

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEY 42-08 SOBRE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

MÓNIKA INFANTE*

FANNY SOLANO**

* Doctora en Derecho Summa Cum Laude de la Universidad Iberoamericana, República Dominicana, 1999. En 2000 obtuvo un LLM en la Universidad de Utrecht, Holanda, en Análisis Económico del Derecho. En 2003 obtuvo un LLM de la Universidad de Chicago enfocado al Derecho de la Competencia y de los mercados regulados. Participó en la “Academy of American and International Law” en Dallas, Texas en 2002 y es miembro del Antitrust Section del American Bar Association. Se desempeñó desde el año 2000 hasta el 2006 como abogada asociada de la firma Squire Sanders & Dempsey. En 2007 fundó Saxum Legal. Es profesora de Derecho de la Competencia y de Análisis Económico del Derecho y Análisis Económico del Comercio Internacional, tanto a nivel de licenciatura, como en la Maestría en Derecho de la Regulación Económica de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Recinto Santo Tomás de Aquino). Coordina la Maestría en Derecho de la Regulación Económica de la PUCMM. Funge como International Adjunct Professor of Law, Co-Director of the Latin American and Caribbean Law and Economics Institute del American Justice School of Law. Preside la Asociación Dominicana de Promoción y Protección de la Libre Competencia desde el 2004 y es la Directora Ejecutiva del Instituto Dominicano de Law & Economics (IDLE). minfante@saxumlegal.com

** Licenciada en Derecho *Magna Cum Laude* de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). En el 2006 obtuvo un Master en Derecho, Economía y Políticas Públicas, del Instituto Universitario Ortega & Gasset - Universidad Complutense de Madrid. En el 2007 obtuvo el título de Experto en Derecho de la Competencia Comunitario y Español del Instituto de Estudios Bursátiles (IEB). En el 2008 obtuvo el Master en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (Diploma de Estudios Avanzados) y actualmente es candidata a Doctora de la misma universidad. fsolano@saxumlegal.com

RESUMEN

Tras la reciente entrada en vigor de la nueva Ley 42-08, sobre Defensa de la Competencia de la República Dominicana, y la culminación de un proceso de discusión iniciado hace más de una década, resulta de especial relevancia analizar económicamente esta nueva normativa tanto desde el enfoque sustantivo como institucional y procesal. Este trabajo analiza de manera exhaustiva la nueva ley, haciendo un estudio de los artículos que se consideran relevantes a efectos económicos, tomando como marco regulatorio de referencia tanto la normativa *antitrust* de los Estados Unidos como el conjunto de disposiciones en materia de competencia de la Unión Europea.

Palabras clave: Derecho de la competencia, política de defensa de la competencia

***ECONOMICAL ANALYSIS OF DOMINICAN
REPUBLIC'S COMPETITION DEFENSE LAW 42-08***

ABSTRACT

After the recent enactment of General Defense Competition Law No. 42-08, of the Dominican Republic and the culmination of a discussion process of more than a decade, it is of special relevance to perform an economic analysis of this new law, from a substantive, institutional and procedural approach. In this paper, the authors perform a comprehensive economic analysis of the new legislation, reviewing each individual section of the piece, and using as reference for the analysis the regulatory framework of the United States of America Antitrust Law and the European Union Competition Law provisions.

Key words: *Antitrust Law, Antitrust Issues and Policies.*
JEL Classifications: *K21 & L4*

I. INTRODUCCIÓN

Después de más de una década de discusiones en torno a la aprobación del proyecto de ley de defensa de la competencia, de avances y retrocesos, de capítulos borrados y reescritos¹, la República Dominicana aprobó la Ley 42-08 sobre la Defensa de la Competencia (la “LDC”)², dejando de ser de los pocos países de América Latina que carecen de una norma en este sentido.

No obstante, y con independencia de los años de discusión que han llevado los distintos proyectos, la aprobación de esta ley no ha sido el resultado de la madurez del mercado ni del entendimiento por los agentes económicos de la necesidad de salvaguardar la libre competencia en el mismo. Esta ley es producto de la realidad económica que engloba a la República Dominicana y de la política internacional que ha constreñido a las autoridades a adoptar una ley de competencia con el fin de permitir que determinados acuerdos de integración económica generen los beneficios esperados para los distintos países involucrados.

Ello se refleja en el preámbulo de la ley que, aunque parte de que en la Constitución de la República Dominicana se consagra la economía de mercado como sistema económico asentado en la libre empresa³,

-
- 1 El último Proyecto de Ley fue presentado con la ayuda de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), siendo redactado por Ignacio De León. Este proyecto fue consensuado y levemente modificado por los distintos sectores de la sociedad dominicana y reintroducido nuevamente ante el Congreso Nacional. Véase propuesta original, DE LEÓN, IGNACIO. “Desarrollo Institucional de una Política de Competencia en República Dominicana”. Chemonics International, Inc. (mayo, 2004). Disponible en <http://www.usaid.gov/dr>
 - 2 Ley 42-08 sobre la Defensa de la Competencia, publicada en la Gaceta Oficial No. 10458, del 25 de enero de 2008. Disponible en: http://www.suprema.gov.do/pdf/leyes/2008/Ley_No_42-08.pdf
 - 3 Estableciendo en su Artículo 8, inciso 12, la libertad de empresas, comercio e industria, y que sólo se podrán establecer monopolios en provecho del Estado o de instituciones estatales. *Constitución de la República Dominicana*, promulgada el 14 de agosto de 1994, disponible en la página de la Suprema Corte de Justicia, <http://www.suprema.gov.do/>

dejan latente el hecho de que su aprobación se ha debido a la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Centroamérica (DR-CAFTA)⁴, que ha exigido al Estado dominicano contar con un instrumento jurídico que respalde debidamente sus relaciones comerciales internacionales y los intereses de los sectores productivos de la República Dominicana, en un ambiente de libre y leal competencia.

Esto no es más que el resultado de la internacionalización del derecho de la competencia⁵, por estar éste directamente relacionado con el comercio, dado el incremento en los flujos comerciales a lo largo de las dos últimas décadas, así como las políticas de liberalización mediante la reducción de los obstáculos gubernamentales al comercio que han generado un interés particular en las políticas de competencia en la medida en que las ganancias derivadas de acuerdos comerciales podían

-
- 4 Acuerdo firmado el 5 de agosto de 2004. En vigor en la República Dominicana desde el 1 de marzo de 2007. Véase Acuerdo íntegro en la página de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/Section_Index.html
 - 5 En efecto, en la República Dominicana la introducción de política de competencia se inicia como consecuencia de los distintos acuerdos internacionales suscritos: (i) En el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) la firma del Acuerdo General de Comercio y Aranceles —conocido por sus siglas en inglés “GATT” — adherido en 1950 y sus anexos que incluyen el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo sobre Aspectos Comerciales de Propiedad Intelectual (ADPIC-TRIPS); (ii) el Acuerdo de Cotonou, firmado en junio de 2000 sustituye los acuerdos de Lome I al IV, que tuvieron una duración de 15 años, véase página Web de la Secretaría de los Estados de África, Caribe y Pacífico: <http://www.acpsec.org/>; (iii) el Tratado de Libre Comercio con el Mercado Común Centroamericano, ratificado en marzo de 2000, Véase página Web de la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) <http://www.sieca.org.gt/>; (iv) Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y los países que conforman el Mercado Común del Caribe (CARICOM), Firmado en agosto de 1998, ratificado en enero de 2000 y en vigor en diciembre de 2001; Véase página Web <http://www.caricom.org/>; (v) el Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA),⁵ Información adicional sobre el proceso de integración y el proyecto del mismo en el sitio Web del ALCA: <http://www.ftaa-alca.org>.

verse restringidas por prácticas anticompetitivas tanto de los Estados como de los particulares⁶.

Con independencia de las razones por las cuales esta ley ha sido aprobada, en la misma se hace un esfuerzo de adaptación a las particularidades de la República Dominicana no trasplantado del todo las soluciones establecidas en otros países. Sin embargo, debe hacerse la salvedad de que es muy difícil establecer una política de competencia adecuada a un país determinado sin tomar en cuenta los principios básicos de legislaciones ya existentes. Por ello la ley tiene como base los principios rectores del derecho de la competencia tanto de la Unión Europea como de los Estados Unidos, que son particularmente notables en todo el articulado de la ley.

Las disposiciones generales de la ley (objeto, ámbito, definiciones), así como el apartado relativo a los acuerdos, decisiones y prácticas contrarios a la competencia y del abuso de posición dominante, son aspectos que se encuentran prácticamente extraídos, con determinados matices, de la legislación de competencia de la Unión Europea y de países de Latinoamérica. Mientras que por otro lado, los procedimientos que se describen para determinar la ilicitud de estas conductas utilizan como base los lineamientos de los Estados Unidos. La ley no prevé la consideración de conductas anticompetitivas “*per se*”, siendo de aplicación a todas las prácticas prohibidas lo que se conoce como la “*regla de la razón*”⁷.

6 Véase WILLIAMS, MARK D.; RODRÍGUEZ, A.E. Antitrust and Liberalization in Developing Countries. *The International Trade Journal*, IX (4). (1995), págs. 495-518. WILLIAMS, MARK D.; RODRÍGUEZ, A.E. The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, (19), (1994), págs. 223-227 y las críticas de CONRATH, CRAIG; FREEMAN, BARRY. A Response to The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries (1996), *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, (19), (1994), pág. 233; (Los autores concluyen que la apertura comercial no genera más competencia en la medida en que las empresas busquen la forma de impedir que ello les afecte, bien mediante la cartelización o la búsqueda de rentas - *rent seeking*).

7 “*Per se*”, es cuando, demostrados los extremos que hacen a determinada conducta de las partes sujetas a investigación, (...) no es necesario efectuar análisis adicional alguno sobre los motivos de tal conducta, sus causas o efectos, a fin de determinar

El objeto de este trabajo es identificar y analizar, mediante la utilización del análisis económico, las principales cuestiones que plantea la ley. A tal efecto el estudio de la ley estará desarrollado sobre cada uno de los artículos que se consideran relevantes a efectos económicos. Se analizará el alcance de los mismos en el mercado dominicano destacando aspectos de la tramitación parlamentaria que pueden servir para una mejor comprensión del resultado final. Se harán referencias directas a otras leyes por estar esta ley inspirada en las mismas y por no existir hasta el momento ninguna aplicación de la ley por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”).

II. DISPOSICIONES GENERALES

I. EL OBJETO DE LA LEY

El objeto de la ley viene desarrollado en su artículo 1. En el mismo se establece que la 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 a favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional”*.

En el objeto de la ley se puede observar cómo confluyen aspectos económicos (competencia efectiva y eficiencia económica) y un aspecto social (beneficio a los consumidores). El concepto de competencia efectiva viene desarrollado en la propia ley y se define como la participación competitiva entre agentes económicos en un mercado, a

su ilicitud. Los actos evaluados a la luz de la *“regla de la razón”*, consisten en aquellos que una vez probados determinados extremos relativamente amplios que hacen el encuadramiento de la conducta analizada bajo dicha regla, la determinación de la ilicitud de tal conducta queda sujeta a la discreción judicial, en cuando ésta debe apreciar su razonabilidad, sus propósitos y sus efectos amplios sobre la competencia y el desenvolvimiento del comercio. Véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*: Editorial Heliasca, Argentina 1983, págs. 79-80.

fin de servir una proporción determinada del mismo, mediante el mejoramiento de la oferta en calidad y precio en beneficio del consumidor.

Sin embargo, el concepto de competencia efectiva va mucho más lejos de la definición planteada en la ley. Se entiende que hay competencia efectiva cuando existen las condiciones para que dos o más agentes económicos actúen de manera independiente en la fijación de sus precios, la determinación de sus márgenes de producción y en la planeación de sus costes. La competencia efectiva no sólo hace referencia a la ausencia de un agente económico con un poder de mercado lo suficientemente elevado para fijar precios unilateralmente, sino también a las restricciones que limitan el comportamiento de los agentes económicos frente a la posibilidad de que nuevos competidores ingresen al mercado.

El grado de competencia efectiva existente en un mercado o industria está determinado en función del número de empresas participantes, del nivel de participación en el mercado de cada una, de la capacidad instalada y de que existan condiciones para que otros participantes puedan entrar. En un contexto de competencia efectiva, la demanda por parte de los consumidores debe estar en equilibrio con la oferta⁸.

Es por ello que el objetivo de la ley no es más que permitir y mantener las condiciones necesarias para que se produzca una utilización óptima de los recursos existentes en la sociedad para satisfacer las demandas de los consumidores a un precio competitivo, asegurando que las empresas produzcan al menor costo posible⁹. La ley sitúa al consumidor como beneficiario directo o indirecto de la competencia y por tanto de la eficiencia económica.

8 RABOY, DAVID G. SCHNEEBAUM, STEVEN M. "Effective competition and the harmonized tariff system". *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 1993, 27 (1), pág. 69.

9 HERNÁNDEZ, RENÉ; SCHATAN, CLAUDIA. Políticas de Competencia y de Regulación en el Istmo Centroamericano./En/ *Condiciones y Políticas de Competencia: Economías Pequeñas de Centroamérica y el Caribe*, editado por Claudia Schatan y Marcos Avalos. CEPAL y Fondo de Cultura Económica. (2006), págs. 65-151.

Con este enfoque, la ley tratará de impedir que determinados grupos con poder de mercado reduzcan la producción, aumentando el precio del producto y como consecuencia transfiriéndose mayores rentas y disminuyendo la riqueza del consumidor¹⁰. No obstante, se logrará beneficiar al consumidor a través de las actuaciones de la CNDC, y del establecimiento sobre todo de una coordinación efectiva con el órgano de protección a los consumidores¹¹, que permita que los efectos de ambas leyes se traduzcan en beneficio del consumidor.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El **artículo 3** de la ley establece el alcance general de aplicación de la misma. En el ámbito subjetivo incluye a todos los agentes económicos, personas físicas y jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras que realicen actividades económicas en el territorio nacional. Asimismo, establece el ámbito material de la ley al disponer que las conductas a las que le será de aplicación son “*los acuerdos, actos o conductas, incluidas las derivadas de una posición de dominante, (...) y los actos, contratos y **disposiciones administrativas** que tengan por efecto restringir la competencia*”. Dentro del ámbito territorial incluye aquellas conductas “*que se originan fuera del territorio de la República Dominicana, siempre y cuando produzcan efectos restrictivos a la competencia en el territorio nacional*”.

En lo referente a los actos, contratos y disposiciones administrativas que tengan por efecto restringir la competencia, el **artículo 14** de la ley, en el Capítulo de la Promoción de la Cultura de la Competencia, establece que “*sin menoscabo de las facultades otorgadas a otras*

10 Véase ARISTY, JAIME. “Competencia, Eficiencia y Bienestar: La Tradición de Chicago”. En *Seminario Libre Empresa, Monopolios y Derechos del Consumidor*, Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (Febrero, 1999).

11 Ley General de Protección del Consumidor o Usuario, promulgada el 19 de septiembre de 2005. Disponible en http://www.suprema.gov.do/pdf/leyes/2005/ley_358-05.pdf

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”.

Del artículo se desprende que la autoridad de competencia sólo se limitará a establecer una recomendación o sugerencia a los actos jurídicos estatales contrarios a la competencia. Ello excluye la posibilidad de que la CNDC pueda impugnar ante la jurisdicción competente aquellos actos o normas que ocasionen restricciones sustanciales a la competencia. No obstante, el artículo no establece que las conductas que se deriven de la aplicación de una ley, reglamento, ordenanza o norma serán exceptuadas de la aplicación de la LDC¹².

Ello plantea un problema de aplicación de la ley, al no dejar de forma expresa la existencia de excepciones, deja abierta la posibilidad de que determinados agentes económicos puedan ser sancionados por realizar una conducta concreta que, en principio, es contraria a la competencia, pero que se encuentra dispuesta en una ley de obligado cumplimiento.

Este hecho genera dos casuísticas distintas. Por un lado, cuando son las autoridades las que imponen determinado comportamiento a los agentes económicos, fijando las condiciones de competencia u obligando a las empresas a adoptar una determinada práctica colusoria, y por otro lado, cuando las autoridades incitan a determinados agentes económicos a concluir acuerdos contrarios a la competencia, que posteriormente ésta valida.

12 Véase artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, España que establece dentro de las conductas exentas aquellas que se deriven de la aplicación de una ley. No así de otras potestades administrativas sin amparo legal.

Entendemos que las conductas que se derivan de la aplicación de una ley no serán en ningún caso objeto de sanción por la LDC, por entenderse que la conducta ha sido una voluntad explícita del legislador y en todo caso, nadie debería ser sancionado por haber actuado en cumplimiento de ley. No obstante, esta excepción puede estar limitada en los casos en que la norma permita más de un comportamiento posible, y el agente económico escoge el que resulta contrario a los dictados por la LDC¹³.

En todo caso la aplicación en la práctica de una posible dispensa legal a favor de los agentes económicos, debería suponer una inversión de la carga de la prueba haciendo recaer la misma sobre los agentes económicos y no sobre la autoridad de competencia. A la CNDC le resultará más costoso demostrar que la actuación y sus efectos han sido al amparo legal, mientras que a los agentes económicos les será menos costoso y sobre todo favorable presentar las pruebas para demostrar que su conducta ha estado amparada en la ley.

En el ámbito subjetivo de aplicación de la ley se hace mención a que la misma será aplicable a las empresas públicas, sin embargo, no se hace referencia en el ámbito material a las **ayudas estatales**. Las mismas han sido abordadas por la ley en el **artículo 15**, en el capítulo de la promoción de cultura de la competencia, en el cual se establece 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. 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

13 Véase ODRIÓZOLA, MIGUEL (dir.) IRISSARRY, BELÉN (coord.). *Derecho Español de la Competencia: Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*. España: Bosch, 2008. Tomo. 1, págs. 220-228.

subsidios, así como la adopción de las demás medidas contundentes al restablecimiento de la competencia”.

Las ayudas estatales no figuran en el ámbito de aplicación de la ley por no existir un régimen de prohibición de las mismas, ni un mecanismo de control previo. El artículo 15 de la ley sólo dota a la CNDC de poderes para emitir informes de recomendación en relación con la concesión de ayudas estatales. Lo anterior se traduce, en que el procedimiento seguido por la CNDC sólo será de utilidad a los competidores afectados en la medida en que evalúa la incidencia de las ayudas en la competencia. En el caso de competidores nacionales éstos deberán buscar otros procedimientos de actuación y en el caso de competidores internacionales, acudirán a los procedimientos *ad hoc* creados a estos fines en los tratados internacionales.

Finalmente, debemos destacar que la ley excluye expresamente en el ámbito de aplicación los convenios colectivos de trabajo, por encontrarse éstos estrictamente regulados en el Código de Trabajo de la República Dominicana. La ley no hace mención alguna al **control de concentraciones** y además omite hacer referencia a las razones.

La razón de exclusión del control de concentraciones se debe a que, aunque la concentración económica del mercado de la República Dominicana es elevada¹⁴, la posible regulación de la misma mediante la implementación de un control de concentraciones constituyó la negativa más férrea al establecimiento de una ley de competencia. Los sectores empresariales entendían incongruente regular las fusiones en una economía como la dominicana.

14 Por los altos costos de entrada, políticas débiles contra las prácticas restrictivas a la competencia, así como políticas estatales que han privilegiado a empresas y sectores, creando un ambiente en donde las expectativas de los negocios se sostiene en las relaciones personales y familiares, y no en la estabilidad que ofrece el Estado a los contratos. Véase DE LEÓN, IGNACIO. “Desarrollo Institucional de una Política de Competencia en República Dominicana”, pág. 8; MITTON, Todd. Institutions and Concentration. *Social Science Research Network (SSRN)*, febrero, 2006, pág. 9. (*High entry costs are imposed specifically to protect firms connected with political elite*).

Las razones del rechazo de la clase empresarial a un control de concentraciones pueden considerarse justificadas debido a que las economías pequeñas tienen condiciones de competencia (maximización de bienestar) diferentes de aquellas de países grandes, porque soportan un número limitado de empresas en la mayoría de sus actividades económicas. En efecto, el tamaño del mercado dominicano puede hacer imposible la existencia de numerosos competidores, y ello se refleja en una mayor concentración comercial y exposición a prácticas anticompetitivas. Las economías de escala y las altas barreras de entrada pueden llevar a que la estructura empresarial se concentre en pocos proveedores de productos o servicios, ya que en caso contrario la producción no alcanzaría los niveles óptimos¹⁵.

En otros países este elevado grado de concentración supondría la necesidad urgente de contar con un control de concentraciones, pero este no es el caso de la República Dominicana debido a que su elevada concentración empresarial por las características propias de una economía pequeña resulta necesaria en muchos sectores a los fines de lograr el crecimiento económico de los mismos y, por ende, una ley de competencia que proclame como propósito eliminar y evitar la misma no tendría sentido.

En efecto, la no inclusión de un control de concentraciones en la ley de competencia, optándose por una norma que evite las consecuencias perjudiciales para la libre competencia derivadas de conductas abusivas en mercados concentrados, ha sido una decisión acertada. Ello teniendo en consideración que la concentración en sí no es un mal intolerable,

15 GAL, MICHAL. Size Does Matter: Effects of Market Size on Competition Policy, *Southern California Law Review*, 74 (2001) págs. 1441-1449; DE LEÓN, IGNACIO. A market process analysis of Latin American Competition Policy. *Working Paper Universidad Católica Andrés Bello*, (agosto, 2000), págs. 5-7; DE LEÓN, IGNACIO. The Role of Competition Policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America. *Boletín Latinoamericano de Competencia* 11 (Diciembre 2000) pág. 60; Disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/others/>

que deba ser combatido a través de la ley de defensa de la competencia¹⁶.

III. DE LOS ACUERDOS, DECISIONES Y PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA Y DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El **artículo 5** de la ley contiene el régimen aplicable a los acuerdos entre empresas susceptibles de restringir la competencia en el territorio de la República Dominicana. El artículo plantea una prohibición genérica de las prácticas colusorias y una enumeración de ejemplificaciones de conductas casi idénticas a las dispuestas en el artículo 81 del Tratado de Roma y en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia Española.

En concreto, el artículo 5 establece que *“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”*.

A continuación enumera de manera ejemplificativa acuerdos prohibidos, que en modo alguno pueden considerarse como constitutivas de un *numerus clausus*. Ello se infiere del propio artículo cuando al inicio de la enumeración se refiere a las conductas con la siguiente expresión *“se incluyen dentro de las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos las siguientes conductas”*, lo que supone que cualquier acuerdo entre agentes competidores que reúna los requisitos generales será objeto de análisis por la CNDC.

Puede observarse que el artículo 5 cubre un amplio espectro de acuerdos. Sin embargo, al referirse a acuerdos en el sentido de *“todo intercambio de voluntad expresado a través de un contrato o*

16 MARCOS, FRANCISCO. ¿Una Política de Competencia para la República de Ecuador? *Boletín Latinoamericano de Competencia* No. 21, (febrero, 2006), pág. 31. Disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/others/>

convenio, sea expreso o tácito, escrito u oral, susceptible de alinear el comportamiento competitivo de agentes económicos competidores”, limita el ámbito de aplicación del artículo sólo a acuerdos horizontales (aquellos celebrados entre operadores competidores, es decir, entre empresas que operan en el mismo nivel o en los mismos niveles de mercado). Lo que supone la exclusión de manera tácita de los acuerdos verticales (aquellos celebrados entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción, por ejemplo acuerdos entre fabricante y distribuidor).

Al excluir la ley los acuerdos verticales, se entiende que la misma no se refiere a acuerdos colusorios en sentido estricto, sino más bien a acuerdos colusorios horizontales y en todo caso a prácticas concertadas. En consecuencia, se entenderá que los acuerdos verticales pueden ser abarcados dentro del artículo 6 sobre abuso de posición dominante atendiendo a que estas prácticas suelen darse dentro de este tipo de supuestos.

Por otra parte, el artículo 5 establece que para que los acuerdos sean prohibidos tienen que tener por objeto o producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado. Ello supone que serán prohibidos los acuerdos cuyos términos muestren la finalidad de imponer barreras en el comercio y aquellos que produzcan o tengan por efecto una lesión a la competencia aunque no haya sido ese el propósito del acuerdo. No obstante, no se requiere demostrar los efectos reales o previsibles de la conducta para su prohibición¹⁷.

El **artículo 6** de la ley prohíbe la **explotación abusiva de una posición dominante** (la posesión de la posición dominante no está prohibida en sí misma tal y como se dispone en el **artículo 4** de la ley) y establece una relación de prácticas o acuerdos que coinciden en lo esencial con el artículo 82 del Tratado de Roma y el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia Española.

17 Véase ODRIÓZOLA, MIGUEL (dir.) IRISSARRY, BELÉN (coord.). Derecho Español de la Competencia: Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002. España: Bosch, 2008. Tomo. 1, pág. 21.

Concluidas las referencias a las conductas prohibidas, la ley continúa en el **artículo 7** estableciendo **las condiciones que deben darse para calificar a una conducta como anticompetitiva**. Se establece que las conductas enumeradas en el artículo 5 de la ley serán prohibidas, siempre que sean ejecutadas o planificadas entre competidores que actúan concertadamente, salvo que ellas sean accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación o la inversión productiva.

Se puede observar como en este artículo la ley incluye una excepción que se puede asemejar a la establecida en el artículo 81 (3) del Tratado de Roma. Ello a su vez puede ser visto como la utilización de la “*regla de la razón*” para evaluar las conductas, al permitir la justificación de la existencia de determinados acuerdos cuando existan razones de eficiencia.

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

En este caso, la ley está permitiendo el uso de la “*regla de la razón*” en casos de abuso de posición de dominio, algo que siempre ha sido visto en los Estados Unidos, pero que recientemente está cambiando en la Unión Europea. Es como si la ley se adelantase o tomando en cuenta las decisiones de la Unión Europea contemplase algunas de las disposiciones de la Comisión Europea sobre abusos de exclusión¹⁸.

En razón de lo anterior, la ley dispone que corresponderá a quien persigue una sanción demostrar el efecto anticompetitivo de la conducta, mientras al agente económico investigado le corresponde demostrar

18 Véase COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión C (2009) 864 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”. Febrero 2009. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_es.pdf

posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia económica. Asimismo, la parte actuante deberá presentar indicios que demuestren la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado. Con esta consideración se introduce el concepto económico de poder de mercado, el cual ya ha sido concebido respectivamente en la legislación estadounidense y en la Unión Europea. Concepto que es el elemento constitutivo clave de los ilícitos en los dos ordenamientos, y del entendimiento y correcta aplicación de este concepto económico —mediante el uso del análisis económico riguroso y formal— ha dependido la correcta aplicación de las legislaciones de competencia a los agentes objeto de la misma¹⁹.

De la redacción del artículo 7, resulta claro que el análisis de las restricciones verticales se efectuará dentro del alcance del artículo 5 (restricciones a la competencia) y el artículo 6 (abuso de posición de dominio) o dentro de cualquiera de ellos dependiendo del asunto en cuestión. Tal y como se ha establecido en la Unión Europea, en donde las restricciones verticales son analizadas bajo cualquier tipo de acuerdo. Es decir, las mismas se someten a las reglas de los acuerdos horizontales (artículo 81 del Tratado de Roma) y a su vez, se someten algunas disposiciones del artículo 82 del Tratado de Roma (por ejemplo: acuerdos de compra exclusiva). Así como también ocurre en los Estados Unidos en donde es posible la aplicación a un mismo caso tanto de la Sección 1 como la Sección 2 de la Ley Sherman.

Asimismo, resulta importante resaltar que tomando en cuenta los distintos estándares probatorios la ley permite usar la “*regla de la razón*” para ambos supuestos y no se establece ningún estándar de ilegalidad “*per se*”. Este aspecto resulta ser uno de los más cuestionables de la Ley, por la posibilidad de generar problemas en un país con una reciente ley de competencia en donde las legalidades e

19 Se deberá comprobar que aquéllos tienen una posición individual o colectiva dominante sobre el mercado relevante. Solamente mediante la aplicación correcta del análisis económico se puede perseguir, investigar y condenar los ilícitos contemplados en las legislaciones de competencia de manera que la aplicación de las mismas resulten en un incremento o protección efectiva del bienestar de los consumidores.

ilegalidades no están muy claras, donde no existe un sistema institucional fuerte y donde se duda de la capacidad técnica para tratar asuntos de competencia tanto de quienes conformen la CNDC, como de los jueces. En efecto, sería conveniente que existieran algunas restricciones a la competencia consideradas “*per se*” anticompetitivas. La experiencia en Estados Unidos y en la Unión Europea demuestra que prácticas como la fijación de precios son tan perniciosas al proceso competitivo que no ameritan examen de la razón alguno.

Ciertamente el que la regla general aplicable sea la “*regla de la razón*”, permite que la sanción esté sujeta a que se produzca una afectación (real o potencial) a la competencia y a que las autoridades necesariamente deban efectuar un análisis caso por caso. Esto conlleva una mayor inversión de recursos de las autoridades, y constituye una brecha para que se analicen conductas como la fijación de precios, con la agravante de que la CNDC podría ser vulnerable a la presión de grupos de interés y resultar en un órgano inoperante y permisivo.

El incluir la ilegalidad “*per se*” para las prácticas que no ameritan justificación de eficiencia alguna, hubiera compelido a la CNDC a sancionar dichas prácticas, haciendo la ley efectiva en cierta medida, y limitando la capacidad de captura y permisividad de la Comisión al realizar un análisis casuístico de dichas conductas.

IV. DEL MERCADO RELEVANTE Y DE LA DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE

La determinación de la posición dominante exige la delimitación previa del mercado relevante en que se ostenta tal posición, tanto desde el punto de vista de producto como desde el punto de vista geográfico. La delimitación del mercado de producto y geográfico es una labor necesaria en todo análisis de competencia, puesto que permite determinar las tensiones competitivas a las que las empresas que en él actúan están sometidas, y, en consecuencia, identificar y sancionar las conductas contrarias de la competencia.

En efecto, la ley primero define y describe los elementos a considerar para determinar el mercado relevante y posteriormente los elementos a considerar para determinar si existe posición dominante.

La ley define el mercado relevante como “*el ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que se abarque todos los bienes o servicios susceptibles, 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 precios*”.

El **artículo 8** establece los elementos a considerar para determinar el mercado relevante: (i) identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar; (ii) identificación del área geográfica correspondiente; (iii) 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; (iv) 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; (v) 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 sustituibles, en principio, desde el punto de vista de la demanda, pues no son similares a la oferta del bien a sustituir, pueden 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 servicios; y (vi) 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.

La determinación del mercado relevante influye decisivamente en la constatación posterior de la posición dominante y, en consecuencia, en la posible prohibición de una conducta que se considere abusiva. Así cuando más amplia sea tal definición (cuantos más productos o servicios se consideren intercambiables o sustituibles entre sí), menor será la probabilidad de que una empresa ostente una posición de dominio en el mismo. El mercado relevante constituye el marco dentro del cual se examina una cuestión de competencia (la existencia de una posición dominante o una práctica restrictiva de la competencia). Su delimitación se realiza a partir de la delimitación, en cada caso, del correspondiente mercado de producto y del mercado geográfico²⁰.

La definición del **mercado de producto** lo que intenta es determinar todos los productos sustitutos disponibles a los compradores del producto del vendedor en cuestión. El proceso implica cuestionar si el producto del demandado compite con otros productos y si estos productos limitan su capacidad de elevar el precio de su producto. Todo parece indicar entonces que si la definición es muy estrecha pueden quedar fuera sustitutos reales del producto del demandado y se sobreestimaría su capacidad de afectar el precio y cantidad. Por el contrario, si la definición peca de ser muy amplia entonces se subestimaría su participación en el mercado, y por ende, su poder de mercado²¹.

20 En *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447 (1993), la Suprema Corte sostuvo que la Sección 2 siempre requiere pruebas de mercado relevante y de la existencia de poder en ese mercado. El mercado relevante normalmente tiene dos dimensiones el mercado producto y el mercado geográfico.

21 *United States vs. E.I. du Pont de Nemours & Co.* 351 U.S. 377, 391 (1956) es el caso que delineó las dimensiones del análisis de mercado-producto y creó el examen de la intercambiabilidad razonable el cual según la corte, consta de tres elementos: “*el mercado-producto está compuesto de productos que tienen intercambiabilidad razonable por los propósitos que han llevado a su producción –considerando precio, uso y calidad*”. Más adelante en *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*, 575 F.2d 1056, 1063 (3d Cir.) cert.denied, 439 U.S. 838 (1978), una corte estableció que la definición del mercado debe revisar todas las fuentes de oferta relevantes, sean tanto rivales actuales o potenciales entrantes del mercado”.

El **mercado geográfico** es relativamente más fácil de determinar. En efecto, si los productos son vendidos en todo el país y los costos de transporte son insignificantes, las cortes definen constantemente el país como mercado geográfico. Sin embargo, en caso de que la firma y sus rivales vendan sus productos en un área geográfica limitada y los consumidores no gocen de acceso inmediato a una fuente externa de producción del producto, lo que se define como mercado geográfico es el área particular en que se desenvuelven los vendedores. Indicadores importantes para definir el mercado geográfico son las correlaciones entre los precios y sus movimientos. Por ejemplo, una variación considerable en el precio de bienes sustitutos y cambios no correlacionados de precios puede ser un indicador de que existe más de un mercado geográfico. Otro indicador importante para definir el mercado producto son las barreras al transporte de los productos.

En resumen, un mercado relevante geográfico es aquella área de la nación donde la firma puede incrementar el precio de su producto sin atraer nuevos vendedores y sin perder muchos consumidores que se trasladan a suplidores alternativos en esa área. Al igual que en caso del mercado relevante del producto, es posible sobreestimar o subestimar este mercado si se observan datos simples como las ventas actuales²².

La correcta delimitación del mercado de producto y geográfico resulta crucial para apreciar la existencia de una posición dominante y constatar la existencia de una conducta abusiva, tal como se establece en el **artículo 9** de la ley. El artículo dispone que para determinar si una empresa o un conjunto de ellas tienen **posición dominante en el**

22 En efecto, si el mercado no está monopolizado, los datos de las ventas actuales no revelarán la existencia de potenciales suplidores cuya presencia mantienen el precio del mercado en niveles competitivos, ya que se trasladarían al área geográfica en caso de que el precio en esa área se incrementara. Casos como *United States v. Grinnel Corp. (1966)* reflejan el consenso de que en los casos en que la producción fuera del área geográfica puede ser trasladada a esa área en el caso de un incremento sustancial de precio, dicha producción foránea deberá ser incluida en el cálculo de la participación del mercado de los productores locales. Las cortes han descrito además el mercado geográfico como el “área de competencia efectiva ... donde los compradores pueden acceder a fuentes alternativas de producción.” *Morgan, Strand, Wheeler & Biggs v. Radiology Ltd., 924, D.2d 1484, 1490 (9th Cir.1991)*.

mercado relevante la CNDC deberá considerar los siguientes elementos: (i) la existencia de barreras a la entrada al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras; (ii) 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; (iii) la participación de mercado en términos porcentuales (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado; (iv) las posibilidades de acceso de los demás participantes del mercado a fuentes de insumos; y, (v) la relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes.

V. DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el **artículo 16** se establece la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, como organismo descentralizado del Estado con personalidad jurídica, con plena independencia administrativa, técnica y financiera, aunque vinculado orgánicamente a la Secretaría de Estado de Industria y Comercio.

Al respecto cabe destacar que uno de los aspectos más importante a los fines de que una ley de competencia sea eficiente, lo es la efectividad en la aplicación de la ley por parte de la agencia de competencia. Se requerirá un organismo técnico especializado e independiente del poder político, capaz de investigar, sancionar y restringir las posibles prácticas anticompetitivas, es decir, deberá ser una entidad estatal autónoma y técnica, que no fuerce o determine resultados específicos, sino que deje ello a los agentes económicos, teniendo capacidad real de resistir no sólo la presión política, sino la presión de los grupos económicos, y que confíe en el desarrollo de la institucionalidad como su función principal, no dejándose capturar por la coyuntura del momento²³.

23 BULLARD-GONZÁLEZ, ALFREDO. *Derecho y Economía El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición, Palestra Editores, Lima 2006, págs. 637-663.

No obstante, se puede decir que el modelo elegido para la República Dominicana no parece ser todo lo independiente que se requiere en la medida en que la CNDC depende jerárquicamente de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio (la “SEIC”), la cual depende directamente del Poder Ejecutivo. La SEIC no está ajena, por el contrario, responde directamente a las directrices del Presidente de la República.

Ello pudo evitarse convirtiendo a la CNDC en un organismo descentralizado del Estado, lo que en cierta medida disminuiría la posibilidad de que fuese capturado por los intereses del Poder Ejecutivo, sobre todo tomando en cuenta que otros órganos sectoriales no se encuentran adscritos a ninguna Secretaría de Estado²⁴.

En el **artículo 20** se aborda el procedimiento a seguir en las relaciones de la CNDC con otros entes reguladores del mercado. Se establece que *“los actos administrativos destinados a dictar reglamentos o a resolver procesos administrativos sancionadores planteados ante otros entes reguladores del mercado diferentes a la Comisión, siempre que estén relacionados con el objeto de esta ley, deberán ser enviados a la Comisión para su examen junto con la documentación que las respalda”*.

Al respecto el Consejo Directivo de la CNDC responderá con una **opinión motivada de carácter público y no vinculante** en la que podrá incluir recomendaciones específicas al ente regulador actuante.

Asimismo, la ley establece que tanto la CNDC como el ente regulador actuante, deberán aplicar de manera principal, el **derecho de la competencia establecido en la normativa especial** que rige al ente regulador actuante; y con carácter supletorio, en el caso de que la primera resulte silente, oscura o ambigua, se aplicará la normativa prevista en la presente legislación general.

Este artículo ha dejado bien establecidas las funciones de la CNDC para no crear confusiones respecto de su competencia y la de los

24 Tal es el caso del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) entidad con carácter estatal descentralizado; Superintendencia de Valores; Superintendencia de Seguros.

reguladores sectoriales. La ley al referirse al carácter supletorio de la misma, deja claramente establecido que los órganos sectoriales son organismos técnicos especializados en las materias que regulan.

Es importante destacar lo anterior, pues en el Proyecto de ley se establecía la supremacía de la CNDC sobre los órganos sectoriales en materia de competencia, sin establecer el procedimiento a seguir, ni en cuáles casos algunas prácticas serían reguladas por la Comisión de Competencia y en cuales por los órganos sectoriales. El haberse aprobado de esa forma hubiese supuesto un conflicto de competencia entre los distintos órganos y hubiese alterado las competencias establecidas en las leyes sectoriales.

El carácter supletorio de la LDC, el que las opiniones de la CNDC no tengan carácter vinculante y el que ésta no sea el órgano supremo en materia de competencia puede generar tanto efectos negativos como positivos. Por un lado, el que los informes de la CNDC no tengan carácter vinculante supone que se puedan tomar decisiones respecto de prácticas similares en sectores distintos que resulten ser contradictorias entre sí; y por el otro, se deja al órgano especializado decidir sobre los aspectos de competencia en su mercado lo que permitirá posiblemente decisiones más acertadas dado el conocimiento con el que cuenta el regulador de dicho mercado.

Sin embargo, en cuanto a las competencias de la CNDC y los órganos sectoriales, algunos autores entienden que son completamente distintas y por tanto consideran que la CNDC debe ser el órgano superior en materia de competencia. Entienden que los órganos sectoriales son organismos técnicos cuyo rol es establecer regulaciones previas a la actividad de las empresas, es decir, *ex ante*, mientras que la agencia de competencia, decidirá sobre hechos ya ocurridos, es decir, *ex post*. En ese sentido, plantean que las actuaciones de ambos órganos son distintas, pues el órgano sectorial actúa cuando no es posible que surja competencia, duplicando o simulando los resultados de un proceso competitivo que asume no existirá, mientras que el órgano de competencia actúa cuando la competencia es posible y sólo hay que preservar que el proceso competitivo se desarrolle con transparencia,

es decir, crea y mantiene las condiciones de competencia, no las sustituye²⁵.

El **artículo 21** de la ley establece cómo las actividades y operaciones de la CNDC serán financiadas. Dentro de los modos de financiación se incluyen (i) Derechos de tramitación de procedimientos; (ii) Recursos provenientes de la cooperación técnica internacional; (iii) Presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos; y, (iv) Recursos provenientes de las sanciones previstas en el artículo 59 de esta ley.

En lo que respecta a los recursos provenientes del presupuesto nacional, debemos establecer que ello supone un impacto en el presupuesto del Estado, que puede ser significativo o no en función de la cantidad que le sea asignada, y por tanto, el interés que se tenga en que los objetivos de la ley sean alcanzados.

La aplicación de la ley puede constituir un drenaje en las finanzas del Estado y por lo tanto supone costos y beneficios para la sociedad. El problema es que los recursos son escasos y aquellas inversiones que se destinan a la CNDC no pueden dedicarse a otras actividades prioritarias para el Estado. Todas las asignaciones del presupuesto a determinados ministerios tienen un coste de oportunidad, es decir, aquella alternativa que se sacrifica al escoger o decidir invertir en la que se considera la mejor opción.

En ese sentido, el Estado, buscando la eficiencia económica, calculará la rentabilidad social —beneficio menos coste— de las inversiones efectuadas con el fin de eliminar las prácticas restrictivas de la competencia y lo comparará con la de inversiones alternativas (coste de mejorar el sistema educativo y sanitario), permitiendo priorizar unas u otras.

Sin embargo, la ausencia de una cultura de competencia en la República Dominicana, la falta de educación y la ignorancia sobre los efectos de la correcta aplicación de la ley sobre el bienestar del consumidor, puede ser un factor que determine una limitada erogación de fondos por parte del Gobierno Central para la CNDC. Los efectos

25 BULLARD-GONZÁLEZ, ALFREDO. *Derecho y Economía El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición, Palestra Editores, Lima 2006, pág. 907.

de la aplicación de la ley se traducen en el beneficio de muchos de los que no están representados por los grupos de interés poderosos, y cuyos intereses económicos ciertamente pueden verse afectados por la nueva normativa. Es muy probable, tomando en consideración el criterio populista con el que se manejan las administraciones dominicanas, que la inversión en la CNDC sea tímida e insuficiente para garantizar la efectiva aplicación de la ley de competencia.

El **artículo 24** de la ley dispone que los miembros del Consejo Directivo y el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Competencia, por el periodo de un año luego de abandonar su cargo no podrán prestar ningún tipo de servicios a empresas que hayan sido objeto de investigación. Esto genera un costo de oportunidad a aquellas personas cualificadas que pudieran ventilar como candidatos a la hora de decidir formar parte de la Comisión. Este costo podría desincentivar a que las personas más cualificadas decidan no entrar a formar parte de la Comisión, cuyas posiciones son de dedicación exclusiva.

Dada la especialización que deben tener las personas que son admitidas a estos cargos, quizás el coste de oportunidad para ellas resulte muy alto. Este es el costo individual. Sin embargo, el costo para el Estado sería que no lleguen los más cualificados a la administración, lo que resultará en una pobre aplicación de la ley.

Los miembros del Consejo Directivo, tal y como establece el **artículo 22** de la ley, deberán ser remunerados con salarios competitivos en el mercado, que les permita cubrir este coste de oportunidad. Finalmente, hay que tomar en cuenta los costos por monitoreo para sancionar a las empresas que contraten a ex miembros de la Comisión, durante el año posterior a su salida.

VI. DE LAS SANCIONES Y MEDIDAS CAUTELARES

El **artículo 61** de la ley establece las acciones aplicables a quienes incurran en las prácticas y conductas prohibidas señaladas en la ley. Debemos destacar que la determinación de las sanciones a aplicar en

una ley de competencia, es uno de los aspectos más importantes de la misma, en la medida en que es el elemento capaz de permitir la disuasión de la conducta anticompetitiva, y por lo tanto constituye el objetivo fundamental de la ley. No sólo es necesario generar la credibilidad y confianza en la agencia de competencia encargada de aplicar las disposiciones de la ley a fines de limitar las prácticas anticompetitivas²⁶, sino que a su vez será necesario el establecimiento de sanciones que generen la disuasión a los agentes económicos para que estas conductas no se produzcan.

La multa es el mecanismo más utilizado para remediar la ineficiencia que generan las externalidades negativas, en la medida en que la misma calculada de forma correcta muestra al individuo o a la empresa los verdaderos costes y beneficios de sus actos, debido a que toma en cuenta la diferencia existente entre el coste social y el privado y entre el beneficio social y privado²⁷.

En ese sentido, la sanción o multa debe ser igual al costo social que genera la conducta anticompetitiva, pues si la penalidad es menor, es decir, si los beneficios para la empresa que realiza la práctica restrictiva a la libre competencia, es mayor que el coste que le supone la sanción, no habrá desincentivo a la conducta. Y si por el contrario la sanción es más elevada que el daño social que genera, habrá una reducción excesiva y socialmente no deseable de actividades ilícitas. En conclusión, la multa debe ser igual al costo de imponer la misma dividida por la probabilidad de que se descubra y sancione la conducta, tomando en cuenta que el valor esperado de la penalización es inferior a la penalización, debido a que la probabilidad de que se descubra la conducta es baja²⁸.

26 GAL, MICHAL. "The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries," *New York University Law and Economics Working Papers* 10 (2004): pág. 10.

27 STIGLITZ, JOSEPH E. *La Economía del Sector Público*. Antoni Bosch, segunda edición. 1998, pág. 246.

28 Ver el argumento de la sanción eficiente, aquella con una multa elevada y baja probabilidad en Becker, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The Journal of Political Economy*, vol. 76, No.2. (1968), págs. 169-217, disponible en <http://www.jstor.org>; y Garoupa, Nuno. "Crime and Punishment: Further

En razón de las consideraciones planteadas anteriormente respecto de este argumento, en lo relativo a la sanción disuasoria que debe ser establecida a los fines de impedir que la conducta se produzca o bien se repita, cabe la pregunta de si ¿las sanciones establecidas en la ley cumplirán su función de disuasión de las conductas restrictivas a la libre competencia? Tomando en cuenta que las multas han sido establecidas en base a determinadas cantidades de salarios mínimos, el cual actualmente se aproxima a los US\$ 240 dólares mensuales²⁹, la multa mínima ascendería a US\$7,200 dólares y la máxima a US\$720,000 dólares. Lo cierto es que *a priori* no se sabe si estas cantidades desincentivarán la conducta, debido a que se desconocen las posibles ganancias que se obtendrían de la práctica restrictiva, que potencialmente en muchos casos superarán el medio millón de dólares.

El problema radica en la dificultad de otorgarle a una agencia de competencia, dada las debilidades institucionales de la que sufre la República Dominicana, la potestad de aumentar la sanción luego de un análisis coste beneficio, sin saber si los funcionarios de dicho organismo tendrán la capacidad, la información y los recursos disponibles para ello, y si ello no pudiere prestarse a posibles extorsiones.

El que las sanciones se encuentren establecidas en base a salarios mínimos, dificulta el que las multas se actualicen conforme el proceso inflacionario del país, pues los mismos se efectúan por determinadas presiones sindicalistas, siempre con la oposición y las negociaciones con la clase empresarial. La ley excluyó la posibilidad de establecer las sanciones en base a un porcentaje del volumen de negocios de las empresas infractoras por entenderse que un principio será difícil de determinar o no se contará con la información necesaria.

Results,” *Universitat Pompeu Fabra Economics Working Paper* No. 344 (Noviembre 1998), (establece que el argumento de Becker sólo es aceptable bajo ciertas restricciones), disponible en <http://ssrn.com/>; Ver Jaime Aristy, “Competencia, Eficiencia y Bienestar: La Tradición de Chicago” en el Seminario Libre Empresa, Monopolios y Derechos del Consumidor, *Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc.* (Febrero 1999).

29 Ver datos en el Banco Central de la República Dominicana.

El **artículo 63** de la ley establece la posibilidad de reclamar la reparación de daños y perjuicios causados por actos anticompetitivos ante la vía judicial luego de que se haya demostrado el daño ante la jurisdicción administrativa. La aplicación de este artículo debe predecirse de una reflexión previa sobre los objetivos del mismo y su adecuación al sistema dominicano. Debe tenerse en cuenta que la implementación del mismo supone a su vez costos a la administración de justicia y que esta medida está actualmente siendo discutida en países con una amplia tradición en materia de competencia³⁰.

Esta disposición en la ley supone que las personas físicas y jurídicas que se vean afectadas por prácticas anticompetitivas podrán reclamar al agente económico que haya actuado anticompetitivamente. Lo anterior, se explica mejor mediante un ejemplo: Supongamos que un cártel o una empresa con posición de dominio vende sus bienes a precios de monopolio, el comprador directo se ve afectado por ello, como resultado de que debe de pagar un precio que sobrepasa el precio competitivo. No obstante, en algunos casos, el comprador directo será capaz de trasladar en todo o en una parte las pérdidas al siguiente en la cadena de suministro, que puede ser un minorista o bien un consumidor (en lo adelante “compradores indirectos”). Debido a ello estos compradores indirectos sufren una pérdida pagando el precio monopolístico que le ha sido traspasado, lo que constituye el daño repercutido. En el caso de que el comprador directo no haya traspasado los costos al comprador indirecto, podrá tener una acción contra el vendedor luego de demostrada la infracción, el daño sufrido y la causalidad, y que dada la relación podrá fácilmente comprobarse el perjuicio causado.

30 Véase LANDE, ROBERT. “*The Four Myths about Antitrust Damages*”. Statement before the Antitrust Modernization Commission Hearing on Civil Remedies: Damages Multiplier, Attorney’s Fees, and Prejudgment Interest. Washington, D.C. July 2005; Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Presentado por la Comisión Europea. COM (2005) 672. Disponible en: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_es.pdf

Evaluar los daños a partir del análisis de las prácticas anticompetitivas es una labor ardua en la cual deberán especializarse los jueces de la República Dominicana. El reparto exacto de los daños dentro de la cadena de suministro podría ser excesivamente difícil de probar. Lo que trae consigo a su vez la dificultad de probar la magnitud del perjuicio sufrido y el nexo causal de la conducta infractora.

Como conclusión podemos establecer que este tipo de acciones judiciales en la República Dominicana pueden tener un costo muy elevado, sin embargo y dada la cultura de competencia existente en el país puede que este artículo tarde mucho en ser invocado.

