con la elección de gobiernos de izquierda), la dirección de la aplicación de la ley de competencia parece no haber cambiado, lo que confirma la estabilidad/prioridad dada por los países latinoamericanos a la política de competencia.

El control de las fusiones, el abuso de posición dominante en los mercados digitales y la colusión son temas importantes de las políticas de competencia que la OCDE ha estado explorando a lo largo de los años, lo que significa que las autoridades de América Latina han estado siguiendo el ritmo de los debates mundiales y los temas de actualidad. Este artículo pretende presentar tres de esos temas actuales: medio ambiente, mercados digitales y pobreza. La OCDE ha producido informes sobre estos temas durante los últimos cinco años que, aunque implican un aspecto global, pueden tener una influencia positiva para los países de América Latina y el Caribe.

3. Competencia y sostenibilidad

La OCDE ha estado discutiendo y analizando la relación entre competencia y sostenibilidad en eventos e informes realizados en los últimos tres años. En el 2020, el tema se discutió directamente con un panorama de los temas transversales más relevantes de las cuestiones¹. En el 2021, la OCDE trajo la discusión de las consideraciones ambientales relacionadas con la aplicación de la competencia². En el 2022, aunque el tema no era el centro del informe, la OCDE trajo las cuestiones medioambientales y de sostenibilidad relacionadas con los mercados de la energía y el papel desempeñado por la competencia en esos sectores³. Por último, en el 2023, la OCDE abordó la economía circular y la competencia. No se trata sólo de soluciones de sostenibilidad, sino de cualquier tipo de reutilización de materiales⁴.

El informe 2020 defiende la posibilidad de que la competencia aborde las cuestiones de sostenibilidad y cómo la legislación y la política de competencia podrían incorporar las cuestiones medioambientales en la toma de decisiones. Una conclusión relevante es que, dado que la sostenibilidad es un elemento no relacionado con los precios del mercado, las herramientas habituales utilizadas para analizar las prácticas de competencia podrían tener que adaptarse para encajar el desarrollo sostenible.

1 Véase OCDE (2020).

2 Véase OCDE (2021).

3 Véase OCDE (2022).

4 Véase OCDE (2023).

En cuanto a la relación entre el derecho de la competencia y la sostenibilidad, la OCDE la describe como una espada o un escudo: o bien la competencia se utiliza para evitar daños al medio ambiente, o bien la competencia puede apoyar iniciativas sostenibles⁵. En el primer caso, sostenibilidad y competencia están intrínsecamente relacionadas, ya que ambas consideran la eficiencia como un criterio esencial para su éxito. «La sostenibilidad requiere eficiencia productiva y eficiencia dinámica para alcanzar y garantizar el nivel óptimo de utilización de los recursos naturales⁶». Más allá de eso, la sostenibilidad puede verse impulsada por un aumento de la competencia. La preocupación por el medio ambiente es también un elemento de calidad valorado por los consumidores y depende directamente de la innovación. Por ello, las evaluaciones de las prácticas anticompetitivas en materia de tecnología (conductas excluyentes y cárteles) son esenciales para garantizar un desarrollo más sostenible.

Por otra parte, el derecho de la competencia no siempre es aplicable para potenciar el desarrollo sostenible. Por diversas razones (sectores regulados, actividades no comerciales/económicas, organismos estatales específicos para cuestiones medioambientales, normas que apoyan el medio ambiente sin analizar el derecho de la competencia) la sostenibilidad puede ser abordada por otros sectores sin implicar cuestiones de competencia y tiene resultados positivos. Pero para aquellos temas en los que el derecho de la competencia puede equilibrarse con la sostenibilidad, puede haber una relación

basada en políticas abstractas de protección medioambiental - en las que una amplia comprensión de los mercados competitivos y las soluciones sostenibles son objetivos de política pública - o marcos económicos concretos - con el objetivo de aumentar la calidad, el beneficio futuro, los beneficios entre mercados, las medidas de eficiencia para soluciones sostenibles dentro de los casos de competencia⁷.

Sobre la base de este análisis, algunas posibles herramientas pueden ayudar a las autoridades de competencia a aplicar soluciones sostenibles. Es necesario establecer prioridades y promover la orientación tanto a los agentes del mercado como a las autoridades en relación con la adaptación del desarrollo sostenible en materia de competencia. Más concretamente, teniendo en cuenta los procesos de las autoridades, los enfoques sostenibles pueden aplicarse más fácilmente cuando existen adaptaciones del actual marco de pruebas aceptado en los sistemas legales y, en consecuencia, profesionales capaces de analizarlas dentro de la agencia pública. También es necesario adaptar el sistema de multas y cálculos teniendo en cuenta las iniciativas y desarrollos sostenibles o los daños medioambientales.

Además de la imposición de multas, la aplicación de la normativa de competencia puede realizarse de diferentes maneras. La OCDE las analizó en el informe del 2021 sobre «Consideraciones medioambientales en la aplicación de la normativa de competencia⁸».

5 Véase OCDE (2020).

6 Véase OCDE (2020, p. 19).

7 Véase OCDE (2020).

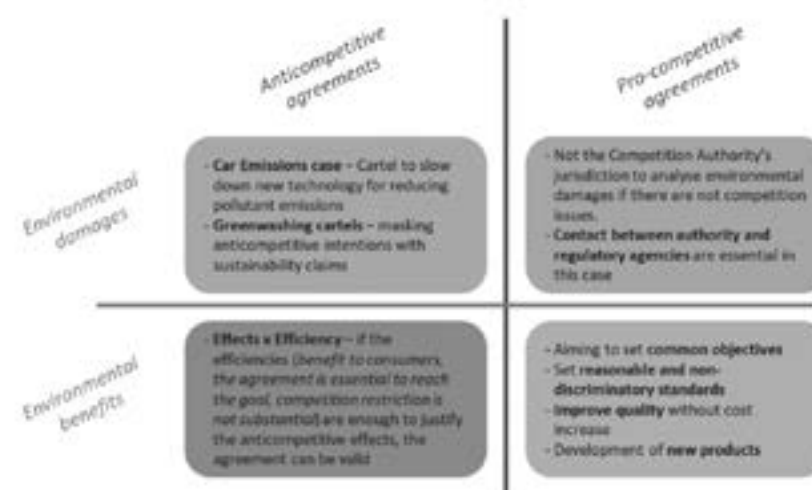
8 Ver OCDE (2021).

La lucha contra el cambio climático puede provenir de los reguladores, los consumidores y las empresas. La política de competencia es una forma de animar a los consumidores y a las empresas hacia la protección del medio ambiente apoyando las preferencias de los consumidores hacia productos o servicios respetuosos con el medio ambiente, combatiendo los daños medioambientales derivados de los perjuicios de la competencia y fomentando políticas de protección del medio ambiente relacionadas con comportamientos favorables a la competencia¹⁰.

Desarrollando mejor el informe del 2020, en el del 2021 la OCDE describe los principales retos de la evaluación de la competencia para fomentar la protección del medio ambiente en diversos ámbitos -colusión, abuso de posición dominante, casos de fusión- y propone enfoques alternativos a las consideraciones medioambientales. Uno de ellos es que los efectos de los daños medioambientales son a largo plazo y no relacionados con el precio, lo que hace más difícil para las autoridades medir esos efectos en comparación con el precio, las barreras de entrada y otras características clásicas. Otro efecto se refiere al escenario en el que los beneficios medioambientales no son consecuencia directa de las nuevas tecnologías, sino que se convierten en una característica que aumenta el precio de los productos finales. Por lo tanto, estos productos respetuosos con el medio ambiente se dirigirán a un nicho de consumidores con mayor poder adquisitivo, limitando el acceso de los demás. Por último, las cuestiones medioambientales deben equilibrarse con otros efectos, aunque, dependiendo de la política de competencia vigente, puede que no sea la principal prioridad de la autoridad.

Estos retos pueden reflejarse en casos de colusión y acuerdos anticompetitivos. En resumen, la siguiente imagen representa cómo pueden insertarse las cuestiones medioambientales en el análisis de acuerdos anticompetitivos, creando cuatro escenarios diferentes:

Figura 1. Relación entre los acuerdos entre competidores y las consecuencias medioambientales



Fuente: Elaboración propia a partir de OCDE (2021).

Traducción: Figura 1. Relación entre los acuerdos entre competidores y las consecuencias medioambientales

	Acuerdos anticompetitivos	Acuerdos pro-competencia
Daños medioambientales	<ul style="list-style-type: none"> - Caso de las emisiones de los automóviles - cártel para frenar las nuevas tecnologías de reducción de emisiones contaminantes. - Cárteles de blanqueo ecológico -enmascarar intenciones anticompetitivas con alegaciones de sostenibilidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - No es competencia de la autoridad de competencia analizar los daños medioambientales si no hay problemas de competencia. - El contacto entre la autoridad y los organismos reguladores es esencial en este caso.
Beneficios medioambientales	<ul style="list-style-type: none"> - Efectos por eficiencia - si las eficiencias (beneficio para los consumidores, el acuerdo es esencial para alcanzar el objetivo, la restricción de la competencia no es sustancial) son suficientes para justificar los efectos anticompetitivos, el acuerdo puede ser válido. 	<ul style="list-style-type: none"> - Con el fin de fijar objetivos comunes. - Establecer normas razonables y no discriminatorias. - Mejorar la calidad sin aumentar los costos. - Desarrollar nuevos productos.

La misma relación entre colusión y cuestiones medioambientales puede darse con las prácticas abusivas de las empresas dominantes. Hay situaciones en las que los agentes económicos dominantes pueden abusar de su posición potenciando los daños medioambientales y beneficiándose de ello. Es el caso de la fijación desleal de precios bajos, mediante la explotación de los recursos naturales y la imposición de costes medioambientales a la sociedad.

Por otro lado, algunas conductas abusivas pueden tener lugar con el objetivo de obtener beneficios medioambientales. Se trata de casos de zona gris en los que los principios del desarrollo sostenible colinden con la regulación de la competencia. Eso ocurre cuando, por ejemplo, las empresas se niegan a tratar con proveedores no sostenibles, promueven ofertas de productos vinculados para fomentar la compra de productos ecológicos o dan prioridad a sus propios productos ecológicos en las plataformas digitales frente a

productos más contaminantes⁹. Estas conductas, sin embargo, sólo pueden justificarse si las eficiencias verdes son un resultado directo de las supuestas prácticas anticompetitivas y no superan los efectos negativos que recaen sobre la competencia.

Las fusiones también pueden verse afectadas por cuestiones sostenibles y objetivos de protección del medio ambiente. Considerando el análisis tradicional de las fusiones, la definición del mercado es el primer aspecto en juego. Aunque han surgido algunos casos en los que se han tenido en cuenta las preferencias de los consumidores por los productos ecológicos, hoy en día la definición de los mercados de referencia no se rige únicamente por ese criterio. Lo que puede decirse es que esta característica se ha vuelto más relevante en casos recientes, pero sigue estando mejor desarrollada a la hora de analizar el poder de mercado y las teorías del perjuicio aplicables.

De forma similar a los escenarios presentados anteriormente (colusión y abuso de posición dominante), las fusiones pueden dar lugar a daños o beneficios medioambientales. Para el primer caso, existen cuatro teorías principales de daño ya utilizadas por la Comisión Europea: (i) reducir los competidores y por lo tanto los productos sostenibles disponibles, lo que puede llevar a un aumento de los precios y a una reducción de la calidad de los productos verdes; (ii) aumentar el poder de compra de productos reciclados a un punto en el que podría presentarse un aumento de los costos para los proveedores y un desincentivo para invertir

⁹ Véase OCDE (2021).

en productos respetuosos con el medio ambiente; (iii) desalentar la inversión en innovación verde; (iv) incentivar las adquisiciones en las que las grandes empresas se fusionan con otras más pequeñas y más sostenibles, reduciendo o incluso impidiendo las políticas anteriores de protección del medio ambiente. Aunque estas teorías se utilizaron en un contexto europeo, podrían adaptarse fácilmente a la realidad de América Latina y el Caribe.

Por el contrario, algunas fusiones pueden asociarse a beneficios medioambientales aunque se consideren potencialmente anticompetitivas. Así mismo, al tenor de los casos de colusión, las eficiencias derivadas específicamente de una fusión pueden ser su justificación. Las empresas podrían alcanzar soluciones sostenibles en el escenario posterior a la fusión incluso si existe la posibilidad de un aumento de precios a corto plazo, ya que los beneficios medioambientales suelen llegar a largo plazo.

Más allá de la evaluación de la competencia, existen algunos enfoques que las autoridades de competencia pueden encontrar con el objetivo de introducir o mejorar las consideraciones medioambientales. Priorizar las cuestiones sostenibles en los casos en curso o nuevos, durante su análisis puede aumentar la persecución de conductas relacionadas con esta cuestión en lugar de otras. De forma complementaria, los esfuerzos de defensa de la competencia deben dirigirse a objetivos sostenibles e implicar a diferentes sectores y diferentes agencias reguladoras (transporte, energía, agricultura). Las autoridades de competencia pueden, por ejemplo, elaborar estudios de mercado y fomentar la contratación pública ecológica.

En el 2022, la OCDE debatió los problemas medioambientales relacionados más específicamente con el sector energético, en relación con la transición neta cero. Los principales problemas de competencia reflejan los presentados anteriormente: colusión entre empresas que pretenden invertir en el suministro de energía verde, definición de precios y defensa del medio ambiente. Las autoridades de competencia deben colaborar con las agencias reguladoras para, por ejemplo, validar los acuerdos entre empresas de energía verde que determinen las mejores soluciones para, por un lado, fomentar la innovación y el suministro de energía verde y, por otro, evitar elevados incrementos de precios y perjuicios a los consumidores¹⁰.

Por último, en el 2023, la OCDE publicó el informe «La competencia en la economía circular¹¹». Aunque economía circular no significa necesariamente soluciones sostenibles, los temas están intrínsecamente relacionados¹².

(...) [la economía circular] desempeña un papel importante en la lucha contra el cambio climático, pero también a la hora de abordar los impactos negativos sobre el medio ambiente del uso de determinados recursos y materiales, como la pérdida de biodiversidad y la contaminación, por ejemplo limitando la extracción de materias primas, lo que también se traduce en

10 Véase OCDE (2022).

11 Véase OCDE (2023).

12 La economía circular está más relacionada con la reutilización de materiales y no de materias primas. Esta reutilización puede justificarse por la escasez o el precio de la materia prima y no porque sea mejor para el medioambiente. El informe hace un análisis a lo largo de varios sectores, implicando o no soluciones sostenibles. En este artículo nos centraremos en los ejemplos relacionados con el medio ambiente.

una reducción de las emisiones de GEI asociadas a la extracción de material virgen, manteniendo los materiales dentro de la economía, reduciendo los vertederos y preservando los ecosistemas¹³.

El informe converge en la mayoría de las premisas antes mencionadas al correlacionar competencia y sostenibilidad, aunque centrándose en la economía circular. La circularidad está relacionada principalmente con la eficiencia: la reutilización de materiales puede reducir costes y fomentar la innovación. Aparte de eso, la competencia puede promover las economías circulares estimulando las inversiones en innovación, normalmente acompañadas de una normativa de protección del consumidor. Esto puede desencadenar el desarrollo de modelos empresariales de economía circular destinados a reducir costes y aumentar la posible competencia dentro de un mercado. Las sinergias derivadas de estos modelos empresariales pueden fomentarse e incorporarse mejor al mercado, mediante acuerdos entre competidores debidamente analizados por la autoridad de competencia, asegurándose de que se cumplen los objetivos de economía sostenible y circular. Para que estos objetivos se cumplan, es necesaria cierta normalización. Las autoridades de competencia pueden ayudar a las empresas a crear normas transparentes, eficaces y no discriminatorias para las economías circulares y, por tanto, promover una transición más fácil hacia economías circulares y posiblemente sostenibles.

El informe también explora las principales conductas anticompetitivas relacionadas con la economía circular. La mayoría de ellas son

similares a las mencionadas anteriormente. Así pues, para evitar repetir la mayoría de ellas, el siguiente cuadro ofrece una visión general de las principales conductas analizadas:

Figura 2. Ejemplos de conductas anticompetitivas y teorías del daño.

Anticompetitive conduct	Example
Horizontal restrictions of competition	Agreements and/or exchanges of commercially sensitive information between players with access to circular input or technology to reduce the use of that input, increase its price or slow down the development or the implementation of the technology (see, for relevant examples, Box 3.1, Box 3.2, and Box 3.3)
	Cartel and/or exchanges of commercially sensitive information between buyers of the recycled material (which they use as input in their production) to collectively fix its price (see, for relevant examples, Box 3.1 and Box 3.4)
Vertical restrictions of competition	Agreements between manufacturer and resellers imposing fixed or minimum resale prices for the recycled product.
	Selective distribution agreements where quality criteria implicitly exclude recyclable materials.
	Exclusive supply obligations to make the supplier sell recyclable input or the recycled product only or mainly to one buyer and affecting a significant part of the market.
Mixed horizontal and vertical restrictions	Exclusive purchasing obligations to make the downstream customer buy only or mainly from a specific non-circular supplier and affecting a significant part of the market.
	Exchange of commercially sensitive information between different manufacturers, facilitated by the supplier of scrap material coordinating the recycling and not necessary for setting up the recycling scheme (hub-and-spoke arrangement)
Abuse of dominance	Refusal to supply or provide access to indispensable infrastructure by the dominant player (see, for a relevant example, Box 3.5)
	Exclusivity provisions aimed at preventing trading partners from recycling more (see, for relevant examples, Box 3.6 and Box 3.7)
	Preventing customers from developing or implementing more circular product or production process.

Fuente: OCDE (2023, p. 20)

Traducción: Figura 2. Ejemplos de conductas anticompetitivas y teorías del daño relacionadas con la economía

13 Véase OCDE (2023, p. 6).

Conductas anticompetitivas	Ejemplo
Restricciones horizontales de la competencia	Acuerdos y/o intercambios de información comercialmente sensible entre agentes con acceso a insumos o tecnologías circulares para reducir el uso de dichos insumos, aumentar su precio o ralentizar el desarrollo o la aplicación de la tecnología (véanse, como ejemplos relevantes, los recuadros 3.1, 3.2 y 3.3).
	Cárteles y/o intercambios de información comercialmente sensible entre compradores del material reciclado (que utilizan como insumo en su producción) para fijar colectivamente su precio (véanse, como ejemplos relevantes, los recuadros 3.1 y 3.4).
Restricciones verticales de la competencia	Acuerdos entre el fabricante y los revendedores que imponen precios de reventa fijos o mínimos para el producto reciclado.
	Acuerdos de distribución selectiva en los que los criterios de calidad excluyen implícitamente los materiales reciclables.
	Obligaciones de suministro exclusivo para que el proveedor venda el insumo reciclable o el producto reciclado sólo o principalmente a un comprador y que afecten a una parte significativa del mercado.
	Obligaciones de compra exclusiva que obliguen al cliente intermedio a comprar sólo o principalmente a un proveedor específico no circular y que afecten a una parte significativa del mercado.
Restricciones horizontales y verticales mixtas	Intercambio de información sensible desde el punto de vista comercial entre distintos fabricantes, facilitado por el proveedor de material de desecho que coordina el reciclado y que no es necesario para establecer el sistema de reciclado (acuerdo <i>hub-and-spoke</i>).
Abuso de posición dominante	Negativa a suministrar o facilitar el acceso a infraestructuras indispensables por parte del operador dominante (véase, para un ejemplo pertinente, el recuadro 3.5).
	Disposiciones de exclusividad destinadas a impedir que los socios comerciales reciclen más (véanse, como ejemplos pertinentes, los recuadros 3.6 y 3.7).
	Impedir que los clientes desarrollen o apliquen productos o procesos de producción más circulares.

A pesar de que la economía circular aún no es una discusión actual en los países de América Latina y el Caribe, la mayoría de los casos y conductas presentados anteriormente pueden ser adaptados e integrados a sus realidades. Las herramientas de aplicación y promoción de la competencia, en relación con cuestiones sostenibles en las economías circulares son similares a las mencionadas anteriormente en el informe de la OCDE de 2021 y

consisten básicamente en: la medición de las ganancias de eficiencia y la inclusión de esta variable en el análisis de casos, la creación de directrices y normas tanto para las autoridades de competencia como para las empresas para comprender mejor la protección del medio ambiente en los diferentes mercados, los estudios de mercado, la competencia y la contratación pública respetuosa con el medio ambiente, y la conexión con otros agentes reguladores.

El tema de la sostenibilidad también ha surgido en la agenda de las autoridades de competencia de América Latina y el Caribe. En el 2023, por ejemplo, la autoridad Brasileña de Competencia (CADE) sentó un precedente importante al realizar una revisión exhaustiva de un acuerdo de empresa conjunta, centrado en la gestión de una plataforma innovadora diseñada para estandarizar las métricas de sostenibilidad dentro de la cadena mundial de suministro de alimentos.

La plataforma fue diseñada para mejorar la gestión de diversas formas de datos de sostenibilidad, incluida la información de trazabilidad de los productos, como: el origen, las métricas medioambientales, como las prácticas agrícolas, el uso del agua, el consumo de energía, el uso de productos químicos, las evaluaciones de la deforestación y los datos socioeconómicos relativos a la educación, la protección de la infancia y la agricultura a pequeña escala. Aunque reconoce el reto que supone evaluar los beneficios sociales de la sostenibilidad, el precedente del CADE destaca las sinergias que existen entre la competencia y la sostenibilidad y aboga por que las autoridades de competencia se centren en garantizar que las iniciativas de medioambientalmente responsables no impongan restricciones

significativas a la competencia¹⁴.

4. Competencia y mercados digitales

Es cierto que muchas jurisdicciones están debatiendo la mejor manera de regular las plataformas digitales. La Comisión Europea dio el primer paso al adoptar la Ley de Mercados sDigitales (DMA) y la Ley de Servicios Digitales (DSA). Al mismo tiempo, además de las normativas de la Unión Europea, podemos ver hoy diferentes propuestas sobre la mesa, por ejemplo, el marco regulador alemán (que modificó la Ley de Competencia alemana en lugar de crear un marco jurídico independiente), la propuesta del Reino Unido, los proyectos legislativos de EE.UU. y los debates avanzados en Japón. El resto del mundo -incluidos los países de América Latina y el Caribe- pueden beneficiarse de este espectro más amplio de opciones regulatorias, lo cual es algo positivo.

Es importante señalar que aún se encuentran en fase de experimentación y que posiblemente serán restructuradas y mejoradas en los próximos años. Aunque en este momento no debería existir una «norma de la OCDE» sobre este tema (ya que esto suele requerir un conjunto de prácticas comunes en todos los países de la OCDE), varios países parecen estar de acuerdo en la necesidad de regular las plataformas digitales. Hemos pasado de la cuestión del «por qué» a la del «cómo» en este asunto, dados los retos que las plataformas digitales plantean a la política de competencia, pero también a otros ámbitos políticos como la privacidad y la protección de los consumidores.

14 Cf. Fernández (2023).

La OCDE ha estado estudiando los mercados digitales y presentando informes sobre algoritmos, innovación, filtrado de datos, portabilidad de datos e interoperabilidad, entre otros. A efectos de este artículo, dos documentos componen la cartera de la OCDE y aportan una visión general de las cuestiones más relevantes y los debates en curso: El Manual de política de competencia en la era digital de la OECD («*Handbook on Competition Policy in the Digital Age*»)¹⁵ y la Nota Analítica del Inventario del G7 de las Nuevas Reglas para los Mercados Digitales («*Analytical note on the G7 inventory of new rules for digital markets*»)¹⁶.

La principal razón por la que los mercados digitales son objeto de estudio en muchos informes es la dificultad de adaptar a ellos las herramientas tradicionales de análisis y la aplicación de la normativa de competencia, debido a algunos aspectos relevantes. En primer lugar, los mercados digitales son mercados multilaterales, lo que significa que el producto o servicio digital se encuentra entre el proveedor y diferentes grupos de consumidores. Otra característica relevante son los fuertes efectos de red derivados de los mercados digitales, en los que la mejora de una plataforma está directamente relacionada con el aumento de usuarios. Las economías de escala y de alcance también desempeñan un papel relevante en los mercados digitales debido a sus elevados costes fijos y bajos costes variables. Además, los datos son el activo más importante en los mercados digitales, lo que los diferencia de los mercados tradicionales basados en precios.

15 Véase OCDE (2022).

16 Véase OCDE (2022).

Los costes de cambio suelen ser elevados para los usuarios que cambian de plataforma y los derechos de propiedad intelectual son activos realmente importantes para los agentes del mercado digital. Además, los modelos de negocio se gestionan con precios bajos o nulos para los usuarios, utilizando datos, venta de publicidad o productos tasa pagada para compensar la característica de precio cero. Los mercados digitales también dependen de la innovación disruptiva para reducir costes y ampliar la competencia hacia otros mercados. Por último, los mercados digitales suelen ser modelos de negocio verticalmente integrados o conglomerados, que combinados con los otros criterios, pueden crear mercados realmente concentrados o aumentar la capacidad de los gigantes del mercado para imponer conductas anticompetitivas contra otros agentes o con resultados directos en los consumidores¹⁷

Estos criterios dan lugar a nuevas formas de conductas anticompetitivas. Aunque los principios básicos y los conceptos principales siguen aplicándose a los mercados digitales, es posible que algunos marcos de aplicación deban adaptarse a las conductas indebidas actuales, especialmente debido al rápido desarrollo de la tecnología y a la falta de eficacia de las soluciones a largo plazo.

Una de las principales preocupaciones son las conductas de abuso de posición dominante en los mercados digitales. Teniendo en cuenta las características presentadas anteriormente, existe una tendencia a la concentración del mercado que implica una mayor posibilidad de abuso por parte de los líderes del mercado. Los modelos de negocio

que implican integración vertical y empresas conglomeradas crean una mayor dependencia de las plataformas centrales y, por tanto, son más susceptibles de conductas abusivas. Los casos de negativa a negociar y de estrechamiento de márgenes son bastante comunes en los mercados digitales debido a las relaciones verticales y multilaterales entre las plataformas y sus consumidores. En estos casos, la teoría de las instalaciones esenciales se cuestiona y podría no ser aplicable de forma similar a los mercados tradicionales. Las posibles soluciones son regulaciones previas para evitar que los propietarios de instalaciones esenciales impongan prácticas abusivas contra competidores o consumidores.

La fijación de precios predatorios es un problema que también se deriva de las características del mercado multilateral y de la estrategia de precios bajos o nulos de las empresas dominantes. La teoría de los precios predatorios apenas se aplica ya y se ha demostrado su existencia. Cuando se trata de mercados digitales, es aún más difícil determinarse si los precios son predatorios teniendo en cuenta que los productos y servicios suelen ser gratuitos. El análisis de estos casos puede invocar otras prácticas como la negativa a negociar y los efectos de red.

Las estrategias de agrupación y vinculación de productos también son comunes y fáciles de aplicar en los mercados digitales. Las economías de alcance y las características de escala de los mercados digitales pueden desencadenar este tipo de prácticas, que no son necesariamente perjudiciales para los consumidores. Sin embargo, estas conductas pueden utilizarse para restringir la competencia,

17 Véase OCDE (2022).

momento en el que la autoridad de competencia debe intervenir. En un grupo similar de conductas anticompetitivas se encuentran el trato exclusivo y los descuentos condicionados. Pueden ser favorables para los consumidores porque pueden aumentar la competencia en el mercado ascendente, sin embargo, cuando ese mercado está formado por una gran empresa que tiene prácticamente un monopolio, la exclusividad impediría a los competidores entrar o permanecer en el mercado, especialmente debido a los efectos de red y a los productos/servicios de coste cero.

Por último, una categoría más amplia son los abusos de explotación. En los mercados digitales, pueden consistir en la recopilación de datos o la exposición publicitaria. Estos casos dependen más de la legislación del país, ya que pueden ser un carácter de otra conducta anticompetitiva y no una práctica ilegal en sí misma. Los efectos directos de los abusos de explotación pueden ser difíciles de identificar y, debido a la falta de herramientas para abordarlos, existe una gran incertidumbre tanto para los agentes económicos como para las autoridades de competencia¹⁸.

Además de las conductas unilaterales, la colusión también puede adoptar un tono diferente en los mercados digitales. La OCDE ha debatido el papel de los algoritmos para facilitar la colusión. Básicamente, los algoritmos podrían (i) cambiar las características estructurales de las plataformas, productos o servicios alterando la transparencia o la frecuencia de la interacción entre competidores;

(ii) utilizarse para la supervisión y el castigo de la desviación; (iii) sustituir la colusión explícita por la coordinación tácita entre empresas e impedir que las autoridades de competencia identifiquen las conductas colusorias. La coordinación tácita puede producirse incluso si inicialmente los algoritmos no estaban destinados a coordinar¹⁹.

Cuando se trata de fusiones, los mercados digitales imponen una mayor dificultad, especialmente para las definiciones del mercado de referencia y los efectos potenciales de la concentración. Debido a los constantes cambios en los escenarios analizados, es difícil establecer cómo podrían reaccionar los consumidores y los competidores potenciales ante la concentración. A corto plazo, todo el mercado puede cambiar. En relación con esta adaptabilidad, pequeños competidores que en el momento de la fusión no representan agentes dominantes pueden convertirse en dominantes en meses. En la mayoría de las jurisdicciones, esos pequeños agentes no cumplen las normas de notificación, lo que impide a las autoridades de competencia analizar esas fusiones. La solución es adaptar esas normas de notificación a un criterio, que tenga en cuenta las nuevas tecnologías y las soluciones no relacionadas con el precio o los ingresos.

La característica de precio cero de los mercados digitales también dificulta la aplicación de las herramientas tradicionales de competencia, que suelen basarse en los ingresos o en los efectos que

18 Cf. OCDE (2022). Véase también el informe de la OCDE sobre Abuso de posición dominante en los mercados digitales a partir de 2020. Cf. OCDE (2020).

19 Cf. OCDE (2022). Véase también el informe de la OCDE sobre Algoritmos y colusión de 2017. Cf. OCDE (2017).

una fusión podría causar a los consumidores, normalmente el precio y la calidad. Sin embargo, esta adaptación puede llevar tiempo y requiere pruebas. Los estudios posteriores a la fusión llevados a cabo por las autoridades pueden ser eficaces para identificar las mejores iniciativas. Esto también es válido para las soluciones a las concentraciones.

Es habitual adoptar soluciones estructurales para los mercados más tradicionales, sin embargo, para los mercados digitales los agentes económicos podrían encontrar más difícil incorporarlos. No sólo más difícil, sino que podría no haber soluciones estructurales capaces de disminuir los efectos anticompetitivos de una conducta o una fusión. Por otro lado, para adoptar soluciones conductuales, las autoridades de competencia necesitarán la cooperación de otros reguladores para seguir supervisando el cumplimiento y las consecuencias de los mercados.

Teniendo en cuenta todos los debates presentados, las autoridades de competencia de todo el mundo están intentando regular y adaptar las actuales legislaciones antimonopolio a los mercados digitales. La OCDE, en la nota analítica sobre el inventario del G7, presentó las principales iniciativas de la Comisión Europea y de las autoridades de competencia de Alemania, Japón, Reino Unido y Estados Unidos²⁰. Dichas autoridades crearon normativas o complementaron la legislación existente con tres criterios similares: (i) regulación ex ante; (ii) aplicable específicamente a los mercados digitales; y (iii) la normativa está vigente o en discusión.

20 Cf. OCDE (2022).

En cada reglamento se analizaron nueve variables: estado de la reforma; entidad regulada (las empresas que estarían bajo el ámbito de aplicación del reglamento); tipo de reglamento (actividades a las que se aplicará, nivel de detalle del reglamento y si las conductas son de naturaleza *per se* o por objeto); marco institucional y competencias; control de las concentraciones; conductas anticompetitivas; acceso a los datos; límites del uso de los datos; cumplimiento y soluciones. Las principales conclusiones se resumen en el siguiente cuadro²¹:

Tabla 1. Conclusiones relevantes del análisis del inventario del G7

Categorías	Comisión Europea	Alemania	Japón	Reino Unido	US
Entidad regulada	Portero	Compromisos de gran importancia para la competencia en los mercados.	Proveedores de plataformas digitales especificados	Empresas con estatuto estratégico de mercado (SMS)	Operador de plataforma cubierta o empresa cubierta
	Prueba de tamaño; prueba de servicio de la plataforma central; posición.	Posición dominante; recursos financieros; integración.	Umbrales de tamaño de la empresa; concentración; número de	Poder de mercado sustancial y arraigado; posición de importancia estratégica;	Número de usuarios; umbral de ingresos; socio comercial crítico

21 Los autores han seleccionado las categorías más relevantes para resumirlas en este artículo, normalmente relacionadas con los méritos y no con aspectos formales. Disponible en línea : <https://www.oecd.org/competition/g7-inventory-of-new-rules-for-digital-markets-2022.pdf>.

	arragada y duradera	vertical; acceso a datos relevantes; relevante para el acceso de terceros.	usuarios; necesidad de protección de los usuarios de la empresa.	volumen de negocios mínimo.	
Organismo encargado de la reglamentación	Comisión Europea	Autoridad de la competencia..	Ministerio	Autoridad de la competencia (unidad digital).	Autoridad de competencia (FTCy DOJ).
Control de las fusiones	Informe obligatorio para los guardianes; aunque no se cumplan los criterios de notificación, la CE no analizará la fusión en sí, sino que informará de ella a las autoridades nacionales, que podrán remitirse a la CE.	Informe obligatorio de futuras fusiones tras una investigación sectorial; razón objetiva si la fusión tendrá efectos negativos; cuota de mercado > 15%; criterios de ingresos por debajo del umbral de notificación habitual, cuando la operación tenga un valor determinado.	No hay cambios para el control de las fusiones.	Informe obligatorio para las empresas de SMS; enfoque de equilibrio de daños; al menos un 15% de concentración de acciones; el informe no conduce necesariamente a la notificación.	Ninguna enmienda relevante hasta el momento.

Prohibición autopreferente	El <i>gatekeeper</i> no dará un trato más favorable, en la clasificación y rastreo relacionados, a los servicios y productos ofrecidos por el propio <i>gatekeeper</i> que a los servicios o productos similares de un tercero + El <i>gatekeeper</i> aplicará condiciones transparentes, justas y no discriminatorias a dicha clasificación + El <i>gatekeeper</i> debe permitir la desinstalación de apps.	Conducta abusiva: favorecer sus propias ofertas frente a las de sus competidores al mediar en el acceso a los mercados de suministro y venta, en particular (a) presentando sus propias ofertas de forma más favorable; y (b) preinstalando exclusivamente sus propias ofertas en los dispositivos o integrándolas de cualquier otra forma en las ofertas proporcionadas por la empresa.	No es una prohibición, pero la entidad regulada en los centros comerciales en línea y tiendas de aplicaciones debe revelar los detalles y las razones al dar un trato preferencial a su propia empresa y a sus empresas afiliadas.	Los requisitos deben impedir que la empresa SMS utilice su posición en relación con la actividad digital pertinente, los datos relativos a dicha actividad, para tratar sus propios productos de forma más favorable que los de otras empresas.	Conducta discriminatoria: si una plataforma condiciona el acceso a la plataforma cubierto el estatus preferente o la colocación en la plataforma cubierta a la compra o uso de otros productos o servicios ofrecidos por el operador de la plataforma cubierta. Puede estar justificada si no crea obstáculos a la competencia, si la conducta no podría lograrse de forma menos discriminatoria y/o si aumenta el bienestar de los consumidores.
Interoperabilidad	Obligación para los controladores de la interoperabilidad horizontal de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número + interoperabilidad vertical de las tiendas de aplicaciones.	Conducta abusiva: negarse a la interoperabilidad de productos o servicios o a la portabilidad de datos, o dificultarla, obstaculizando así la competencia.	No se menciona.	Los requisitos deben impedir que las empresas de SMS restrinjan la interoperabilidad entre el servicio o contenido digital en cuestión y los productos ofrecidos por otras empresas.	Una plataforma cubierta mantendrá un conjunto de interfaces transparentes y accesibles por terceros (incluidas interfaces de programación de aplicaciones) para facilitar y mantener la interoperabilidad con una empresa competidora o potencialmente competidora: i) proteger los datos de los usuarios; ii) los cambios en la interfaz deberán ser aprobados por la Comisión; iii) no comercializar los datos de una plataforma cubierta.

Solu- cion	Medidas estructurales no financieras (desinversión); acto de ejecución; informar en seis meses del cumplimiento de la decisión de la CE. Penalizaciones: máximo 10% ingresos totales.	Poder de intermediación; refuerzo de la Bundeskartellamt como autoridad de ejecución y para intervenir contra la inclinación del mercado; los datos como instrumento esencial.	Aviso de advertencia para una empresa que infrinja la normativa; para las obligaciones de información, el ministerio puede asesorar para el cumplimiento de las normas. Si persiste, se ordena el cumplimiento. Si la infracción persiste, se aplica una multa. Si hay sospecha de colusión, el caso se envía a la Comisión de Comercio Justo (autoridad de competencia). Sólo son posibles las soluciones conductuales.	Mayores poderes de ejecución; cooperación internacional; medidas cautelares, alcance limitado de la revisión judicial y poderes de recopilación de información. Sanciones: máximo 10% ingresos totales.	Restitución de pérdidas; rescisión reforma de contratos; reembolso de dinero o devolución de bienes. Sanciones: máximo 15% de los ingresos totales en EE.UU.
-----------------------	--	--	---	--	---

Fuente: Elaboración propia a partir del inventario de nuevas normas para mercados digitales del G7 de la OCDE.

Fuente: Elaboración propia a partir del inventario de nuevas normas para mercados digitales del G7 de la OCDE²².

En América Latina y el Caribe, el debate sobre cómo deben regularse los mercados digitales también está presente. Algunos países ya están proponiendo políticas de competencia y regulación dirigidas a las plataformas digitales; sin embargo, aún no son adoptadas por los respectivos congresos. La región ya cuenta con alguna regulación sobre protección de datos, pero no específicamente relacionada con temas de competencia.

En general, el marco legal actual en los países de América Latina y el Caribe parece permitir ajustes en casos particulares en la aplicación de casos de mercados digitales. Como las legislaciones siempre pueden mejorarse, Da Silva y Núñez (2021), presentan un resumen de los marcos de política de competencia en América Latina y el Caribe para Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú y México que muestra la intensa actividad legislativa de estos países para regular los mercados digitales y mejorar la competencia en el sector.

Además, algunas autoridades de competencia de la región se han mostrado activas en casos de aplicación de la normativa y en iniciativas de promoción. Según Gutiérrez & Abarca (2023), las autoridades de competencia de la región han abierto varios casos y estudios de mercado relacionados con los mercados digitales. Los sectores más investigados son: las aplicaciones de transporte

²² Cf. OCDE (2022).

por carretera y el comercio electrónico. Además, las redes sociales, los servicios turísticos, el reparto, los servicios de navegación de *Internet* y las tiendas de aplicaciones también son sectores relevantes²³. En cuanto a los casos de aplicación de la legislación, hay 40 casos con decisión final: 21 fusiones y 19 conductas anticompetitivas (cárteles y abuso de posición dominante), así como, 30 estudios de mercado o dictámenes de defensa de la competencia. Brasil, Chile, Colombia y México son los países líderes con mayor número de casos²⁴. Todavía queda un largo camino por recorrer para que las autoridades de competencia de todo el mundo regulen las plataformas digitales, especialmente por las características de rápido desarrollo y cambios del mercado, pero los gobiernos locales están ampliando sus esfuerzos en este sentido.

5. Competencia y reducción de la pobreza

La reducción de la pobreza también es una prioridad en el trabajo de la OCDE, particularmente en el Foro de Competencia de América Latina y el Caribe (LACCF), que seleccionó este tema para su discusión en 2023²⁵. La reducción de la pobreza puede ser un objetivo de la competencia en dos dimensiones: (i) como un objetivo de la política de competencia y/o (ii) como un efecto económico derivado de la competencia. En cualquier caso, el tema tiene relevancia especialmente para naciones con importantes brechas económicas y desigualdad dentro de su sociedad.

²³ Cf. Gutiérrez & Abarca (2023).

²⁴ Cf. Gutiérrez & Abarca (2023).

²⁵ Cf. OCDE (2023).

Para que la reducción de la pobreza se convierta en un objetivo para las autoridades de competencia (i), éstas podrían tener que ajustar sus prioridades a la hora de analizar casos relacionados con mercados específicos, como la agricultura y la sanidad, sectores en los que los pobres gastan la mayor parte de sus ingresos. Este objetivo suele ser más tangible para los agentes económicos cuando el conjunto nacional de políticas públicas también canaliza los esfuerzos hacia esta cuestión. Sin embargo, algunas decisiones tomadas por las autoridades de competencia podrían tener el efecto contrario y aumentar la desigualdad, especialmente en el caso de naciones que no tienen la reducción de la pobreza como un objetivo claro a alcanzar²⁶.

Por otro lado, los efectos de la competencia en el mercado pueden resultar un arma de doble filo (ii). El aumento de la competencia en un mercado tiende a disminuir la desigualdad económica, ya que suele derivarse del crecimiento económico general del país. En general, a mayor competencia, los precios disminuyen y los productos y servicios están más al alcance de los consumidores de bajos ingresos, lo que estimula la economía, creando nuevas oportunidades y, por tanto, aumentando el poder adquisitivo de los consumidores. Se convierte en un ciclo. Sin embargo, la competencia también depende de la eficiencia empresarial. En los casos de fusión, por ejemplo, la unificación de dos empresas puede dar lugar a una disminución de la dependencia de la mano de obra, lo que reduce la cantidad de consumidores empleados y, por tanto,

²⁶ Cf. OCDE (2023).

su poder adquisitivo.

Considerando ambas dimensiones, la reducción de la pobreza no es necesariamente una consecuencia directa de los mercados competitivos; sin embargo, puede ser estimulada con políticas públicas que apunten a este objetivo específico. Para ello, las autoridades de competencia pueden establecer la reducción de la pobreza como una prioridad dentro de sus acciones de aplicación.

En primer lugar, es necesario que dichas autoridades tengan la facultad de establecer esta prioridad. Necesitan facultades discrecionales para delimitar qué casos serán objeto de persecución de manera menor o mayor: ya sea definiendo la cantidad de recurso y a qué aspecto se destinará para ese caso o incluso, definiendo qué casos serán analizados. Una de las autoridades de competencia mexicanas, la COFECE, estableció claramente como prioridad el impacto de la competencia en los consumidores de bajos ingresos²⁷.

En segundo lugar, el establecimiento de prioridades debe centrarse en los consumidores pobres, ya que son los que más sufren las prácticas anticompetitivas. Los cárteles, especialmente los que se producen en los sectores de la alimentación o la sanidad, aumentan los precios y reducen la calidad de los productos, afectando en mayor medida a los ingresos de los consumidores pobres. Estos sectores de bienes esenciales suelen ser los más afectados por las conductas colusorias debido a sus características inherentes: bajo poder de negociación de los consumidores, homogeneidad del producto, altas barreras de entrada, economías de escala, mercados

concentrados, y otras²⁸.

En tercer lugar, el análisis de microrregiones en lugar de mercados nacionales puede ser útil para reducir la desigualdad. En el caso de los mercados alimentarios, aunque algunas empresas tengan alcance nacional, existen diferencias entre las regiones internas y el lado de la demanda del mercado. Las autoridades de competencia pueden analizar segmentos más pequeños del mercado con el objetivo de reducir la desigualdad en comparación con el escenario de todo el país.

Por último, al considerar la contratación pública, la administración pública, junto con las autoridades de competencia, puede centrarse en las empresas más pequeñas para los servicios públicos y, por tanto, estimular la economía en las regiones más pobres. Fomentar una contratación pública más competitiva también puede dar lugar a opciones separadas por regiones y estimular a las empresas más pequeñas y locales. La lucha contra la manipulación de licitaciones es también una política relevante que la OCDE ha estado fomentando en los países de América Latina y el Caribe durante los últimos 10 años²⁹.

Para ayudar a los países a priorizar la reducción de la pobreza, la OCDE ha sugerido algunas alternativas de promoción que pueden ser implementadas por las autoridades de competencia sin mayores cambios en la estructura de la autoridad o en la política pública nacional. Estas soluciones son alternativas breves para insertar

27 Cf. COFECE (2022).

28 Cf. OCDE (2023)

29 Cf. OCDE (2023)

el debate sobre la reducción de la pobreza en el ámbito de la competencia.

Una práctica común en todo el mundo para las autoridades es la creación de estudios de mercado. En el caso que nos ocupa, se trata de elaborar estudios de mercado sobre la desigualdad en sectores económicos específicos. Esto puede ayudar a las autoridades a obtener información y datos sobre la estructura o las diferencias de un mercado a la hora de analizar su demanda o varias regiones y para distintos consumidores. Con estos datos, es más fácil implementar o definir el alcance del análisis de cada caso, con el objetivo de reducir los impactos de las desventajas de la competencia para los consumidores pobres. Ecuador y México publicaron estudios sobre los mercados de la agricultura y el transporte, respectivamente, debido a su importancia nacional, que pueden ayudar a determinar los próximos pasos a la hora de analizar otros casos.³⁰

La OCDE también ofrece herramientas de evaluación de la competencia, como forma de encauzar reformas favorables a la competencia en la legislación o regulación de los países. Se trata de documentos de fácil comprensión que pueden ayudar a las agencias reguladoras y a las autoridades de competencia a mejorar el entorno de competencia en determinados sectores adaptando la base legal existente. Los sectores portuario y de la aviación civil fueron objeto de análisis en Brasil y los sectores, de la medicina y la carne en el informe mexicano³¹.

30 Cf. OCDE (2023)

31 Cf. OCDE (2023).

Para que los países comprendan si las reformas en favor de la competencia, antes mencionadas y la aplicación de la legislación están generando realmente beneficios para el mercado y para los consumidores, las autoridades de competencia pueden realizar ejercicios de cuantificación. Estos ejercicios, pueden tener como objetivo la reducción de la pobreza, al considerar los efectos de las actuales herramientas de aplicación y los procesos de toma de decisiones de las autoridades de competencia y, de este modo, canalizar más o menos esfuerzos hacia esa cuestión.

Estos ejercicios pueden reducir el impacto de los controles de precios, por ejemplo. Por lo general, el gobierno controla los precios de los productos esenciales para intentar que los consumidores pobres tengan acceso a ellos. Sin embargo, la fijación de precios, aunque su objetivo sea ampliar la accesibilidad, puede tener efectos negativos, como la reducción de la innovación; la escasez, debido a la imposibilidad de seguir produciendo a un ritmo fijo; la aparición de mercados negros o la desincentivación de las inversiones. Centrarse en mejores políticas públicas, destinadas a dar a los consumidores pobres la oportunidad de insertarse en la economía podría tener mejores resultados que los controles de precios.

6. Observaciones finales

América Latina y el Caribe han tenido desarrollos relevantes en política de competencia a lo largo de los años. Las autoridades de competencia de la región están en sintonía con los temas

contemporáneos discutidos en las publicaciones, audiencias y mesas redondas de la OCDE. Este artículo desarrolló tres temas clave para la política de competencia en la región: sostenibilidad, mercados digitales y reducción de la pobreza.

En primer lugar, en materia de sostenibilidad, los países de la región se benefician de una rica vida silvestre que es necesario preservar y restaurar. Las políticas de competencia pueden ayudar a aplicar enfoques sostenibles más favorables a la competencia de los agentes económicos, equilibrando los efectos de las eficiencias medioambientales con los posibles problemas de competencia. Las autoridades de competencia pueden explorar las sinergias que existen entre las políticas de sostenibilidad y de competencia, especialmente cuando beneficiara los consumidores.

En cuanto a los mercados digitales, este tema también está en la lista de prioridades de las autoridades de competencia, incluidas las de la región de América Latina y el Caribe, dada la importancia de la economía digital y los desafíos relacionados con el alcance global de las plataformas digitales. Si bien los desafíos pueden ser abordados por leyes y reglamentos, las autoridades de competencia también tienen un papel importante que desempeñar, por ejemplo, con medidas de aplicación (ejemplo, medidas cautelares) y esfuerzos de promoción (ejemplo, opiniones sobre soluciones regulatorias pro-competitivas).

Por último, la reducción de la pobreza puede formar parte de la política de competencia, especialmente en los países en desarrollo. Aunque la competencia no es el único recurso para reducir las diferencias económicas, puede ser un aliado de los gobiernos para mejorar la

lucha contra la pobreza. Este asunto puede ser una prioridad para las autoridades mediante la aplicación de la ley de competencia en los mercados que afectan proporcionalmente más, a la parte más pobre de la población (por ejemplo, bienes y servicios esenciales), así como mediante iniciativas de promoción dirigidas a la reducción de la pobreza.

En conclusión, la priorización emerge como una palabra clave para las autoridades de competencia de América Latina y el Caribe, dados los recursos a menudo limitados para apoyar la política de competencia en la región. De hecho, estudios recientes indican que las autoridades de competencia de la OCDE tienen, en promedio, un presupuesto anual tres veces mayor que las autoridades de competencia de América Latina y el Caribe³².

Esto pone de relieve la necesidad de priorizar el trabajo, en particular en qué sectores invertir más recursos para las acciones de aplicación y promoción.

32 Cf. OCDE (2023).

Bibliografía

COFECE. (2022). Strategic Plan 2022-2025. Retrieved from <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2022/11/PE2022-2025-ing-VF.pdf> [consulta 25 septiembre].

Fernandes, V. O. (2023, August). Brazil's CADE Demonstrates How Antitrust Authorities Can Pursue Sustainability Goals, Promarket. Retrieved from <http://www.promarket.org/2023/08/02/brazils-cade-demonstrates-how-antitrust-authorities-can-pursue-sus> [consulta 25 septiembre].

Gutiérrez, J. D., & Abarca, M. (2023). Database of Latin American Antitrust Cases in Digital Markets, 2015-2022. Research Gate. Doi :<https://doi.org/10.13140/RG.2.2.16696.83205/1> [consulta 25 septiembre].

OECD. (2017). Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age. Retrieved from <http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm> [consulta 25 septiembre].

OECD. (2020). Abuse of dominance in digital markets. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf> [consulta 25 septiembre].

OECD. (2020). Sustainability and Competition. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf> [consulta 25 septiembre].

OECD. (2021). Environmental Considerations in Competition Enforcement. Retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)4/en/pdf) [consulta 25 septiembre].

OECD. (2022). Analytical note on the G7 inventory of new rules for digital markets. Retrieved from <https://www.oecd.org/competition/analytical-note-on-the-G7-inventory-of-new-rules-for-digital-markets>.

pdf [consulta 25 septiembre].

OECD. (2022). Competition in Energy Markets. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-energy-markets-2022.pdf>

OECD. (2022). Competition Trends in Latin America and the Caribbean 2022. Paris: OECD Business and Finance Policy Papers, OECD Publishing. Doi :<https://doi.org/10.1787/472518b6-en> [consulta 25 septiembre].

OECD. (2022). OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-handbook-on-competition-policy-in-the-digital-age.pdf> [consulta 25 septiembre].

OECD. (2023). Competition and Poverty: the role of Competition Authorities. OCDE Publishing. Retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACCF\(2023\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACCF(2023)4/en/pdf) [consulta 25 septiembre].

OECD. (2023). Competition in the Circular Economy. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-the-circular-economy-2023.pdf> [consulta 25 septiembre 2023].

Tecnologías financieras y medios de pago: taxonomía de las investigaciones de las agencias de competencia de Latinoamérica y el Caribe

Esteban Greco y María Fernanda Viécens¹

Resumen

El artículo destaca la creciente importancia de los sectores de medios de pago, en el mapa de casos e investigaciones de agencias de competencia de América Latina y el Caribe. Los casos existentes, se presentan en tres grupos consistentes con la evolución tecnológica del sector y diferentes tipos de actores. En primer lugar, un grupo de casos que surgen por prácticas de actores establecidos que podrían estar resistiendo el ingreso o desarrollo de nuevos actores, en muchos casos actores digitales. En segundo lugar, un grupo de casos idiosincráticos de la región, de empresas *Fintech* que surgen para dar respuesta a necesidades específicas de la población local. Finalmente, un grupo de denuncias donde se despliegan teorías de daño presentes en los casos que se están discutiendo hoy en Europa y los Estados Unidos, en un contexto de atención creciente puesta en los grandes actores de la economía digital.

Palabras clave: *Fintech*, economía digital, evolución tecnológica, servicios de pago.

¹ Los autores han presentado informes técnicos en agencias de competencia para algunos de los casos analizados. Esteban Greco es asesor de empresas involucradas en algunos de estos casos.

Abstract

The article highlights the growing importance of the means of payment sectors in the map of competition agency cases and investigations in Latin America and the Caribbean. The existing cases are presented in three groups consistent with the technological evolution of the sector and different types of players. First, a group of cases arising from the practices of established players that may be resisting the entry or development of new players, in many cases digital players. Secondly, a group of idiosyncratic cases from the region, of Fintech companies that arise to respond to specific needs of the local population. Finally, a group of complaints where theories of harm present in the cases being discussed today in Europe and the United States are deployed, in a context of increasing attention placed on the big players of the digital economy.

Key words: Fintech, digital economy, technological evolution, payment services.

1. Introducción

El sector de medios de pago y Fintech (empresas de tecnología financiera) ha sido, y está siendo, motor de importantes casos e investigaciones por conductas anticompetitivas en la región. Los actores digitales con potencialidad para ejercer presión competitiva dependen de la infraestructura y esquemas de los actores establecidos para poder operar como medios de pago (Vives, 2019). Desarmar las barreras a la competencia y al ingreso de nuevos jugadores ha requerido promover la competencia en el procesamiento de pagos y la adquirencia de medios de pago. En este sentido, las agencias de competencia de la región han abordado una serie de intervenciones.

En Greco & Vicens (2020a.b, 2021a.b, 2022) hemos documentado y analizado estos casos, intervenciones y fusiones investigadas por las agencias de competencia de la región en el sector de medios de pago. En particular, en estos trabajos hemos identificado una serie de intervenciones pro-competitivas en un importante número de países, focalizadas en las empresas procesadoras y adquirentes de pagos con tarjeta, cuyos accionistas han sido, en prácticamente todos los casos, bancos tradicionales.

Estas intervenciones han estado destinadas a promover la competencia, abrir el mercado de medios de pago y eliminar barreras a la entrada de nuevos actores digitales (2020a.b, 2021a.b). Estos antecedentes muestran que, a la luz de la discusión internacional sobre el impacto de la economía digital en los mercados y en el análisis y aplicación del derecho de la competencia, el sector de

medios de pago, impactado por la transformación digital, es el protagonista de un gran número de casos e investigaciones que ocupan a las agencias de competencia de la región.

En este artículo nos enfocamos en investigaciones de las agencias por conductas anticompetitivas e identificamos tres grandes tipos de casos. Un primer grupo de investigaciones contra empresas adquirentes y procesadoras de pagos con tarjetas, generalmente en manos de los bancos incumbentes. Un segundo grupo de denuncias, medidas cautelares y casos abiertos contra las marcas *Mastercard* y *Visa*. Un tercer grupo de denuncias y casos abiertos contra empresas *BigTech*². Finalmente, revisamos también las investigaciones de mercado llevadas a cabo por las agencias. Esto permite contar con un panorama general de las investigaciones en la región, que da cuenta del protagonismo que tienen las *Fintech*.

La transformación tecnológica es un elemento fundamental detrás de todos los casos, que encuentran cierto correlato con acciones de la Comisión Europea. En particular, los casos del primer grupo, muchas veces propiciados por las propias agencias, y las investigaciones de mercado, apuntan a abrir el acceso a la infraestructura del sector para generar competencia y habilitar la entrada de nuevos actores digitales. Estas intervenciones son consistentes con las regulaciones de la Comisión Europea de 2015.

El segundo grupo de los casos son denuncias de empresas *Fintech*

² El término *BigTech*, designa a las grandes empresas tecnológicas internacionales que operan mediante plataformas que proveen bienes y servicios digitales, tales como Google, Apple, Meta, Amazon y Microsoft.

contra empresas establecidas. Estas empresas digitales ofrecen un servicio particular emergente en la región, que se corresponde con cierta manera de inclusión financiera. Sin embargo, es posible encontrar algún precedente en casos europeos. El tercer grupo de casos incluye denuncias contra empresas *BigTech*, con teorías de daño similares a las planteadas en investigaciones que se están llevando a cabo en la Comisión Europea, aunque con algunas variantes novedosas.

El artículo contribuye a una creciente literatura que analiza de qué manera los nuevos actores digitales y nuevos modelos de negocio afectan la competencia, el sector de la banca tradicional y la inclusión financiera (Croxson, Frost, Gambacorta & Valletti, 2022; Navaretti, Calzolari, Mansilla-Fernandez, & Pozzolo, 2018; Vives, 2019, 2021; Vicens, 2022).

En la siguiente sección revisamos los casos contra adquirentes y bancos tradicionales. En la sección tres listamos los casos públicos de denuncias de *Fintech* contra las marcas. En la sección cuatro analizamos casos y denuncias contra empresas *BigTech*. En la sección cinco revisamos las investigaciones de mercado. El artículo concluye en la sección seis.

2. Investigaciones contra empresas adquirentes, procesadoras y bancos

Este primer grupo reseña casos contra bancos tradicionales y empresas adquirentes y procesadoras de tarjetas, cuyos accionistas son generalmente bancos (Tabla 1).

Tabla 1. Casos en las agencias de competencia de la región en los mercados de medios de pago con adquirentes, procesadoras y bancos

Fuente: Elaboración propia con información pública. En algunos casos la información pública corresponde a noticias de medios de comunicación, por lo cual aún no se conoce o no ha sido establecida la posición de las agencias.

En el caso Prisma de Argentina la conducta investigada fue la fijación de tasas de intercambio elevadas por parte de Prisma, verticalmente integrada con los bancos, que restringía la entrada de adquirentes competidores, como así también degradación de la calidad de competidores, el trato discriminatorio y la negativa a prestar servicios de procesamiento y la coordinación de políticas comerciales de los bancos en el financiamiento al consumo. Este caso se resolvió con un remedio estructural (ha sido la primera investigación por conductas anticompetitivas con un solución de esta magnitud), la desinversión de los bancos y de Visa de su participación en Prisma, que se inició en 2019 con la venta del 51% de las acciones y se completó en 2022.

Brasil es el país con la mayor cantidad y variedad de casos en este grupo. Un caso reciente fue iniciado por CGMP (también denominada *Sem Parar*) una empresa que ofrece servicios de pago de identificación automática de vehículos o AVI (servicios que se utilizan para el cobro automático de peajes y estacionamientos, aplicaciones para pago de combustible en las estaciones de servicio o comidas en restaurantes *drive-thru*).

CGMP denunció al Banco do Brasil y a Bradesco (controlantes de *Véloe*, competidora de CGMP)

Pais	Año	Caso	Mercados	Teorías del daño	Resultado
Argentina	2016-2022	Prisma, Visa y 14 bancos (Greco & Vieceens, 2020a).	1. Emisión de tarjetas 2. Adquierecia de tarjetas 3. Procesamiento de tarjetas 4. Provisión de interfaces POS	1. Prisma como vehiculo de co-ordinación 2. Negativa de trato 3. Degradación de la calidad del servicio de competidores.	Compromiso de desinversión de Prisma por parte de los bancos y Visa, y conductual.
	2020-	CGMP (Sem Parar) vs. Banco do Brasil-Bradesco-CBSS (Véloe) (CADE, 2022a)	No definido aún. Medios de pago, segmento de pagos de identificación automática de vehiculos.	1. Venta atada, subsidio cruzado y estrechamiento de márgenes 2. Incremento de costos del rival; 3. Uso de información sensible de un rival	Abierto. Investigación administrativa
	2020-2022	Banco Safra y Safrapay Creditadora vs. Adyen (CADE, 2022b)	1. Adquierecia y captura de transacciones con tarjetas de crédito 2. Servicios de Gateway (pasarela) de pago	1. Negativa a contratar y trato discriminatorio 2. Bloquear el acceso a infraestructura esencial 3. Venta atada	Archivado sin sanción por ausencia de posición dominante de Adyen.
Brasil	2018-2020	Guiabolso vs. Bradesco (CADE, 2020)	1. Marketplace de productos financieros (organización de información bancaria y oferta de crédito personal) 2. Servicios bancarios (cuentas corrientes y crédito)	Cierre de mercado mediante restricciones en el acceso a información bancaria.	Compromiso de Cese. Bradesco se comprometió a interrumpir la conducta investigada y pagar una multa
	2019	Nubank vs. Banco do Brasil, Bradesco, Caixa Econômica Federal e Santander (CADE, 2019a)	1. Emisión de tarjetas de crédito 2. Débito automático 3. Servicios de extracto Intraday	Discriminación y negativa a contratar servicios esenciales.	Abierto. Proceso administrativo.
	2015-2018	CADE vs. Banco do Brasil, Bradesco, Itau-Unibanco (CADE, 2018)	1. Crédito para consumo con tarjeta (cuotas) 2. Adquierecia	1. Discriminación y negativa a contratar 2. Venta atada	Compromiso de Cese. Remedios conductuales. Compromiso de cese.
	2015-2017	CADE vs. Elo, Alelo, Amex, Hipercard, Ticket, Banco do Brasil, Bradesco, Itau-Unibanco (CADE, 2017)	1. Banderas (esquemas de pago) 2. Emisión de tarjetas 3. Adquierecia	Exclusividades y negativa a contratar	Remedio de acceso/ interoperabilidad. Abierto.
Paraguay	2022-	Bancard (CONACOM, 2023a;2023b)	1. Emisión de tarjetas. 2. Adquierecia. 3. Procesamiento de pagos con tarjeta.	Exclusividad y condiciones comerciales más favorables condicionadas a exclusividad.	Acusación Medida cautelar.

por aumento de los precios para el débito automático (insumo para CGMP) y por venta atada o empaquetada (con descuentos de hasta el 100% de la cuota mensual, la principal fuente de fondos en este mercado). También los acusó de utilizar información sensible, obtenida en la prestación de servicios bancarios esenciales. Este caso se encuentra bajo investigación. Pero, en esta se destaca la necesidad de análisis de prácticas comerciales por parte de bancos tradicionales en competencia con empresas proveedoras de servicios de pago digitales, así como el relieve que adquiere el uso de los datos e información de competidores.

Otro caso reciente fue iniciado por *Safrapay*, adquirente de tarjetas de crédito, que denunció a *Adyen* (*Gateway* y adquirente) por negarse a contratar e imponer la contratación del servicio de adquirencia propio a quienes requerían servicios de *Gateway*. No obstante, el caso fue cerrado porque CADE consideró que *Adyen* no detentaba una posición dominante.

Por su parte, en el caso *Guiabolso*, Bradesco solicitaba una contraseña adicional cuando sus clientes querían insertar sus datos en la plataforma de *Guiabolso* (una *Fintech* que ofrece servicios de asistencia en la gestión financiera mediante la organización de la información bancaria y la oferta de crédito). Como explica CADE, al permitir la oferta de crédito por parte de diversas entidades financieras en su plataforma, *Guiabolso* brindaba servicios complementarios que competían con parte de los servicios ofrecidos por Bradesco.

Esto fue interpretado por CADE como una potencial práctica

anticompetitiva de cierre de mercado. Es relevante destacar que, el caso Bradesco-Guiabolso marcó un importante precedente, para el proceso de regulación del *open-banking* que se inició en el 2020 y proveyó evidencia concreta del impacto en la competencia que puede implicar el acceso a los datos³.

La investigación de CADE contra Banco do Brasil, Bradesco, Itaú-Unibanco por discriminación y negativa a contratar servicios de débito automático y extracto intradiario⁴ (servicios necesarios para las operaciones de crédito con tarjetas), se originó en una denuncia de *Nubank*. En particular, *Nubank* indicó que Banco do Brasil se negó a contratar y los otros bancos exigieron condiciones y precios excesivos por servicios que consideró esenciales para competir en el mercado de emisión de tarjetas de crédito, impidiéndole prestar a sus clientes servicios de débito automático utilizando las tarjetas de crédito emitidas por *Nubank*⁵.

Adicionalmente, CADE investigó a Banco do Brasil, Bradesco, Itaú-Unibanco por discriminación y negativa a contratar de los bancos en operaciones de crédito con tarjetas con competidores de sus adquirentes vinculados: Cielo (BB y Bradesco) y Rede (Itaú). CADE también investigó a Elo, Alelo, Amex, Hipercard, Ticket,

3 Brasil es el país de la región más avanzado en la regulación de open-banking y open-finance que se implementó con una resolución conjunta del Banco Central del Brasil y del Consejo Nacional Monetario (Res. Conjunta 1/20) en cuatro fases que finalizaron en diciembre 2021.

4 El extracto intradiario es un informe que permite identificar al remitente de un crédito en distintas modalidades de transferencia o pago: Transferencia Electrónica Financiera («TEF»), Transferencia Electrónica Disponible («TED») y Documento de Orden de Crédito («DOC»).

5 Si bien *Nubank* incluyó a Itaú-Unibanco en la denuncia, CADE archivó la investigación contra este banco por considerar que brindó justificaciones razonables para los precios que solicitó por el servicio de débito automático, menores que los de los otros bancos.

Banco do Brasil, Bradesco, Itaú-Unibanco por exclusividad entre algunas banderas y adquirentes de su propio grupo económico. Las transacciones con tarjetas de estas banderas sólo podrían ser capturadas por los POS de los adquirentes vinculados. Ambos casos resultaron en compromisos de cese por parte de los investigados.

En Paraguay, destaca la denuncia del Banco Continental contra Bancard (adquirente y procesadora verticalmente integrada con 19 bancos), que está siendo investigada por firmar acuerdos de exclusividad con la mayor parte de los bancos del país, lo que cerraría el mercado a *Bepsa* (controlada por Banco Continental), la única adquirente y procesadora que compite con *Bancard*.

Todos estos casos exhiben algunas regularidades: presencia de integración vertical y conductas de actores tradicionales establecidos obstaculizando la entrada y la expansión de jugadores digitales disruptivos.

El eje de algunos de los casos de la tabla uno ha girado en torno a la integración vertical de las empresas adquirentes y procesadoras de pagos con tarjeta con grupos de bancos incumbentes. y estos casos han tenido importantes impactos en algunos países. Por ejemplo, Argentina al inicio de su proceso contaba con un único adquirente de Visa (*Prisma*) y un único adquirente de *Mastercard* (*First Data*, hoy *Fiserv*). En la actualidad hay multiadquirencia (los adquirentes proveen las dos marcas), en 2020 ingresó *WorldPay*, y en 2021 Mercado Pago sumó a su cartera de productos el de la adquirencia. Los casos de *Nubank* y *CADE vs. bancos y banderas/marcas* también involucran investigaciones de prácticas exclusorias

en mercados de tarjetas de pago.

En algunos países estos casos han sido o están siendo muy emblemáticos para la agencia, dada la importancia de los actores involucrados y su impacto en la economía. El caso *Prisma* de Argentina ha sido histórico para la CNDC, es la única investigación por conductas anticompetitivas que se ha resuelto con un remedio estructural, una desinversión que eliminó la integración vertical y la propiedad común de los bancos competidores. Por su parte, el caso *Bancard*, en Paraguay, está siendo hasta el momento probablemente el caso más importante de la CONACOM.

Los casos de y CGMP (Sem Parar) involucran nuevos servicios desagregados por parte de jugadores digitales, como los servicios de tipo open banking de organización de la información bancaria (asimilable a los *Account Information Services* de la normativa europea -PSD2-) o los servicios de pago de identificación automática de vehículos (AVI).

Este grupo de casos también denota la necesidad de las agencias de comprender los modelos de negocio que operan en estos mercados, por ejemplo cuando las exclusividades o la discriminación o negativa de acceso se producen de un lado de la plataforma pero generan efectos en el otro lado, o elaborar nuevas teorías de daño acorde con las características de las prácticas investigadas y de la economía digital, por ejemplo cuando se investigan conductas que involucran el acceso a información de competidores o de clientes de los competidores.

3. Investigaciones contra las marcas

Un nuevo grupo de casos e investigaciones (aún abiertos) comenzó en 2022 cuando algunas *Fintech* regionales denunciaron a las marcas *Mastercard* y *Visa* (Tabla 2). Las denuncias se originaron en ciertas prácticas y programas anunciados por las marcas que podrían potencialmente excluir del mercado a jugadores digitales que facilitan el acceso local de los consumidores a servicios y productos digitales internacionales. En particular, las marcas tienen una regla que establece que los procesadores y agrupadores locales no pueden sumar afiliados (ni procesar sus pagos) si se encuentran localizados fuera del territorio nacional. Esta regla nace previamente al contexto global y digital y luce anacrónica en el contexto actual.

Este grupo de casos presenta dos situaciones. En algunos países las marcas anunciaron la implementación de los programas EMLP (*Expanded Merchand Location Pilot Program*) de *Visa* y PIFO (*Payment Intermediary Foreign Exchange Operators*) de *Mastercard* que implican un aumento de costos para las *Fintech*. En otros países las marcas anunciaron el cierre de las operaciones para las *Fintech*.

Diversas agencias han iniciado investigaciones y, en algunos casos, han dictado medidas cautelares, en tanto se desarrolla la instrucción de los procedimientos. La existencia de estas investigaciones denota una característica específica que está adoptando en América Latina el choque entre los modelos de negocio habilitados por la economía digital y los modelos de negocio tradicionales encarnados en

incumbentes de los mercados de pagos como las marcas o esquemas de tarjetas.

Estos casos, típicos de la economía digital por los actores y mercados involucrados y por las teorías del daño a las que dan lugar, si bien guardan relación con la experiencia europea, son casos específicos de la región, dada la reacción de las marcas al surgimiento de empresas *Fintech* que han desarrollado servicios de procesamiento de pagos locales de servicios globales y su impacto en la inclusión financiera en la región.

Tabla 2. Acciones recientes de las agencias de competencia contra las Marcas por denuncias de empresas Fintech

Chile	Colombia	Paraguay	Perú	República Dominicana
2022	2022	2023	2023	2023
El IDLC adopta medida cautelar por la que le ordena a Visa continuar proveyendo, en las mismas condiciones, los servicios para que el denunciante pueda seguir operando.	Medida Cautelar de la SIC que les impide a VISA y Mastercard implementar los programas EMLP y PIFO y se las obliga a suspender las comunicaciones y amenazas contra adquirentes con las que pretenden evitar que sigan contratando con empresas que prestan servicios de transacciones locales para la adquisición de contenido digital internacional (SIC, 2022).	La CONACOM dio lugar a medida cautelar contra Visa Internacional en el marco del sumario recientemente iniciado contra la empresa (CONACOM, 2023c).	INDECOPI inicia procedimiento sancionador contra Visa por presunto abuso de posición de dominio (INDECOPI, 2023a).	Pro-Competencia ordena medida cautelar e inicio de procedimiento de investigación contra Visa por presunto abuso de posición dominante Pro-Competencia 2023).
			INDECOPI ordenó medida cautelar contra Visa.	

Fuente: elaboración propia con información pública. En algunos casos la información pública corresponde a noticias de medios de comunicación, por lo cual aún no se conoce o no ha sido establecida la posición de las agencias.

4. Investigaciones contra empresas *BigTech*

Este grupo de casos se refiere a denuncias presentadas contra las empresas *BigTech*, *Apple* y *Google* (Tabla 3). Todas estas investigaciones presentan similitud con los casos e investigaciones, iniciados en otras jurisdicciones sobre las condiciones para el procesamiento de pagos en las ventas de productos digitales que se realizan dentro de las aplicaciones (*in-app purchases* o IAP) adquiridas en las *app-stores* de *Apple* y *Google*.

Entre ellos destacan: el caso *Epic Games vs. Apple* en los Estados Unidos, el iniciado por *Spotify vs. Apple* en la Comisión Europea, las investigaciones de las agencias de competencia de Países Bajos, Alemania, Reino Unido (la CMA realizó un estudio de mercado de ecosistemas móviles e inició investigaciones contra Google y Apple) y Japón (la JFTC realizó un estudio de mercado sobre sistemas operativos móviles y distribución de *apps* y realizó una investigación contra *Apple*).

En estos casos, se investigan las reglas que requieren el uso exclusivo de los servicios de procesamiento de pago de *Google* y *Apple* en sus respectivas tiendas de aplicaciones, y las provisiones anti-direccionamiento (*anti-steering*) que impiden a los desarrolladores informar a sus clientes sobre alternativas de adquisición y pago de los productos digitales. Además, plantean a las agencias y las cortes diversos desafíos sobre definiciones de mercados relevantes y teorías del daño.

Respecto de las definiciones de mercados relevantes, se plantea

la cuestión acerca de las restricciones competitivas que enfrentan *Google* y *Apple*, tanto respecto de los sistemas operativos móviles como de las tiendas de aplicaciones (*app stores*), en los servicios de procesamiento de pago y en diversos productos digitales. En cuanto a las teorías del daño, requiere adaptar las tradicionales como las de exclusividades o incremento de costo de rivales, y considerar las nuevas. En particular, las de acceso a datos de clientes de competidores que utilizan las plataformas y la posibilidad de interferir en la relación proveedor-cliente, impidiendo una conexión directa en determinados aspectos de la relación comercial, lo cual se conoce como desintermediación.

Tabla 3. Investigaciones contra *Apple* y *Goog*

Pais	Año inicio	Caso/Partes	Conducta denunciada-investigada	Mercados relevantes	Teorías del daño	Situación procesal
Brasil	2022	Mercado Libre vs. Apple (CADE, 2023a)	<ol style="list-style-type: none"> Prohibición de que los desarrolladores ofrezcan servicios digitales de terceros en sus propias apps Obligación de los desarrolladores que ofrecen compras de productos digitales dentro de la aplicación, utilicen únicamente la API de Apple para el procesamiento de pagos. 	Definición de la denunciante: <ol style="list-style-type: none"> Sistemas operativos para dispositivos móviles Distribución de aplicaciones para dispositivos con sistema iOS (definición rechazada por Apple) 	Planteadas por la denunciante: <ol style="list-style-type: none"> Restricción de acceso, discriminación y exclusión de competidores en la distribución de productos digitales de terceros Eliminación de los canales de distribución de los competidores; Aumento de costos de los rivales; Discriminación arbitraria Desintermediación de la relación entre el desarrollador y su cliente Venta atada 	Abierto. Investigación administrativa

Pais	Año inicio	Caso/Partes	Conducta denunciada-investigada	Mercados relevantes	Teorías del daño	Situación procesal
Chile	2022	Persona física vs. Google y Apple	1. Obligación de que toda compra dentro de la aplicación (in-app-purchase o IAP) de productos digitales utilice Apple Pay/Google Pay, con comisiones de 15% a 30%. 2. Anti-steering rules: impiden informar o redirigir al usuario, a otras plataformas de pago o a otras modalidades de compra y/o suscripción.	Definición de la denunciante: 1. Sistemas operativos para dispositivos móviles. 2. Distribución de Apps 3. Procesamiento de pagos <i>In-App</i> .	Planteadas por la denunciante: 1. Abuso explotativo con posición dominante colectiva: condiciones contractuales abusivas y precios excesivos. 2. Abuso excluyente: PD colectiva 2.1 Tying: S.O./App-Store y procesamiento pagos <i>In-App</i> 2.2 Exclusividad y barreras 2.3 Desintermediación y uso de información de terceros 2.4 Aumento costo rivales en apps	Abierto
México	2022	Mercado Libre vs. Apple (COFECE 2022a; IFT, 2022)	<i>Idem</i> denuncia Brasil	<i>Idem</i> denuncia Brasil	<i>Idem</i> denuncia Brasil	Abierto en <i>Cofece</i> e <i>IFT</i>

Fuente: elaboración propia con información pública. En algunos casos la información pública corresponde a noticias de medios de comunicación, por lo cual aún no se conoce o no ha sido establecida la posición de las agencias.

Merece destacarse una diferencia importante con los casos de otras regiones. En particular, las denuncias de mercado libre contra *Apple* en Brasil y México, agregan una conducta que no ha estado presente en otros casos a nivel internacional, que es la restricción para la comercialización de contenido digital de terceros. Esto es consistente con una característica muy presente en la discusión actual, la de los conglomerados digitales. En efecto, las denuncias evidencian el interés de los actores denunciados por expandirse a nuevos mercados para fortalecer el conglomerado, y cierta resistencia de los denunciados a abrir los propios conglomerados a la competencia.

5. Estudios e investigaciones de mercado

Las agencias de la región han recurrido a la herramienta de las investigaciones de mercado en numerosas ocasiones los últimos años (Tabla 4).

En Brasil, la agencia de competencia (CADE) ha sido muy activa en los mercados de instrumentos de pagos, lo cual se refleja en el Estudio de Mercado de Instrumentos de Pago, en el que reseña las características centrales desde el punto de vista de la defensa de la competencia y los casos y actuaciones que a que ha dado lugar. Más recientemente, CADE ha investigado, a solicitud del Senado, el grado y la implicancia de la integración vertical en los mercados de instrumentos financieros y de pago. La conclusión de la investigación fue que la integración vertical no es un problema de competencia per se, pero que el rol preventivo y represivo de

CADE en el monitoreo de casos de abuso de posición dominante es significativo.

En México, desde la opinión acerca de la Ley *Fintech* en 2017, COFECE ha realizado recomendaciones pro-competitivas e iniciado un estudio de mercado *Fintech* en 2022 y ha concluido recientemente la investigación del mercado de procesamiento de pagos con tarjeta, en la que identificó barreras a la competencia y emitió recomendaciones para eliminarlas y para la implementación de programas de cumplimiento.

En Perú, Indecopi ha realizado tres estudios de mercado en los últimos tres años, uno en 2021 sobre servicios de tarjetas de pago, otro en 2022 sobre servicios de aceptación de pagos a comercios extranjeros y, en 2023, ha publicado el informe preliminar sobre el estudio de mercado del sector *Fintech*.

Tabla 4. Investigaciones de mercado de las agencias de competencia en los mercados de *Fintech* y medios de pago en la región

Argentina	Brasil	Chile	México	Perú
<p>2016 Investigación de mercado de medios de pago electrónicos (CNDC, 2016).</p>	<p>2019 Estudio de Mercado de Instrumentos de Pago (CADE, 2019b).</p> <p>2023 Investigación de prácticas anticompetitivas en los mercados de instrumentos financieros y de pago. Análisis de los efectos de la integración vertical. Solicitada por el Senado Federal (CADE, 2023b).</p>	<p>2013 FNE solicita cambios regulatorios para promover competencia en adquisición de tarjetas de crédito (FNE, 2013).</p> <p>2017 TDLC emite recomendación promoviendo competencia y cambio de modelo (TDLC, 2017).</p> <p>2019 Sentencia de la Corte Suprema avanzando mayor competencia y cambio de modelo (CSI, 2019).</p> <p>2020 Informe de la FNE solicitando al TDLC regulación transitoria (FNE, 2020).</p>	<p>2017 Opinión sobre proyecto de Ley <i>Fintech</i> (COFECE, 2017)</p> <p>2022 Recomendaciones para promover la competencia en el sector de Instituciones de Tecnología Financiera (COFECE, 2022b).</p> <p>Estudio de mercado servicios financieros digitales (COFECE, 2023).</p>	<p>2021 Informe y recomendaciones sobre los servicios de pagos con tarjetas (INDECOPI, 2021).</p> <p>2022 Reporte sobre el mercado de servicios de aceptación de pagos a comercios extranjeros (INDECOPI, 2022).</p> <p>2023 Estudio de mercado del sector <i>Fintech</i> (INDECOPI, 2023b).</p>

Tabla 4. Investigaciones de mercado de las agencias de competencia en los mercados de *Fintech* y medios de pago en la región

Algunas investigaciones de mercado han jugado un papel trascendental en varios mercados. De hecho, el caso Prisma de Argentina se inicia con una investigación de mercado que luego deriva en la investigación de oficio de la agencia. Por su parte, la investigación del caso Tranbank de Chile ha implicado varias decisiones de la FNE, el TDLC y la Corte Suprema que han modificado la estructura de mercado y están propiciando una mayor competencia. Como resultado de estas intervenciones Chile ya cuenta, por ejemplo, con nuevos adquirentes (Iswitch S.A de Multicaja S.A, Getnet Chile S.A de Banco Santander, Red Global S.A de Banco Estado de Chile y Pagos y Servicios S.A y Banco Crédito e Inversiones y EMS Servicios de Pago).

6. Discusión y conclusiones

La transformación y la economía digital abren nuevos mercados y generan nuevos actores y servicios. En este artículo hemos revisado una larga lista de casos en la región, en los cuales las partes denunciadas o denunciadas tienen presencia en el sector de medios de pago y tecnologías financieras. Hemos identificado tres tipos de casos. En primer lugar, aquellos que surgen por prácticas de actores establecidos que podrían estar resistiendo el ingreso o desarrollo de nuevos jugadores, en muchos casos empresas digitales.

En segundo lugar, un grupo de casos idiosincráticos de la región, iniciados por empresas Fintech que surgen para dar respuesta a necesidades específicas de la población local. Finalmente, un grupo de denuncias donde se despliegan teorías de daño más cercanas a

las de los casos que se están discutiendo hoy en Europa y Estados Unidos, en un contexto creciente de atención puesta en los grandes actores de la economía digital.

Las agencias de competencia también han recurrido a la herramienta de los estudios e investigaciones de mercado para evaluar las condiciones de competencia, detectar problemas estructurales o conductuales y proponer cambios regulatorios pro-competitivos, lo cual denota la relevancia que los servicios de pagos electrónicos y digitales han adquirido, por su impacto en la productividad de la economía, en los servicios a los consumidores y en la inclusión financiera.

Los casos e investigaciones en el sector de pagos y Fintech han impulsado a las agencias a actualizar el instrumental analítico, adaptar las teorías del daño y las medidas remediales. Los casos en mercados de tarjetas de pago han sido de los primeros en los que las agencias debieron analizar mercados bilaterales y efectos indirectos de red. Es interesante notar que, por las características de las estructuras de mercado prevalecientes, aun cuando se presentan algunas diferencias en la consideración de los mercados relevantes, los resultados en términos de remedios y recomendaciones para promover la competencia han sido consistentes.

Por lo general, las agencias han definido mercados relevantes distintos para actividades en diferentes lados del mercado: emisión, adquirencia y procesamiento de tarjetas de pago. En el caso de Chile, se ha trabajado con una definición que confirmó la corte suprema de mercado de transacciones de tarjetas de crédito y débito, pero se

analizaron las actividades de emisión y adquisición por separado y, de hecho, se propuso migrar a un modelo de cuatro partes y a la regulación de las tasas de intercambio, al igual que en Argentina. Por consiguiente, la discusión sobre si definir un mercado para cada lado, o un único mercado, no ha sido relevante a la hora de resolver los casos, comparado con lo que sucedió en el caso Amex de los Estados Unidos (Greco & Vicens, 2021b).

De hecho, las partes demandadas suelen argumentar la necesidad de ampliar los mercados relevantes incluyendo servicios innovadores ofrecidos por actores digitales. Según nuestro mejor conocimiento, ninguna agencia ha ampliado, al menos hasta el momento, los mercados relevantes en ese sentido.

Por otro lado, uno de los principales desafíos que enfrentan las agencias de competencia es la asimetría de información. En muchos casos sucede que actores tradicionales recurren a argumentos de seguridad o protección de fraudes y lavado de dinero para defender sus prácticas. Estos desafíos se verán potenciados con casos que involucren cuestiones complejas como las que surgen de la utilización de tecnologías blockchain y las transacciones con criptomonedas. Colaboraciones con bancos centrales y reguladores sectoriales aparece como una estrategia útil para las agencias en esas situaciones.

El crecimiento de los actores de la economía digital encuentra a las agencias de competencia activas en la recepción y análisis de casos nuevos, y aparecen implícita o explícitamente, elementos que permiten adaptar teorías del daño tradicionales al nuevo

contexto: el uso de información de terceros, la desintermediación de competidores para aprovechar el uso de información de sus clientes (y fortalecer de esa manera sus estrategias mediante el uso de Big Data), la restricción a la expansión de competidores actuales en un servicio que resultan competidores potenciales en otro, y que ponen en riesgo su modelo de negocios, el cierre de mercado y el incremento del costo de los rivales para evitar que crezcan como ecosistemas digitales competitivos.

Bibliografía

GRECO, E., & Vicens, M. F. (2022). Economía digital en América Latina: Reflexiones sobre las concentraciones económicas en la región, *Revista De Derecho Administrativo*, (21), 146-163.

GRECO, E. & Vicens, M.F. (2021a). Medios de pago con nuevas tecnologías en América Latina: actuaciones recientes de las agencias de competencia. *Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (OECD-BID)*.

GRECO, E. & VIECENS, M.F. (2021b). Definición de mercados relevantes en medios de pago electrónicos: el caso «Prisma» en Argentina versus el caso «AMEX» en Estados Unidos. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Thomson - La Ley*, (306), 55-62.

GRECO, E. & VIECENS, M.F. (2020a). Innovación y disrupción digital en los mercados de medios de pago: El caso de defensa de la competencia en Argentina. Mora, S. y Palazzi, P., compiladores, *Fintech: Aspectos Legales*, Tomo III, 237-257.

Greco, E. & VIECENS, M.F. (2020b). FinTech y BigTech: barreras a la entrada y a la innovación. Estado de situación en América Latina, publicado en la *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, (1).

NAVARETTI, G. B., G. Calzolari, J. M. Mansilla-Fernandez, and A. F. Pozzolo (2018). *Fintech and Banking. Friends or Foes? European Economy. Banks, Regulation, and the Real Sector*. (3), 2.

VIECENS, M.F. (2022). Competencia, datos y legislaciones en tensión: lecciones para la región de la de la implementación del open banking. *Mimeo*.

Vives, X. (2021). The antitrust FinTech challenge. *Concurrences* (4): 21-26.

Vives, X. (2019). *Digital Disruption in Banking*. OECD, background paper for Item 5 at the 131st Meeting of the Competition Committee, June.

Referencias de los casos

CADE (2017). Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11.

CADE (2018). Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51.

CADE (2019a). Processo Administrativo nº 08700.003187/2017-74.

CADE (2019b). *Cadernos do Cade: Mercado de Instrumentos de Pagamento*. Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

CADE (2020). Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38.

CADE (2022a). NOTA TÉCNICA Nº 4/2022/CGAA2/SGA1/SG/CADE.

CADE (2022b). NOTA TÉCNICA Nº 59/2022/CGAA2/SGA1/SG/CADE.

CADE (2023a). NOTA TÉCNICA Nº 4/2023/CGAA11/SGA1/SG/CADE.

CADE (2023b). NOTA TÉCNICA Nº 12/2023/CGAA2/SGA1/SG/CADE.

CNDC (2016). *Tarjetas de crédito, débito y medios de pago electrónicos s/investigación de mercado (C.1596) - Dictamen 17 - Resolución 17*.

COFECE (2017). OPN-007-2017.

COFECE (2022A). *Aviso de inicio*. Expediente IO-005-2022.

COFECE (2022b). *Cofece-038-2022*.

COFECE (2023). *Cofece-025-2023*.

CONACOM (2023a). *Resolución D/AL Nº 10/2023*.

CONACOM (2023b). Resolución D/AL N° 26/2023.

CONACOM (2023c). Resolución D/AL N° 26/2023.

CSJ (2019). Corte Suprema de Justicia de Chile. Rol N° 24.828-2018.

FNE (2013). Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago. Rol NC N° ERN 20-14.

FNE (2020). Rol NC 466-2020.

IFT (2022). Aviso inicio investigación AI-DE-002-2022.

INDECOPI (2021). Estudio de Mercado de los Servicios de Pagos con Tarjetas en Perú.

INDECOPI (2022). Reporte sobre el mercado de servicios de aceptación de pagos a comercios extranjeros.

INDECOPI (2023a). El Indecopi inicia procedimiento sancionador contra Visa por presunto abuso de posición de dominio. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/720698-el-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-contra-visa-por-presunto-abuso-de-posicion-de-dominio>

INDECOPI (2023b). Estudio de mercado sobre el sector Fintech.

PRO-COMPETENCIA (2023). RESOLUCIÓN NÚM. DE-004-2023.

SIC (2022). Resolución 48720 del 27 de julio del 2022.

TDLC (2017). Proposición de modificación normativa n° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. Rol ERN N° 20-2014.

Visión internacional de mejoras y oportunidades sobre la Ley 42-08 sobre Defensa de la Competencia en la República Dominicana¹

Antonella Salgueiro

Resumen

Se aborda la perspectiva internacional de mejoras y oportunidades con respecto a la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 42-08) en la República Dominicana. Se destaca la relevancia de la política de competencia en las economías actuales, con más de 135 jurisdicciones que cuentan con regímenes de competencia. En América Latina, la necesidad de leyes de competencia modernas ha impulsado cambios legislativos en varios países. El artículo se enfoca en las fortalezas y debilidades de la Ley 42-08, especialmente en lo que respecta a las disposiciones sustantivas y los poderes de investigación. Se resaltan áreas para posibles reformas, como la expansión de la cobertura de la ley de competencia para incluir acuerdos verticales, el fortalecimiento de los poderes de investigación y la superación de limitaciones procedimentales. El análisis subraya la importancia de alinear la ley de competencia dominicana con las mejores prácticas internacionales.

Palabras clave: Economías de mercado, regímenes de competencia,

¹ El presente artículo se basa en los reportes elaborados por los consultores Robert D. Anderson y Antonella Salgueiro, presentados a las autoridades de Pro-Competencia en la «Sesión Técnica sobre la Reforma de la Ley General de la Defensa de la Competencia» en mayo 2022, con el apoyo del Programa de Desarrollo de Derecho Comercial de los Estados Unidos (CLDP). Se agradecen también los comentarios recibidos por Angelica Noboa Pagán durante el transcurso de la misión.

acuerdos anticompetitivos, Abuso de posición dominante, concentración económica, libre competencia.

Abstract

The international perspective on improvements and opportunities regarding the Competition Defense Law (Law 42-08) in the Dominican Republic is discussed. The relevance of competition policy in today's economies is emphasized, with over 135 jurisdictions having competition regimes. In Latin America, the need for modern competition laws has led to legislative changes in several countries. The article focuses on the strengths and weaknesses of Law 42-08, particularly addressing substantive provisions and investigative powers. It highlights areas for potential reform, such as expanding the coverage of competition law to include vertical agreements, enhancing investigative powers, and addressing procedural limitations. The analysis underscores the importance of aligning Dominican competition law with international best practices.

Key words: Market economies, competition regimes, anti-competitive agreements, abuse of dominant position, economic concentration, free competition.

1. Introducción

La política de competencia es hoy en día no solo prioridad de economías con tradición en la materia, sino un elemento esencial para el desarrollo y crecimiento de las economías de mercado, tanto en países industrializados como en aquellos en vía de desarrollo. Como referencia, mientras que en 1999 aproximadamente 70 países contaban con leyes en esta materia (Kronthaler, 2007), en la actualidad, más de 135 jurisdicciones cuentan con regímenes de competencia que, en un grado u otro, permiten la investigación y sanción de conductas anticompetitivas y promueven, por medio del rol de la abogacía, competencia efectiva en beneficio de los consumidores, las empresas, y del propio mercado (Bradford, Chilton, Megaw, y Sokol, 2018). Esta corriente incluye economías emergentes o en transición que anteriormente no contaban con leyes de competencia de aplicación general (Wang, Su, y Han, 2018) o solo contaban con regímenes limitados o anticuados que han sido efectivamente modernizados (Pierce, 2017).

Jurisdicciones con legislaciones promulgadas en la última década ya incorporan, por lo general, las principales áreas en materia de defensa de la competencia: acuerdos anticompetitivos, abuso de posición dominante y control de operaciones de concentración. En el caso de aquellas economías que llevaron a cabo reformas de sus leyes de competencia, las principales modificaciones incluyen la implementación y mejora del mecanismo de control de concentraciones, la revisión del estándar de análisis de acuerdos

anticompetitivos (incluyendo restricciones verticales), la adopción de poderes de investigación más efectivos, la introducción de programas de clemencia o de denuncias (*'whistleblowers'*), así como ajustes a los procedimientos administrativos existentes. Un enfoque adicional, considerado especialmente por aquellas economías con regímenes de competencia más establecidos, se relaciona con discusiones actuales que afectan o podrían afectar el funcionamiento del mercado, por ejemplo, el auge de los mercados digitales, limitaciones relacionadas con la «organización industrial», e incluso consideraciones de sostenibilidad.

En América Latina, si bien el panorama político, económico y social ha fluctuado en los últimos 15 años, la necesidad de fortalecer los mercados, así como los compromisos asumidos en el contexto de negociaciones de tratados comerciales internacionales han avanzado el interés de establecer regímenes de competencia modernos. Países que no contaban con un marco legal en materia de defensa de la competencia han promulgado nuevas leyes (Paraguay), o están en proceso de hacerlo (Guatemala). Mientras que, que contaban con leyes de competencia las han modificado, incorporando buenas prácticas internacionales (Argentina, Chile, Perú, Costa Rica). Esta ola ha llevado a una consolidación de regímenes de competencia en la región, y como tal, el interés de la República Dominicana en reformar su propio marco legal de competencia, la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, es encomiable (Ley No. 42-08, 2008).²

² Ley General de Defensa de la Competencia de la República Dominicana, núm. 42-08, 2008, disponible en: <https://procompetencia.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/>.

La Ley 42-08—promulgada en 2008 pero vigente desde el 2017 con el nombramiento del primer Director Ejecutivo de la autoridad de competencia—comprende tres ejes principales: (i) enuncia las conductas prohibidas por la ley, incluyendo acuerdos anticompetitivos, abuso de posición dominante y actos de competencia desleal;³ (ii) crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia («Pro-Competencia») como la autoridad nacional competente en materia de defensa de la competencia; y (iii) establece los procedimientos administrativos para investigar y sancionar las infracciones de esta ley. De manera transversal, Pro-Competencia también cumple roles relacionados a la abogacía y promoción de la libre competencia.

Previo análisis de la Ley 42-08, cabe resaltar que el texto de esta omite mención expresa a procedimientos para el control de concentraciones, área que, en base a las mejores prácticas a nivel internacional, debería ser incorporada reconociendo que determinadas operaciones de concentración económica podrían afectar de forma significativa al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados (CNMC, 2023). Igualmente, el texto contiene ciertas limitaciones con respecto a los poderes de investigación disponibles al órgano investigador (la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia) así como también omite ciertas facultades que podrían facilitar el «*enforcement*» de la ley (OECD, Contribución de la República Dominicana, *Global Forum on Competition, Challenges Faced by Small Agencies and those in*

³ Ver comentarios relacionados sobre el tratamiento de la competencia desleal, sección 2.1.3.

Developing Economies (DAF/COMP/GF/WD(2017)31, 2017) (OECD, 2018).

Este artículo busca identificar y analizar tanto las fortalezas como las debilidades de la Ley 42-08, a fin de desarrollar, mediante el presente, un instrumento que guíe y/o complemente la potencial reforma de la actual ley, reflejando las mejores prácticas a nivel internacional. A tal efecto, analiza tanto los aspectos sustantivos como los poderes de investigación establecidos en la ley, identifica las lagunas o deficiencias percibidas, e indica posibles soluciones. El texto de este artículo se encuentra estructurado de la siguiente manera: la sección dos proporciona una descripción general de las normas sustantivas contenidas en la Ley 42-08, identifica vacíos específicos en la cobertura de la ley y considera posibles soluciones. La sección tres analiza los poderes de investigación y aplicación de la ley disponibles e identifica limitaciones relevantes. La sección cuatro menciona otras consideraciones relevantes para fortalecer la ejecución del marco legal de competencia, y la última , proporciona comentarios y observaciones finales.

2. La Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08: conductas sancionables y vacíos legales

Esta sección discute cuestiones relativas a la cobertura sustantiva de la Ley 42-08. En primer lugar, considera conductas a las que la ley es claramente aplicable. Luego identifica categorías de conductas que no están explícitamente cubiertas por la ley y que podrían ser incorporadas en la eventual reforma legislativa.

Como punto inicial, antes de entrar en detalle en las prácticas sancionables, se recomienda analizar la lista de definiciones del capítulo uno y añadir conceptos básicos adicionales del derecho de la competencia que no se encuentran citados en la presente ley, considerando que algunos de estos conceptos claves aparecen en la ley o en su reglamento de aplicación, pero no están definidos o integrados al catálogo del artículo cuatro.

2.1 Conductas sancionables por la Ley 42-08

2.1.1 Prácticas concertadas y acuerdos horizontales

La Ley 42-08 prohíbe de manera expresa los acuerdos anticompetitivos y/o prácticas concertadas, comprendiendo estos «cualquier intercambio de voluntad expresado a través de un acuerdo, contrato, o convenio, expreso o tácito, susceptible de alinear el comportamiento competitivo de agentes económicos competidores» (Pro-Competencia, p. 5) De manera enunciativa, el artículo cinco «De las practicas concertadas y acuerdos anticompetitivos», menciona las siguientes conductas:

- 1) Acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto;

- 2) Concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas;
- 3) Repartir, distribuir o asignar segmentos o partes de un mercado de bienes y servicios, señalando tiempo o espacio determinado, proveedores y clientela;
- 4) Limitar la producción, distribución o comercialización de bienes; o prestación y/o frecuencia de servicios, sin importar la naturaleza de los mismos; y,
- 5) Eliminar a competidores del mercado o limitar su acceso al mismo, desde su posición de compradores o vendedores de productos determinados.

Las conductas citadas cubren, a primera vista, los principales tipos de acuerdos horizontales anticompetitivos, incluida la fijación de precios, la manipulación de licitaciones públicas y la segmentación del mercado. No obstante, llama la atención, que, a pesar mencionar de manera general «acuerdos anticompetitivos», el artículo cinco limita dicha prohibición solamente a «acuerdos horizontales» es decir, acuerdos entre competidores que operan en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución. Esto se entiende claramente de la referencia a «acuerdos entre agentes económicos competidores» en el citado artículo.

De igual manera, el primer inciso del artículo siete también hace similar mención al referir que las conductas mencionadas en el artículo cinco se considerarán totalmente prohibidas cuando sean ejecutadas o planificadas «por competidores». Si bien es debatible

que el inciso (e) del artículo cinco podría ser aplicado a acuerdos verticales que limiten entrada al mercado, no obstante, en caso de reforma de la legislación correspondiente, se recomienda omitir el citado calificativo, a fin de incluir de forma explícita prácticas concertadas por agentes económicos que operan en niveles diferentes de la cadena de suministro (ver comentario relacionado, más abajo en la sección 2.2.3).

Cabe resaltar también que el inciso uno del artículo siete —con relación a la «Calificación de una conducta anticompetitiva»— deja claro que las conductas mencionadas en el artículo cinco, cuando sean ejecutadas o planificadas por competidores que actúen de manera concertada, se considerarán totalmente prohibidas. No obstante, el texto incluye la excepción de «eficiencia» cuando tales conductas sean «accesorias o complementarias de una integración o asociación adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación o la inversión productiva».

En efecto, la ley establece así una prohibición *per se* de la mayoría de los acuerdos horizontales entre competidores con una estrecha excepción para aquellos acuerdos convenidos con el fin de lograr eficiencias. Este enfoque es ampliamente consistente con el alcance de otras leyes de competencia, incluyendo el tratamiento en la Unión Europea, Costa Rica, Colombia, por citar algunos. En general, el artículo 5 de la Ley 42-08 es un pilar central de la legislación, y un elemento de apoyo esencial en los esfuerzos en curso para fortalecer la competencia en la República Dominicana.

2.1.2 Abuso de posición dominante

La Ley 42-08 también contiene una sólida disposición para sancionar el abuso de posición dominante. El artículo seis reglamenta el abuso de posición dominante si tal conducta «pretende restringir la libre competencia, debilitando la participación de los competidores, obstaculizando la entrada de otras empresas, o aplicando condiciones injustas a clientes, proveedores o consumidores» (Pro-Competencia, p. 6). Como en otras jurisdicciones, y siguiendo prácticas extranjeras, la posesión de una posición dominante por sí sola no constituye una violación de la ley. En particular, el artículo seis califica, de manera enunciativa, las siguientes conductas como abuso de posición de dominio:

- 1) Subordinar la decisión de venta a que el comprador o usuario no compre o distribuya productos o servicios de otras empresas competidoras;
- 2) La imposición de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique;
- 3) El condicionamiento de la venta del bien o prestación del servicio requerido, a la adquisición de otro bien o servicio adicional;
- 4) 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;

- 5) La negativa a vender o proporcionar bienes y servicios a determinado agente económico, que de manera usual y normal están disponibles o sean ofrecidos a terceros;
- 6) La negativa a vender o proporcionar bienes y servicios a determinado agente económico, cuando no existan proveedores alternativos disponibles que desean vender en condiciones normales.
- 7) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en desventaja frente a otros sin que exista razón comercial que lo justifique.

Cabe señalar dos particularidades de la disposición relativa a abusos de posición dominante. Primero, los ejemplos de abusos a los que se hace referencia en el artículo seis indican que este artículo es potencialmente aplicable también a una amplia gama de acuerdos verticales o prácticas relacionadas, como acuerdos de exclusividad, restricciones en el precio de reventa o en el territorio de venta, acuerdos de distribución selectiva, y ventas atadas. De tal manera, podría considerarse que esta disposición podría complementar el artículo cinco, proveyendo fundamento suficiente para perseguir restricciones verticales que limiten la competencia en los distintos

niveles de la cadena de producción o distribución, si se da el supuesto de «poder de mercado».

En segundo lugar, la aplicación del artículo sobre abuso de posición dominante se encuentra condicionada por varios elementos y factores establecidos en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 42-08. En particular, el 7.2 deja en claro que las conductas de abuso de posición dominante deben evaluarse siguiendo un enfoque caso por caso, similar al estándar de la «regla de la razón», lo cual requiere un análisis de los efectos en el mercado, incluyendo posibles eficiencias.

Los distintos elementos de los artículos 8 y 9—incluida la orientación con respecto a la definición del mercado relevante y la determinación de la posición dominante—recogen factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la existencia de una «posición de dominio en tal mercado» (por ejemplo, barreras de entrada, cuotas de mercado, sustituibilidad de los bienes o servicios, y acceso a otras fuentes para insumos relevantes, entre otras). Al mismo tiempo, proporcionan orientación básica para garantizar que tales disposiciones se apliquen de manera fundamentada.

Lo mencionado es ampliamente congruente con el tratamiento de conductas enmarcadas como abuso de posición dominante en leyes de competencia de otras jurisdicciones, tales como los Estados Unidos (considerando la jurisprudencia conforme a la sección dos de la Ley *Sherman*, las secciones relevantes de la Ley *Clayton* y la sección cinco de la Ley de la Comisión Federal de Comercio), la Unión Europea (artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea), y varios países de América Latina, por ejemplo: Costa Rica, Perú, y México.

De igual manera, es importante notar que, si bien la disposición general del artículo seis menciona «abusos de la posición dominante de agentes económicos en un mercado relevante», al enunciar las posibles conductas anticompetitivas, la ley se refiere claramente o, al menos predominantemente, a los abusos por parte de los *vendedores* en el mercado. Como tal, la incapacidad para hacer frente a posibles abusos por parte de los compradores podría ser una aparente laguna en la legislación. (ver comentario relacionado, más abajo en la sección 2.2.2).

2.1.3 Competencia desleal

Las conductas consideradas como «competencia desleal» son un foco importante de la Ley 42-08. El capítulo III recoge las disposiciones que califican tales prácticas. Específicamente, el artículo 11 enumera de manera enunciativa tales actos, incluyendo: de engaño, de confusión, de comparación indebida, de imitación, de violación del secreto comercial, incumplimiento a normas, de denigración e inducción a la infracción contractual.

Reconociendo que, si bien el Congreso de la República Dominicana ha considerado la regulación de estos actos como parte del mandato de Pro-Competencia, cabe señalar que son cualitativamente diferentes de las disposiciones de la ley que tratan, por ejemplo,

acuerdos anticompetitivos o abusos de una posición dominante. En particular, mientras que estas disposiciones se refieren a prácticas que potencialmente perjudican el proceso competitivo en el mercado, los actos tratados bajo la rúbrica de competencia desleal se encuentran relacionados con la protección de los intereses legítimos de las empresas y/o de los consumidores.

Además, considerando que la persecución de actos o denuncias de competencia desleal podría representar una proporción significativa del trabajo de Pro-Competencia, para el caso de la eventual reforma de la ley de competencia, se podría considerar separar tales reclamaciones del mandato de la agencia de competencia, dejando la persecución de estos a instancia de parte ante el juzgado de primera instancia, tal como ya lo permite el segundo párrafo del artículo 12 de la Ley 42-08. De tal manera, se liberaría potencialmente recursos para trabajar en otras áreas centrales para el mantenimiento de la competencia.

En caso de prevalecer la facultad de Pro-Competencia, esta podría publicar lineamientos relevantes a fin de crear mayor entendimiento e interpretación en la materia ya que es actualmente el órgano con mayor experiencia en materia de competencia desleal. Asimismo, a fin de crear mayor efecto disuasorio, la ley deberá robustecer su potestad sancionadora, ya que una deficiencia de la Ley 42-08 es la ausencia de multas administrativas para los actos de competencia desleal.

2.1.4 Otras cuestiones incluidas en la Ley 42-08

La ley de competencia otorga facultades relevantes para mantener y reforzar la competencia en el mercado. Estas incluyen: (i) amplia autoridad estatutaria para la defensa de la competencia;⁴ (ii) autoridad para realizar estudios de mercado,⁵ pronunciar dictámenes no vinculantes solicitados por otros entes reguladores, y pronunciarse sobre actos jurídicos estatales contrarios a la libre competencia,⁶ así como (iii) autoridad para monitorear las ayudas estatales y emitir orientación u opiniones sobre el tratamiento de las mismas.⁷ Estas atribuciones proporcionan un amplio espectro para que Pro-Competencia lleve a cabo actividades que contribuyan de manera significativa a la protección de la competencia en los mercados de la República Dominicana y, por tanto, complementan de manera útil las actividades de monitoreo, investigación y sanción típicas de la agencia.

De igual manera, cabe resaltar que Pro-Competencia ha demostrado ser una agencia proactiva en cuanto a actividades destinadas a promover la cultura de la competencia en el país. Esto es de alta importancia dado que, en los países en vías de desarrollo, por lo general, el conocimiento de la ley y/o la política de competencia es bastante limitado y, como tal, las empresas y sus representantes llevan a cabo prácticas anticompetitivas de manera sorprendentemente abierta. Por ejemplo, esto puede incluir situaciones en las que, a través de asociaciones comerciales, las empresas acuerden aspectos

⁴ Ley núm.. 42-08, artículos 13, 14 y 31.

⁵ Ley núm. 42-08, artículo 33(f).

⁶ Ley núm. 42-08, artículo 14.

⁷ Ley núm..42-08, artículo 15.

relacionados a la fijación de precios y términos relacionados, o compartan información sobre la evolución del mercado a fin de promover sus intereses comunes.

Dichas cuestiones pueden abordarse, al menos en parte, a través de programas de promoción o cumplimiento para fortalecer el conocimiento de las prohibiciones legales y las posibles sanciones (Kariuki y Roberts, 2015). A tal efecto, se recomienda ampliar, con el tiempo, los canales de comunicación efectiva con la comunidad empresarial y la sociedad civil, en especial si se busca la reforma de la ley y la eventual introducción de un control de concentraciones en el régimen legal de defensa de la competencia.

2.2 Conductas no previstas de forma explícita en la legislación

2.2.1 Control de operaciones de concentración

La falta de cualquier disposición que habilite el control de operaciones de concentración es un claro vacío o deficiencia en la Ley 42-08. Si bien la mayoría de las concentraciones no generan preocupaciones sobre el mantenimiento de la competencia en los mercados relevantes, la capacidad de prohibir, o en su defecto, imponer soluciones para mitigar riesgos identificados en la minoría de los casos que sí representan una amenaza para la competencia, es un elemento central de una política nacional de competencia efectiva y un sello distintivo de sistemas modernos de derecho de la competencia. A menudo, es también uno de los aspectos más visibles en la aplicación de la ley de competencia y del actuar de

las correspondientes agencias y, por tanto, elemental en términos de obtener apoyo para otras actuaciones y la constante promoción de la cultura de la competencia.

A modo de comparación, numerosos regímenes nacionales de derecho de competencia contienen disposiciones específicas que se ocupan del control de concentraciones anticompetitivas, como un elemento central en los estatutos pertinentes⁸. Estas incorporan tanto una prohibición sustantiva de concentraciones que reduzcan sustancialmente la competencia como también disposiciones relacionadas al procedimiento que facilitan el control efectivo de las operaciones de concentración, cuando las operaciones sobrepasan ciertos umbrales. La autoridad posee también la capacidad de imponer remedios o condicionamientos con el fin de dar por aprobada la operación de concentración.

Por tanto, la eventual introducción de disposiciones sustantivas y procesales que permitan a Pro-Competencia prohibir concentraciones anticompetitivas debe ser considerada como prioridad para fortalecer y renovar el marco legislativo de la política de competencia el país.

2.2.2 Abuso de posición dominante del lado del comprador

Como se había señalado anteriormente, si bien la Ley 42-08 incorpora una sólida disposición destinada a disuadir o remediar los abusos de posición dominante, la redacción no parece cubrir

⁸ Por ejemplo, los Estados Unidos, España, México, Costa Rica y Perú.

abusos similares del lado del comprador. Esta es una omisión potencialmente significativa, ya que la conducta abusiva por parte de los compradores (a veces denominada abuso del poder de monopsonio) es una categoría reconocida de conducta anticompetitiva y una potencial inquietud. Estas preocupaciones se han planteado en muchas jurisdicciones, por ejemplo, en el contexto del sector agrícola (Anderson, Müller, y Jenny, 2012).

2.2.3 Restricciones verticales

Los acuerdos verticales que limiten o restrinjan la competencia representan una categoría de conducta anticompetitiva que no es objeto de disposiciones específicas y explícitas en la Ley 42-08. A primera vista, se trata de una clara laguna en la legislación. Sin embargo, la medida en que constituye una brecha o deficiencia significativa es debatible. Como se había señalado anteriormente, varios ejemplos de acuerdos/restricciones verticales o prácticas unilaterales (por ejemplo, acuerdos de exclusividad o mantenimiento de precios de reventa) podrían estar enmarcadas dentro del alcance de las disposiciones en materia de abuso de posición dominante, cuando estas cumplan con los elementos que configuran tal infracción – ej. la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante, demostración de efectos anticompetitivos o la creación de barreras injustificadas a terceros en el mercado.

Esta posibilidad, es decir, la capacidad de abordar tales restricciones como un abuso de posición dominante reduce la necesidad de revisar la ley de forma inmediata para incluir una disposición

explícita centrada en los acuerdos verticales. Para reforzar este supuesto (es decir, la capacidad de Pro-Competencia de emplear la disposición sobre abuso de posición dominante para controlar de manera efectiva los acuerdos verticales o prácticas relacionadas que limitan la competencia), la agencia podría emitir ciertos lineamientos no vinculantes, es decir emplear el «*soft law*» en esta materia a fin de crear un marco de posible interpretación. Notar, que, en todo caso, análisis académico anterior sugiere que los efectos de dichas restricciones son en muchas circunstancias benignos o incluso pueden generar eficiencias que no solo benefician a quienes suscriben tal acuerdo, sino que también puede beneficiar a los consumidores finales. Por esta razón, durante las últimas décadas, ha habido una tendencia general hacia un enfoque más selectivo de los acuerdos verticales que el que existía anteriormente (Baker, 2019).⁹

No obstante, en caso de reforma de la legislación correspondiente, si se recomienda omitir el calificativo «acuerdos entre agentes económicos competidores» citado en el artículo 5, a fin de incluir de forma explícita prácticas concertadas por agentes económicos que operan en niveles diferentes de la cadena de producción y/o distribución.

3. Brechas identificadas en los poderes de investigación y aplicación de la Ley 42-08

⁹ Esto no descarta que dichos acuerdos puedan representar una amenaza real para la competencia en circunstancias particulares. Estas son precisamente las circunstancias para que las disposiciones sobre abuso de posición dominante de la Ley 42-08 están diseñadas.

Esta sección analiza debilidades o lagunas en los poderes de aplicación de la Ley 42-08 necesarios para hacer valer las disposiciones sustantivas de la ley. Estas incluyen, por ejemplo, autorización para realizar registros sin previo aviso o redadas sorpresa, deber legal de colaboración en la provisión de información, programas de clemencia para alentar a miembros de un cartel a presentar información, remedios y sanciones adecuadas, ejecución privada y reclamación de daños, así como los estándares administrativos y plazos existentes. Se menciona también, a modo de recomendación, aspectos procesales del control de concentraciones, para el caso de la eventual reforma de la ley de competencia.

3.1 La posibilidad de llevar a cabo «redadas sorpresas»

La capacidad de realizar inspecciones sin previo aviso o «redadas sorpresa» es una de las principales herramientas para la investigación y aplicación de la ley contra acuerdos o conductas anticompetitivas (en su mayoría carteles) en muchas jurisdicciones. Registros y/o documentación encontrada permiten a las autoridades encargadas, en muchos casos, obtener pruebas directas de los acuerdos en sospecha. En particular, los inspectores tienen la facultad de examinar libros y cualquier otra documentación relacionada con la empresa, cualquiera sea su soporte material. Esto incluye también el examen de la información electrónica en servidores, archivos informáticos locales, dispositivos de almacenamiento electrónico, dispositivos móviles, así como materiales en salas de trabajo y/o contenedores de eliminación de documentos. Los agentes podrán

incautar y/o hacer copias de los documentos encontrados en el sitio y también de aquellos almacenados en formato electrónico.

El elemento esencial para el éxito de las inspecciones es que estas se realicen sin previo aviso, para evitar la posible destrucción de pruebas. Si bien es una herramienta poderosa y útil para la aplicación de la ley, se reconoce que las búsquedas plantean problemas importantes de privacidad, debido proceso y justicia procesal. Por estas razones, en la mayoría de las jurisdicciones la posibilidad de llevar a cabo tales allanamientos se encuentra sujeta a alguna forma de control judicial y/o constitucional.

La Ley 42-08 contempla explícitamente la realización de inspecciones por parte de funcionarios de Pro-Competencia.¹⁰ Sin embargo, esta autoridad está condicionada de manera significativa. En primer lugar, la posibilidad de acceder a los locales pertinentes sólo está disponible con el consentimiento de los ocupantes, por medio de una orden judicial y con la asistencia del ministerio público, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal.

Si bien esto en sí mismo parece una limitación razonable, se complica por el hecho adicional de que, en la República Dominicana, desde su inicio, las investigaciones bajo la Ley 42-08 tienen carácter público,¹¹ y de acuerdo a la ley, la notificación del inicio de una investigación debe ser proporcionada a las partes pertinentes dentro

¹⁰ Ley núm. 42-08, artículo 42.

¹¹ Ley núm. 42-08, artículos 36 y 40.

de los tres días hábiles de haber sido instruida.¹² Esto significa que las posibilidades de una inspección o redada sorpresa (debidamente autorizadas) son escasas o inexistentes.

En virtud de lo anterior, se recomienda revisar la ley para incluir la posibilidad de investigaciones o averiguaciones previas por parte de Pro-Competencia, durante las cuales se podrán realizar inspecciones sorpresas sin que se dé a conocer públicamente la existencia de una investigación (o por lo menos que la notificación de esta se presente de manera simultánea con el allanamiento). Para abordar la privacidad y preocupaciones relacionadas, dichos registros o allanamientos permanecerían sujetos al requisito de aprobación judicial, de conformidad con la Constitución de la República Dominicana y los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal.

3.2 Deber legal de colaboración en la provisión de información

Otra herramienta para la efectiva investigación y aplicación de la ley es, en numerosas jurisdicciones, la capacidad de la agencia de competencia de solicitar, de manera coercitiva, información relevante a la investigación. La facultad de requerir tal colaboración por parte de los investigados se encuentra incorporada, de manera bastante general, en la sección que regula el «*Procedimiento de Instrucción*» de la Ley 42-08.¹³ Sin embargo, como ya lo había señalado Pro-Competencia en una presentación ante el Foro Global

sobre Competencia de la OCDE, tal poder se encuentra sujeto a ciertas limitaciones (OECD, 2017):

- La obligación de presentar información no se aplica a terceros que no sean denunciantes o participantes voluntarios del proceso. En estos casos, la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia podrá solicitar información de conformidad con el artículo 42 de la ley, pero el cumplimiento es voluntario, y no obligatorio. En tal sentido y en ocasiones anteriores, agentes económicos a quienes se les ha solicitado información como participantes en el mercado objeto de la investigación se han negado a colaborar, en algunos casos con el interés de preservar relaciones comerciales con el agente económico investigado.¹⁴
- La facultad de solicitar información posee además una restricción implícita: sólo puede ser ejercida en el marco de un procedimiento de investigación específico. Asimismo, la información que no haya sido obtenida de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley no podrá ser utilizada en un proceso de investigación.
- La información proporcionada por los agentes

¹² Ley núm. 42-08, artículo 39.

¹³ Ley núm. 42-08, artículo 42.

¹⁴ Por ejemplo, empresas en los mercados de distribución y comercialización de cervezas se negaron a proporcionar información en una investigación abierta por Pro-Competencia contra Cervecería Nacional Dominicana, S.A.

económicos requeridos solo puede ser utilizada para los fines declarados.

- Si bien el incumplimiento del deber de colaboración puede ser sancionado por Pro-Competencia, tal sanción solo puede darse si la información proveída es incorrecta, falsa o engañosa,¹⁵ o si el agente económico ha obstruido de alguna manera el acceso a información relevante. Por tanto, la ley no prevé sanciones en caso de no facilitar la información solicitada. En estos casos, Pro-Competencia se limita solamente a remitir reiteraciones, sin perjuicio de la facultad citada en el párrafo uno del artículo 42, para ejercer medidas coercitivas mediante el auxilio de la fuerza pública.
- De lo citado anteriormente, sería prioridad para el uso efectivo de los poderes de investigación de Pro-Competencia reformar la ley a fin de incluir dentro del deber de colaboración a toda persona jurídica o física (terceros), con el objeto de que estas proporcionen toda información relevante que tuvieran en su poder o sea necesaria para la aplicación de la ley de competencia. De igual manera, se debería sancionar el incumplimiento del deber de proporcionar información desde el momento que no se presente la información solicitada (luego del plazo indicado en la

legislación) y no solo cuando la información proveída sea falsa o engañosa.

3.3 Programa de clemencia para alentar la presentación de información relevante

El «programa de clemencia», también conocido como «delación premiada», es otra herramienta para detectar, sancionar y disuadir acuerdos anticompetitivos en muchas jurisdicciones. Generalmente, estos programas se encuentran disponibles para recibir información acerca de los denominados «carteles duros» o *«hard-core cartels»*. Este conducto alienta a los miembros de un cartel a acercarse a la agencia de competencia con información relevante y desbaratar así tal acuerdo. De igual manera, es también una herramienta que contribuye a la disuasión, ya que hace menos atractivo la formación de un cartel, debido al riesgo de que uno de los miembros se delate y los restantes sean sancionados. Varias jurisdicciones han modificado, en los últimos años sus correspondientes marcos jurídicos de defensa de la competencia para permitir la posibilidad de «medidas de clemencia¹⁶».

La ley de competencia de la República Dominicana, en particular, no prevé el uso de medidas de clemencia para inducir el intercambio de información apropiada por parte de empresas o individuos. Hoy en día, la delación premiada es la herramienta de detección de carteles más utilizada a nivel mundial. Por tal motivo se recomienda introducir, en la futura revisión de la ley de competencia, la autoridad

¹⁵Ley núm.42-08, artículo 61(d).

¹⁶ Por ejemplo, Perú en el 2015 y Costa Rica en 2019.

legal para el desarrollo de un programa adecuado de clemencia para miembros de carteles que presenten información relevante antes o durante una investigación. Esto debe estar sujeto a garantías apropiadas de equidad procesal y confidencialidad.

Al considerar la posibilidad de recurrir ante la autoridad, es probable que el infractor examine el costo-beneficio de seguir cartelizado o delatarse. En este sentido, para que uno de los miembros de un cartel recurra a la autoridad y delate su participación en el ilícito, es necesario que la agencia de competencia tenga una reputación creciente de ser un ejecutor duro, con sanciones apropiadas. Es el miedo a la sanción lo que incentivará que las empresas busquen inmunidad. A tal efecto, la posible imposición de sanciones lo suficientemente altas también reforzará la reputación de la autoridad de competencia. Además de las multas, la capacidad de hacer cumplir los remedios conductuales, u otras sanciones, como la inhabilitación o la prohibición de participar en compras públicas en casos de colusión, también podrían resultar eficaces para disuadir prácticas anticompetitivas.

3.4 Remedios y sanciones

Las sanciones autorizadas por la Ley 42-08 son únicamente de carácter administrativo (multas)¹⁷. La fijación de precios y la manipulación de licitaciones son, sin embargo, actividades que merecen, al menos en casos particulares, sanciones penales.¹⁸ Si bien

el párrafo uno del artículo 61 menciona que las personas naturales que participen directamente como cómplices o encubridores en ilícitos anticompetitivos serán castigados conforme lo establecido en el Código Procesal Penal de la RD, no obstante, haría falta claridad en el procedimiento para la remisión del caso. Reconociendo esto, se recomienda que la República Dominicana considere introducir, en una futura revisión, la posibilidad de remitir formalmente dichos casos para la acción correspondiente por parte del ministerio público.

De igual manera, el nivel de multas previsto en la Ley 42-08 puede ser considerado simplemente muy bajo para disuadir de manera significativa la conducta ilegal. Se debe considerar la posibilidad de elevar el nivel de las multas aplicables al momento de reformar la legislación, o bien, basarlos en porcentajes de ventas en vez de salarios mínimos.

Otra sanción para considerar es la inhabilitación de empresas en la contratación pública, cuando estas han sido parte de licitaciones colusorias. Esto se ha utilizado en los Estados Unidos y otras jurisdicciones como sanción por delitos de colusión en compras públicas (OECD, 2020). Al respecto, cabe resaltar que, en 2020, Pro-Competencia y la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) firmaron un acuerdo interinstitucional, con el objetivo de establecer un marco general de colaboración, incluyendo la promoción de un esquema conjunto de actividades encaminadas a investigar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las contrataciones públicas. Actualmente, se encuentran en

17 Ley núm.. 42-08, Capítulo V.

18 Como es el caso de Estados Unidos, Francia y Chile.

etapa de concluir un protocolo de remisión y tratamiento de casos, que será aplicado para la identificación y tratamiento de posibles prácticas anticompetitivas en el Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (SNCCP).

Con este protocolo de remisión y tratamiento de casos se pretende establecer la obligatoriedad de que la DGCP, previo a decidir sobre la inhabilitación de un oferente por alegados actos de colusión, remita a Pro-Competencia para que esta institución—en el ejercicio de sus facultades investigativas, potestades, así como la especialización para analizar prácticas restrictivas a la competencia—establezca a través de una resolución la comprobación o no de la posible colusión, y que la DGCP pueda decidir respecto de la inhabilitación o no, procediendo con su incorporación al expediente administrativo. La remisión y el correspondiente proceso deber ser detallado de manera expresa en el previsto protocolo.

Considerando que la República Dominicana tiene la oportunidad de diseñar un mecanismo de cooperación y coordinación desde cero con el pensado protocolo, y que tanto Pro-Competencia como DGCP poseen potestades administrativas sancionadoras, se podría aceptar que, aunque existan múltiples instituciones de aplicación, no todas deberían actuar necesariamente en paralelo. Más bien, sería preferible que las agencias coordinen sus acciones ya sea antes de iniciar un proceso (*ex ante*) o según necesidad del caso particular (*ad hoc*), a fin de decidir qué agencia está mejor posicionada para liderar cada investigación, o la mejor manera de agrupar diferentes investigaciones.

Si bien estas medidas podrían implementarse a través del Protocolo, cambios legislativos podrían ser necesarios para aclarar el liderazgo de una determinada agencia en un área determinada. Este tipo de pasos preservaría los beneficios de la competencia institucional, al tiempo que evitaría algunos de los citados conflictos. Aunque no se eliminaría la posibilidad de superposiciones, la propuesta es hacer de las superposiciones una elección consciente y no un subproducto de múltiples acciones.

3.5 Ejecución privada y reclamación de daños

Otra característica de varios regímenes de competencia es que las personas físicas o jurídicas que han sufrido perjuicio en relación con prácticas anticompetitivas tengan derecho a obtener indemnización. Esta perspectiva del derecho de la competencia se conoce generalmente como aplicación privada o «*private enforcement*», y representa el punto de conexión entre dos ámbitos consolidados, el derecho de la competencia y el derecho de daños o responsabilidad civil, permitiendo a los perjudicados por conductas anticompetitivas reclamar daños y perjuicios ante los tribunales civiles.

La Ley 42-08 establece que «los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento administrativo sancionador de una conducta restrictiva de la competencia, haber sufrido daños y perjuicios por causa de la misma podrán deducir acción por la vía judicial, para obtener la indemnización correspondiente¹⁹» No obstante, esta redacción no es muy clara en cuanto a la capacidad

¹⁹ Ley núm. . 42-08, artículo 63.

del sujeto activo de presentar tal acción, considerando que los mismos no siempre son parte del procedimiento administrativo (su actuar se limita a denuncias o colaboraciones en la investigación). Tampoco es claro si eventualmente las acciones deben formularse siguiendo una decisión anterior de la autoridad pertinente, si pueden ser presentadas tanto por el comprador directo como el indirecto, y si sería o no reconocida la defensa basada en la repercusión de sobrecostes, conocida también como defensa «*passing-on*» (Schreiber, Krüger, y Seegers, 2023).

Asimismo, en caso de crear un programa de clemencia, se deberá considerar también si tal inmunidad puede ser invocada como defensa contra acciones por daños. A modo de ejemplo, con el objetivo de proteger a los solicitantes de clemencia, en Costa Rica, la ley reformada en el 2019 establece que, el primer solicitante de clemencia solo enfrentará responsabilidad civil subsidiariamente al otro infractor, es decir, el primer solicitante de clemencia solo enfrentará responsabilidad civil en la medida en que otros miembros del cartel no puedan pagar el monto total de los daños otorgados (OECD, *Costa Rica: Assessment of Competition Law and Policy*, 2020).

Con los antecedentes anteriores, se recomienda que la República Dominicana considere establecer un régimen adecuado para que los perjudicados puedan reclamar daños y perjuicios en relación con los

daños sufridos en virtud de prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley 42-08.

3.6 Plazos razonables

En base a las conversaciones mantenidas con representantes de Pro-Competencia, otra posible limitación para la implementación efectiva de la Ley 42-08 se encuentra relacionada con los plazos establecidos en la ley para la etapa de investigación²⁰. En comparación, con otras jurisdicciones, los plazos relevantes parecen ser más extensos. Por ejemplo, en México el plazo para la investigación de prácticas anticompetitivas o concentraciones no podrá, en principio, exceder de 120 días hábiles, sin embargo, dicho plazo podrá prorrogarse en cuatro ocasiones, cuando la naturaleza y complejidad del caso lo requiera.²¹ En la República Dominicana, el plazo máximo para la investigación es 12 meses (Pro-Competencia, p. 15).

Además, el plazo general de prescripción para acciones administrativas y judiciales establecido en la Ley 42-08 es actualmente de un año contado a partir de la cesación de la conducta anticompetitiva.²² En promedio, este plazo es de cuatro años en otras jurisdicciones. A luz de lo anterior, se recomienda revisar los plazos citados, y considerar la flexibilización de estos, cuando corresponda.

²⁰ Ley núm.. 42-08, artículos 44 y 45.

²¹ Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), Reforma publicada DOF 20-05-2021.

²² Ley núm.. 42-08, artículo 56.

3.7 Aspectos procesales del control de concentraciones

Como se mencionó en el capítulo anterior, el bloqueo de concentraciones que puedan tener efectos anticompetitivos en el mercado relevante es un área de alta importancia, y para la cual Pro-Competencia debe estar dotada con la autoridad legal adecuada, para evitar pérdida significativa de competencia o un empeoramiento en la estructura del mercado.

Además de una disposición legal sustantiva adecuada que permita a la agencia de competencia prohibir concentraciones que disminuyan sustancialmente la competencia o cumplan con un estándar similar, un régimen efectivo de control de concentraciones requiere un sistema de notificaciones, procedimiento de investigación en fases, capacidad de aplicar remedios o condicionamientos, o incluso sanciones, y el control o monitoreo de la decisión, en caso necesario.

Toda transacción que cumpla con los umbrales de notificación establecidos en la ley debe estar sujeta a una autorización previa por parte de la autoridad de la competencia, así como también debe existir la posibilidad de que las transacciones que no alcancen los umbrales de notificación sean notificadas de forma voluntaria (por ejemplo, para obtener garantías de que la transacción no plantea problemas de competencia). Por tanto, se recomienda que la República Dominicana considere adoptar un sistema de control de concentraciones, de acuerdo con la tendencia en otras jurisdicciones.

4. Otras consideraciones

4.1 Denuncias y líneas directas anónimas

Los denunciantes individuales, también conocidos como «*whistleblowers*» y las líneas directas anónimas proporcionan un canal para la colaboración ciudadana en la detección de prácticas anticompetitivas, permitiendo compartir información relevante, pero manteniendo el anonimato y la confidencialidad en todo momento. Además, si están debidamente constituidos, brindan un marco de protección legal a los empleados que denuncian infracciones de la ley de competencia, al prohibir que los empleadores tomen medidas de represalia contra los denunciantes. Se recomienda que la República Dominicana considere establecer dicho sistema. También se podría considerar la implementación de algún tipo de «Programa de Recompensas», para otorgar recompensas a los denunciantes e informantes que brindarían información decisiva para detectar y enjuiciar a los carteles, como se ha hecho en Perú (OECD, 2019).

4.2 Herramientas forenses digitales

Las herramientas digitales de análisis de datos o «*screening*» pueden convertirse en un elemento esencial para la detección de posibles carteles. Al respecto, se están llevando a cabo importantes debates y discusiones sobre este tema a nivel internacional. Los debates hasta la fecha han aclarado que, si bien casos de posible colusión pueden identificarse con dichas herramientas, en la mayoría de los casos estas representan solamente «señales de alerta» o «*red flags*» que, por lo general, no proporcionan pruebas suficientes para una sanción

(Anderson, Kovacic, y Jones, 2019). En particular, el creciente interés en el uso de la tecnología y la inteligencia artificial por parte de las autoridades de competencia en la detección y persecución de carteles ha llevado a la identificación de ciertos límites y desafíos:

- Algunas autoridades de competencia utilizan el screening en base a información pública (como en Brasil, Colombia, Singapur y España). Estos datos pueden estar incompletos, ser de baja calidad, o no ser suficiente para realizar un screening efectivo. Además, es posible que los carteles ya estén adaptando su conducta para evadir screening potenciales.
- El *screening* conlleva un riesgo inherente de falsos positivos o falsos negativos, ya que solo brindan evidencia económica que frecuentemente es ambigua.

Como puntapié inicial, la autoridad de competencia podría confiar en los resultados del *screening* como el punto de inicio de una investigación, y emplear, posteriormente, herramientas de investigación estándar, como las redadas sorpresa y las solicitudes de información (Heijnen, Haan, y Soetevent, 2015). Por tanto, se recomienda que Pro-Competencia siga las discusiones relevantes a nivel internacional y, en el momento adecuado, considere invertir en el desarrollo de herramientas y recursos digitales apropiados para ayudar en la detección y disuasión contra carteles. Esto incluye herramientas para la recopilación, preservación y análisis de evidencia digital. Asimismo, se debe tener en cuenta que, en

términos generales, el análisis de datos, por sí solo, no proporciona una prueba confiable de colusión. Más bien, proporciona un indicio de que situaciones particulares merecen una mirada más cercana. También existen desafíos relacionados con la digitalización de los procesos de investigación dado que los datos digitales pueden ser más vulnerables que los documentos físicos y los algoritmos pueden carecer de precisión.

4.3 Obtención de información relevante a través de acuerdos de cooperación internacional

Los acuerdos de cooperación internacional con otras agencias de competencia, ya sea dentro o fuera de la región, pueden proporcionar una importante fuente de información para facilitar la aplicación efectiva de la ley de competencia. Estos acuerdos podrán establecer mecanismos para la recolección de pruebas y la realización de investigaciones dentro y fuera del territorio nacional; realizar estudios en conjunto con otras autoridades de competencia; facilitar la cooperación técnica y el intercambio de experiencias; así como el intercambio información que facilite la investigación de prácticas anticompetitivas. Se recomienda, por tanto, el desarrollo de una red apropiada de acuerdos de cooperación bilateral y multilateral.

4.4 Relación con los reguladores sectoriales

Los reguladores sectoriales suelen operar de forma autónoma, controlando las fallas del mercado en los sectores de los que son

responsables. Aunque las funciones y el alcance de los reguladores sectoriales y las agencias de competencia pueden diferir, la relación entre ellos sigue siendo relevante, ya que ambos suelen compartir el objetivo común de lograr resultados competitivos y eficientes en el mercado, así como solucionar fallas en los mismos. El trabajo de defensa de la competencia puede contribuir de manera muy significativa a garantizar resultados económicamente más eficientes y adecuadamente adaptados.

Muchas jurisdicciones han reconocido la necesidad de que las agencias de competencia y los reguladores del sector trabajen juntos, afinando la línea de demarcación entre la regulación y la política de competencia. Si bien algunas jurisdicciones siguen un modelo integrado en el que la aplicación de la ley de competencia, en determinadas circunstancias, complementa al regulador sectorial, la mayoría de las jurisdicciones separan las funciones y responsabilidades de los reguladores sectoriales y de la autoridad de competencia (UNCTAD, 2015).

El esfuerzo involucrado en la aplicación cuidadosa de la política de competencia en los sectores regulados y en el desarrollo de relaciones complementarias y de apoyo mutuo entre los reguladores sectoriales y la agencia de competencia puede generar beneficios importantes. Si bien puede haber beneficios al integrar la responsabilidad de la aplicación de la política de competencia y la regulación económica dentro de una sola institución, la realidad es que siempre habrá límites en el alcance y la eficacia de esa integración.

En atención a lo anterior y considerando que la regulación estatal

es un factor importante que impacta en el entorno competitivo de la República Dominicana (OMC, 2015), se recomienda que Pro-Competencia lleve a cabo un trabajo adicional de análisis y promoción de política de competencia con los reguladores sectoriales, respaldado por el desarrollo de «acuerdos de colaboración interinstitucional».

5. Observaciones finales

La Ley 42-08 es un instrumento legal con suficiente base para perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas prohibidas por la misma, así como también promover actividades que promuevan la cultura de la competencia en los mercados de bienes y servicios. En los últimos años Pro-Competencia ha demostrado ser una agencia activa, en la defensa y promoción de la competencia. Prueba de ello son no solo el número de investigaciones abiertas, sino también las actividades de promoción llevadas a cabo, los estudios de mercado a través del «observatorio de las condiciones de competencia en los mercados», las capacitaciones realizadas, y los acuerdos y convenios de colaboración interinstitucional concluidos a fin de garantizar la libre competencia en el mercado.

No obstante, y como se detalló anteriormente, si bien la ley de competencia sanciona categorías específicas de conductas anticompetitivas reconocidas por autoridades de competencia y académicos a nivel internacional (incluyendo prácticas concertadas, acuerdos anticompetitivos, abuso de posición dominante y, de manera tangencial, competencia desleal) al mismo tiempo, la ley omite otras

categorías de conductas potencialmente anticompetitivas, como por ejemplo el control de concentraciones que puedan generar daños a la competencia o los acuerdos verticales entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de suministro. Asimismo, aunque la Ley 42-08 garantiza poderes de investigación, los mismos poseen limitaciones en comparación con otras jurisdicciones. En consideración a lo mencionado, las recomendaciones realizadas a lo largo de este artículo se encuentran recopiladas a continuación:

5.1 Sobre la cobertura sustantiva de la ley de competencia:

- **De las practicas concertadas:** se recomienda omitir el calificativo «competidores» en «acuerdos entre agentes económicos competidores» citado en los artículos cinco y 7.1 a fin de incluir de forma explícita prácticas concertadas por agentes económicos que operan en niveles diferentes de la cadena de suministro.
- **Abuso de posición dominante:** la autoridad para hacer frente al abuso de una posición dominante por parte del vendedor es clara y, en términos generales, consistente con los estándares modernos. No obstante, la redacción no parece cubrir abusos similares del lado del comprador.
- **Control de Concentraciones:** considerar la promulgación de disposiciones sustantivas y procesales apropiadas que permitan a Pro-

Competencia prohibir o condicionar operaciones de concentración que puedan afectar la competencia en el mercado relevante.

- **Competencia desleal:** considerar si existe margen para agilizar y, eventualmente, reducir la carga de trabajo de Pro-Competencia en esta área, posiblemente mediante la publicación de lineamientos o guías, o bien, analizar si tales disposiciones pertenecen a otro ordenamiento, liberando así potencialmente recursos para trabajar en otras áreas centrales para el fortalecimiento de la competencia. Para el caso que se mantenga el capítulo sobre competencia desleal en la nueva ley, se recomienda robustecer la potestad sancionadora mediante la imposición de multas administrativas para tales actos.

5.2 Sobre los poderes de investigación y aplicación de la Ley 42-08:

- **Redadas o inspecciones sorpresas:** considerar la posibilidad de reformar la legislación para autorizar averiguaciones preliminares, durante las cuales se podrán realizar allanamientos o inspecciones sorpresa sin haber notificado previamente la existencia de una investigación. Para abordar la privacidad y preocupaciones relacionadas, dichos allanamientos permanecerían sujetos al requisito de aprobación

judicial, de conformidad con la Constitución de la República Dominicana y los procedimientos establecidos en su Código Procesal Penal.

- **Deber de colaboración en la provisión de información:** modificar la ley a fin de incluir dentro del deber de colaboración a toda persona física o jurídica (terceros en la investigación), con el objeto de que estas proporcionen también de manera obligatoria información relevante que tuvieran en su poder o sea necesaria para la aplicación de la ley de competencia. De igual manera, se debería sancionar igualmente el incumplimiento del deber de proporcionar información, y no solo cuando la información proveída sea falsa o engañosa.
- **Programa de clemencia:** considerar incluir en la ley de competencia autorización legal explícita para el desarrollo de un programa de clemencia apropiado para los miembros de carteles que presenten información relevante antes o luego de iniciada una investigación. Esto debe estar sujeto a garantías apropiadas.
- **Remedios y sanciones:** analizar si el nivel de multas previsto en la ley de competencia es muy bajo para disuadir de manera eficiente conductas anticompetitivas. Se debe considerar la posibilidad de elevar el nivel de las multas aplicables al momento de reformar la legislación, o bien, basarlos en porcentajes

de ventas en vez de salarios mínimos.

- **Aplicación privada:** considerar la redacción del artículo correspondiente ya que este no es muy claro en cuanto al sujeto activo, es decir, quien puede iniciar tal acción. Tampoco es claro si eventualmente las acciones deben presentarse solamente en el caso de que exista una resolución de la autoridad pertinente, y si sería o no reconocida la defensa *«passing-on»*.
- **Plazos razonables:** se recomienda revisar los plazos de ley de competencia, en especial el establecido para la etapa de investigación y para la prescripción de la denuncia, y considerar la flexibilización de los mismo, cuando corresponda.
- **Aspectos procesales del control de concentraciones:** se recomienda que la República Dominicana considere adoptar un sistema de control de concentraciones, de acuerdo con la tendencia en otras jurisdicciones, incluyendo un sistema de notificaciones *ex ante*, procedimiento de investigación en fases, capacidad de aplicar remedios o condicionamientos e incluso sanciones, y posibilidad de monitorear el cumplimiento de la decisión emitida, si es necesario.

5.3 Otras consideraciones:

- **Denuncias y líneas directas anónimas:** Se recomienda la introducción de un sistema para proveer

información de manera anónima o bien con garantías de confidencialidad. También se podría considerar la implementación de algún tipo de «Programa de recompensas», para otorgar recompensas a los denunciantes e informantes que brindarían información decisiva para detectar y enjuiciar a los carteles.

- **Herramientas forenses digitales:** considerar invertir en el desarrollo de herramientas y recursos digitales apropiados para ayudar en la lucha contra los carteles. Esto incluiría herramientas para la recopilación, preservación y análisis de evidencia digital.
- **Acuerdos de cooperación interinstitucional:** continuar desarrollando una red adecuada de acuerdos de cooperación bilateral y multilateral.
- **Relación con los reguladores sectoriales:** continuar con el trabajo de abogacía de la competencia, respaldado por el desarrollo de acuerdos o convenios de colaboración con los reguladores sectoriales.

Finalmente, el derecho de la competencia representa un campo privilegiado e innovador para el desarrollo de instrumentos de «*soft law*» o derecho blando. Guías, lineamientos, y manuales pueden convertirse en herramientas para entender e interpretar el derecho de la competencia, e incluso minimizar, en caso de ser efectivos, la intervención de la autoridad de la competencia en el mercado. La

adopción del «*soft law*» tiene un impacto tanto en las autoridades como en los agentes que operan en el mercado y, por lo tanto, el derecho blando, en sus diversas formas, podría tener un peso considerable en el contexto del desarrollo del derecho de la competencia.

Por un lado, las autoridades de competencia han adoptado el derecho blando para modelar sus propias decisiones y así brindar seguridad jurídica a las partes relevantes. Por otro lado, puede tener un impacto en los agentes económicos desde la perspectiva de la interpretación de las disposiciones legales. Se trata de imponer una «cuasi-obligación» a quienes tienen potestad para interpretar y aplicar el derecho de la competencia. Por tanto, la publicación de tales materiales podría también convertirse en una herramienta útil para el desarrollo de la cultura de la competencia en la República Dominicana.

Bibliografía

ANDERSON, R., Kovacic, W., y JONES, A. (2019). Preventing corruption, supplier collusion and the corrosion of civic trust: a procompetitive program to improve the effectiveness and legitimacy of public procurement. *26(4) George Mason Law Review* 1233.

ANDERSON, R., MÜLLER, A., y JENNY, F. (2012). *Combating Anti-competitive Practices: A Guide for Developing Economy Exporters*. Geneva: International Trade Center.

BAKER, J. B. (2019). *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Harvard University Press.

BRADFORD, A., CHILTON, A., MEGAW, C., y Sokol, N. (2018). Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law Enforcement and Datasets. *Journal of Empirical Legal Studies Vol 16*, 411.

CNMC. (2023). *Concentraciones*. Retrieved from CNMC.es: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/concentraciones>.

HEIJNEN, P., HAAN, M., y SOETEVENT, A. (2015). «Screening for collusion: a spatial statistics approach». *Journal of Economic Geography* 15(2), 417.

KARIUKI, F., y ROBERTS, S. (2015). Competition and Development: Insights into Building Institutions from the Kenyan Experience. In E. Fox, H. Charbit , y H. First, *Antitrust in emerging and developing countries. Concurrences*.

KRONTHALER, F. (2007). Effectiveness of Competition Law: A Panel Data Analysis. 4.

Ley núm.. 42-08. (2008). Ley General de Defensa de la Competencia de la República Dominicana. 2008.

OECD. (2017). *Contribución de la República Dominicana, Global Forum on Competition, Challenges Faced by Small Agencies and those in Developing Economies (DAF/COMP/GF/WD(2017)31* .

OECD. (2017). *Global Forum on Competition, Investigative power in practice – Breakout session 2: Requests for Information – Limits and Effectiveness, Contribution from the Dominican Republic, DAF/COMP/GF/WD(2018)24*.

OECD. (2018). *Global Forum on Competition, Investigative Power in Practice, Contribución de la República Dominicana (DAF/COMP/GF/WD/(2018)*.

OECD. (2019). *Annual Report on Competition Policy Developments in Peru* .

OECD. (2020). *Costa Rica: Assessment of Competition Law and Policy*.

OECD. (2020). *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies – Summaries of contributions’ DAF/COMP/WP3/WD(2020)22* .

OMC. (2015). *Examen de las Políticas Comerciales, República Dominicana* .

PIERCE, R. (2017). *Comparing the Competition Law Regimes of the United States and India*. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-27; GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-27.

Pro-Competencia. *Guía Básica sobre la Ley núm. 42-08*.

SCHREIBER, T., Krüger, C., y SEEGER, M. (2023). *Passing-on, Global Dictionary of Competition Law, Art. N° 88937*. Retrieved from Concurrences: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/damages-actions>

UNCTAD. (2015). *Ways and means to strengthen competition law enforcement and advocacy, TD/RBP/CONF.8/5*.

WANG, X., SU, J., y HAN, W. (2018). *Competition Law in China*. Wolters Kluwer.

ENTREVISTA

Entrevista al Sr. Frédéric Jenny por José Beltré 29 de septiembre de 2023, Quito, Ecuador¹

JB: José Beltré, Director de Promoción y Abogacía de la Competencia

FR: Frédéric Jenny, Chair of the OECD Competition Committee

JB: *Señor Jenny, ¿cómo ve usted la evolución de la política de competencia en América Latina en los últimos 20 años y cuáles son sus principales desafíos?*

FJ: Esta es una pregunta bastante amplia, pero para simplificar, diría que es bastante obvio que ha habido muchos avances positivos en las leyes y política de competencia en América Latina en los últimos 20 años. Un gran número de países en América Latina han adoptado leyes de competencia orientadas a hacer de sus autoridades instituciones más efectivas en el combate de las prácticas anticompetitivas. Un buen ejemplo de esto es Perú, que, adoptó procedimientos de revisión de fusiones en 2021. Las revisiones de fusiones son bastante importantes y desde entonces han revisado aproximadamente 40 o 41 fusiones en un corto período de menos de dos meses. Esto es un ejemplo de un país, que durante mucho tiempo tuvo una limitada ley de competencia, pero que fruto de las

¹ Los datos están redactados de manera inédita, como los expresó el entrevistado, el señor Frédéric Jenny

recomendaciones realizadas en un *Peer Review*, decidió agregar el control de fusiones para hacerla más efectiva en la detección de fusiones potencialmente anticompetitivas. Así que, creo que esta es ejemplo de la evolución en América Latina.

Sin embargo, todavía existen algunas debilidades en América Latina. Una de ellas es la falta de comprensión a nivel político y el público en general, sobre los beneficios reales de un ambiente de libre competencia. Por esto, desarrollar una cultura de competencia es muy importante, y en esto América Latina tiene que esforzarse. Es un proceso que ha llevado tiempo en todos los países del mundo, por lo que no es sorprendente. Pero es algo crucial para América Latina.

Otro desafío es el hecho de que las autoridades de competencia cuentan con poco financiamiento para sus operaciones. En la OCDE, llevamos estadísticas sobre la financiación de las autoridades de competencia en todo el mundo. Es difícil hacer comparaciones directas porque las autoridades pueden tener diferentes alcances, pero la observación general es que, en promedio, las autoridades de competencia en América Latina están financiadas en solo aproximadamente un tercio de lo que reciben otras autoridades de competencia en el resto del mundo. Esto es un claro reflejo de la falta de comprensión de los beneficios que aportan las autoridades de competencia. Es por eso que estoy conectando este problema con el desarrollo de una cultura de competencia. Creo que una combinación de ambos factores: la autoridad de competencia fomentando una cultura de competencia y la cultura de competencia

aumentando los ingresos de las autoridades de competencia, puede contribuir a una aplicación efectiva de las leyes de competencia. Así que hay áreas de avance y áreas donde es posible un mayor progreso.

JB: *En su opinión, ¿hasta qué punto es crucial la revisión por pares de la política nacional de competencia de la República Dominicana, financiada por el BID y coordinada por la OCDE, tanto para el país como para la región, y cómo podría colaborar la OCDE con la República Dominicana en la implementación de las recomendaciones en este contexto de revisión por pares?*

FJ: Considero que el ejercicio de revisión por pares, en general, es una práctica muy beneficiosa para cualquier país. En primer lugar, porque los países rara vez aciertan desde el principio, por lo que siempre es necesario hacer revisiones e ir haciendo a las autoridades más fuertes, esto podemos apreciarlo si observamos a países desarrollados o en desarrollo, ha sido el mismo proceso, no hace ninguna diferencia. Con el tiempo, luego de promulgada una nueva legislación, uno se da cuenta de que hay cosas que funcionan mejor que otras y que es necesario actualizar. Además, surgen nuevos problemas, como por ejemplo, el mercado digital, es algo que realmente no existía hace 10 años pero que ahora requiere medidas específicas. En particular, las autoridades de competencia tienen competencia en el sector digital. Por lo tanto, existe la necesidad de avanzar y adaptar la ley de competencia a estos nuevos retos.

La revisión por pares es una de las formas en que se logran estos cambios, observando lo que ha sucedido en otros países,

intercambiando experiencias con personas con el mismo tipo de antecedentes, haciéndote preguntas, comparando lo que haces con lo que hacen los demás países, y esto lo convierte en un proceso muy útil. Por lo tanto, considero que la revisión por pares es un proceso esencial. Por esto los países suelen estar dispuestos a someterse a una revisión por pares, ya que se identificarán errores, oportunidades de mejoras y cuáles son las referencias de otros países.

Es importante saber que, una vez completada la revisión por pares, las autoridades de los países tienen un documento que proviene de una organización internacional que ha realizado un análisis muy detallado de la situación y ha formulado una serie de recomendaciones. Sobre lo que la comunidad internacional considera que se debe hacer y la forma en que podemos avanzar. Por lo tanto, como herramienta de defensa, es bastante importante para lograr los consensos políticos de una modificación de una ley de competencia. Y diría que hay una tercera fase, que es después de la revisión por pares, la OCDE, en particular, está interesada en saber si las recomendaciones fueron útiles, si se han implementado, y, por lo tanto, mantenemos contacto con el país y tratamos de hacer un seguimiento del alcance en el que se adoptaron las recomendaciones y el momento en que se recomendaron. También hay un seguimiento para ver qué funciona bien y qué no funciona bien. Por lo tanto, considero que este es un muy buen ejercicio de seguimiento realizado por personas muy competentes, que tienen experiencia propia, y pueden ayudar a un país a avanzar cuando desean tener un sistema de competencia más eficiente, lo que considero bastante importante porque contribuye al crecimiento económico, y esto es importante para todos los países y

en particular para los países en desarrollo.

JB: *Las fintech y el comercio electrónico han impactado la vida de muchos consumidores, incluyendo a América Latina. ¿Existen desafíos específicos en estos sectores y cuál es el papel de las autoridades de competencia?*

FJ: La OCDE ha discutido ambos temas en las reuniones del Comité de Competencia, por ejemplo, durante la mesa redonda sobre «Disrupción digital en los mercados financieros» (2019) y «implicaciones del comercio electrónico para la política de competencia» (2018). Estos dos sectores presentan desafíos específicos, muchos de los cuales están relacionados con características clave de la economía digital (y, más precisamente, las plataformas digitales), como los efectos de red, el acceso a datos, la interoperabilidad de datos y problemas de privacidad. En el sector financiero, la disrupción digital está cambiando la forma en que los bancos tradicionales solían trabajar y puede estar resolviendo algunos de los problemas previos de competencia en esos mercados, como los altos costos de cambio y los altos costos de transacción. Aunque las fintech operan con un negocio más ágil y pueden centrarse en segmentos con mayores retornos, también enfrentan desventajas, como la falta de reputación y reconocimiento de marca, la ausencia de una base de clientes, acceso limitado a los mercados de capitales y un punto de partida con poca información sobre los clientes en general.

En cuanto al comercio electrónico, ha cambiado no solo la forma en que los consumidores compran, sino también la variedad

de proveedores de los que los consumidores pueden comprar productos y servicios. El crecimiento del comercio electrónico tiene el potencial de aumentar la competencia dentro de los mercados minoristas, mejorando la elección del consumidor y facilitando la innovación en la distribución de productos. A pesar de las ventajas, las autoridades de competencia han expresado preocupaciones relacionadas con posibles comportamientos anticompetitivos en el sector del comercio electrónico, incluyendo desafíos relacionados con la definición del mercado, problemas verticales y control de fusiones. Dadas las particularidades de ambos sectores, las autoridades de competencia deben mantenerse vigilantes tanto en relación con las acciones de cumplimiento como en el trabajo de promoción, como los estudios de mercado publicados por las autoridades de competencia de Brasil, México y Perú.

JB: *Muchos países de todo el mundo están considerando la adopción de regulaciones inspiradas en el Acta de Mercados Digitales Europeos (DMA). ¿Cómo afecta esta tendencia a los países de América Latina?*

FJ: Es cierto que muchas jurisdicciones están discutiendo la mejor forma de regular las plataformas digitales. La Comisión Europea dio el primer paso al adoptar el Acta de Mercados Digitales (DMA) y el Acta de Servicios Digitales (DSA). Al mismo tiempo, hoy podemos ver diferentes propuestas sobre la mesa, además de las regulaciones de la Unión Europea, como el marco regulatorio alemán (que modificó la Ley de Competencia Alemana en lugar de crear un marco legal separado), la propuesta del Reino Unido, los proyectos

de legislación de EE. UU. y discusiones avanzadas en Australia. Creo que el resto del mundo, incluidos los países de América Latina, puede beneficiarse de este amplio abanico de opciones regulatorias, lo cual es algo positivo. Es importante destacar que todavía se encuentran en la fase experimental y posiblemente se remodelen y mejoren en los próximos años. Es demasiado pronto para pensar en un «estándar de la OCDE» sobre este tema (ya que esto suele requerir un conjunto de prácticas comunes en los países de la OCDE), pero definitivamente hemos pasado de la pregunta de «por qué» a la pregunta de «cómo» en este asunto dadas las dificultades que las plataformas digitales plantean para la política de competencia, pero también para otras áreas políticas como la privacidad y la protección del consumidor.

JB: *¿Qué consejo daría a las autoridades de competencia de América Latina en cuanto a la priorización de su trabajo, la capacitación de su personal y los métodos de trabajo?*

FJ: La priorización es principalmente un asunto nacional. En este sentido, cada país debería ser capaz de seleccionar dónde enfocar su trabajo y recursos, por ejemplo, en sectores que son más relevantes para sus economías y consumidores locales. Pero es importante poder priorizar, lo cual no siempre es el caso en ciertos países, ya que esto puede depender de su marco legal específico. En América Latina, he visto muchos países priorizar áreas que tienen un mayor impacto en los más pobres, como los mercados relacionados con bienes esenciales (por ejemplo, el cártel del maíz en México y el cártel de la sal en Brasil), así como luchar contra la colusión en

licitaciones, dado que se refiere al presupuesto público.

Esto puede explicar por qué la competencia y la reducción de la pobreza se han seleccionado dos veces como temas de discusión en el Foro de Competencia de América Latina y el Caribe (LACCF) de la OCDE-BID, en 2012 y 2023. En cuanto a la capacitación y los métodos de trabajo, mi consejo sería seguir invirtiendo en ellos tanto como sea posible. La OCDE también puede respaldar a los países en este sentido, por ejemplo, a través de proyectos y actividades de formación en el país proporcionados por el Centro Regional de la OCDE para la Competencia en América Latina, con sede en Lima, Perú. Este Centro se lanzó en 2019 y ha beneficiado a más de mil 500 funcionarios públicos de la región.

FIN ENTREVISTA

INSUMOS INSTITUCIONALES

Resoluciones relevantes del Consejo Directivo	
Resolución	Núm. 018-2018, de fecha 4 diciembre 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.».
Conductas señaladas	Literales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08, los 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.
Aspectos relevantes	Se analizaron conductas de abuso de posición dominante de la Cervecería Nacional dominicana bajo la regla de la razón. La posición dominante en sí no está prohibida, pero sí su abuso. La Ley núm. 42-08 sanciona el abuso de posición dominante por sus efectos negativos en el mercado. Estas conductas perjudican el mercado de cerveza dominicano, afectando a consumidores, competidores y distribuidores. Los consumidores enfrentan precios potencialmente más altos y menos variedad. Los competidores y distribuidores enfrentan condiciones desiguales y cláusulas no negociables. El abuso de posición dominante desincentiva el emprendimiento y la inversión, afectando el desarrollo del país.
Decisión final	Declarar responsable al agente económico Cervecería Nacional Dominicana de violentar los literales a), b) y d) del artículo 6 de la Ley núm. 42-08 e imponerle una multa de 3,000 salarios mínimos equivalente a RD\$46, 342,800.00

Resoluciones relevantes del Consejo Directivo	
Resolución	Núm. 010-2021 de fecha 14 de junio de 2021. «Que decide sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante la Resolución núm. 003-2019 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), con motivo de la observación de indicios razonables de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 por parte de los agentes económicos Profarma Internacional, S.R.L., Sued & Fargesa, S.R.L., J. Gassó Gassó, S.A.S. y Mercantil Farmacéutica, s.a., consistentes en la realización de prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos en la comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GlaxoSmithKline (GSK) en la República Dominicana».
Conductas señaladas	Literal «a» del artículo 5 de la Ley núm. 42-08, el cual tipifica prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos por acordar precios y descuentos.
Aspectos relevantes	<ul style="list-style-type: none"> •La prácticas concertadas se analizaron en base a la regla per se, ya que en la Ley núm. 42-08 esto es una prohibición absoluta y se consideran siempre perjudiciales para los mercados. •Los descuentos son una de las estrategias con las que cuentan los distribuidores para atraer clientes, crear fidelidad en los mismos y diferenciarse de sus competidores, en otras palabras son una herramienta de competencia, la cual fue suprimida en el caso de marras por los agentes económicos, ya que homogenizar los porcentajes topes de descuento generó que sus clientes no encontraran ningún aliciente entre optar por uno u otro distribuidor, lo cual también frenó el dinamismo en el mercado y limitó la posibilidad de otros porcentajes para descuentos que se generen y se reproduzcan en beneficio para los consumidores finales y para la población en general. •El precio, aunque puede estar dado por el productor, no conduce a que el precio sugerido, deba ser el fijado por los distribuidores, más cuando se denota que los agentes presentaban condiciones diferenciadas de rentabilidad y demanda. •Las prácticas concertadas en el mercado de medicamentos impacta directamente en los bolsillos del consumidor y, se debe recordar, los medicamentos son útiles únicamente si se encuentran al alcance de los que los necesitan. Conductas como las sancionadas en el particular limitan el acceso que tienen las personas a la salud. En un contexto en el que las principales necesidades de salud se concentran en la población de menores recursos, el acceso oportuno a los medicamentos básicos se convierte en una prioridad.

Resoluciones relevantes del Consejo Directivo	
Decisión final	<p>Declarar responsables a los agentes económicos Profarma Internacional, S.R.L, Sued & Fargesa, S.R.L., J. Gassó Gassó, S.A.S. y Mercantil Farmacéutica, S.A., de violentar el literal «a» del artículo 5 de la Ley núm. 42-08 e imponerles las siguientes sanciones:</p> <p>i) J. Gassó Gassó, S.A.S., al pago de una multa de 38 salarios mínimos, equivalente a RD\$669,202.80.</p> <p>ii) Mercantil Farmacéutica, S.A., al pago de una multa de 167 salarios mínimos, equivalente a RD\$2, 940,970.20.</p> <p>iii) Profarma Internacional, S.R.L., al pago de una multa de 315 salarios mínimos, equivalente a RD\$5, 547,339.00.</p> <p>iv) Sued & Fargesa, S.R.L., al pago de una multa de 281 salarios mínimos, equivalente a RD\$4, 948,578.60.</p>

Resoluciones relevantes del Consejo Directivo	
Resolución	Núm. 001-2022, de fecha 4 enero 2022. «Que decide sobre el procedimiento iniciado mediante Resolución núm. 019-2021 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA) con motivo de la alegada entrega de información falsa a la Dirección Ejecutiva por parte de SODETRANSP, S.A., en el marco del procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución núm. DE-002-2020 de fecha 31 enero 2020».
Conductas señaladas	Falta administrativa contenida en el literal d) del artículo 61 de la Ley núm. 42-08, el cual tipifica el suministro de información falsa a la Dirección Ejecutiva en el marco del procedimiento de investigación.

Resoluciones relevantes del Consejo Directivo	
Aspectos relevantes	<ul style="list-style-type: none"> • Los requerimientos de información constituyen uno de los insumos fundamentales utilizados por las autoridades de competencia para instrumentar los expedientes de investigación de prácticas anticompetitivas. Así las cosas, las leyes de competencia facultan a dichos organismos para solicitar informaciones a los agentes económicos e instituciones públicas que sean necesarias, así como para sancionar la obstrucción, dilación, entrega y declaración de información falsa. • Todos los agentes económicos, sean estas personas físicas o jurídicas, formen parte o no de un proceso administrativo ante Pro-Competencia, tienen un deber de colaboración con esta autoridad de competencia, conforme lo dispone el artículo 40 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, lo que implica proporcionar toda clase de información y documentación que se le requiera vinculada con una investigación de prácticas anticompetitivas en curso. • El procedimiento iniciado por presunta entrega de información falsa en el curso de un procedimiento de investigación y el procedimiento administrativo sancionador por la realización de acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia y el abuso de posición dominante, son procedimientos distintos e independientes entre sí, de ahí que el alcance de la motivación y de la valoración de las pruebas en ambos, difiera, porque de lo contrario, se estaría prejuzgando y variando la calificación de los hechos. • La configuración de la conducta se configura a partir de, al menos, dos (2) elementos esenciales, a saber: a) La entrega de la información o documentación incorrecta o falsa o la omisión de información verdadera; y; b) Que como consecuencia de dicha entrega u omisión de información o documentación se haya influido o pueda influir en el resultado del procedimiento.
Decisión final	Declarar responsable al agente económico Sodetransp, de la falta administrativa tipificada en el literal d) del artículo 61 de la Ley núm. 42-08 e imponerle una multa de 200 salarios mínimos equivalente a RD\$3,850,000.00.

Resoluciones relevantes del Consejo Directivo	
Resolución	Núm. 009-2022, de fecha 15 noviembre 2022. «Que declara inadmisibles a la fase decisoria el Informe de Instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva en el marco del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-020-2021 en contra del señor Johnny Zabala alcántara, en virtud de la denuncia interpuesta por Loto Real del Cibao, S. A., por la presunta comisión de actos de competencia desleal».
Conductas señaladas	Literales a), b) y d) del artículo 11 de la Ley núm. 42-08, los cuales tipifican actos de competencia desleal de engaño, confusión e imitación.
Aspectos Relevantes	<p>Fue declarado inadmisibles a fase decisoria el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva, ya que aplicaba la tutela del artículo 177 de la Ley núm. 20-00 de Propiedad Industrial, debido a que la controversia por la que fue apoderada la Dirección Ejecutiva versaba sobre alegados usos contrarios a la buena fe y derechos de un titular de signos distintivos registrados ante ONAPI.</p> <p>Los actos de confusión y engaño tipificados por la Ley núm. 20-00 protegen un bien jurídico distinto a los actos de confusión y engaño, de la Ley núm. 42-08. Unas se relacionan con la protección efectiva de derechos de propiedad intelectual, y los segundos protegen la competencia efectiva y la eficiencia económica; esto es, sendas leyes garantizan, tutelas de competencia desleal para la protección de bienes jurídicos que responden a vértices constitucionales diferenciados.</p> <p>El alcance material de las prohibiciones del artículo 177 de la Ley núm. 20-00 y las del artículo 11 la Ley núm. 42-08 son notoriamente distintas.</p> <p>La reserva legal del artículo 183 de la Ley núm. 20-00, se mantiene. Se debe respetar la regla de subsidiariedad contenida en el Principio de Unidad de Ordenamiento del artículo 2 de la Ley núm. 42-08, reiterada por sus artículos 69 y 70 para la materia de propiedad industrial.</p> <p>Para que Procompetencia conozca casos de competencia desleal debe estar en juego el orden público económico, a través de una comprobada afectación al interés público de las conductas de competencia desleal tipificadas en la Ley núm. 42-08.</p>
Decisión	Declarar inadmisibles a fase decisoria el informe de instrucción.

Resoluciones relevantes de la Dirección Ejecutiva	
Resolución	DE-019-2020, de fecha 20 de octubre 2020.
Tipo de resolución	Desestimatoria del procedimiento de investigación
Conductas Señaladas	Abuso de posición dominante (cláusula general, estrechamiento de márgenes)
Aspectos relevantes	<p>Para que se dé un estrechamiento de márgenes por una empresa dominante en un mercado, es necesario que la empresa esté integrada verticalmente en la cadena de comercialización del bien o servicio relevante. Además, debe controlar un bien o servicio esencial para el mercado sin que existan sustitutos de calidad. También debe vender este insumo o servicio esencial a competidores a un precio mayor que a sus empresas integradas, sin justificación comercial, impidiendo que competidores eficientes puedan operar en el mercado.</p> <p>En relación a la verificación de los descuentos otorgados por COASTAL PETROLEUM DOMINICANA, S.A., es importante señalar que la discriminación de precios es una estrategia común en los negocios, ya que permite ajustar las condiciones de venta, retener y atraer clientes. Siempre que esté justificada económicamente, es beneficiosa para la empresa y el mercado. En este caso, todos los clientes distribuidores que cumplen con el volumen de retiro necesario reciben el mismo descuento, independientemente de si están vinculados o no a la empresa, por lo que no hay discriminación.</p> <p>Para evaluar la legalidad de la política de precios de una empresa dominante, es esencial considerar los costos e inversiones de la empresa y su estrategia comercial. Estos criterios determinarán si la empresa ha sido eficiente o si ha reducido sus precios para desplazar a competidores. En el caso de COASTAL PETROLEUM DOMINICANA, S.A., debido a la reducción de costos operativos por la expansión de su terminal, pudo ofrecer mejores incentivos y descuentos a sus clientes. Esta estrategia no es una violación de las normas de competencia, sino una acción que cualquier agente económico tomaría para atraer más clientes. Solo sería sancionable si resultara de prácticas anticompetitivas, lo cual no se ha demostrado en este caso.</p>
Decisión	En resumen, no se pudo comprobar que COASTAL PETROLEUM DOMINICANA, S.A. afectara el mercado aguas abajo, ni que careciera de productos sustitutos de calidad para el GLP que distribuye. Tampoco se demostró que vendiera por debajo de sus costos con los descuentos otorgados, ni que discriminara en precio a sus clientes basándose en si eran empresas relacionadas. Dado que no se verificaron estos elementos esenciales para determinar la práctica de estrechamiento de márgenes, no se puede acusar a COASTAL PETROLEUM DOMINICANA, S.A. de abuso de posición dominante en el mercado. Por lo tanto, se debe desestimar la investigación y archivar el expediente.

Resoluciones relevantes de la Dirección Ejecutiva	
Resolución	DE-002-2023, de fecha 01 de febrero 2023..
Tipo de resolución	Decide solicitud de archivo expediente por desistimiento del denunciante
Conductas señaladas	Colusión en compras públicas
Elementos ponderados	Solicitud de desestimación por falta de interés / desistimiento denunciante
Aspectos relevantes	A pesar del desistimiento formal de la denunciante, la Dirección Ejecutiva no puede abandonar la investigación en curso, ya que se trata de un asunto de interés público y general relacionado con el derecho constitucional a la libre empresa y comercio. La misión de Pro-Competencia es promover una competencia justa y libre, y erradicar prácticas anticompetitivas. No se centra en perseguir a agentes económicos específicos, sino en conductas que puedan ser contrarias a la libre competencia. Aunque un denunciante pueda retirar su queja, Pro-Competencia tiene la responsabilidad de garantizar un ambiente de libre competencia. En el ámbito de la competencia, existe un orden público económico que protege las relaciones patrimoniales de los ciudadanos. Por lo tanto, el desistimiento de un denunciante no puede detener una investigación, especialmente cuando se trata de posibles acuerdos colusorios en contrataciones públicas, que tienen un impacto significativo en la economía y afectan a instituciones, competidores y consumidores
Decisión	Rechazar la solicitud de desestimación del procedimiento de investigación por alegada falta de interés, por ostentar la Dirección Ejecutiva la representación del interés público general, y ordenar la continuación de oficio la instrucción del procedimiento de investigación iniciado.

Resoluciones relevantes de la Dirección Ejecutiva	
Resolución	DE-004-2023, de fecha 05 de abril 2023.
Tipo de resolución	Ordena el inicio de un procedimiento de investigación y dicta medidas cautelares
Conductas señaladas	Abuso de posición dominante
Elementos ponderados	Facultad cautelar de la Dirección Ejecutiva
Aspectos relevantes	La Dirección Ejecutiva implementó medidas cautelares para asegurar la integridad del mercado de procesamiento de pagos con tarjetas para comercios extranjeros, basándose en indicios de conducta restrictiva. Esta acción se justifica por la autoridad de la Dirección Ejecutiva para imponer dichas medidas durante las fases iniciales e investigativas del procedimiento administrativo sancionador, asegurando así el funcionamiento adecuado del mercado y protegiendo los derechos de las partes. Esta facultad respeta la separación de funciones con el Consejo Directivo y preserva el debido proceso, permitiendo revisiones de las medidas si se consideran excesivas. A pesar de un error formal en la solicitud de medidas, la Dirección Ejecutiva corrigió el error y procedió con las acciones necesarias para abordar los riesgos identificados en el mercado.
Decisión	Ordenar el inicio de un procedimiento de investigación y, con ocasión de este y en virtud de la facultad cautelar de la Dirección Ejecutiva, ordenar determinadas medidas cautelares en interés de preservar el funcionamiento del mercado

Resoluciones relevantes de la Dirección Ejecutiva	
Resolución	Relativo al procedimiento de investigación iniciado por virtud de la Resolución núm. DE-020-2021.
Conductas señaladas	Competencia desleal en las modalidades de actos de engaño y actos de confusión
Aspectos relevantes	El señor JHONNY ZABALA ALCÁNTARA, a través de BANCA MI ESPERANZA, ha utilizado de manera no autorizada la marca “LOTERÍA REAL” de LOTO REAL DEL CIBAO, S.A., confundiendo a los consumidores y llevándolos a creer que están comprando un producto oficial. Esta acción no solo afecta a los consumidores, que pueden ser engañados, sino también a LOTO REAL DEL CIBAO, S.A., que corre el riesgo de ser asociado con un servicio no autorizado y enfrentar posibles reclamaciones. Además, los competidores legítimos de LOTO REAL DEL CIBAO, S.A. pueden ver afectadas sus ventas debido a estas prácticas desleales. Estos actos de confusión y deslealtad alteran el correcto funcionamiento del mercado, afectando tanto a competidores como a consumidores. Aunque estos actos perjudican principalmente a la empresa afectada, también tienen un impacto en el mercado en general, justificando la intervención de la autoridad de competencia para proteger el interés público.
Imputación	De acuerdo a todo lo establecido en el presente informe, el agente económico JHONNY ZABALA ALCÁNTARA, mediante el uso no autorizado de signos distintivos y marca «LOTERÍA REAL» y la venta no autorizada de billetes de lotería correspondiente al sorteo “«LOTERÍA REAL 12:55 PM»”, ha incurrido en una violación a los literales «a» y «b» del artículo 11 de la Ley núm. 42-08, por lo que esta Dirección Ejecutiva recomienda a ese Consejo Directivo declarar la existencia de los actos de competencia desleal en las modalidades de engaño y confusión, y ordenar el cese de dicha conducta por parte del señor JHONNY ZABALA ALCÁNTARA, de acuerdo a lo establecido en el artículo 50, literales “d” y “e” de la Ley núm. 42-08.

Resoluciones relevantes de la Dirección Ejecutiva	
Resolución	DE-007-2023, de fecha 5 de julio 2023..
Tipo de resolución	Desestimatoria del procedimiento de investigación
Aspectos relevantes	La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Pro-Competencia no sanciona directamente a las empresas por infringir normas legales o técnicas, sino que se enfoca en evitar que las empresas obtengan ventajas competitivas significativas al incumplir dichas normas. En el caso de TROPISOIL DOMINICANA, S.R.L., no se evidencia que haya obtenido una ventaja competitiva significativa en el mercado de cajas de fósforos, incluso frente a su competidor FOSFORERA DEL CARIBE, S.A.S., una empresa tradicional en el mercado. Aunque TROPISOIL podría haber reducido costos al no pagar impuestos, no se ha demostrado que esto haya llevado a una reducción de precios o a una ventaja competitiva significativa.
Decisión	Desestimar el procedimiento de investigación pues, al no acreditarse la existencia de una ventaja competitiva significativa, no es posible configurar en contra de la empresa TROPISOIL DOMINICANA, S.R.L., la conducta de competencia desleal por incumplimiento a normas, de acuerdo a las disposiciones del literal “F” del artículo 11 de la Ley núm. 42-08, por lo que procede desestimar el presente procedimiento de investigación y ordenar el archivo del expediente.

Informes de recomendaciones relevantes del DPA	
Normativa	Anteproyecto de Ley General de Contrataciones Públicas
Institución(es) involucrada(s)	Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP)
Fecha de publicación	25/05/2021
Aspectos relevantes	El informe aborda varias áreas de preocupación, incluyendo la falta de claridad en el procedimiento de investigación, la seguridad jurídica, la separación de funciones, y la falta de definición de prácticas colusorias. También se resalta la necesidad de coherencia con la Ley núm. 107-13 y otras normativas relacionadas.
Recomendaciones	<p>Modificar la redacción del anteproyecto para aclarar el procedimiento de investigación y las funciones de los actores involucrados.</p> <p>Acoger los plazos de interposición y decisión establecidos en la Ley núm. 107-13.</p> <p>Definir las prácticas colusorias y aclarar qué institución tiene la competencia para investigarlas.</p> <p>Enviar casos con indicios de prácticas colusorias a Pro-Competencia -para su investigación.</p>

Informes de recomendaciones relevantes del DPA	
Normativa	Proyecto de Normativa Técnica del Servicio de Transporte en Taxis
Institución(es) involucrada(s)	Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTRANT) Consejo de Dirección del INTRANT (CODINTRANT)
Fecha de publicación	09/11/2021

Aspectos relevantes	<p>El informe critica varios aspectos del proyecto de Normativa Técnica, como la potencial irretroactividad de la ley que podría desfavorecer a nuevos agentes económicos.</p> <p>También destaca la restricción de licencias de taxis basada en la oferta y demanda, lo que podría llevar a un oligopolio. El informe también menciona incongruencias en las tarifas, los requisitos para licencias y la falta de claridad en las sanciones y procedimientos.</p>
Recomendaciones	<p>Clarificar la irretroactividad de la ley para evitar desventajas a nuevos operadores.</p> <p>Revisar la restricción en el número de licencias para evitar un oligopolio.</p> <p>Establecer criterios transparentes para la fijación de tarifas.</p> <p>Extender el plazo para cambios en la flota vehicular y plantilla de conductores.</p> <p>Especificar los organismos responsables de sanciones.</p> <p>Abordar los vacíos normativos mediante un nuevo proceso de consulta pública.</p>

Informes de recomendaciones relevantes del DPA	
Normativa	Borrador del Reglamento sobre aplicación del ITBIS a los servicios digitales prestados por proveedores del exterior
Institución(es) involucrada(s)	Dirección General de Impuestos Internos (DGII)
Fecha de publicación	16/03/2022
Aspectos relevantes	El informe discute la ambigüedad en la identificación de los contribuyentes, la falta de claridad en la aplicación de ITBIS a ciertos servicios como transporte y alojamiento, y la necesidad de neutralidad y equidad fiscal en servicios digitales. Además, señala la falta de claridad en cómo se aplicará el impuesto a proveedores locales en comparación con los extranjeros

Recomendaciones	<p>Examinar la exención de ciertos servicios como transporte y alojamiento.</p> <p>Consultar con INDOTEL para asegurar la neutralidad y equidad fiscal.</p> <p>Especificar el tratamiento de proveedores locales en comparación con proveedores extranjeros.</p> <p>Evitar disposiciones ambiguas que puedan llevar a discrecionalidades en la aplicación de la norma.</p>
------------------------	--

Informes de recomendaciones relevantes del DPA	
Normativa	Proyecto de ley que grava con tasa cero el veinte arancel de aduanas a ciertos bienes que afectan el costo de los alimentos que constituyen un componente básico para la alimentación de la familia dominicana” (06512-2020-2024-CD)
Institución(es) involucrada(s)	Senado de la República Dominicana
Fecha de publicación	12/04/2022
Aspectos relevantes	El informe aborda la necesidad de garantizar la libre competencia y la libertad de empresa en el mercado de bienes básicos para la alimentación en el contexto de la inflación y la crisis económica global. Se analizan los posibles efectos de gravar con tasa cero ciertos productos alimenticios.
Recomendaciones	<p>Considerar gravar con tasa cero el arancel aduanal de los insumos importados que utilicen las empresas locales.</p> <p>Limitar la duración de la medida a un plazo de seis meses para minimizar repercusiones adversas y establecer volumen de importación de los productos.</p> <p>3) Adoptar un enfoque de armonización concreta que priorice la seguridad alimentaria en el contexto actual.</p>

Recomendaciones	<p>Examinar la exención de ciertos servicios como transporte y alojamiento.</p> <p>Consultar con INDOTEL para asegurar la neutralidad y equidad fiscal.</p> <p>Especificar el tratamiento de proveedores locales en comparación con proveedores extranjeros.</p> <p>Evitar disposiciones ambiguas que puedan llevar a discrecionalidades en la aplicación de la norma.</p>
-----------------	--

Informes de recomendaciones relevantes del DPA

Normativa	Proyecto de ley que grava con tasa cero el vigente arancel de aduanas a ciertos bienes que afectan el costo de los alimentos que constituyen un componente básico para la alimentación de la familia dominicana” (06512-2020-2024-CD)
Institución(es) involucrada(s)	Senado de la República Dominicana
Fecha de publicación	12/04/2022
Aspectos relevantes	El informe aborda la necesidad de garantizar la libre competencia y la libertad de empresa en el mercado de bienes básicos para la alimentación en el contexto de la inflación y la crisis económica global. Se analizan los posibles efectos de gravar con tasa cero ciertos productos alimenticios.
Recomendaciones	<p>Considerar gravar con tasa cero el arancel aduanal de los insumos importados que utilicen las empresas locales.</p> <p>Limitar la duración de la medida a un plazo de seis meses para minimizar repercusiones adversas y establecer volumen de importación de los productos.</p> <p>3)Adoptar un enfoque de armonización concreta que priorice la seguridad alimentaria en el contexto actual.</p>

Informes de recomendaciones relevantes del DPA	
Normativa	Propuesta para la modificación integral del borrador del Reglamento para la Organización y Regulación de las Administradoras de Riesgos de Salud (ARS), bajo el amparo de la Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social
Institución(es) involucrada(s)	Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS) Dirección General de Información y Defensa a los Afiliados (DIDA) Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL)
Fecha de publicación	06/05/2022
Aspectos relevantes	Se critica las limitaciones a la libre elección de los afiliados para cambiar de ARS, argumentando que esto crea barreras económicas y disuade la entrada de nuevos competidores. También señala riesgos potenciales de colusión entre ARS debido a la utilización conjunta de promotores de seguros de salud. Además, resalta la falta de análisis económico en los procesos de fusión entre ARS.
Recomendaciones	<p>Eliminar el numeral 4.1 del artículo 10 del borrador de Reglamento y promover una iniciativa legislativa para derogar el artículo 120 de la Ley 87-01.</p> <p>Incluir en el artículo 26 del borrador la necesidad de un estudio económico independiente previo a cualquier proceso de fusión.</p> <p>Exigir formación en materia de libre competencia para los promotores de seguros como requisito para su acreditación.</p>

Informes de recomendaciones relevantes del DPA

Normativa	Norma Dominicana (NORDOM) 889 sobre los Requisitos del Oxígeno Medicinal en República Dominicana
Institución(es) involucrada(s)	Instituto Dominicano para la Calidad (INDOCAL) Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MISPAS) Servicio Nacional de Salud (SNS)
Fecha de publicación	24/08/2023

Aspectos relevantes	La NORDOM 889 establece un nivel de pureza del oxígeno medicinal del 99%, lo cual podría constituir una barrera de entrada para nuevos competidores. Este nivel de pureza, aunque busca asegurar la calidad del oxígeno, no toma en cuenta que existen normas internacionales que aceptan un nivel de pureza del 93%, además de no pasar el test de proporcionalidad.
Recomendaciones	Reconsiderar los requisitos de pureza del oxígeno medicinal en base a estándares internacionales. Invitar a una consulta técnica con los organismos rectores en materia de salud en la República Dominicana. Asegurar una representación diversa de grupos de interés en los Comités Técnicos de Normalización.

Recomendaciones	Reconsiderar la implementación del Proyecto en su estado actual, dadas las implicaciones negativas que podría tener en la inclusión financiera y la formalización del sector comercial. Proporcionar claridad y certeza en la designación de los agentes de retención y evitar superposiciones que puedan llevar a la doble tributación. Adoptar de una legislación que esté en armonía con los principios de libre competencia y eficiencia regulatoria.
------------------------	---

Informes de recomendaciones relevantes del DPA

Normativa	Norma General que designa como agentes de retención y percepción del ITBIS y del ISR a las empresas de adquiriencia o adquirentes, administradores de sistemas de pago, agregadores de pagos y a las entidades de pagos electrónicos, y que establece el criterio respecto de los servicios financieros prestados por estos
Institución(es) involucrada(s)	Dirección General de Impuestos Internos de la República Dominicana (DGII)
Fecha de publicación	25/08/2023
Aspectos relevantes	El proyecto pretendía introducir cambios significativos en el sistema de retenciones fiscales, afectando tanto a contribuyentes como a entidades económicas. Entre los desafíos planteados están la ambigüedad en la designación de múltiples entidades como agentes de retención, lo que podría generar confusión y riesgos de doble tributación. Esto también podría tener un impacto negativo en la inclusión financiera y la digitalización del tejido económico del país.

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Pan
Fecha de publicación	2016
Objetivo	Analizar las condiciones de competencia en el mercado de dos tipos de panes dominicanos (el pan de agua y el pan sobado), con el propósito de evaluar el nivel de competencia en el referido mercado.
Metodología	Se realizó una encuesta nacional de panaderías basándose en el Registro Nacional de Establecimientos de 2015 de la Oficina Nacional de Estadísticas. Se encuestaron 187 panaderías en tres macrorregiones, abarcando ocho regiones, 16 provincias y el Distrito Nacional. Además, se efectuaron dos sondeos adicionales, entrevistando a 101 consumidores y 94 colmados para entender la demanda y los principales canales de comercialización.
Hallazgos	Los hallazgos indican que el pan de agua y el sobado pertenecen al mismo mercado relevante, beneficiándose de economías de escala ya que comparten: maquinarias, canales de distribución, comercialización e insumos principales como harina de trigo, levadura, agua y sal. Se observó que los grandes proveedores de panes tienen sistemas de distribución que les permiten comercializar a nivel nacional en diferentes puntos de venta y/o zonas. Además, el mercado de estos panes no presenta barreras de entrada significativas. Finalmente, se presume que hay un intercambio de información sobre variables sensibles entre los competidores, reduciendo la rivalidad entre ellos.
Lecciones aprendidas	Importancia que las autoridades competentes desempeñen el rol para el cual fueron creadas (Pro-Consumidor y Salud Pública, por temas de cumplimientos de estándares de calidad y sanitarias, etc.); La importancia de contar con datos que permitan hacer análisis estadísticos/económicos es crítica en cualquier campo de análisis.
Enlace	https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Medicamentos
Fecha de publicación	2016

Objetivo	Realizar un estudio del mercado de medicamentos y sus canales de distribución en la República Dominicana para determinar sus condiciones de competencia, a fin de fortalecer las capacidades de Pro-Competencia para coordinar acciones de promoción y protección de la competencia.
Metodología	Entrevistas realizadas a agentes económicos y organismos oficiales participantes en el mercado objetivo de estudio; consulta de bases de datos nacionales e internacionales.
Hallazgos	La República Dominicana es un importador neto de medicamentos, enfrentando precios internos elevados que incentivan la falsificación y la importación ilegal. Aunque no existen plantas de empresas internacionales, hay filiales e importadores en el país. Se enfrentan barreras significativas como demoras en los registros sanitarios y restricciones en importaciones, afectando la distribución mayorista. Las regulaciones en países desarrollados impactan significativamente el mercado dominicano, y el segmento de distribución mayorista podría estar obstruyendo el desarrollo competitivo. Mejorar la integración del mercado institucional podría beneficiar la competencia en el sector privado.
Lecciones aprendidas	Importancia de las acciones de cooperación entre las autoridades de competencia de la región y los países desarrollados, con el fin de mejorar en el funcionamiento del mercado a escala regional y global y promover la universalización del acceso a los medicamentos en los países en vías de desarrollo; La información pública sobre el sector es escasa, no se encuentra sujeta a actualizaciones periódicas y no es detallada.
Enlace	https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Cerveza
Fecha de publicación	2016
Objetivo	Evaluar el impacto de la fusión realizada en abril de 2012 entre la Cervecería Nacional Dominicana (CND) y la Compañía de Bebidas das Americas (AmBev) de Brasil, en el mercado de la cerveza de la República Dominicana, e identificar los elementos anticompetitivos de la referida fusión horizontal.
Metodología	Estados financieros de los agentes económicos involucrados en el mercado objeto de estudio; consulta de información pública disponible.

Hallazgos	<p>El mercado de cerveza en la República Dominicana es altamente concentrado, con significativas barreras de entrada. Antes de la fusión entre la Cervecería Nacional Dominicana y <i>AmBev</i>, existían cuatro fábricas de cervezas. La producción local domina el mercado con el 98%, mientras que las importadas solo tienen el 2%. No se anticipa la entrada de nuevas empresas que puedan competir con la empresa líder en el corto plazo.</p> <p>La fusión entre la Cervecería Nacional Dominicana y <i>AmBev</i>, que tenía como objetivo aumentar la eficiencia y las exportaciones de la cerveza Presidente, resultó en un incremento de los precios de la cerveza y en un aumento de los márgenes de beneficio de la empresa, deteriorando el bienestar del consumidor y no traduciéndose en un aumento de las exportaciones ni del empleo. El mercado se volvió casi monopólico, con un IHH de nueve mil 828 puntos en 2014, y la fusión permitió el abuso de posición dominante, reduciendo el excedente del consumidor y afectando negativamente el grado de competencia en el mercado de cerveza, sin generar un aumento de la eficiencia favorable al bienestar social. En resumen, la fusión CND-<i>AmBev</i> resultó ser negativa para el consumidor y para el bienestar social.</p>
Lecciones aprendidas	<p>La disponibilidad de información para los estudios es de gran relevancia;</p> <p>La promoción de la competencia en el mercado de cerveza, y en todos los mercados, se traduciría en un aumento del excedente del consumidor;</p> <p>Aunque la Ley núm. 42-08 no establece control previo de fusiones, estudios como el citado dejan la lección de que es importante que la ley incluya estos temas por la afectación al consumidor dadas las posibles prácticas anticompetitivas que se puedan estar llevando a cabo en algún mercado.</p>
Enlace	<p>https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/</p>

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Seguros
Fecha de publicación	2017

Objetivo	<p>Conocer y evaluar la composición del mercado de seguros de la República Dominicana, tamaño, participantes, regulaciones, desempeño y otros aspectos relevantes que lo afectan, con el fin de diagnosticar y proponer las medidas necesarias para fortalecer y mejorar las condiciones de competencia en todos los componentes de la cadena de valor.</p>
Metodología	<p>Consulta de bases de datos nacionales e internacionales.</p>
Hallazgos	<p>Concentración moderada en mercados relevantes y estabilidad en cuotas de mercado.</p> <p>Ausencia de concentración en canales de distribución.</p> <p>Regulador limita entrada de nuevas empresas, exigiendo adquisición de firmas con problemas financieros.</p> <p>No hay estandarización de pólizas; se requiere aprobación regulatoria y cumplimiento de contenido mínimo.</p> <p>Transparencia en fijación de comisiones y acciones para fidelizar intermediarios.</p> <p>Regulador no establece precios de referencia; prohibición de descuentos en primas en República Dominicana.</p> <p>Importancia de colaboración entre aseguradoras en intercambio de información y cooperación.</p> <p>Necesidad de monitoreo constante de estados contables, costos, rentabilidad, precios y comisiones del sector.</p>
Lecciones aprendidas	<p>La iniciativa para una nueva legislación fue del sector privado y los anteproyectos de ley fueron redactados por las mismas asociaciones, de lo que se infiere que el sector privado ejerce una presión significativa sobre el estado lo que entorpece seriamente el control y la defensa de la competencia. Esto no debe suceder en lo adelante.</p>
Enlace	<p>https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/</p>

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Transporte terrestre
Fecha de publicación	2017
Objetivo	<p>Analizar las condiciones de competencia en el transporte terrestre dominicano basado en la Sentencia núm. 00416-2016 del TSA, relacionada con la violación de derechos fundamentales como la libertad de empresa y contratación, libre competencia, libertad de tránsito y la prohibición de monopolios en beneficio de particulares según la Ley núm. 578-64.</p>

Metodología	Se llevó a cabo una encuesta nacional para entender la demanda, encuestando a 380 hogares clasificados por su poder adquisitivo según el MEPyD. Se efectuaron cuatro sondeos nacionales, entrevistando a transportistas, choferes de motoconchos, operadores de autobuses y otros agentes del transporte. Además, se encuestó a agentes clave del sector, se recopilaron estadísticas públicas y se solicitaron datos no públicos a entidades pertinentes.
Hallazgos	Los hallazgos de este estudio están dirigidos de manera confidencial al ente regulador del sector
Lecciones aprendidas	En el mercado del transporte terrestre de carga, transporte urbano e interurbano de pasajeros y transporte turístico de pasajeros en la República Dominicana hay fuertes indicios de prácticas contrarias a la Ley no.42-08 y sobre la base de estas fueron realizadas las recomendaciones al ente regulador de estos mercados.
Enlace	https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/

Hallazgos	<p>Análisis indican condiciones favorables con aumento de empleos formales.</p> <p>Mercados de pensiones con contribuciones obligatorias actúan como cuasi-mercados con características distintas.</p> <p>El mercado de las AFP tiene estructura oligopólica.</p> <p>Asimetrías de información, barreras de entrada y otras fallas justifican intervención estatal en el mercado de las AFP.</p> <p>Experiencias previas y comparativas sugieren la necesidad de modificar el marco regulatorio para mejorar la competencia y eficiencia.</p>
Lecciones aprendidas	El análisis destaca el hecho de que los consumidores tienen un bajo conocimiento sobre el Sistema de Pensiones y los servicios que ofrecen las AFP, lo que deriva en una insensibilidad a las variables relevantes en este mercado, como el precio, la rentabilidad, calidad de los servicios y confianza que le merezcan las AFP.
Enlace	https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/

Estudios de condiciones de competencia en los mercados

Mercado	Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)
Fecha de publicación	2020
Objetivo	Realizar un estudio de las condiciones de competencia en las Administradoras de Fondos de Pensiones de República Dominicana, a través de una descripción legal del sistema desde sus inicios, una caracterización económica a través del análisis de oferta y demanda, un análisis cualitativo-cuantitativo que incluyó indicadores de competencia con el fin de determinar los factores que impiden la eficiencia y facilitan las prácticas anticompetitivas en el referido sector.
Metodología	El tipo de análisis aplicado consistió en la recopilación documental de información pública disponible, así como la aplicación de técnicas cuantitativas de tipo “screening estructurales y de comportamiento”.

Estudios de condiciones de competencia en los mercados

Mercado	Procesos de compras y contrataciones públicas
Fecha de publicación	2021
Objetivo	Realizar una descripción jurídica del sistema desde sus inicios, una caracterización económica a través del análisis de la oferta y la demanda, y un análisis cualitativo-cuantitativo en donde se incluyen indicadores de competencia con el fin de determinar los factores que impiden la eficiencia y facilitan las prácticas anticompetitivas, dada la relevancia e incidencia económica de los procesos de compras públicas en el bienestar social.
Metodología	El tipo de análisis aplicado consistió en la recopilación documental de información pública disponible, así como la aplicación de técnicas econométricas estimar los efectos que sobre la eficiencia económica tiene la elección de un procedimiento de contratación particular sobre otro.

Hallazgos	<p>Las normas actuales promueven igualdad y libre competencia en compras públicas.</p> <p>Existen aspectos en la legislación y práctica que requieren revisión para fortalecer la competencia.</p> <p>La falta de información detallada limita la evaluación de la competencia efectiva.</p> <p>Un incremento en oferentes reduce el gasto estatal en compras públicas entre 1.80% y 2.95%.</p> <p>Aunque hay un efecto marginal, más participantes reducen la probabilidad de acuerdos colusorios en los procesos.</p>
Lecciones aprendidas	<p>El estudio facilitó un acercamiento con el ente regulador para expresar recomendaciones.</p> <p>Se busca una colaboración pro-activa para eficientizar el gasto público.</p> <p>El objetivo es mejorar el acceso ciudadano a bienes y servicios de calidad y promover el desarrollo económico y social.</p>
Enlace	<p>https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/</p>

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Ayudas estatales
Fecha de publicación	2022
Objetivo	<p>Esta investigación en relación a la Ley de Desarrollo Fronterizo tiene como objetivo analizar el impacto de la Ley núm. 28-01 en las condiciones de competencia de los mercados de las empresas beneficiarias, estudiar su influencia en las condiciones económicas de las provincias fronterizas y estimar el efecto social neto de los incentivos que otorga, considerando tanto los beneficios a la actividad empresarial en dichas provincias como las posibles pérdidas de excedente social y cambios en la competencia.</p>
Metodología	<p>Se utilizó la información pública disponible para la realización de a una indagación panorámica, diferenciando entre las empresas beneficiarias de las ayudas y las empresas no beneficiarias según sectores o ramas de actividades, a través de dos abordajes, el uso de dobles diferencias (DD) y Pareamiento por puntaje de propensión o «Propensity Score Matching» (PSM).</p>

Hallazgos	<p>Impacto en la competencia de la Ley núm.28-01 es limitado debido a la baja adopción por empresas.</p> <p>Política dirigida a restringir la cantidad de empresas beneficiarias; solo 20.00% de los proyectos aprobados están en operación.</p> <p>La baja adhesión refleja el limitado atractivo de la Ley para el sector empresarial, debido a la falta de acciones complementarias</p>
Lecciones aprendidas	<p>Recomendaciones surgieron para futuros otorgamientos de «Ayudas Estatales», enfocadas en impacto favorable en mercados y prevención de efectos adversos en competencia.</p> <p>Es esencial que dichas medidas incluyan la obligación de proporcionar información relevante, tanto previa como posterior, sobre los mercados afectados.</p> <p>Pro-Competencia ha creado una guía metodológica para evaluar ayudas estatales desde la perspectiva de competencia, proporcionando un marco conceptual y operativo.</p>
Enlace	<p>https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/</p>

Estudios de condiciones de competencia en los mercados	
Mercado	Venta de vehículos para el transporte terrestre privado y el rol de las plataformas digitales
Fecha de publicación	2023
Objetivo	<p>Caracterizar, desde el punto de vista jurídico y económico, el mercado de automóviles para transporte terrestre privado entre 2010 y 2021, con información pública e investigar el papel de las plataformas digitales en este sector.</p>
Metodología	<p>Cuestionarios aplicados a los agentes económicos propios de este mercado, además de las informaciones públicas disponibles y las puestas a disposición (anonimizadas) por parte de instituciones del estado, aplicando métodos estadísticos e inferenciales a las mismas.</p>
Hallazgos	<p>La legislación actual podría crear «asimetría de información» favoreciendo a ciertos agentes económicos.</p> <p>Existe una barrera legal de entrada por exigencias de la Dirección General de Aduanas (DGA) relacionadas con la licencia de dealers.</p> <p>Hay una preferencia en el mercado por jeeps debido a condiciones de caminos, falta de drenajes y símbolo de lujo.</p> <p>Plataformas digitales potencian la competencia, reduciendo costos de publicidad.</p> <p>Estas plataformas integran a vendedores y entidades financieras, resaltando la relevancia del crédito en el mercado.</p>

Lecciones aprendidas	Limitada/nula información de las plataformas digitales; El estudio hace una serie de recomendaciones al ente regular como miras a fortalecer y promover la competencia efectiva en el mercado para “incrementar la eficiencia en para beneficio de los consumidores y usuarios.
Enlace	https://procompetencia.gob.do/atribuciones/promocion-de-la-competencia/

Guía Metodológica para la evaluación de ayudas estatales desde la perspectiva de la competencia

Resumen ejecutivo

La Guía Metodológica para la evaluación de ayudas estatales desde la perspectiva de la competencia, tiene como objetivo aportar un marco conceptual y un lineamiento operativo que sirva de base para el diseño de procedimientos en el análisis de las ayudas estatales, subvenciones y subsidios que realiza el estado, tomando en cuenta la perspectiva de la competencia y su posible afectación a los mercados.

La guía está orientada a definir un enfoque para la comparación de los beneficios sociales o económicos que se procura alcanzar mediante la intervención considerada y los costos asociados, en términos del posible efecto que tenga sobre la competencia.

En este sentido, el marco legal que sostiene la elaboración de la Guía Metodológica, para la evaluación de ayudas estatales, desde la perspectiva de la competencia, por parte de la Comisión nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), está enmarcado en la Ley General de Defensa de la Competencia, núm.. 42-08 del

año 2008¹, específicamente en los siguientes artículos:

«Artículo 14.- De la revisión de actos jurídicos estatales contrarios a la libre competencia. Sin menoscabo de las facultades otorgadas a otras entidades públicas, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá dirigir un informe público a la autoridad respectiva, sugiriendo la adopción de las medidas correctivas sobre los posibles efectos contrarios a la competencia,

de las leyes, reglamentos, ordenanzas, normas, resoluciones y demás actos jurídicos emanados de los poderes públicos, cuyo objeto o efecto, inmediato o mediato, sea limitar o menoscabar arbitrariamente la libre empresa, obstaculizando la competencia».

«Artículo 15.- Tratamiento de las ayudas estatales. El Estado no adoptará ni mantendrá, respecto de las empresas públicas ni de aquellas a las que otorgare delegaciones por cualquier forma contractual, ninguna medida que pudiese crear injustificadamente barreras al mercado o que genere la posibilidad de competir deslealmente en el mercado.

Párrafo.- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia examinará los efectos sobre las condiciones de competencia de los subsidios, ayudas estatales o incentivos otorgados a empresas públicas o privadas, con cargo a los recursos públicos y procederá, si fuere el caso, a solicitar a los poderes públicos, mediante un informe de recomendación motivado, la supresión o modificación de tales subsidios, así como

¹ <https://procompetencia.gob.do/sobre-nosotros/marco-legal/>

la adopción de las demás medidas conducentes al restablecimiento de la competencia. el mercado».

Las ayudas estatales forman parte importante de los instrumentos de política económica y de política industrial que los gobiernos utilizan para hacer frente a problemas específicos sectoriales o a fallas de mercado y para financiar determinadas actividades económicas de interés general. En la práctica, las medidas estatales como las ayudas estatales, subvenciones y subsidios, podrían convertirse en una fuente de distorsión en el mercado y generar efectos colaterales indeseables en las condiciones de competencia que sobrepasen los beneficios sociales procurados, a menos que sean sometidos a control.

Laguía metodológica es un mapa de ruta crítica que establece los criterios para identificar los casos en que una medida estatal es «injustificada», así como especificar las condiciones en que una medida estaría creando «barreras de entrada al mercado» o generando «la posibilidad de competir deslealmente en el mercado».

Una interpretación razonable es considerar que, por un lado, una medida es injustificada cuando no implica ganancias sociales apreciables en términos de eficiencia o de equidad, o cuando las ganancias sociales generadas pudieran lograrse de una forma menos costosa desde la perspectiva social.

Por otro lado, una medida estatal crea barreras al mercado o genera la posibilidad de competencia desleal si contribuye a que un agente

alcance una posición de dominio que no tendría en ausencia de la intervención.

Dicho lo anterior, el control de las ayudas estatales es complejo, porque obliga a la consideración de efectos potenciales de medidas que tal vez no hayan sido todavía implementadas. Esa tarea podría demandar el estudio de varios mercados a los que las medidas impactan, ya sea en términos de competencia o en otros ámbitos económicos y sociales, lo que implica el uso de herramientas de análisis muy diversas. Además, es importante la coordinación de labores con otros organismos estatales, que pudieran tener conocimientos particulares sobre el tema en consideración, pero que no necesariamente tienen la defensa de la competencia como su interés principal.

Por tanto, es fundamental que las autoridades de competencia intervengan en este ámbito que indudablemente afecta a las condiciones de competencia, para poder analizar la finalidad y los criterios de concesión que utilizan las autoridades públicas.

En este sentido, una intervención estatal en el mercado resulta razonable si las imperfecciones del mercado generan resultados ineficientes o inequitativos. Esta intervención podría ser realizada en forma de ayudas estatales. Sin embargo, las ayudas estatales podrían entrar en potencial conflicto con los objetivos de defensa de la competencia, enmarcados en la Ley núm. 42-08, por lo que es importante su regulación.

Tomando como referencia la experiencia europea, se define que una

intervención del estado es una ayuda estatal si cumple las siguientes condiciones:

- Debe constituir una transferencia de recursos estatales, lo que incluye donaciones, exenciones fiscales, diferimientos fiscales, concesión de préstamos en condiciones preferenciales, concesión de garantías o avales por parte del Estado, o adquisición estatal de acciones que el beneficiario no habría logrado en condiciones de mercado.
- Involucrar a una empresa o ente dedicado a actividad económica, sea pública o privada
- Tener carácter selectivo, y
- Tener implicaciones negativas para la competencia.

Las instancias de la Unión Europea (experiencia internacional) han establecido la denominada «prueba de balance», que esencialmente plantea un análisis basado en los siguientes pasos:

- Identificar si la medida está orientada al bien común (entendiendo por estos objetivos de corrección de fallas de mercado (eficiencia o equidad));
- Analizar si el instrumento de política estatal está en correspondencia con el objetivo y si genera un «efecto incentivador», que lleve a cambios de conducta en el beneficiario;
- Indagar si los instrumentos son proporcionales al problema o si pudiera lograrse un igual resultado con

menor inversión; y,

- Estimar si los beneficios sobrepasan los efectos negativos sobre la competencia.

Por tanto, una medida de ayudas estatales usualmente impacta en varios mercados, y el análisis de competencia tiene que determinar si la intervención contribuye o podría contribuir al incremento de poder de mercado que, a su vez, podría derivar en un posible abuso de una posición dominante.

- Identificación del mercado relevante; artículo 8 y 9 de la Ley núm. 42-08 y resoluciones.
- Posibilidad de que la firma (o conjunto de firmas) adquieran mayor poder de mercado;
- Excedente social: donde se estima la magnitud del daño social que la medida causa y compararlo con los beneficios sociales esperados.
- La intención es desarrollar un procedimiento que permita someter a juicio determinadas intervenciones, identificar aquellas que tengan mayor potencial de tener un impacto significativo, profundizar en el análisis y llegar a un resultado con recomendaciones al interior del Estado.
- Cabe resaltar que, no es posible aspirar a reglas únicas, pues cada caso tendrá sus peculiaridades, que dependerá de la naturaleza y los objetivos de la medida estatal, las características de la ayuda y los mercados potencialmente impactados.

COMENTARIOS

Dr. Milton Ray Guevara

Mag. presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

- «El Anuario sobre Libre Competencia, representa una iniciativa novedosa y necesaria que sitúa a este fenómeno en el centro del debate académico. En esta primera edición se ponen de relieve la calidad, pertinencia y actualidad de los temas tratados desde la perspectiva de expertos, cuyos trabajos permiten visibilizar no solo importantes avances en la materia, sino grandes retos que aún enfrentamos para lograr una competencia libre y leal en los distintos mercados».

Felipe Irrarrázabal

Director del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez,
Santiago de Chile

- «El primer anuario sobre libre competencia de Pro-Competencia es una puerta ancha y firme. Nos permite entender, a través de trabajos académicos y recuento de insumos institucionales, el derecho de competencia de la República Dominicana y la región. Nos revela, de manera directa y transparente, las luces y sombras de esa casa que se construye bajo la Ley núm. 42-08. Gran iniciativa. Mis felicitaciones a María Elena Vásquez y su equipo».

Eduardo Jorge Prats

Abogado, escritor, experto en relaciones internacionales y derecho constitucional

- «El Anuario sobre Libre Competencia viene a inaugurar una positiva práctica de las autoridades dominicanas de competencia que esperamos se convierta en una tradición institucional vertebradora de una cultura jurídica, política y social que estimule la vigencia efectiva y el respeto al derecho fundamental, a la libre competencia, pilar clave de la Constitución y el sistema económicos constitucionalizado de la economía social de mercado. ¡Enhorabuena y felicitaciones por esta magnífica iniciativa!»,

María José Contreras

Especialista en abogacía de la competencia

- «El Anuario marca un hito en la generación y difusión de conocimiento especializado sobre Libre Competencia. Seguramente informará las decisiones futuras del sector público y privado al analizar temáticas que seguirán a debate en los años por venir. Las discusiones y propuestas abordadas son de enorme relevancia para enriquecer la ejecución de la política de competencia, más allá de la República Dominicana».

Iratxe Gurpegui

Experta en competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (ODCE) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

- «Este primer anuario de competencia pone de manifiesto el rol esencial que juega el derecho de la competencia en el desarrollo económico y en el bienestar de los consumidores de un país. Mis más sinceras felicitaciones a Pro-Competencia y a todos los autores por colocar el derecho de competencia en el punto de mira de instituciones, del sector empresarial y ciudadanos de la República Dominicana. Por muchos anuarios más».

GUÍA DE ESTILO

1.	ASPECTOS GENERALES	723
1.1	Sobre el uso de guiones (-) y separadores	724
1.2	Sobre las citas textuales en cuerpo del trabajo	725
1.3	Sobre el uso de comillas	725
2.	REFERENCIAS Y CITACIÓN GENERAL	726
2.1	Citas al pie	726
2.2	Referencias	726
3.	LISTA DE ABREVIATURAS	728

OBSERVACIONES PRELIMINARES

La siguiente guía fue creada con la finalidad de presentar las pautas metodológicas y de redacción en materia de referencias y citación de ensayos, informes y documentos en general, para fines de publicación y presentación de los ensayos en el Anuario de Libre Competencia.

El Anuario publicará ensayos y estudios científicos, de unas seis mil a ocho mil palabras, cada uno, tipografía *Time New Roman*, en todo el texto, con espacio interlineado de 1.5, incluidas las referencias bibliográficas. En el cuerpo del trabajo los tamaños de las letras serán: de 12 pts., las citas centradas 11 pts. y en los pies de página 10 pts.

Solo escribirán con negritas los títulos y subtítulos, así como de cuadros, gráficos y esquemas conceptuales. Los cuadros gráficos y esquemas conceptuales deben incluir la fuente de origen, o la fuente de los datos que sirvió para construir dichos recursos. En cuanto a

los gráficos, no deben exceder los márgenes establecidos del texto del documento. La letra de los ejes tamaño 10, mientras que la de las etiquetas. Los decimales de los porcentajes se colocan a dos cifras, posterior al punto decimal. Colocar las notas de aclaración al pie de cuadro.

Los títulos y subtítulos del trabajo se escribirán como oraciones, con mayúscula solo en la palabra inicial y en los nombres propios, si incluye.

La estructura general del ensayo comprende:

- El texto se presentará en *Microsoft Word* en formato de página DIN A-4, con un margen superior de dos cm, uno inferior de tres cm, un margen derecho de tres cm y un margen izquierdo de dos cm.
- Un breve resumen de la hoja de vida, máximo 10 líneas.
- Palabras clave en inglés y español
- Una Introducción
- Cuerpo del trabajo
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas (de conformidad con el modelo de la APA)
- Anexo (solo si lo amerita).
- Los enlaces de la internet deben incluir la última fecha de consulta.

Ej. [consulta 4 junio 2023]

Esta guía tiene como base la séptima edición del Manual de

Publicaciones de la *American Psychological Association* (APA). Sin embargo, hemos cambiado algunos elementos del método base, a fin de que los escritores y lectores del trabajo a publicar, tengan una mayor facilidad al momento de escribirlo o leerlo, respectivamente.

- Entre los cambios importantes que se proponen, se encuentra el de citación de textos. El método APA, tradicionalmente, coloca las citas de referencias bibliográficas y documentales en el cuerpo del trabajo de un escrito dado. Para las publicaciones de Pro-Competencia el indicador de cita (autor, fecha, página) se colocará al pie de la página, fuera del paréntesis recomendado por la APA. La razón de este cambio es, facilitar a los destinatarios una lectura continua y con la menor intervención visual de datos, relevantes, pero de carácter suplementarios para el texto.
- Esta guía de estilo incluye una lista de abreviaturas con el nombre de las instituciones y leyes más usadas en el *argot* jurídico dominicano con sus correspondientes significados, para fines de citación.

1 ASPECTOS GENERALES

1.1 Sobre el uso de guiones (-) y separadores

- 1) Se deben eliminar los guiones (-) que se usen para unir prefijos con nombres (ej.: auto-comprensión).
- 2) Los guiones que son usados para unir conceptos no se justifican en algunos casos (ej.: socio-política), pero en

ciertas ocasiones deber ser considerados si sugieren la unión de significados entre dos conceptos datos (ej.: modernización-modernidad).

- 3) El uso del separador (/) no se utiliza como guion (-). El / sugiere separación de significados entre dos conceptos o vocablos dados: (ej.: colonialidad/ modernidad).
- 4) No emplear el guion (-) en sustitución del paréntesis (), debe cambiarse por la raya (—).
- 5) Usar paréntesis (...) para precisar fechas, expresiones con sentido subordinado dentro de una oración.
- 6) Usar raya (—) para separar expresiones extensas, o con sentido propio, que aparecen dentro de una oración.

1.2 Sobre las citas textuales en cuerpo del trabajo

- 1) Las citas con menos de 40 palabras de establecen dentro del texto del autor entre comillas («...»).
- 2) Las citas textuales con más de 40 palabras inician con puntos suspensivos indicados por el signo (...), y se colocan fuera del texto del autor, justificadas a la derecha, con tamaño de letra 11.
- 3) Las notas al pie deben indicarse en números ordinales 1, 2, 3, 4.

1.3 Sobre el uso de comillas

- 1) No usar comillas en citas textuales mayores de 40 palabras («...»). En todas las citas que tengan menos de 40 palabras deben utilizarse.
- 2) Los tipos de comillas guardan entre sí la siguiente jerarquía: («... “... ‘...’...” ...»).
- 3) El uso de comillas se reserva también para expresar ironía, sarcasmo o para establecer el posible doble sentido de un vocablo.
- 4) Sobre el uso de cursivas
- 5) Las cursivas se usarán para destacar, resaltar neologismos o extranjerismos (Ej: outfit).
- 6) Sobre la enumeración
- 7) Usar números ordinales (1, 2, 3 etc.) para expresar proposiciones u oraciones con jerarquía entre sí, si la enumeración se presenta fuera de un párrafo.
- 8) Usar letras (a, b, c etc.) para expresar proposiciones u oraciones con jerarquía entre sí, si la enumeración se presenta dentro de un párrafo.
- 9) Usar raya para enumerar enumeraciones sin jerarquía fuera de un párrafo.

2. REFERENCIAS Y CITACIÓN GENERAL

2.1 Citas al pie

El método de citas es: autor-fecha. Es necesario el apellido del autor (sin sufijos) juntamente con el año de publicación del texto.

- 1) Para citas directas: cuando en el texto presentado es copia íntegra del texto de un autor, la cita al pie será:
Apellido del autor (fecha, p. número de página/s).
• Ejemplo: Kazdin (1981, pp. 191-192).

Nota: se usará (p.) cuando es una página y (pp.) cuando la cita incluye dos o más.

- 2) Para citas indirectas: cuando se toma una idea expresada por el autor consultado en sentido general, como resumen o como síntesis, la cita al pie será: *Cf.*

Apellido del autor (fecha). Las abreviaturas *Cf.*, significa comparar con.

Ejemplos: *Cf.* McGuigan (1993).

Cf. Conover (1999).

2.2 Referencias

Nota: para generar citas y referencias bibliográficas de forma automatizada, se sugiere ir a Referencias en *Microsoft Word* o en *Mac*.

Nota: los trabajos para publicación deben enviarse al correo: comite-anuario@procompetencia.gob.do

3. LISTA DE ABREVIATURAS

	Lista de abreviaturas
CRD	Constitución de la República Dominicana
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales
CC	Código Civil de la República Dominicana
CPC	Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana
CCm	Código de Comercio de la República Dominicana
CMF	Código Monetario y Financiero de la República Dominicana
CP	Código Penal de la República Dominicana
CPP	Código de Procedimiento Penal de la República Dominicana
CT	Código de Trabajo de la República Dominicana
CTr	Código Tributario de la República Dominicana
MH	Ministerio de Hacienda de la República Dominicana
MPD	Ministerio de la Presidencia de la República Dominicana
MDD	Ministerio de Defensa de la República Dominicana
MIP	Ministerio de Interior y Policía de la República Dominicana
PGR	Procuraduría General de la República
MIREX	Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Dominicana
MICM	Ministerio de Industria, Comercio y Mypimes
MEPyD	Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo
ME	Ministerio de Educación de la República Dominicana
MSP	Ministerio de Salud Pública
MMA	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
MARD	Ministerio de Agricultura de la República Dominicana
MOPC	Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
MITUR	Ministerio de Turismo de la República Dominicana
MESCyT	Ministerio de Educación Superior, Ciencia y Tecnología
MT	Ministerio de Trabajo
MAP	Ministerio de Administración Pública
MAPRE	Ministerio Administrativo de la Presidencia

MC	Ministerio de Cultura de la República Dominicana
MIDEREC	Ministerio de Deportes y Recreación
MM	Ministerio de la Mujer
MJ	Ministerio de la Juventud
TC	Tribunal Constitucional de República Dominicana
SCJ	Suprema Corte de Justicia de República Dominicana
TSA	Tribunal Superior Administrativo
JPI	Juzgado de Primera Instancia
TNNA	Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes
JT	Juzgado de Trabajo de la República Dominicana
TJO	Tribunal de Tierras de la Jurisdicción Original
JI	Juzgado de Instrucción
CA	Corte de Apelación
DN	Distrito Nacional

Dr. Milton Ray Guevara

Mag. Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

"El Anuario sobre Libre Competencia, representa una iniciativa novedosa y necesaria que sitúa a este fenómeno en el centro del debate académico. En esta primera edición se ponen de relieve la calidad, pertinencia y actualidad de los temas tratados desde la perspectiva de expertos cuyos trabajos permiten visibilizar no solo importantes avances en la materia, sino grandes retos que aún enfrentamos para lograr una competencia libre y leal en los distintos mercados".

Felipe Irrarrázabal

Director del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile

"El primer anuario sobre libre competencia de Pro-Competencia es una puerta ancha y firme. Nos permite entender, a través de trabajos académicos y recuento de insumos institucionales, el derecho de competencia de la República Dominicana y la región. Nos revela, de manera directa y transparente, las luces y sombras de esa casa que se construye bajo la Ley núm. 42-08. Gran iniciativa. Mis felicitaciones a María Elena Vásquez y su equipo".

Iratxe Gurpegui

Experta en competencia de la ODCE y el BID.

"Este primer anuario de competencia pone de manifiesto el rol esencial que juega el derecho de la competencia en el desarrollo económico y en el bienestar de los consumidores de un país. Mis más sinceras felicitaciones a Pro-Competencia y a todos los autores por colocar el derecho de competencia en el punto de mira de instituciones, del sector empresarial y ciudadanos de la República Dominicana. Por muchos anuarios más".

Eduardo Jorge Prats

Abogado, escritor, experto en relaciones internacionales y derecho constitucional.

"El Anuario sobre Libre Competencia viene a inaugurar una positiva práctica de las autoridades dominicanas de competencia que esperamos se convierta en una tradición institucional vertebradora de una cultura jurídica, política y social que estimule la vigencia efectiva y el respeto al derecho fundamental, a la libre competencia, pilar clave de la Constitución y el sistema económicos constitucionalizado de la economía social de mercado. ¡Enhorabuena y felicitaciones por esta magnífica iniciativa!".

María José Contreras

Ex directora de abogacía de la competencia en COFECE

"El Anuario marca un hito en la generación y difusión de conocimiento especializado sobre Libre Competencia. Seguramente informará las decisiones futuras del sector público y privado al analizar temáticas que seguirán a debate en los años por venir. Las discusiones y propuestas abordadas son de enorme relevancia para enriquecer la ejecución de la política de competencia, más allá de la República Dominicana".



DESCARGA
FORMATO DIGITAL

