

Estrategia Legal de Negocios en materia de derecho de la competencia: implicaciones de la
entrada en vigencia de la Ley No. 42-08.

Seudónimo: Onyx.

Nombre Completo: Melissa Silié Ruiz

Nacionalidad: Dominicana

País de Residencia: República Dominicana

Teléfono: (809) 607-6154

Correo Electrónico: melissasilieruiz@gmail.com

Estrategia legal de negocios en materia de derecho de la competencia: implicaciones de la entrada en vigencia de la Ley No. 42-08.

I. Abstracto

El presente trabajo analiza las implicaciones que representa para las empresas que operan en el mercado dominicano la reciente entrada en vigencia de la Ley No. 42-08, la cual regula la competencia en la República Dominicana. El actual desconocimiento en la materia, los costos y riesgos que representa un proceso sancionador para las empresas, directivos y empleados refleja la necesidad de que los agentes económicos evalúen sus conductas a los fines de evitar posibles investigaciones por ProCompetencia, órgano regulador. En algunos casos será necesario el empleo de políticas de cumplimiento las cuales deberán estar adaptadas a las características de la empresa, del mercado dominicano así como al contenido normativo en materia de derecho de la competencia.

II. Introducción

Hasta el año 2017 la República Dominicana no contaba con una regulación en plena vigencia en materia de derecho de la competencia. Si bien la Ley General de Defensa de la Competencia, Ley No. 42-08 (la “Ley No. 42-08”)¹ había sido promulgada hacia casi una década atrás su entrada en vigencia estaba sujeta al nombramiento del Director Ejecutivo del órgano regulador, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (ProCompetencia). Solo los participantes de ciertos sectores regulados estaban sujetos a control en esta materia y consecuentemente este tema tomado en cuenta en su gestión de riesgos legales. El presente trabajo busca analizar el impacto de la

¹ Del dieciséis (16) de enero del año dos mil ocho (2008).

entrada en vigencia de la Ley No. 42-08 en las empresas en el territorio de la República Dominicana y las medidas que deben de tomar esta a los fines de evitar una posible sanción.

El derecho de la competencia tiene como objetivo proteger la competencia a los fines de maximizar los beneficios de los consumidores. La Ley No. 42-08 indica que su objeto es “*promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional*”.² A los fines de garantizar la implementación de esta regulación las autoridades de competencia, ya sea de oficio o por denuncia, investigan la existencia de prácticas contrarias a la competencia en diferentes mercados del territorio dominicano.

En la República Dominicana los costos que representaría para una empresa una eventual sanción son altos, ya que los agentes económicos pueden estar sujetos a la aplicación de una sanción de hasta 3,000 salarios mínimos. Dicha sanción equivaldría a un monto de aproximadamente RD\$43,639,470.00³ el cual dependerá de la actividad del agente sancionado y la gravedad de los hechos. En adición a esto, los directivos o empleados pueden ser sancionados penalmente y la empresa estar sujeta a la imposición de medidas cautelares y correctivas así como al pago de los daños y perjuicios por demandas exitosas de parte de aquellos terceros que se consideren afectados. La imposición de cualquiera de estas medidas afectaría además la imagen de las empresas.

La evaluación de riesgos en materia de competencia a la fecha es casi nula en las empresas que operan en el mercado dominicano. El desconocimiento de la materia hace que sectores incluso hagan público las existencias de prácticas anticompetitivas. Ruedas de prensa anunciado acuerdos

² Art.1. Ley No. 42-08.

³ Cálculo basado en el salario mínimo de para los que prestan servicios en empresas industriales, comerciales o de servicios, cuyas instalaciones o existencias, o el conjunto de ambos elementos, igualen o excedan de la cifra de cuatro millones de pesos dominicanos (RD\$4,000,000.00), vigente del primero (1º) de mayo al primero (1º) de noviembre de 2017.

entre competidores sobre imposición de precios de ventas,⁴ es un ejemplo de esto. El desconocimiento sobre el derecho de la competencia ha dejado a los agentes económicos en una situación peligrosa. El presente trabajo analizará la necesidad de que, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley No. 42-08, las empresas requieran tomar las medidas necesarias a los fines de evitar una posible sanción.

III. Desarrollo

1. El mercado dominicano.

En el año 2008 fue promulgada la Ley No. 42-08. Su entrada en vigencia estaba condicionada por ley⁵ al nombramiento de los miembros del Consejo Directivo y el Director Ejecutivo del órgano regulador, ProCompetencia. En junio de 2011 son nombrados los primeros miembros del Consejo Directivo,⁶ sin embargo, no es hasta casi nueve (9) años luego a la promulgación de la ley en enero de 2017 que es nombrado el Director Ejecutivo.⁷

Durante los primeros años el Consejo Directivo, ejerciendo sus facultades de promoción de cultura de la competencia,⁸ llevó a cabo diversos estudios de las condiciones de mercados específicos en la República Dominicana, como el mercado de cervezas, mercado de seguros y de medicamentos.⁹ Sin embargo, sin el nombramiento del Director Ejecutivo no podían iniciarse los procesos de instrucción y sanción de prácticas contrarias a la competencia.

⁴ Panaderos deciden subir a RD\$7.00 el pan de agua. *Acento*. 5 de marzo de 2015 Disponible en: <http://acento.com.do/2015/economia/8228388-panaderos-deciden-subir-rd7-00-al-pan-de-agua/> (Último Acceso 22/06/2017).

⁵ Artículo 69 de la Ley No. 42-08.

⁶ Presidente juramenta Consejo Directivo de Pro-Competencia. *Diario Libre*. 30 de junio de 2011 Disponible en: <https://www.diariolibre.com/economia/economia-personal/presidente-juramenta-consejo-directivo-de-pro-competencia-IDDL296086> (Último Acceso 22/6/2017).

⁷ Decreto No 5-17 del Poder Ejecutivo de fecha seis (6) de enero del año dos mil diecisiete (2017).

⁸ Capítulo IV de la Promoción de Cultura de la Promoción Ley No. 41-08.

⁹ Ver Publicaciones de ProCompetencia. Disponible en: <http://procompetencia.gob.do/publicaciones/> (Último Acceso 22/06/2017).

Esta situación en el país provocaba un incentivo para el implemento de prácticas anticompetitivas ante la inexistencia de una sanción. Ya sea para mantener su posición dominante, obtener mayores ingresos sin afectar sus costos o por desconocimiento de la materia, lo cierto es que en un mercado no regulado las probabilidades de prácticas contrarias a la competencia son más altas. Por otro lado, no era racional en ese momento que las empresas invirtieran en programas de identificación y cumplimiento en una materia cuya regulación era incierta.

Una vez nombrada la Directora Ejecutiva inició el proceso de instrucción. Algunas de estas investigaciones están relacionadas con mercados previamente estudiados por el Consejo Directivo. A la fecha, ProCompetencia se encuentra realizando tres (3) investigaciones¹⁰ ya sea de oficio o por denuncia de un agente económico o un particular. Si bien no ha sido publicado el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 42-08 (actualmente en proceso de consulta pública),¹¹ el órgano administrativo ha empezado a aplicar las disposiciones procedimentales establecidas en la ley. Encontrándose en etapa de instrucción la investigación del Mercado de Cervezas, el Mercado de Casas de Conductores/Casas Cárceles así como la investigación sobre supuestas prácticas de competencia desleal.

En virtud de lo anterior, las empresas operando en el territorio dominicano en su condición de agentes económicos son ya pasibles de una sanción en caso de realizar prácticas contrarias a la competencia. Es muy reciente la entrada en vigencia de la Ley No. 42-08 para determinar si efectivamente han existido cambios en las conductas de los agentes económicos. Sin embargo, es

¹⁰ Ver Resoluciones de Inicio de Investigaciones por parte de la Dirección Ejecutiva. Disponible en: <http://procompetencia.gov.do/resoluciones-de-la-direccion-ejecutiva/> (Último Acceso 21/6/2017).

¹¹ Ver en este sentido. ProCompetencia, Consultas Públicas. Disponible en: <http://procompetencia.gob.do/consultas-publicas/> (Último Acceso 25/6/2017).

preciso que estos tomen medidas inmediatas en el diseño de sus operaciones, estrategias de negocios y mercadeo.

La existencia de un alto grado de desconocimiento en la materia demuestra que es necesario una mayor difusión sobre la importancia del derecho de la competencia y de que las firmas (agentes económicos) adapten sus políticas empresariales a la norma ya en vigencia. Muestra de lo anterior es la gran cantidad de conductas anticompetitivas e incluso existencia de anuncios públicos sobre la realización de algunas prácticas contrarias a la Ley No.42-08. En efecto, en la República Dominicana las empresas susceptibles de ser sancionadas realizan publicaciones informando a la población de que ejercerán prácticas contrarias a la competencia. Los anuncios sobre acuerdos de alza de precio entre competidores es ya algo común en el mercado.¹²

La situación actual del mercado dominicano es consecuencia de que hasta inicios de este año no se contaba con una legislación de competencia siendo aplicada. Salvo regulaciones sectoriales muchas de las cuales establecen normas estructurales más que conductuales, como la legislación en materia de energía eléctrica,¹³ no existía algún tipo de control. Era muy bajo el incentivo para prevenir o corregir conductas anticompetitivas.

Entender las implicaciones de la Ley No. 42-08 no solo es importante para evitar la aplicación de sanciones por parte de ProCompetencia sino porque las empresas se beneficiaran de la existencia de un mercado en donde reine la libre competencia. El objetivo de la regulación de competencia es la creación y mantenimiento de condiciones óptimas para la competencia para maximizar el

¹² Panaderos deciden subir a RD\$7.00 el pan de agua. Acento. 5 de marzo de 2015 Disponible en: <http://acento.com.do/2015/economia/8228388-panaderos-deciden-subir-rd7-00-al-pan-de-agua/> (Último Acceso 22/06/2017).

¹³ Ley General de Electricidad, Ley No. 125-01 de fecha veintiséis (26) de julio del año dos mil uno (2001) Arts. 7 y 82

bien social. Objetivo que, como ya hemos indicado, ha sido trazado por el legislador en el artículo 1 de la Ley No.42-08.

Las políticas de competencia han demostrado tener un impacto positivo en las economías. La existencia de la competencia en base al mérito ha demostrado ser un mecanismo de asignación más eficiente para distribuir recursos, aumentar la productividad y maximizar el desarrollo económico, incluso en épocas de crisis económicas.¹⁴ La República Dominicana que ya cuenta con los mecanismos para aplicar las políticas de competencia podría verse beneficiada, percibiendo las empresas que operan en este mercado parte de estos beneficios.

Por último, respecto a la aplicación de estas políticas en la República Dominicana es necesario hacer referencia a la importancia de que tanto los agentes económicos como los organismos públicos entiendan las características de dicho mercado. Diversos estudios han sido realizados en relación a la aplicación de las políticas de competencias en las denominadas economías pequeñas, como lo es la dominicana. Dichos estudios han demostrado que existen ciertas políticas de competencias que no deben ser implementadas en estas economías o que pueden ser de difícil aplicación en ciertas jurisdicciones.¹⁵

El doctrinario Michael S. Gal plantea que las políticas de competencia deben ser cuidadosamente diseñadas para tomar en cuenta las características del mercado donde serán aplicadas.¹⁶ Continúa el autor puntualizando que es importante la aplicación de regulación suficientemente clara y

¹⁴ Patricia Pérez. La Importancia Del Derecho De La Competencia Para El Correcto Funcionamiento De La Economía, Especialmente En Épocas De Crisis. *SMBR*: 3(2012), pp. 59-64.

¹⁵ Ver por ejemplo Lino Briguglio y Eugene Buttigieg. "Competition Constraints in Small Jurisdictions" *Bank of Valetta Review* 30 (2004).

¹⁶ Michael S. Gal. *Competition Policy for Small Markets* (Londres: Harvard University Press, 2003). pp.46

consistente ya que permite a las firmas identificar previamente sus riesgos legales y ajustar su comportamiento competitivo en torno a las mismas.¹⁷

Tomando en cuenta lo previamente expuesto respecto a las características del mercado dominicano vemos que existen dos grandes retos en la aplicación efectiva de una regulación de competencia. El primero consiste en el entendimiento por parte de los agentes económicos sobre las implicaciones de la aplicación de las políticas de competencia y los beneficios que esto puede representar para ellos. El segundo, que a los fines de que estos agentes económicos puedan definir sus riesgos y políticas el órgano de supervisión, ProCompetencia debe contar con reglas claras y consistentes sobre qué se consideraría prácticas contrarias a la competencia, dichas reglas deben estar acorde a las características de una economía pequeña como lo es la República Dominicana.

2. Entendiendo el derecho de la competencia y las practicas realizadas por las empresas.

- i. Acuerdos horizontales: ¿Qué tanto pueden discutir los empresarios con sus competidores?

Un agente económico o asociación de agentes económicos es definido como “*toda persona o grupo de personas, físicas o jurídicas que participan en la actividad económica.*”¹⁸ De esta definición vemos que existen conductas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley No. 42-08, esto así ya que ciertas acciones no son consideradas como actividades económicas. La doctrina en la materia indica que no deben incluirse dentro de esta definición las actividades sociales, las actividades relacionadas con el ejercicio de la actividad pública, uniones de empleados, entre otras.¹⁹ Esta primera distinción debe ser tomada en cuenta por las firmas ya que

¹⁷ Michael S. Gal Ob. Cit. pp. 47

¹⁸ Literal B del Articular 3 de la Ley No. 42-08.

¹⁹ Richard Wish y David Bailey. *Competition Law* (Londres: Oxford University Press, 2015) Eight Edition. pp.94.

solo en su condición de agentes económicos es que son susceptibles de ser investigados y sancionados.

Una de las prácticas prohibidas y que ha sido mayormente sancionada en todas las jurisdicciones con políticas de competencia es la existencia de acuerdos horizontales, comúnmente conocidos como cárteles. La existencia de cárteles, especialmente los acuerdos de fijación de precio fue una de las principales razones que dieron origen a las políticas de competencia. Durante años su persecución ha sido prioridad por ser considerados una de las prácticas más nocivas. Si bien la erradicación de carteles ha sido exitosa sigue siendo una prioridad para el ente regulador. Muestra de esto es que la autoridad española en materia de competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) durante el año 2016, desmanteló 14 carteles e impuso multas por 549 millones de euros.²⁰

El desarrollo jurisprudencial en la materia ha establecido que los acuerdos horizontales, como la fijación de precios, debían ser siempre sancionados porque su único objetivo era excluir competidores.²¹ La Ley No. 42-08 acoge esta línea jurisprudencial desarrollada durante décadas en otras jurisdicciones. En este sentido, respecto al análisis de los acuerdos horizontales el artículo 7 dispone lo siguiente:

“Las conductas enumeradas en el Artículo 5 de esta 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

²⁰ ¿Qué es un cartel? Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Febrero 19, 2016 Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/> (Último Acceso 21/6/2017).

²¹ Ver en este sentido: U.S. v. Addyston Pipe & Steel (J. Taft, 6th Cir. 1898), C. Northern Securities Co. v. U.S. (J. Harlan, 1904)

que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación o la inversión productiva”

La inclusión de esta disposición en la normativa, que refleja la denominada regla *per se*, representa importantes implicaciones para las empresas operando en el mercado dominicano. Como consecuencia de la misma ciertos acuerdos entre competidores en el mercado dominicano siempre serán sancionados a pesar de que las empresas aleguen que han sido realizados para brindar mayores beneficios a la economía o consumidores. Es decir, que si dos competidores deciden ejercer una de estas prácticas no podrán alegar la eficiencia de la misma como método de defensa. Lo dañino de este tipo de práctica para la competencia en general ha llevado a considerar las mismas como contrarias a la competencia en todo momento.

Como consecuencia de este tratamiento dado a los acuerdos horizontales, durante la instrucción del proceso la Dirección Ejecutiva de ProCompetencia solo deberá demostrar la existencia de cualquiera de estos acuerdos horizontales prohibidos, sin tener que demostrar que ha tenido efectos negativos en el mercado. El órgano regulador tendrá una carga de prueba mucho menor.

Lo anterior tiene como consecuencia que sean prácticas más fáciles de identificar y de sancionar. Por ende, deben ser las primeras a ser evitadas por las empresas en el diseño de sus operaciones. En casos de existir actualmente su erradicación debe ser inmediata.

Algunas de las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos prohibidos se encuentran enlistadas en el artículo 5 de la Ley No. 42-08. Las empresas deben tomar en cuenta que este listado es enunciativo y no limitativo, sin embargo el legislador ha nombrado aquellas de más fácil detención.

Por último en relación a los acuerdos horizontales, deben considerar las empresas que la legislación dominicana no solo prohíbe los acuerdos expresos sino también los denominados acuerdos tácitos. Esto último de gran importancia en el mercado dominicano donde existen altos grados de concentración. En efecto, en los mercados oligopólicos como el de República Dominicana la existencia de acuerdos tácitos es más probable.

Un acuerdo tácito es la coordinación independiente de un comportamiento en el mercado sin la existencia de un acuerdo o práctica concertada. Es considerado como el seguimiento consciente paralelo, imitación de comportamiento, la concertación o coordinación de conductas sin la existencia de un acuerdo expreso.²² Si bien es más difícil identificar los acuerdos tácitos que aquellos expresamente establecidos la existencia de conductas paralelas con sus competidores debe ser tomado en cuenta por las empresas. Esto así ya que por las características del mercado dominicano puede que, a pesar de haber diseñado políticas de prevención en materia de competencia, las empresas sean pasibles de sanción por ejercer este tipo de conducta.

Si bien los agentes económicos siempre podrán ejercer su derecho constitucional de defensa, como ya explicamos anteriormente pocas justificaciones pueden ser dadas ante la existencia de acuerdos horizontales. Los métodos de defensa son limitados. Por ejemplo, puede ser considerado por la empresa alegar la doctrina de la entidad económica única. Esto así ya que en la doctrina comparada los acuerdos entre firmas que forman parte de una entidad económica única no deben ser sancionados como acuerdos horizontales.²³ Sin embargo, esta justificación no puede ser considerada en caso de acuerdos entre competidores.

²² Edson Magaña, La Colusión Tacita y Explicita. 19 de noviembre de 2014 Disponible en: <http://blogs.eleconomista.net/competencia/2014/11/la-colusion-tacita-y-explicita/> (Último Acceso 21/6/2017).

²³ Wish and Bailey. Ob. Cit. pp. 95

Las implicaciones que conllevan los acuerdos horizontales y la alta probabilidad de una sanción hace obligatorio que las empresas prioricen la identificación de los mismos en sus actuales operaciones y métodos de negocios. En efecto, la erradicación de cualquiera de estas prácticas debe ser el primer paso a ser tomado por los agentes económicos ya que como vimos, la posibilidad de una sanción en caso de existir es mucho mayor que cualquier otro tipo de prácticas de la que analizaremos en el presente trabajo.

ii. Evitando los abusos de posición dominante.

El segundo grupo de prácticas prohibidas en materia de competencia son los denominados abusos de posición dominante. Esta práctica es todo tipo de conducta exclusoria llevada a cabo por una empresa con posición de dominio. La Ley No. 42-08 la define como aquellas conductas susceptibles de crear barreras injustificadas a terceros.²⁴

El primer elemento de esta conducta es que sea ejercida por un agente económico con posición de dominio. La posición dominante es definida por la autoridad dominicana como:

“El control del mercado relevante que disfruta un agente económico, por sí o conjuntamente con otros, y que le brinda el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva o le permita actuar en dicho mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores. La posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí solo, no constituye una violación a la presente ley.”

²⁴ Artículo 6 de la Ley No. 42-08.

Lo anterior indica que como primer paso, es necesario que el agente económico identifique el nivel de concentración del mercado o mercados en donde opera a los fines de determinar si el mismo mantiene una posición de dominio.

Como ya hemos indicado, la República Dominicana es una economía pequeña y sus mercados se encuentran altamente concentrados. Desde hace ya varios años la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) había identificado aquellos mercados con altos niveles de concentración. Los estudios realizados por este organismo²⁵ arrojan como resultado que existe alta concentración en los mercados de refinación de petróleo, cerveza, minas y canteras, elaboración de productos lácteos, entre otros.

El Consejo Directivo de ProCompetencia en el año 2016 publicó la primera infografía de estudios de las condiciones del mercado sobre ciertos productos entre estos los que forman parte de la canasta familiar.²⁶ Indicando una alta concentración en el mercado de aceites, leches, varillas y harinas.

Es decir que si el agente económico forma parte de algunos de estos mercados enlistados debe analizar sus políticas de competencia debido a que es más probable que posea una posición de dominio. Si bien la posición de dominio por sí sola no está sancionada conforme así se ha establecido en el derecho comparado y acogido por la legislación dominicana,²⁷ lo cierto es que

²⁵ Dirección General de Impuestos Internos (DGII). Estudios de Concentración de Mercado 2016. Marzo 2017. Disponible en: <https://www.dgii.gov.do/informacionTributaria/publicaciones/estudios/Documents/ConcentracionMercado2016.pdf> (Último Acceso 17/06/2017).

²⁶ ProCompetencia. Infografía de Mercados. Diciembre 2016. Disponible en: http://procompetencia.gob.do/Docs/Publicaciones/Infografia_Observatorio.pdf (Último Acceso 17/06/2017).

²⁷ Literal G del Artículo 3 de la Ley No. 42-08.

los agentes con posición de dominio tienen una responsabilidad de comportarse con debido cuidado.²⁸

Es decir que si la empresa forma parte de un mercado altamente concentrado y tiene posición de dominio debe considerar la aplicación de políticas de cumplimiento. Si el mercado donde la empresa opera no ha sido estudiado por los organismos públicos, la empresa puede conducir sus propios estudios mediante el empleo de los mismos métodos económicos que serán utilizados por ProCompetencia en caso de una investigación en su contra. Tales como el Índice Herfindahl-Hirshman (IHH), entre otros.²⁹

Si la empresa opera en algunos de estos mercados y posee una posición dominante es razonable la aplicación de políticas de cumplimiento para evitar la existencia de prácticas abusivas.

iii. La aplicación de políticas de cumplimiento en materia de competencia.

Las políticas de cumplimiento en las empresas tienen dos objetivos principales, la apariencia de control y la exención de responsabilidad penal para las empresas y sus dirigentes.³⁰ En este caso lo que se busca evitar es la aplicación de una sanción como consecuencia de una práctica que se considere contraria a la competencia.

En primer lugar es preciso preguntarse si es favorable para una empresa que opera en el mercado dominicano invertir en políticas de cumplimiento relacionadas a la Ley No. 42-08. En este sentido, como veremos a continuación la inversión es razonable, especialmente para aquellas empresas comerciales con una gran capital social. Esto así ya que la norma gradúa el monto de la potencial

²⁸ Caso 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207.

²⁹ Ver sobre los principales estudios Económicos que utilizará ProCompetencia la Resolución No. 01-2017 Disponible en: <http://procompetencia.gob.do/Docs/Resoluciones/2017/Consejo%20Directivo/Resoluci%C3%B3n%2001-2017%20que%20aprueba%20criterios%20economicos%20para%20evaluaci%C3%B3n%20condiciones%20de%20competencia.pdf>

³⁰ Antonio Alarcón Garrido. *Manual Teórico-práctico del compliance officer* (Madrid: Sepin, 2016).pp.26-27.

sanción en proporción al salario mínimo por rama de operación. Los salarios mínimos, de conformidad con las normativas del Ministerio de Trabajo, se determinan directamente por el monto del capital social de la sociedad.³¹

En adición a lo anterior, la aplicación de estas políticas de cumplimiento resulta también razonable si se realiza una comparación con los costos que representa para las empresas la aplicación de la regla de la razón. Esto último el método a ser empleado al momento de evaluar el abuso de posición dominante.

La regla de la razón fue desarrollada jurisprudencialmente en los Estados Unidos de América por primera vez en el caso *Standard Oil Co. v. U.S.* Dicho método de casos implica que para el análisis de ciertas conductas (en este caso los abusos de posición dominante) es necesaria la evaluación de los propósitos y efectos de la conducta. Otras jurisdicciones como la europea han establecido parámetros de este tipo en sus decisiones en la materia así como en guías no vinculantes para los particulares. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión sobre 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.³² Sobre la aplicación de la regla de la razón la Ley No. 42-08 dispone lo siguiente:

“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

³¹ Dichos montos variarían con las medidas del Ministerio de Trabajo aplicables a partir del mes de mayo de 2017.

³² Comisión Europea. Comunicación 45/7 Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

anticompetitivos superan los efectos pro-competitivos, o de incremento de la eficiencia económica o viceversa.”

La aplicación de la regla de la razón representa beneficios para los mercados ya que evita la sanción de falsos positivos (conductas competitivas incorrectamente sancionadas) así como incentiva a los competidores a competir en base al mérito. En adición a esto permite que las empresas realicen una serie de conductas (establecer precios mínimos de venta, por ejemplo) que representan beneficios para dichas empresas y para los consumidores, de ser totalmente prohibidas los agentes económicos no podrían emplearlas.

A pesar de sus beneficios, la aplicación de la misma puede representar costos principalmente para los agentes bajo investigación. Muestra de esto es el voto del Juez estadounidense Breyer en *Leegin*,³³ un caso relativo a la imposición de precios mínimos. En dicha decisión el magistrado expone, entre otras cosas, los costos que representa la aplicación de esta doctrina tanto para las autoridades como para las empresas.

El agente económico bajo investigación por ProCompetencia deberá demostrarle al órgano regulador una serie de justificaciones económicas que implicaran la realización de estudios, investigaciones y escritos tanto por economistas como abogados. En vista de que la carga de la prueba la tiene el agente económico y tanto la doctrina y la jurisprudencia tienen versiones encontradas sobre los beneficios de ciertas conductas, la inversión de tiempo y costo durante el proceso será alta.

Es importante destacar también en cuanto a los costos de un proceso por ante ProCompetencia en relación a cualquier tipo de conducta contraria a la Ley No. 42-08. En tal sentido tan solo la primera

³³ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), S.Ct. 127 en 2729.

etapa, es decir la de instrucción o investigación por la Dirección Ejecutiva puede durar hasta doce (12) meses.³⁴ Durante este periodo el órgano regulador podrá no solo requerir información sino realizar allanamientos, acceder a archivos, comunicaciones, correos electrónicos, todo esto a los fines de identificación de pruebas.

Lo anterior refleja que la imagen de la empresa podrá verse afectada por diversos acontecimientos durante un proceso de investigación en virtud de la Ley No. 42-08: cuando se realice el anuncio de que la empresa está siendo investigada, al momento de hacerse las diligencias de investigación que podrán conllevar cierres temporales para la identificación de pruebas y en caso de condenarse la empresa.

Si se realiza un análisis de los costos que implica un proceso parecería más eficiente para las empresas emplear políticas de cumplimiento en materia de derecho de la competencia. Especialmente a aquellas con características específicas como las que ostentan una posición dominante.

Los programas de cumplimiento en materia de competencia están enfocados en identificar los riesgos de infracción, mecanismos de prevención, el empleo de auditorías de defensa de la competencia así como programas internos de cumplimiento para evitar la existencia de contingencias.

Un análisis comparado de este tipo de programas refleja que se considera que los mismos no deben limitarse solo al entrenamiento de los empleados en la materia de competencia sino a un conjunto de medidas adicionales.³⁵ Es necesario, entre otras cosas, la existencia de mecanismos para

³⁴ Artículo 57 de la Ley No. 42-08.

³⁵ Michael Volkov The Often Ignored Importance of Antitrust Compliance (Part I of II), Agosto 2, 2016, Disponible en: <http://blog.volkovlaw.com/2016/08/often-ignored-importance-antitrust-compliance-part-ii/> (Último Acceso 21/6/2017).

denuncias internas por parte de empleados así como monitoreo y auditorias constantes especialmente a aquellos empleados que realizan contratos con competidores.

Las grandes empresas han diseñado programas de cumplimiento en materia de competencia los cuales son constantemente renovados a los fines de que sean considerados por las filiales y empleados. Un ejemplo es ExxonMobil³⁶ quien en su guía de competencia resalta áreas de especial atención como son la interacción de la empresa con consumidores y con competidores así como la propiedad intelectual de la firma. Esto último ya que los derechos de propiedad intelectual se ven estrechamente relacionados con potenciales actos anticompetitivos, como son barreras de entrada.

Las guías sobre diseños de programas de cumplimiento en materia de competencia resaltan que los mismos deberán variar dependiendo del tamaño de las empresas. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos establece que una guía no es adecuada a todos y que debe ser considerada la naturaleza de cada empresa.³⁷ Por ejemplo, ya hemos visto que un agente de posición de dominio es más susceptible de ser sancionado y tiene una especial responsabilidad de no conducirse contrario a las normas de competencia. Es por esto que una empresa con esta característica debe contar con políticas de cumplimiento más restrictivas así como mayor control y vigilancia.

En el diseño de estos programas es necesario también considerar las condiciones del mercado dominicano así como ciertas características de la Ley No. 42-08 que la hacen distinta a otros tipos de legislaciones en la materia. Sobre este tema es importante destacar que la norma dominicana no

³⁶ Exxonmobil. Antitrust and Competition Law Legal Compliance Guide, 2014. Disponible en: <http://cdn.exxonmobil.com/~media/global/files/other/2015/antitrust-and-competition-law-legal-compliance-guide.pdf> (Último Acceso 25/6/2017).

³⁷Mark R. Hellerer et all. Guidance for Companies Developing and Implementing Antitrust Compliance Programs. 23 de octubre de 2014, Disponible en: <https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/guidance-for-companies-developing-and-implementing-antitrust.html> (Último Acceso 25/6/2017).

prevé un control previo de fusiones ni adquisiciones. Tampoco dispone sobre programas de clemencia. Aspectos que deben ser considerados por el agente económico ya que la inexistencia de regulación en la República Dominicana hace innecesaria su aplicación en los programas de cumplimiento llevados a cabo por empresas operando en el mercado dominicano.

Las políticas de cumplimiento deben tomar en cuenta también la participación de las empresas en asociaciones empresariales. Al respecto, en el año dos mil dieciséis (2016), ProCompetencia elaboró una serie de guías entre las que se encuentra la “Guía Sobre competencia para asociaciones Empresariales”.³⁸ Si bien no tiene vinculación jurídica dicha guía sirve para identificar los parámetros que utilizará el órgano regulador para identificar la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a las asociaciones empresariales. La pertenencia de una empresa a este tipo de organizaciones las hace más propensas a realizar algunas de las prácticas contrarias a la competencia aquí evaluadas ya que es más fácil el intercambio de información entre competidores.

A modo general tomando en cuenta las condiciones del mercado dominicano las políticas de cumplimiento en materia de competencia por las empresas deben considerar lo siguiente:

- **Evaluación previa e identificación de riesgos:** es necesaria una evaluación de la estructura actual de la empresa y el diseño de su sistema de operaciones a los fines de determinación de existencia de prácticas contrarias a la Ley No. 42-08.
- **Entrenamiento:** el alto grado de desconocimiento en materia de competencia en la jurisdicción dominicana hace importante entrenamientos sobre el tema tanto en altos

³⁸ ProCompetencia. Guía Sobre Competencia Para Asociaciones empresariales. Disponible en: procompetencia.gov.do/Guia-de-Asoc-Emp.pdf (Último Acceso 25/6/2017).

puestos gerenciales como a los demás empleados, principalmente aquellos que interactúan constantemente con los competidores.

- **Monitoreo y Auditorias:** aquellas empresas con mayor capital (y consecuentemente pasibles de una mayor multa) así como aquellas con una posición de dominio deben considerar la aplicación de sistemas de monitoreo a los fines de supervisar la aplicación de las políticas de competencia. Estos sistemas de vigilancia deberán tomar en cuenta las decisiones y guías publicadas por ProCompetencia a los fines de evitar, con mayor certeza, la aplicación de sanciones.

El riesgo civil, penal y reputacional que representa para las empresas y sus directivos la aplicación de las disposiciones de la Ley No. 42-08 hace necesario la aplicación inmediata de estas políticas de cumplimiento. Además de multas que equivaldrían a 3,000 salarios mínimos y la condena por daños y perjuicios como consecuencia de una demanda por parte de un particular, las personas naturales que participen directamente como cómplices o encubridores podrán ser pasibles de sanciones penales.³⁹ Asimismo, ProCompetencia podrá ordenar medidas conductuales,⁴⁰ tales como ordenar a las empresas a modificar una conducta de manera inmediata. Estas medidas pueden afectar a las empresas ya que tendrán que variar las formas en las que las mismas ejercen sus negocios y obligarlos a tomar medidas no previstas en un tiempo considerablemente corto.

Lo anterior refleja la necesidad de que desde ya las empresas adapten sus operaciones a las disposiciones de la Ley No. 42-08. Es importante también el empleo de programas de cumplimiento en materia de competencia en algunas empresas a los fines de evitar sanciones.

³⁹ Capítulo V. Sanciones y Medidas Cautelares de la Ley No. 42-08.

⁴⁰ Artículo 64 de la Ley No. 42-08.

IV. Conclusiones.

La entrada en vigencia de la Ley No. 42-08 y con esta la aplicación de las políticas de competencia por parte de ProCompetencia hace obligatorio la evaluación por parte de las empresas de sus actuales operaciones a los fines de determinar si están acorde con la norma en la materia.

De manera general se puede establecer que existe desconocimiento en el país sobre aquellas prácticas que se encuentran sancionadas. Es por esto y en vista de los costos que implicaría para las empresas un proceso de investigación y posterior sanción que se hace necesario que las mismas adapten sus operaciones a los fines de que estén acorde a la Ley No. 42-08. En algunos casos incluso es racional el empleo de políticas de cumplimiento en la materia. Dichas políticas deben estar diseñadas de conformidad con las características de la empresa, del mercado dominicano y de la regulación de competencia regida por la Ley No. 42-08 y los reglamentos, guías y decisiones de ProCompetencia.

V. Bibliografía

Doctrina

- Antonio Alarcón Garrido. *Manual Teórico-práctico del compliance officer* (Madrid: Sepin, 2016).
- Lino Briguglio y Eugene Buttigieg. “Competition Constraints in Small Jurisdictions” *Bank of Valetta Review* 30 (2004).
- Patricia Pérez. La Importancia Del Derecho De La Competencia Para El Correcto Funcionamiento De La Economía, Especialmente En Épocas De Crisis. *SMBR*: 3(2012), pp. 59-64.

- Richard Wish y David Bailey. *Competition Law* (Londres: Oxford University Press, 2015) Eight Edition.

Legislación

- 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. Comisión Europea. Comunicación 45/7
- Ley General de Electricidad, Ley No. 125-01 de fecha veintiséis (26) de julio del año dos mil uno (2001) Arts. 7 y 82
- Ley General de Defensa de la Competencia, Ley No. 42-08
- Resolución No. 01-2017 de ProCompetencia del dieciséis (16) de enero del año dos mil diecisiete (2017).
- Decreto No 5-17 del Poder Ejecutivo de fecha seis (6) de enero del año dos mil diecisiete (2017).

Jurisprudencia

- Caso 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207.
- Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007),
- Northern Securities Co. v. U.S. (J. Harlan, 1904)
- U.S. v. Addyston Pipe & Steel (J. Taft, 6th Cir. 1898),

Publicaciones electrónicas

- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. ¿Qué es un cartel? Febrero 19, 2016 Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/> (Último Acceso 21/6/2017).
- Dirección General de Impuestos Internos (DGII). Estudios de Concentración de Mercado 2016. Marzo 2017. Disponible en: <https://www.dgii.gov.do/informacionTributaria/publicaciones/estudios/Documents/Conce ntracionMercado2016.pdf> (Último Acceso 17/06/2017).
- Edson Magaña, La Colusión Tacita y Explícita. 19 de noviembre de 2014 Disponible en: <http://blogs.eleconomista.net/competencia/2014/11/la-colusion-tacita-y-explicita/> (Último Acceso 21/6/2017).
- Exxonmobil. Antitrust and Competition Law Legal Compliance Guide, 2014. Disponible en: <http://cdn.exxonmobil.com/~~/media/global/files/other/2015/antitrust-and-competition-law-legal-compliance-guide.pdf> (Último Acceso 25/6/2017).
- Mark R. Hellerer et all. Guidance for Companies Developing and Implementing Antitrust Compliance Programs. 23 de octubre de 2014, Disponible en: <https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/guidance-for-companies-developing-and-implementing-antitrust.html> (Último Acceso 25/6/2017).
- Michael Volkov The Often Ignored Importance of Antitrust Compliance (Part I of II), Agosto 2, 2016, Disponible en: <http://blog.volkovlaw.com/2016/08/often-ignored-importance-antitrust-compliance-part-ii/> (Último Acceso 21/6/2017).
- Panaderos deciden subir a RD\$7.00 el pan de agua. *Acento*. 5 de marzo de 2015 Disponible en: <http://acento.com.do/2015/economia/8228388-panaderos-deciden-subir-rd7-00-al-pan-de-agua/> (Último Acceso 22/06/2017).

- Presidente juramenta Consejo Directivo de Pro-Competencia. *Diario Libre*. 30 de junio de 2011 Disponible en: <https://www.diariolibre.com/economia/economia-personal/presidente-juramenta-consejo-directivo-de-pro-competencia-IDDL296086> (Último Acceso 22/6/2017).
- ProCompetencia, Consultas Públicas. Disponible en: <http://procompetencia.gob.do/consultas-publicas/> (Último Acceso 25/6/2017).
- ProCompetencia. Guía Sobre Competencia Para Asociaciones empresariales. Disponible en: procompetencia.gov.do/Guia-de-Asoc-Emp.pdf (Último Acceso 25/6/2017).
- ProCompetencia. Infografía de Mercados. Diciembre 2016. Disponible en: http://procompetencia.gob.do/Docs/Publicaciones/Infografia_Observatorio.pdf (Último Acceso 17/06/2017).
- ProCompetencia. Resoluciones de Inicio de Investigaciones por parte de la Dirección Ejecutiva. Disponible en: <http://procompetencia.gov.do/resoluciones-de-la-direccion-ejecutiva/> (Último Acceso 21/6/2017).
- ProCompetencia. Publicaciones. Disponible en: <http://procompetencia.gob.do/publicaciones/> (Último Acceso 22/06/2017).