

**DIRECCIÓN EJECUTIVA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(PRO-COMPETENCIA)**

RESOLUCIÓN NÚM. DE-008-2023

REFERENCIA: SOLICITUD DE REITERACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN INICIADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚM. DE-004-2023, DE FECHA 05 DE ABRIL DE 2023, CON OCASIÓN DE LA DENUNCIA INTERPUESTA POR LA SOCIEDAD COMERCIAL DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.

La Dirección Ejecutiva de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**, órgano instituido mediante Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia, del 16 de enero de 2008 y encargado de llevar a cabo investigaciones de oficio y/o denuncias por parte interesada sobre prácticas contrarias a la libre competencia, encabezado por su directora ejecutiva, licenciada Fior D'Aliza Alduey M., dominicana, mayor de edad, casada, titular de la cédula de identidad y electoral Núm. 023-0099990-7, con domicilio legal en la sede oficial de **PRO-COMPETENCIA** en la calle Caonabo Núm. 33, Gascue, Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana; en el ejercicio de sus atribuciones legales, dicta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

CONTENIDO	Pág.
I. ANTECEDENTES.....	2
II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	3
A. Competencia para ordenar medidas cautelares.....	3
B. Marco Legal.....	5
C. Fundamentos de derecho.....	5
i. La apariencia de buen derecho (<i>fumus boni iuris</i>): probabilidad de ocurrencia de una conducta con apariencia de ilicitud o anticompetitiva (<i>fumus commissi delicti</i>).....	8
ii. El riesgo de la eficacia de una decisión que acredite los hechos violatorios de la competencia y de una eventual de una decisión sancionatoria (peligro en la demora o <i>periculum in mora</i>).....	11
iii. La proporcionalidad de la medida: prohibición de afectación al interés público.....	13
III. PARTE DISPOSITIVA.....	15



I. ANTECEDENTES

1. En fecha 21 de febrero de 2023, la sociedad comercial **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** depositó por ante la Dirección Ejecutiva de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)** una *“Denuncia por violación a la Ley núm. 42-08. Petición de inicio de investigación por comisión de conductas constitutivas de prácticas anticompetitivas convertidas y abuso de la posición dominante. Requerimiento de presentación de informe de instrucción, solicitud de requerimiento de adopción de medidas cautelares y persecución de imposición de sanciones administrativas”*, en contra de las empresas **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** y **MASTERCARD REPÚBLICA DOMINICANA, S.R.L.**, por la supuesta comisión de prácticas concertadas y abuso de posición dominante, en supuesta violación al artículo 5 literal “e” y el artículo 6 literales “e” y “f” de la Ley General de Defensa de la Competencia, Núm. 42-08. Conjuntamente con su denuncia, la sociedad comercial **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** solicitó la disposición y adopción de medidas cautelares tendentes a *“[...] hacer cesar la conducta anticompetitiva [...] durante todo el proceso de instrucción [...]”*.

2. En virtud de la referida denuncia y habiendo valorado la existencia de indicios racionales de un posible abuso de posición dominante por parte de **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** en el mercado de procesamiento de pagos de transacciones con tarjetas bancarias para comercios extranjeros en la República Dominicana, en fecha 05 de abril de 2023 esta Dirección Ejecutiva emitió la Resolución núm. DE-004-2023, por medio de la cual ordenó el inicio de un procedimiento de investigación en dicho mercado y dictó, por un período de 4 meses, de conformidad con el artículo 65 de la Ley núm. 42-08, una serie de medidas cautelares a ser cumplidas por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.**, con el propósito de garantizar el correcto funcionamiento del mercado.¹

3. Que, el plazo de vigencia de las referidas medidas cautelares venció en fecha 13 de agosto de 2023. En esas atenciones, en fecha 30 de agosto de 2023 la sociedad comercial **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** depositó una instancia de solicitud de *“Reiteración de medidas cautelares, en virtud de denuncia por violación a la Ley núm. 42-08 y consecuente proceso de investigación iniciado por Pro-Competencia”*, requiriendo a esta Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** lo siguiente:

“ÚNICO: ORDENAR las medidas cautelares y precautorias pertinentes que tengan por objeto hacer cesar la conducta anticompetitiva imputable a Visa International Dominicana, S.A., [...]”.

4. Por su parte, en fecha 05 de octubre de 2023, la sociedad comercial **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** depositó un *“Escrito de Oposición a la Solicitud de “Reiteración de medidas cautelares, en virtud de denuncia por violación a la Ley núm. 42-08 y consecuente proceso de investigación iniciado por Pro-Competencia” depositada por DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S. en fecha 30 de agosto de 2023”*, en el cual reitera en gran parte los argumentos sometidos con ocasión de depósitos anteriores referidos a su Escrito de Contestación al inicio del procedimiento de investigación, su Recurso Contencioso Administrativo y su Solicitud de Medidas Cautelares; y concluye solicitando a esta Dirección Ejecutiva, entre otras cosas, lo siguiente:

“[...]”
SEGUNDO: En atención a las consideraciones expuestas en el cuerpo de este documento, **RECHAZAR** la Solicitud de “Reiteración medidas cautelares, en virtud de denuncia por violación a la Ley núm. 42-08 y consecuente proceso de investigación iniciado por Pro-Competencia” depositada por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** en fecha 30 de agosto de 2023, por improcedente, mal fundada y carente de base legal.
“[...]”

¹ Resolución núm. DE-004-2023, dictada en fecha 05 de abril de 2023.



5. Habiendo ponderado las peticiones realizadas por ambas partes, denunciante y denunciada, en la solicitud de reiteración y en el escrito de oposición, respectivamente, y vistas las motivaciones vertidas en sus respectivas instancias, se emite la presente resolución al tenor de los fundamentos jurídicos expuestos a continuación, dado por entendido que la respuesta de esta Dirección Ejecutiva a la solicitud de reiteración de medidas cautelares depositada por **DEMERGE REPUBLICA DOMINICANA, S.A.S.**, en fecha 30 de agosto de 2023, constituye, por implícito, una respuesta a la petición de rechazo realizada por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** en su escrito de oposición.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A. Competencia para ordenar medidas cautelares

6. Que, la Constitución de la República Dominicana en su artículo número 69 establece como garantías a los derechos fundamentales la tutela judicial efectiva y el debido proceso, constituyendo estas garantías mínimas con las que son resguardados los derechos e intereses de las personas en el curso de procedimientos judiciales y administrativos.

7. Que la dimensión constitucional que supone el **derecho al debido proceso** y a la tutela judicial efectiva ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones estableciendo que:

*“10.2.15. Para que se cumplan las garantías del debido proceso legal, es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva, pues el proceso no constituye un fin en sí mismo, sino el medio para asegurar, en la mayor medida posible, la tutela efectiva, lo que ha de lograrse bajo el conjunto de los instrumentos procesales que generalmente integran el debido proceso legal. 10.2.16. En ese sentido, la tutela judicial efectiva sólo puede satisfacer las exigencias constitucionales contenidas en el citado artículo 69 de la Constitución, si aparece revestida de caracteres mínimamente razonables y ausentes de arbitrariedad, requisitos propios de la tutela judicial efectiva sin indefensión a la que tiene derecho todo justiciable. (TC/0427/15 en **TC/0208/21**)”.*

8. Que, en consonancia con la doctrina de ese tribunal en su labor interpretativa del derecho al debido proceso en sus vertientes de acceso a la justicia y tutela judicial, tales condiciones no deben de ser arbitrarias y han de estar revertidas de un carácter razonable, en aras de no vulnerar derechos fundamentales, como ocurre en la especie.

9. Que, de conformidad con el artículo 17 de la Ley núm. 42-08, el objetivo de **PRO-COMPETENCIA** es promover y garantizar la existencia de la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de productos y servicios, mediante la ejecución y aplicación de las políticas y legislación de competencia y el ejercicio de sus facultades investigativas, de informe, reglamentarias, dirimientes, resolutivas y sancionadoras.

10. Que, de acuerdo a las disposiciones de la Ley General de Defensa de la Competencia, Núm. 42-08, la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es el órgano encargado de investigar y actuar de oficio o a petición de parte en los casos que existan indicios en el mercado de la comisión de prácticas anticompetitivas consistentes en abuso de posición dominante, prácticas concertadas y/o acuerdos anticompetitivos y actos de competencia desleal, prohibidas por los artículos 5, 6 y 11, respectivamente.

11. Que, sobre las medidas cautelares, la Ley núm. 42-08 establece en su artículo 64 que:



“Para garantizar la eficacia de las resoluciones que en su momento se dicten, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá dictar las medidas cautelares cuando éstas procedan conforme al Derecho y cuando no exista posibilidad de causar daños irreparables a los interesados. Estas son:

a) Ordenar la cesación del acto o conducta que presuntamente está causando el daño a la competencia, o a agentes económicos determinados; y,

b) Mandar a rendir fianza de cualquier clase, declarada suficiente por la Comisión, para responder por daños y perjuicios que se pudieran causar. Cuando los interesados sean quienes propongan a la Comisión la medida cautelar a tomar, se podrá pedir que los mismos rindan la fianza que corresponda. Para que procedan las medidas cautelares propuestas, la Comisión podrá ordenar la celebración de audiencias con las partes.”

12. Que de lo anterior se colige que los órganos de la Comisión pueden ordenar este tipo de medidas provisionales tanto oficiosamente cuando lo estimen pertinente o a solicitud de parte interesada, durante cualquiera de las fases del procedimiento administrativo sancionador puestas a su cargo, siempre que su adopción se vea justificada en derecho para garantizar el correcto funcionamiento del mercado.

13. Que, así pues, de la lectura combinada de las disposiciones de la Ley núm. 42-08 y su Reglamento de Aplicación (Decreto núm. 252-20) se deriva la facultad de esta Dirección Ejecutiva para ordenar, en el marco de las fases de iniciación e instrucción de los procedimientos de investigación que desarrolle, las medidas cautelares que estime pertinentes para asegurar los objetivos de la ley y el cumplimiento de sus decisiones

14. Que, en efecto, la misma conclusión se extrae de la letra del artículo 31 literal “g” de la Ley núm. 42-08 que dispone que es una facultad del Consejo Directivo de **PRO-COMPETENCIA**, “*Conocer de las solicitudes de revocación de las medidas cautelares y correctivas ordenadas por la Dirección Ejecutiva, a petición de parte*”.

15. Que, por analogía, si el Consejo Directivo está facultado para conocer de las solicitudes de revocación de las medidas cautelares ordenadas por la Dirección Ejecutiva, es porque la Dirección Ejecutiva está facultada y puede ordenar la adopción de dichas medidas precautorias en las fases del procedimiento administrativo sancionador puestas a su cargo.

16. Que así lo ha razonado el Tribunal Superior Administrativo (TSA) mediante Sentencia número 0030-01-2023-SSMC-00086, de fecha 31 de agosto de 2023, en la que decide la solicitud de medida cautelar interpuesta por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** con ocasión de las cautelares dictadas por esta Dirección Ejecutiva, reconociendo lo siguiente:

“23. De (sic) estudio de los artículos anteriores esta Presidencia a prima facie que el artículo 31 reconoce la posibilidad de que la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de que puedan dictar medidas cautelares a petición de parte [...]”.²

17. Que, así las cosas, con base en los preceptos y fundamentos legales y jurisprudenciales antes expuestos, queda establecido que esta Dirección Ejecutiva tiene potestad para dictar medidas cautelares en el marco de las etapas de iniciación e instrucción de los procedimientos de investigación que ordene y lleve a cabo; por lo que es competente para conocer la solicitud de reiteración de medidas cautelares cursada por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** y, en consecuencia, procederá a analizar y ponderar los fundamentos que la sustentan, para decidir conforme al derecho.

² Sentencia número 0030-01-2023-SSMC-00086, de fecha 31 de agosto de 2023, emitida por la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo (TSA).



B. Marco Legal

- i. Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015;
- ii. Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia, del 16 de enero de 2008;
- iii. Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, Decreto núm. 252-20;
- iv. Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo;
- v. Ley núm. 13-07 que crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

C. Fundamentos de derecho

18. Que las medidas cautelares son “[...] aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la decisión que se pronuncie definitivamente sobre el objeto principal, teniendo como finalidad intrínseca evitar que se produzca una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, anticipando provisionalmente algunos de los efectos característicos de la decisión definitiva. [...]”.³

19. Que, en ese sentido, las medidas cautelares constituyen un valioso instrumento procesal para evitar los riesgos que supone la demora para los intereses reclamados por el peticionante; “[...] se trata de una decisión anticipada del derecho reclamado que bien puede prevenir daños irreparables [o de difícil restauración] o evitar la continuidad de una situación que se está consumando.”⁴

20. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional al considerar que las medidas cautelares son parte integral de los procesos constitucionales al tiempo de garantizar que los derechos de las partes permanezcan inalterables. Es pues, una decisión anticipada del derecho reclamado que puede prevenir daños irreparables o evitar la continuidad de una situación que se está consumando.⁵

21. Que, en materia de derecho de la competencia, el carácter de especialización permea, inclusive, los requisitos tradicionalistas de las medidas cautelares o provisionales, conforme a la doctrina, haciéndolos suyos según la preminencia de la cuestión a la que tiende, esto es, a la garantía del mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. En esencia, a los fines de ordenar medidas cautelares en el marco de procedimientos por presuntas prácticas anticompetitivas se ponderan los siguientes elementos: **(i)** la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia, es decir, la verosimilitud del derecho o apariencia del buen derecho; **(ii)** el riesgo de la efectividad de una decisión que acredite los hechos violatorios de la competencia y de una eventual decisión sancionatoria, en el evento de no decretarse la medida cautelar, es decir, el peligro en la demora; y **(iii)** la proporcionalidad de la medida cautelar a ordenar, en particular, procurando que la misma no afecte el interés público.

22. Que, la finalidad del primer elemento antes descrito busca realizar una de las apariencias que, sin prejuzgar el fondo ni estigmatizar una conducta o actuación como restrictiva de la libre competencia, permita a esta Dirección Ejecutiva partir de una serie de hechos concretos que de no ser suspendidos en sus efectos jurídicos podría, eventualmente, afectar de manera negativa la investigación y al mercado mismo hasta tanto sea concluida la fase de investigativa, quedando la parte solicitante en el deber de motivar en hecho, derecho y prueba tales conductas, acciones u omisiones puestas a cargo del agente económico investigado.

23. Que, la finalidad del segundo elemento, supone que esta Dirección Ejecutiva analice el riesgo que implica la imposibilidad material de que el proceso satisfaga su objetivo que es la eliminación de conductas restrictivas a la competencia que afecten los mercados. Este indicado elemento de

³ Fernández M., Rafael, “Las medidas cautelares en el Proceso Administrativo”, citado por Vásquez G., Rafael, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo dominicano”, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2018, p. 20.

⁴ García del R., Argenis, “La tutela cautelar en la sede administrativa”, Gaceta Judicial, Año 25, Núm. 406, febrero 2022, pp. 52-55.

⁵ Cfr. Sentencia núm. TC/77-15 del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de abril de 2015.



valoración constituye, al efecto, un símil con las medidas cautelares y provisionales convencionales, en tanto que las medidas cautelares en materia administrativa ordinaria, así como en el caso de la jurisdiccional, tienen por finalidad asegurar el resultado de la decisión que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia administrativa o jurisdiccional no sea burlada porque se convirtió en imposible su cumplimiento por el paso del tiempo y, por vía de consecuencia, la eficacia de la pretensión administrativa o jurisdiccional carezca de objeto el apoderamiento primigenio, en perjuicio del administrado que decidió acudir con una previsualización de tener un resultado eficiente en su realidad.

24. Que, el tercer elemento tiene una finalidad particular, que sirve de contrapeso entre lo pretendido por la parte solicitante y la adopción de una medida que cumpla el test de proporcionalidad ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional dominicano, tomando en cuenta que, si bien existen principios de justicia rogada, no menos cierto es que, esta Dirección Ejecutiva, tiene el deber de modular los grados de suspensión de las conductas a fin de prevenir una afectación manifiesta del agente económico investigado, toda vez que, este último no solo se presume inocente en ocasión de un proceso administrativo sancionador, sino que, estaría desvirtuando el objeto de tutela preventiva de la propia medida cautelar al dejar desprovisto de toda actividad comercial al mismo.

25. Que, de esta manera, en este tipo de medidas cautelares no solo se analiza el concepto de la no afectación al interés público y al mercado atendiendo a la libre competencia, sino que, además, se observan las implicaciones que la adopción de determinada medida cautelar pueda tener en el desenvolvimiento comercial del agente económico investigado, lo cual convierte el juicio cautelar en sede de protección a la libre competencia en un proceso constitucionalizado atendiendo al orden público económico.

26. Que, en cuanto a la finalidad que en sí mismas procuran las medidas cautelares, éstas se orientan –como se ha dicho– a garantizar la efectividad de la decisión que deba intervenir a consecuencia del desarrollo de un proceso determinado o dicho de otro modo, a garantizar el resultado anticipadamente previsible del procedimiento en el marco del cual han sido dictadas. En ese sentido, la adopción de medidas cautelares se sitúa como una medida de protección de intereses y derechos fundamentales que, de no mediar tales acciones provisionales, corren el riesgo de verse afectados en el transcurso del proceso y mientras interviene una decisión final sobre el particular.

27. Que, así las cosas, *“la tutela cautelar es parte integrante de los procesos constitucionales, puesto que contribuye a prevenir la afectación de bienes jurídicos que se debaten en los derechos controvertidos y que se hace necesario preservar hasta que intervenga el fallo definitivo.”*⁶

28. Que, en efecto, *“la tutela cautelar tiene una relación intrínseca con la propia Tutela de los Derechos que se pretenden [...] al permitir la virtualidad de la ejecución oportuna de los fallos [...]”*⁷ Así ha sido consagrado, en sede contenciosa, por el Tribunal Superior Administrativo en la sentencia del expediente núm. 030-16-01351 de fecha 15 de febrero de 2017, en la que dicho tribunal estableció que *“[...] la justicia cautelar en materia contenciosa administrativa tiene como única finalidad asegurar el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva inherente al proceso contencioso administrativo principal, muy específicamente, tal y como lo reconoce la parte general del artículo 7 de la ley 13-07, asegurando la efectividad de la eventual sentencia que acoja el recurso contencioso administrativo, todo esto teniendo en cuenta que, sin lugar a dudas, la ejecución de los fallos forma parte del ámbito de actuación del Derecho a una Tutela Judicial Efectiva y al Debido Proceso.”*⁸

⁶ *Ídem.*

⁷ Vásquez G., Rafael, ob. Cit., p. 87.

⁸ Sentencia núm. 030-16-01351, de fecha 15 de febrero de 2017, presidencia del TSA, citada por Vásquez G., Rafael, ob. Cit., pp. 87-88.



29. Que, *“En resumen: la finalidad intrínseca de toda medida cautelar es en esencia servir para la garantía de los derechos, intereses o situaciones reclamadas en otro proceso.”*⁹ De ahí, incluso, que se diga que *“[...] en nuestro país no existen cautelares propiamente autónomas, ya que ellas tienen la función teleológica de salvaguardar la Tutela Judicial Efectiva de los Derechos, intereses y situaciones inherentes a otro proceso que es el principal.”*¹⁰

30. Que, de lo anterior se desprende que sobre el fin mismo de las medidas cautelares recae la determinación de su vigencia pues, si lo que se procura con éstas es garantizar la eficacia de la eventual decisión, evitando que se produzca cualquier afectación irregular a intereses y derechos durante el desarrollo –en sus plazos normales– de los procedimientos hasta que intervenga la decisión definitiva que previsiblemente procuraría el mismo fin, ha de suponerse que su duración sea igual a la del procedimiento principal. De ahí que la vigencia de las medidas cautelares, por regla general, está estrechamente vinculada o incluso atada a la vigencia de los procedimientos en el marco de los cuales son dictadas, esto así para resguardar su propio objetivo o finalidad.

31. Que, en concordancia con lo antes expuesto se refiere el Magistrado Rafael Vásquez Goico en su obra *“Las medidas cautelares en el contencioso administrativo dominicano”*, al establecer que: *“Al ser la medida un instrumento de la eficacia de la sentencia que eventualmente se dicte a favor del impetrante con respecto al recurso contencioso administrativo principal, sus efectos solo perduran mientras no se haya decidido este último. De aquí se desprende que la decisión sobre el fondo (principal) hace cesar cualquier efecto jurídico de la decisión cautelar.”*¹¹

32. Que, así las cosas, si los efectos de las medidas cautelares ceden únicamente cuando ha intervenido una decisión sobre el fondo del asunto y si su fin instrumental siempre es garantizar el éxito y la eficacia de la decisión y/o resolución definitiva, entonces ellas permanecen vigentes –o deberían– hasta tanto se tenga por cumplida tal condición, es decir, hasta que se produzca una decisión o fallo de fondo, salvo que sea ordenada su suspensión o revocación por vía de otro instrumento procesal.

33. Que, así ocurre en la práctica y así es reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia especializada. Sin embargo, la Ley núm. 42-08 incorpora al respecto un criterio distinto y establece que las medidas cautelares dictadas por los órganos de la Comisión no podrán durar más de cuatro (4) meses calendarios; lo cual contrasta con el plazo que tiene esta Dirección Ejecutiva para instruir el procedimiento de investigación y emitir la decisión cuya eficacia ha de protegerse con la cautelar, el cual ha sido fijado por la misma normativa en doce (12) meses.

34. Que, para esta Dirección Ejecutiva lo anterior constituye una desviación de la norma y un despropósito respecto de la finalidad principal de la medida cautelar, ya que es virtualmente imposible garantizar la eficacia de una decisión que intervendrá a los doce (12) meses de la instrucción del procedimiento, mediante medidas cautelares ordenadas por un plazo máximo de cuatro (4) meses –apenas una cuarta parte del plazo de caducidad del procedimiento–.

35. Que, atendiendo al razonamiento recién expuesto, esta Dirección Ejecutiva es del criterio de que debe procurarse que dicha previsión legal contenida en la parte *in fine* del artículo 65 de la Ley núm. 42-08 no constituya un obstáculo para que las medidas cautelares dictadas por este órgano instructor cumplan con su finalidad de proteger la competencia efectiva y el correcto funcionamiento del mercado mientras se desarrolla y hasta que se decida el procedimiento en su fase de instrucción o investigación. De ahí que este órgano razone que, aun cuando en un primer momento no pueden ser ordenadas por un período de tiempo que abarque hasta la emisión de la decisión definitiva de la etapa de instrucción, sí pueden ser dispuestas nuevas medidas tendentes a resguardar los intereses en juego y la integridad del procedimiento.

⁹ Vásquez G., Rafael, *ob. Cit.*, p. 24.

¹⁰ *Ídem*, p. 41.

¹¹ *Ídem*, p. 36.



36. Que, en efecto, nada prohíbe que, ante la existencia de los presupuestos y requisitos que justifiquen la necesidad de que en el marco de un mismo procedimiento sean dictadas nuevas medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes y el funcionamiento del mercado, lo que se traduce, en suma, en el cumplimiento de los objetivos encomendados por la Ley núm. 42-08, esta Dirección Ejecutiva pueda disponer su adopción por igual período de 4 meses calendarios, en observancia de lo dispuesto en el referido texto de ley.

37. Que, en ese sentido, al no existir disposición legal expresa que prohíba que esta Dirección Ejecutiva pueda conocer nuevas solicitudes de medidas cautelares y, por ende, que pueda dictar nuevas medidas durante la instrucción de un mismo procedimiento de investigación; nada impide que, atendiendo a la esencia misma de este instrumento procesal y habiendo observado las formalidades de su aplicación como remedio procesal en el marco del procedimiento contencioso administrativo al que le es natural y en el procedimiento administrativo en general, sea conocida la solicitud de medidas cautelares realizada por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** en fecha 30 de agosto de 2023 y sean ordenadas aquellas que este órgano instructor considere suficientes y razonables con relación a los objetivos que se pretenden asegurar con ellas.

38. Que, en consecuencia, esta Dirección Ejecutiva procederá a ponderar en detalle la pertinencia de las medidas cautelares solicitadas por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**, partiendo para ello de la verificación del cumplimiento individual de cada uno de los requisitos que justifican su adopción (peligro en la demora, apariencia de buen derecho y prohibición de afectación grave al interés general de terceros) pero tomando en consideración que “[...] un abordaje lineal y separado de dichos elementos no es posible dado que existe una relación dinámica entre los propios requisitos, es decir, ellos no conforman conceptos totalmente independientes uno del otro pues en diversos aspectos y desde ciertos puntos de vista (obviamente esto relacionado al caso en particular) podría existir una influencia entre ellos.”¹²

i. **La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): probabilidad de ocurrencia de una conducta con apariencia de ilicitud o anticompetitiva (*fumus comissi delicti*)**

39. Que, en el derecho sancionador y en particular en la materia que ocupa nuestra atención, la apariencia de buen derecho trasciende el mero juicio de verosimilitud que recae sobre el derecho invocado por el solicitante, al derivarse de la comprobación del presupuesto conocido como *fumus comissi delicti*; el cual se refiere a la existencia de indicios racionales de que la conducta investigada o imputada está siendo desplegada en la práctica por el presunto agente infractor, por lo que existe la necesidad de intervenir para detenerla, en aras de evitar mayores daños a la competencia y a los derechos del agente económico solicitante.

40. Que, en la especie, este elemento se desprende de la esencia misma de las facultades cautelares otorgadas por la Ley núm. 42-08 a los órganos de la Comisión, pues tal como lo establece el literal “a” del artículo 64 de la referida ley, dentro de las medidas cautelares que los órganos de la Comisión pueden ordenar, se encuentra “la cesación del acto o conducta que presuntamente está causando el daño a la competencia, o a agentes económicos determinados”^[subrayado nuestro]; de donde se infiere que es necesario que exista cierto grado de certeza acerca de la probable ejecución de una conducta restrictiva de la competencia que deba ser cesada.

41. Que, una vez realizado el examen jurídico que, de manera superficial y sin prejuzgar el fondo del asunto, determine la probable ocurrencia de la conducta anticompetitiva, se acredita en el ámbito de lo cautelar la necesidad de proteger los derechos e intereses de quien pretende la cautelar, esto es, por un lado, la verosimilitud del derecho invocado y por otro lado, el peligro en la demora; ambos requisitos esenciales para el dictado de medidas cautelares.

¹² Vásquez G., Rafael, *ob. Cit.*, p. 90.



42. Que, en efecto, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* es un juicio de verosimilitud del derecho invocado por el solicitante que refuerza su interés en que sea acogida la medida solicitada. En ese sentido, se relaciona con el concepto de la *fumus comissi delicti*, el cual consiste como se ha dicho, en que se está ante la posibilidad real de que se materialice una conducta violatoria del régimen de competencia económica que, por tanto, amerita una intervención anticipada de la autoridad de competencia.

43. Que, *“la precisión de la apariencia de buen derecho supone, tal y como su nombre lo indica, una apreciación no definitiva de los hechos de la causa, lo cual implica una proyección superficial de lo que eventualmente sería la decisión sobre lo principal.”*¹³

44. Que, sobre el particular, cabe aclarar que aun cuando la autoridad no tiene que dar por acreditada formalmente la comisión de la conducta, pues ello implicaría ya un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, sí debe contar con indicios sólidos y suficientes para considerar que la misma está ocurriendo en afectación de la competencia, por lo que *a priori*, se debe intervenir con el fin de evitar que una decisión o intervención ulterior resulte del todo tardía e ineficaz.

45. Que, así, dado que la adopción de una medida cautelar supone una intervención anticipada de la autoridad de competencia, el estándar probatorio es por lo general más alto al del inicio de un procedimiento de investigación, *“pues la exigencia demostrativa es directamente proporcional al grado de intervención que se genera en los mercados con el actuar de la administración”*.¹⁴

46. Que, *“en efecto, la necesidad de abrir una investigación puede estar soportada, incluso en un simple indicio, si de él logra inferirse razonablemente, la posible realización de una conducta anticompetitiva; al paso que la medida cautelar requiere no solo una prueba más sólida, en torno a la realización de la conducta investigada, sino frente a la producción de un daño irreversible de no adoptarse la medida a tiempo.”*¹⁵

47. Que, como contrapeso de lo anterior, se tiene que la valoración de la prueba en materia cautelar debe ser cónsona con la superficialidad de lo que se debe constatar en esta sede, de donde se desprende que el funcionario no debe inmiscuirse en la valoración profunda de la prueba de hechos cuya vocación sea la de fijar definitivamente una solución jurídica al caso, puesto que ello implicaría un prejuzgamiento sobre el fondo. Esto quiere decir que la valoración del plano fáctico que integra la cautelar supone menor profundidad que la ordinaria, pues la decisión se toma en un contexto donde no se tiene la oportunidad de apreciar todos los elementos de juicio que deben integrar una decisión que tenga visos de estabilidad total.¹⁶

48. Que, de acuerdo a lo expuesto por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** en su “Solicitud de reiteración de medidas cautelares”, en la especie, la comprobación de la apariencia de buen derecho se obtiene *“[...] mediante el análisis de la comunicación dirigida por Azul a la exponente en fecha 4 de octubre de 2022, el fin perseguido por las Marcas es incrementar el costo de las transacciones del sistema “rival” servido por DEMERGE (modelo de “Agente de Recolección Local”), al limitar e impedir a ésta el procesamiento de transacciones con comercios ubicados fuera del país, y, de esta manera, eliminarlo como alternativa, o, en el mejor de los casos, impedir la competencia efectiva en el sector reduciendo a la mínima expresión a los competidores como DEMERGE. La desafiliación de los comercios unilateralmente dispuesta por Azul en perjuicio de la exponente y a instancias de VISA, conlleva razonablemente a la asunción de una práctica anticompetitiva [...]”*.¹⁷

¹³ *Ídem*, p. 134.

¹⁴ Resolución núm. 48720, de fecha 27 de julio de 2022 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Vásquez G., Rafael, *ob. Cit.*, p. 134.

¹⁷ Cfr. Instancia de solicitud de reiteración de medidas cautelares depositada por Demerge República Dominicana, S.A.S. en fecha 30 de agosto de 2023, p. 6.



49. Que, para esta Dirección Ejecutiva, tanto la probabilidad de la ocurrencia de la conducta anticompetitiva como la afectación que probablemente pudiera conllevar la misma y que hay que evitar o suspender, han quedado acreditados a través de los elementos ampliamente razonados por esta Dirección Ejecutiva en la Resolución núm. DE-004-2023, de fecha 05 de abril de 2023 y recogidos de manera sucinta en las siguientes motivaciones:

212. Que, en efecto, como se ha expuesto en apartados anteriores, el análisis económico realizado a partir de los datos aportados por **dLocal** evidencia que desde diciembre de 2022 **AZUL** dejó de procesar transacciones “**VISA**” para los servicios de **Amazon** representados localmente por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**, lo que significa que **AZUL** como **dLocal** han dejado de recibir beneficios por los pagos o transacciones “**VISA**” realizadas para dichos comercios (Prime Video y Prime Video-Ecomm) a través de sus respectivas plataformas; lo cual constituye, a juicio de esta Dirección Ejecutiva, un principio de prueba de la ejecución de la conducta restrictiva por parte de **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** a través de agentes económicos participantes en los mercados aguas abajo, como lo es **AZUL** en el mercado de adquisición.

213. Que, en ese sentido, tres son los elementos probatorios que ha tomado en cuenta esta Dirección Ejecutiva para considerar la posibilidad de la ejecución de una conducta anticompetitiva por parte de **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** y la necesidad de intervenir de manera anticipada, a través de la adopción de medidas cautelares, a saber: (i) los documentos probatorios que dan cuenta de la desafiliación y bloqueo exclusivamente de transacciones Visa de determinados comercios por parte de **AZUL** a **dLocal**, “en cumplimiento con las políticas de las marcas”; (ii) los datos económicos que evidencian el bloqueo a **dLocal** del procesamiento de transacciones exclusivamente de **VISA** en los comercios asociados a **Amazon** desde diciembre 2022 y; (iii) la falta de incentivos que tendría **AZUL** para proceder por sí sola a la desafiliación de los servicios; por lo que se cumple con ello el primer requisito para que sean ordenadas las correspondientes medidas cautelares, justificándose entonces la intervención anticipada de la autoridad.¹⁸

50. Que, además, la certeza de la probable ocurrencia de la conducta anticompetitiva se desprende ahora de las propias circunstancias que se derivaron de la adopción u ordenamiento de las medidas cautelares por parte de este órgano instructor, pues con dichas medidas se logró restablecer de manera provisional el funcionamiento normal del mercado investigado mediante el aseguramiento del suministro de determinados servicios al agente económico denunciante, a través de otros agentes de la cadena de prestación de dicho servicio; de modo que las medidas ordenadas sirvieran para evitar que **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.**, agente económico presumiblemente dominante, siguiera excluyendo o al menos dificultando las operaciones de **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** en el mercado de procesamiento de pagos de transacciones con tarjetas bancarias para comercios extranjeros.

51. Que, siendo esto así, es decir, habiendo servido las medidas ordenadas para restablecer el “orden” del mercado en cuestión, se verifica con mayor grado de certeza que se está en presencia de hechos atribuidos a **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.**, los cuales, al menos en principio, pudieran tipificar una violación al régimen de competencia (*fumus commissi delicti*); pues de no haber existido tal comportamiento catalogado como presuntamente anticompetitivo a la luz de lo dispuesto por la Ley núm. 42-08 y según lo razonado en la Resolución núm. DE-004-2023, esta Dirección Ejecutiva no habría tenido que ordenar su suspensión provisional a través de las cautelares adoptadas entonces.

52. Que, lo anterior retoma relevancia si se tiene en cuenta que en fecha 29 de septiembre de 2023, **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** notificó a esta Dirección Ejecutiva la Sentencia núm. 0030-01-2023-SSMC-00086 –por medio de la cual la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, actuando en sus atribuciones de juez de lo cautelar, rechazó la solicitud de medidas cautelares interpuesta por **VISA** con la intención de suspender los efectos de las medidas entonces ordenadas por este órgano instructor– advirtiendo “[...] que a partir de la fecha de notificación del

¹⁸ Resolución núm. DE-004-2023, dictada por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia en fecha 05 de abril de 2023.



presente acto, dejará sin efecto las medidas cautelares impuestas en su contra mediante la Resolución número DE-004-2023 de fecha 5 del mes de abril del año 2023, [...] y que se abstenga de imponer nuevas medidas, por las razones expuestas en todos los documentos, procesales y extraprocesales, que han cursado entre las partes.”¹⁹, de donde se verifica que existe el riesgo de que la práctica alegadamente anticompetitiva suspendida por virtud de las medidas cautelares ordenadas entonces vuelva a instaurarse en el mercado (con los efectos conocidos), si no son dictadas nuevas medidas provisionales que tiendan a ordenar su suspensión.

53. Que, en ese sentido, se pone de manifiesto la apariencia de buen derecho del procedimiento de investigación iniciado a instancias de **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** y la verosimilitud de los derechos invocados por dicha sociedad comercial en su denuncia, y de manera especial, en su solicitud de reiteración de medidas cautelares. De ahí que también se verifique, por su singular vinculación con la apariencia de buen derecho, los riesgos que entraña para el curso del procedimiento de investigación en cuestión, que no sean dictadas medidas de carácter provisional tendientes a proteger los derechos e intereses de la solicitante (el peligro en la demora).

ii. El riesgo de la eficacia de una decisión que acredite los hechos violatorios de la competencia y de una eventual de una decisión sancionatoria (peligro en la demora o *periculum in mora*)

54. Que, mucho se ha razonado a lo largo de la presente resolución sobre el propósito y razón de ser de la cautelar, cual es la garantía de una eventual decisión que pudiera dictarse en favor del peticionante. Pues, de lo que se trata aquí es de evitar que, al momento de otorgarse la razón a quien la tiene, ya no tenga sentido ejecutar la decisión sobre lo principal de que se trate;²⁰ de modo que, como anticipábamos, el contenido esencial de la medida cautelar recae, sobre todo, en el factor tiempo o dicho de otro modo, en el peligro que representa para los derechos invocados la demora en decidir.

55. Que, en efecto, *“un problema tradicional de la justicia administrativa es la lentitud de los procesos, lo cual lleva consigo un determinado riesgo de que mientras se espera su normal desenlace se puedan alterar circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano que decide, con lo cual se tornan ilusorias e ineficaces las resoluciones destinadas a restablecer la observancia del derecho.”*²¹

56. Que, dicho de otro modo, para que pueda ser adoptada una medida cautelar con ocasión de un procedimiento de investigación por presuntas prácticas anticompetitivas, debe existir el riesgo de ineffectividad de una eventual decisión de fondo que declare que existió una conducta anticompetitiva. En este sentido, este elemento se relaciona concretamente con el *fumus boni iuris* en la medida en que cuando la autoridad adopta una medida cautelar, no puede adelantar juicio sobre el fondo del asunto planteado; por lo que su confirmación descansa únicamente en la existencia previa de una apariencia de buen derecho.

57. Que, el *periculum in mora* tiene entonces que ver *“con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene que ver igualmente con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso”*²².

58. Que, en palabras del Tribunal Superior Administrativo (TSA), las medidas cautelares *“[...] deben otorgarse únicamente con la finalidad de evitar que el tiempo en decir el derecho afecte a quien tiene la razón jurídica, o lo que es lo mismo, las medidas cautelares proceden para tratar de impedir que*

¹⁹ Acto de Alguacil núm. 700-2023, instrumentado por el Alguacil Ordinario de la Presidencia del TSA, Héctor A. López Goris, notificado en fecha 29 de septiembre de 2023.

²⁰ Cfr. Vásquez G., Rafael, *ob. Cit.*, p. 130.

²¹ García del R., Argenis, *ob. Cit.*

²² Resolución núm. 48720 de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, *ob. Cit.*



el transcurso del tiempo en decidir lo principal cree un daño irreparable que haga perder el objeto del recurso contencioso administrativo o torna imposible o difícil la ejecución de una eventual sentencia gananciosa para el impetrante.”²³

59. Que, en efecto, el peligro en la demora hace referencia al riesgo de que el derecho o interés protegido por la ley pueda verse afectado por el transcurso del tiempo; lo que en el caso concreto que nos ocupa tiene que ver con la posibilidad de que la libre competencia se vea afectada por la presunta práctica anticompetitiva de un agente económico en un mercado determinado. En ese sentido, lo que se busca a través de una medida cautelar es que *“la decisión que pueda adoptar la autoridad en materia de protección de la competencia no sea inoperante, sino que realmente proteja al mercado del riesgo que la conducta anticompetitiva representa”²⁴.*

60. Que, en definitiva, para tener por acreditado el peligro en la demora *“se requiere que sobrevenga un grave perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión y es por ello que la labor del peticionante debe quedar circunscrita, al invocar este elemento, a exponer las razones provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indiquen, por las cuales es menester que el órgano administrativo le conceda el anticipo resolutorio.”²⁵*

61. Que, con relación a este particular, **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** plantea en su solicitud de reiteración de medidas cautelares que, *“[...] en la especie prácticamente se condena a la exponente a una salida inminente del mercado de subadquirencia en la República Dominicana, pues la prohibición de procesamiento o desafiliación de varios comercios extranjeros hace inviable sus actividades en el país, partiendo del hecho de que gran parte de sus operaciones proviene de transacciones realizadas en los referidos comercios. [...]”*

62. Que, por su parte, esta Dirección Ejecutiva considera acreditado el peligro en la demora a favor de la solicitante en la medida en que, desde la disposición del inicio del procedimiento de investigación ha verificado y advertido el perjuicio irreversible que supondría para **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** permitir el comportamiento desplegado en el mercado por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** En ese sentido, la respuesta a la pregunta de que dónde está o cuál es el daño causado por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** a **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.** se encuentra en la propia resolución de inicio núm. DE-004-2023, como se sigue:

138. Que, los efectos de esta decisión arbitraria y unilateral fueron inmediatos para **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** , pues tal como se puede apreciar en el Cuadro 4, **SERVICIOS DIGITALES POPULAR S.A. (AZUL) pasó de procesar el 60% de las transacciones de Comercio 1 con tarjetas “VISA” en el mes de octubre 2022 a procesar el 0% de las transacciones en los meses subsiguientes a la implementación de la conducta denunciada;** mientras que en el caso de **Comercio 2**, las transacciones con tarjetas **“VISA”** han podido seguir procesándose a través de otro adquirente local, conocido como **CONSORCIO DE TARJETAS DOMINICANAS, S.A. (CardNET)**, según ha sido señalado por la propia denunciante.²⁶

63. Asimismo, el riesgo o peligro de la demora en la decisión definitiva sobre el asunto, queda expuesto en otra parte de la resolución de la Dirección Ejecutiva que, al calcular las pérdidas económicas que la conducta presuntamente realizada por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** supondría para la denunciante, planteó lo que a seguidas se transcribe:

²³ Sentencia núm. 030-16-01351, de fecha 15 de febrero de 2017, presidencia del TSA, citada por Vásquez G., Rafael, *ob. Cit.*, p. 23.

²⁴ *Idem.*

²⁵ Sentencia núm. 030-16-01351, de fecha 15 de febrero de 2017, presidencia del TSA, citada por Vásquez G., Rafael, *“Las medidas cautelares en el contencioso administrativo dominicano”*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2018, p. 23.

²⁶ Resolución núm. DE-004-2023 de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, *ob. Cit.*, p. 30.



143. Que, con la desafiliación de los referidos comercios extranjeros, la hoy denunciante ha sufrido una afectación en sus ingresos, dejando de procesar transacciones en los mismos que, en promedio, representaron el 25% del total de transacciones realizadas por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** previo a la desafiliación por parte de **SERVICIOS DIGITALES POPULAR S.A. (AZUL).**

144. De hecho, tal como se puede apreciar en la **Tabla 4**, las transacciones totales procesadas por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** para el **Comercio 1** han ido descendiendo desde el bloqueo de las transacciones "VISA" impuesto por **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** a través de **AZUL**, pasando de ocupar aproximadamente **6.0%** en el período enero-octubre 2022 a menos de **1%** a marzo 2023, lo que evidencia la importancia relativa de las transacciones realizadas con tarjetas marca "VISA" respecto del total de transacciones procesadas por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**²⁷

64. Que, a estos datos que por sí solos representan una afectación a los intereses del solicitante que, de no mediar las cautelares requeridas pudieran tornar en ineficaz la eventual decisión de fondo que se pronuncie en aras de proteger tales derechos, hay que sumarle el riesgo existente de que, tal como ha sido advertido en la notificación de fecha 29 de septiembre de 2023, **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** vuelva a imponer restricciones para el procesamiento de transacciones con tarjetas de su marca para comercios extranjeros en contra de **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**, lo cual implicaría una afectación, como mínimo similar a la comprobada al inicio del procedimiento de investigación.

65. Que, en adición a lo anterior, esta Dirección Ejecutiva ha valorado el riesgo que representa el comportamiento que se pretende evitar o suspender para las empresas de adquirencia del mercado de procesamiento de pagos (como **Azul, CardNet**, entre otras), pues éstas con certeza pudieran verse afectadas por la restricción de **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** en la medida en que pudieran recibir multas por parte de las marcas, sin derecho a réplica, y pudieran experimentar nuevamente una reducción en el número de transacciones procesadas; lo cual pone de manifiesto la trascendencia de las medidas solicitadas para el buen funcionamiento del mercado de procesamiento de pagos y para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mismo.

66. Que, en atención a lo expuesto, y visto el hecho de que el plazo de instrucción del procedimiento en el marco del cual han sido solicitadas las medidas cautelares y, por ende, el plazo máximo para que se dicte decisión que ponga fin a la etapa de instrucción no vencerá sino hasta abril del año 2024, queda de manifiesto la necesidad de resguardar, durante el desarrollo de dicho proceso, los intereses y derechos en juego que, de otro modo, pudieran verse irreversiblemente afectados hasta tanto sea emitida la decisión sobre el procedimiento de investigación. En ese sentido, queda configurado el requisito esencial del peligro en la demora y se justifica la adopción de las medidas que permitan asegurar el funcionamiento competitivo del mercado.

iii. La proporcionalidad de la medida: prohibición de afectación al interés público

67. Que, el último elemento para la adopción de medidas cautelares en materia administrativa hace referencia a la proporcionalidad de la medida, en virtud de la cual, a los fines de que una cautelar pueda ser ordenada, tiene que poder deducirse mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés colectivo negar la medida cautelar que concederla.

68. Que, así, para poder determinar la pertinencia de una medida cautelar, la administración está obligada a ponderar los intereses en conflicto o dicho de otro modo, debe tener en cuenta el grado de sacrificio que se impone al sujeto pasivo de la cautelar, frente al nivel de beneficio que recibe la protección del interés general en términos de competencia.

²⁷ Ídem, p. 32.



69. Que, en efecto, *“la administración, al definir la medida cautelar que procede, está limitada por el criterio de proporcionalidad. Esto es, el ejercicio del poder estatal debe guardar correspondencia con la gravedad de la afectación del bien jurídico tutelado. Debe sopesarse entonces, la posible afectación del interés particular como consecuencia de su imposición, con el interés del mercado y las finalidades constitucionales y legales del régimen de libre competencia económica, bien sea a nivel de participación de agentes en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores que interactúan en él”*²⁸.

70. Que, en ese sentido, aun cuando las medidas cautelares suponen una intervención directa y anticipada en la esfera de actuación particular del agente económico respecto del cual se imponen, esta intervención se justifica en la necesidad de proteger –al menos provisionalmente partiendo de la previa comprobación de la apariencia de buen derecho– un interés mayor en provecho del colectivo, esto es, el interés general al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. De ahí que sea preferible conceder la medida cautelar (aun cuando ella suponga inmiscuirse en los intereses particulares del sujeto pasivo de la misma) que rechazarla (pues ello pudiera entrañar consecuencias indeseadas para el mercado).

71. Que, aplicado al caso que nos ocupa, el mencionado “test de proporcionalidad” en el sentido en que hasta ahora se ha expuesto supone contrapesar la posible afectación de los intereses particulares de **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** frente al interés general orientado a la protección del régimen de competencia y del orden público económico. Siendo así, esta Dirección Ejecutiva considera que de la adopción de las cautelares pretendidas no se deriva una afectación severa a los intereses subjetivos e individuales de **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** que amerite que el interés general protegido por la administración tenga que ceder ante tal afectación, toda vez que, en principio, dichas cautelares implican únicamente devolver al estado anterior el esquema de funcionamiento del servicio de procesamiento de pagos de transacciones con tarjetas bancarias para comercios extranjeros en el país, para permitir la participación de nuevos jugadores en el mismo.

72. Que, adicionalmente, en casos como el de la especie, la proporcionalidad de la medida está relacionada con el juicio de ponderación que debe hacerse entre el interés de quien la solicita, es decir, el particular que desea suspender un acto administrativo previo o evitar la continuidad de una situación que se está consumando; y el interés general y público de la administración en dictar la cautelar y procurar su ejecución para el resguardo del bien jurídico protegido.

73. Que, al respecto, tal como se ha apuntado en secciones anteriores, las medidas pretendidas trascienden el mero interés privado de **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**, puesto que con el comportamiento presuntamente anticompetitivo de **VISA INTERNACIONAL DOMINICANA, S.A.** no solo se estaría afectando la participación individual de **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.** en el mercado de procesamiento de pagos con tarjetas bancarias para comercios extranjeros, sino que además dichas actuaciones puede alcanzar al resto de agregadores de pago que convergen en el mercado e incluso, pudieran repercutir en otros eslabones de la cadena de prestación del servicio como son los adquirentes y, en definitiva, en el bienestar general de los usuarios o consumidores.

74. Que, partiendo de lo anterior puede razonarse que las medidas cautelares pretendidas por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** no solo procuran proteger el interés particular o individual invocado por quien las solicita, sino que además tienden a resguardar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado investigado, cuestión esta que constituye el bien jurídico protegido por esta administración.

75. Que, en efecto, el bien tutelado a través de la Ley General de Defensa de la Competencia, Núm. 42-08 y en particular por esta Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** como parte de la Administración es la competencia *“[...] y el interés protegido es el interés público en el*

²⁸ Resolución núm. 48720 de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, *ob. Cit.*, p.13.



funcionamiento competitivo del mercado, dado por entendido que protegiendo la competencia en el mercado se tutelan también los intereses de los competidores y de los consumidores.”²⁹

76. Que, habiéndose verificado que las cautelares requeridas no tienen la vocación de priorizar el interés particular del agente económico solicitante en detrimento o menoscabo del interés general o colectivo y habiéndose ponderado, igualmente, los intereses de **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** respecto del interés general y del bien jurídico protegido; esta Dirección Ejecutiva estima pertinente adoptar medidas cautelares razonables que permitan garantizar el normal funcionamiento del servicio de subadquirencia dentro del mercado relevante preliminar de procesamiento de pagos de transacciones con tarjetas bancarias para comercios extranjeros en la República Dominicana.

VISTA: La Constitución de la República Dominicana;

VISTA: La Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, que crea la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA)**;

VISTA: La Ley 107-13 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo;

VISTA: La Ley número 13-07 sobre el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo;

VISTA: El Decreto núm. 252-20 del Poder Ejecutivo que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08;

VISTA: La instancia de solicitud de *“Reiteración de medidas cautelares, en virtud de denuncia por violación a la Ley núm. 42-08 y consecuente proceso de investigación iniciado por Pro-Competencia”*, depositada en fecha 30 de agosto de 2023 por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**;

VISTO: *“Escrito de Oposición a la Solicitud de “Reiteración de medidas cautelares, en virtud de denuncia por violación a la Ley núm. 42-08 y consecuente proceso de investigación iniciado por Pro-Competencia” depositada por DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S. en fecha 30 de agosto de 2023”,* depositado en fecha 05 de octubre de 2023 por **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** y sus anexos;

III. PARTE DISPOSITIVA

LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA), EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES LEGALES, RESUELVE:

PRIMERO: ACOGER la solicitud de reiteración de medidas cautelares interpuesta por **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** en fecha 30 de agosto de 2023, por las razones expuestas en el cuerpo de la presente resolución y en consecuencia, **ORDENAR**, en virtud de la facultad cautelar derivada de los artículos 31 literal “g” y 64 de la Ley núm. 42-08, y 19 párrafo I numeral 4 de su Reglamento de Aplicación, a **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.**, lo siguiente: **(i)** abstenerse de implementar cualquier regla, programa o medida que restrinja la actividad económica denominada subadquirencia transfronteriza que desarrollan los agregadores de pago del modelo de Agente de Recolección Local en la República Dominicana, tales como **DEMERGE**

²⁹ Carbajo, Fernando; Curto, María Mercedes; García-Chamón, Enrique; Martín, Pilar; Ordoñez, David y Pérez, Jacinto; *“Manual práctico de derecho de la competencia”*, Tirant Lo Blanch Manuales, Valencia, 2017. p. 334



REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.; (ii) abstenerse de implementar o ejecutar cualquier tipo de iniciativa, comunicación, reclamación, programa, política, práctica o amenaza contra las empresas que ejercen la actividad de adquirencia en el país para evitar que sigan contratando con agregadores de pago transfronterizos o agentes que ofrecen el modelo de Agente de Recolección Local (LCA), tales como **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.** y; (iii) abstenerse de implementar o ejecutar cualquier tipo de iniciativa, comunicación, reclamación, programa, política, práctica o amenaza, a través de **SERVICIOS DIGITALES POPULAR S.A. (AZUL)** o de cualquier otra empresa de adquirencia en el país, tendente a desafiliar bienes y servicios o bloquear transacciones realizadas en establecimientos comerciales extranjeros con tarjetas bancarias no presentes, a través de agregadores de pago transfronterizos como **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.;** (iv) continuar proveyendo a **SERVICIOS DIGITALES POPULAR S.A. (AZUL)** o cualquier otra empresa de adquirencia del país y a **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.**, a través de ellas, los servicios necesarios para que pueda seguir prestando el servicio de subadquirencia a comercios ubicados en localidades extranjeras.

SEGUNDO: DECLARAR que las medidas cautelares ordenadas por virtud de la presente resolución tendrán una vigencia de cuatro (4) meses calendarios, a partir de la notificación del presente acto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley General de Defensa de la Competencia, Núm. 42-08.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a las sociedades comerciales **VISA INTERNATIONAL DOMINICANA, S.A.** y **DEMERGE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A.S.;** y al Consejo Directivo de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PROCOMPETENCIA);** y de igual forma, **PUBLICAR** en el portal institucional.

Dada en la ciudad de Santo Domingo, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Fior D'Aliza Alduey Mercedes
Directora Ejecutiva

