

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Vicerrectoría de Postgrado
Área de Ciencias Jurídicas



Trabajo de Investigación Final para optar por el título de
Magister en Derecho de la Regulación Económica

Análisis del régimen administrativo-sancionador de la Ley 42-08 sobre Defensa de la
Competencia

Sustentante

Juan Francisco Medina Casado (2014-7187)

Asesor de contenido

Lic. Eduardo Antonio Núñez Sánchez

Asesor metodológico

Dr. Jesús Elías Michelén Embarek

Santo Domingo, D.N.
mayo, 2017

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Decanato de Postgrado CSTA

Centro de Desarrollo Profesoral

Magister en Derecho de la Regulación Económica

Análisis del régimen administrativo-sancionador de la Ley 42-08 sobre Defensa de la Competencia

Yo, Juan Francisco Medina Casado, a través del presente documento, autorizo a la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra a reproducir total o parcialmente mi tesis, tanto en soporte físico como digital, y a ponerla a disposición del público, mediante cualquier medio conocido (físico, en línea) o por conocer. Cualquier reproducción de este documento no debe ser para uso comercial o de lucro.

Fecha: 26/05/2017

Firma del autor: _____



“Declaro, en mi calidad de autor de esta obra que cedo de manera formal, gratuita, permanente y absoluta a la PUCMM todos los derechos patrimoniales, de forma no exclusiva, que ostento sobre mi creación, pudiendo expresamente la PUCMM explotarla a su mejor conveniencia, recibiendo si así fuere el caso, regalías por usos onerosos; que como autor exonero a la PUCMM de cualquier responsabilidad por reclamos en contra de lo creado y que autorizo a que la misma sea protegida mediante las vías que a tales fines establece la ley, indicando siempre mi calidad de autor”

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Francisco Medina Casado', written over a horizontal line.

Juan Francisco Medina Casado
Matrícula 2014-7187

Índice

Resumen.....	iii
Introducción	1
Capítulo 1: Análisis Típico de las Infracciones en el Derecho de la Competencia..	6
1.1. Antecedentes históricos	6
1.2. Importancia del Derecho de la Competencia	8
1.3. El Derecho Administrativo-sancionador y el Derecho de la Competencia ..	11
1.4. Las infracciones anticompetitivas en las legislaciones extranjeras	20
Capítulo 2: Infracciones contenidas en la Ley 42-08	27
2.1. Descripción típica de las conductas	27
2.1.1. Prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos	28
2.1.2. Abuso de posición dominante.....	30
2.1.2.1. El mercado relevante.....	32
2.1.2.2. La posición de dominio.....	36
2.1.2.3. El abuso.....	42
2.1.3. Competencia desleal	44
2.2. Clasificación de las conductas anticompetitivas.....	44
2.3. Esquema de imputación de las conductas anticompetitivas	48
2.3.1. Artículo 5: Prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos	49
2.3.2. Artículo 6: Abuso de posición de dominio	52
2.4. Déficit de las descripciones típicas	55

2.4.1.	Posibilidad de colaboración reglamentaria	55
Capítulo 3:	Sanciones establecidas por la Ley 42-08	61
3.1.	Aspectos generales.....	61
3.2.	Punibilidad de las infracciones	68
3.3.	Déficit en la categoría de la punibilidad	70
3.3.1.	Falta de adscripción infracción-sanción.....	71
3.3.2.	Discrecionalidad del órgano administrador	73
3.3.3.	Proporcionalidad de la sanción	76
3.4.	Las sanciones en materia de competencia de las legislaciones extranjeras ..	78
Conclusión	83
Bibliografía	87

Resumen

El Derecho de la Competencia es de recién creación y puesta en vigencia en la República Dominicana. Debido a esto, no es posible prever la incidencia que tendrá en asegurar la libre competencia de los agentes económicos del mercado. La fórmula a la cual ha acudido el legislador para proteger dicha libre competencia, se fundamenta en la imposición de sanciones administrativas a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Esto conlleva, por tanto, la configuración de varias conductas típicas anti-administrativas cuyos principios subyacentes, del derecho administrativo-sancionador, son extraídos en gran medida del derecho penal.

La configuración de estas conductas debe adecuarse a los principios y reglas establecidos en la Constitución, como norma suprema y como mecanismo de garantía de los derechos fundamentales de los administrados; en especial el de reserva de ley. De lo contrario, la política de competencia puesta en funcionamiento resultaría inaplicable por transgredir las disposiciones de nuestra Carta Magna, teniendo como desenlace una legislación *natimuerta*.

De ahí la importancia de analizar estas disposiciones de cara a los principios y reglas constitucionales, desarrollados en gran medida por la normativa legal, e interpretados por juristas tanto del derecho penal como del derecho administrativo, en su vertiente sancionadora.

Bajo dicha perspectiva dual (penal y administrativo-sancionador) se lograron identificar falencias tanto para la descripción típica de las conductas como en el ámbito sancionatorio, en lo particular por la falta, escasez o imposibilidad de colaboración reglamentaria; fundamental en materias tan técnicas y especializadas como el derecho de la competencia.

Introducción

Hasta hace unos meses nuestra legislación de competencia, Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia, se encontraba en una *vacatio legis* condicionada a la designación del Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. En consecuencia, las infracciones contenidas en ella eran inexistentes, existiendo así una ausencia del tipo que impedía la persecución de estas conductas.

A raíz de la designación del Director Ejecutivo por parte del Poder Ejecutivo, desaparece su estatus de *vacatio legis* y dicha norma entra en pleno vigor. Esto implicó, por tanto, la puesta en funcionamiento no únicamente de los órganos y las competencias establecidas en dicha norma, sino también de sus facultades sancionadoras, las cuales giran en torno a infracciones administrativas que atentan contra la libre competencia.

La independencia de la administración, dice Santiago Prado, “estaría comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniarias dentro de los límites de la simple corrección o por vía de disciplina”. De este modo, no tendría sentido un régimen de supervisión administrativa sin que existiese la amenaza de una sanción.¹

Estas conductas son generalmente prohibidas **debido a los efectos negativos que causan sobre el mercado**, ya que la conducta de los agentes económicos puede efectivamente reducir el bienestar social con miras a su propio beneficio particular. El aspecto sustantivo de la facultad sancionadora de la administración requiere de un análisis minucioso, ya que, tal y como refiere Encarna Cordero, uno de los aspectos que causa mayores desconciertos en el procedimiento administrativo-sancionador lo es el

¹ Santiago Prado, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno* (Santiago: Imprenta Nacional, 1985), 24.

principio de tipicidad, por las incertidumbres e incluso sorprendentes consecuencias que su aplicación plantea.²

La entrada en vigencia de la Ley 42-08 representó uno de los puntos nodales para poder inferir una adecuada puesta en ejecución de una política de competencia en la República Dominicana. Lo mismo no implica, sin embargo, el abandono de los preceptos y garantías que son supuestos a encontrarse preestablecidos al momento de la formulación de dicha normativa.

Dicho de otro modo, una política de competencia que además de encontrarse en ejecución, sea efectiva, debe responder a particularidades tanto materiales como formales. No es posible dejar de lado preceptos constitucionales, legales ni jurisprudenciales; pero tampoco resulta concebible realizarlas al margen de las construcciones jurídico-doctrinales que al respecto se han referido a una esfera jurídica que hace alusión, no únicamente a normas de prohibición, sino también a normas que implican la sustracción o limitación de derechos, como efectivamente prevé la defensa de la competencia desde la óptica del derecho administrativo sancionador.

En otras palabras, “[...] tales potestades son potencialmente lesivas de los derechos fundamentales del perseguido”. Sus principios rectores, por tanto, son los que consolidan el Estado de Derecho e impiden la lesión de derechos y garantías del perseguido, evitando un trato distinto para casos análogos en el ejercicio de dichas potestades por parte de los órganos administrativos.³

Un establecimiento claro y conteste con los principios y las normas relativas al derecho de la competencia, “[...] desincentivaría la natural tendencia a infringir el ordenamiento jurídico cuando éste, al parecer laxo o impreciso, crea la ilusión –y no

² Encarna Cordero Lobato, *Tipificación y Competencia en el Derecho Sancionador de Consumo – Un estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa* (Universidad Castilla-La Mancha, 2008), 7.

³ Cristian Román, “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 93, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>

pocas veces, realidad- de que fácil es eludir la responsabilidad derivada de su contravención”.⁴

Por tanto, nuestro punto de partida consiste en la definición y contraste de los preceptos de nuestra Ley 42-08 sobre Defensa de la Competencia, permitiendo identificar sus fortalezas y debilidades; tomando en cuenta que necesariamente concurre y colisiona con derechos de carácter fundamental, en especial, a raíz de la supra indicada limitación de derechos que pudiera imponer. De este modo, a los términos de Cristián Román, “[es] necesario es que su ejercicio esté limitado dentro de contornos claros y precisos, y que fijan, primeramente, sus principios, y luego, sus reglas”.⁵

Para estos fines, se pretende el análisis de los preceptos y disposiciones normativas contenidas en la Ley 42-08 que regulan el derecho de la competencia en la República Dominicana, y su relación con los principios del derecho administrativo sancionador, teniendo como objetivos:

- La delimitación de las infracciones previstas por el Derecho de la Competencia;
- La enunciación de los elementos constitutivos de las infracciones y su posibilidad de colaboración reglamentaria;
- La identificación de las debilidades normativas presentes en la descripción típica de las conductas prohibidas;
- La enumeración de las categorías de sanciones establecidas y su posibilidad de colaboración reglamentaria, y;
- El reconocimiento de las deficiencias presentes en dicha Ley para el establecimiento de las sanciones.

A final de cuentas, esto evidenciará los preceptos de dicha Ley que necesariamente deberán ser complementados, suplementados o eliminados del ordenamiento jurídico

⁴ Cristian Román, “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 93, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>

⁵ Cristian Román, “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 93, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>

dominicano: ya sea por precedente administrativo continuo, sea por fallo judicial irrefragable, o ya sea por expulsión del sistema por parte de nuestro máximo intérprete constitucional, el Tribunal Constitucional dominicano.

De este modo, quedaría importantizada la labor del derecho de la competencia en el marco de una economía del mercado, la cual a los términos de José Marín Quemada “constituye un órgano fundamental del Estado moderno”, no solamente por sus repercusiones legales, sino también por los costos de “no contar con una agencia y una legislación de competencia eficaz”, los que “se traduce[n] en desigualdad social, falta de generación de riqueza y malestar político”.⁶

Para su mejor análisis y comprensión, el presente trabajo de investigación estará estructurado de la manera siguiente:

- **Capítulo 1: Análisis típico de las infracciones en el Derecho de la Competencia**

En este capítulo se realizará una exposición sumaria de los antecedentes e importancia del derecho de la competencia, además de la transposición de los principios rectores del derecho penal al derecho administrativo-sancionador. Luego de allí, se estará tratando de manera sumaria e introductoria las diferentes infracciones establecidas en el Derecho de la Competencia tanto en el ámbito nacional, como su correspondencia o no en el ámbito internacional.

- **Capítulo 2: Infracciones contenidas en la Ley 42-08**

En este capítulo se detallarán de manera específica las infracciones de dicha ley y sus elementos caracterizadores. De este modo, se clasificarán y detallarán los elementos del tipo para cada una de las conductas prohibidas y bajo qué circunstancias concurrirían las mismas, además de la posibilidad o no de colaboración reglamentaria para cada uno de los elementos constitutivos de las infracciones

⁶ El Caribe, “*Cita rol de agencias de competencia*”, 02 de febrero de 2016, Disponible en: <http://www.elcaribe.com.do/2016/02/17/cita-rol-agencias-competencia>

establecidas en la misma. A partir de dicho análisis, estaremos evidenciando las posibles deficiencias en la redacción legislativa o técnica de colaboración reglamentaria de dichas infracciones.

- **Capítulo 3: Sanciones establecidas por la Ley 42-08**

En este capítulo se intentará determinar la constitucionalidad y legalidad de las sanciones establecidas para cada una de las infracciones previstas en la ley, como también si las mismas cumplen con los principios que al respecto se han establecido doctrinal y legalmente. Para ello, se identificarán los márgenes de punición establecidos por la norma, así como las circunstancias modificativas de la responsabilidad (circunstancias atenuantes o agravantes), en atención a los parámetros establecidos por la Ley 107-13.

Posteriormente, intentaremos evidenciar las falencias que podrían afectar las sanciones previstas por dicha ley, tanto desde el punto de vista de sus principios rectores, como también de la posibilidad o no de colaboración reglamentaria. Por otro lado, será preciso indicar la forma en la cual se ha dispuesto el régimen de sanciones en otros países, para así posibilitar fórmulas alternativas para su redacción.

Nuestra finalidad es que el mismo constituya un complemento al estado de conocimiento actual sobre el tema, respondiendo a las necesidades jurídicas y técnicas que se presentan al momento de abordar temas como el actual.

Capítulo 1: Análisis Típico de las Infracciones en el Derecho de la Competencia

1.1. Antecedentes históricos

El Código Penal napoleónico de 1884 contiene una disposición que busca, desde aquél entonces, la protección de los precios fijados libremente por la ley de la oferta y la demanda. Así, su artículo 419 prohíbe:

El acuerdo entre dos o más industriales, productores o comerciantes, sea cual fuere la forma en que intervenga, por el cual se convenga en que alguno o algunos de ellos dejen de producir determinados artículos o de negociar en ellos con el propósito de alterar el precio de éstos.

La misma, no obstante y por ignorada que haya sido, limita su ámbito de aplicación a una única conducta típica: la de fijar los precios de un producto determinado de manera concertada.

Más allá de esta disposición, la República Dominicana contaba con escasa regulación respecto al derecho de la competencia, limitándose únicamente sobre algunos mercados especializados⁷. Así, a modo de ejemplo, la Ley núm. 153-98 sobre Telecomunicaciones, pionera sobre el particular, establece dentro del aspecto considerativo de la misma “que es de interés del Estado organizar y promover la competencia leal, eficaz y sostenible dentro del sector de las telecomunicaciones”⁸.

No existía en el marco jurídico vigente, más allá de estos, una disposición normativa que regulara las relaciones de los agentes económicos del mercado en sentido general, salvo las relativas a la competencia desleal, que se encuentran bajo el abrigo de la Ley núm. 358-05 sobre Derechos del Consumidor y Usuario.

Es para el año 2008 que la República Dominicana logra la promulgación de la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia, la cual establece una serie de pautas de

⁷ V.g. La Ley núm. 153-98 sobre Telecomunicaciones, Ley núm. 20-00 sobre Propiedad Industrial, Ley núm. 125-01 sobre Electricidad, Ley núm. 183-02 o Ley núm. Monetaria y Financiera, Ley núm. 146-02 sobre Seguros y Fianzas y Ley núm. 358-05 sobre Protección de los Derechos del Consumidor y Usuario.

⁸ Ley núm. 153-98 o Ley General de Telecomunicaciones. G.O. núm. 9983. 19 de marzo de 1998. Segundo considerando.

conducta que deberán ser respetadas por los agentes económicos del mercado, a fin de preservar el bienestar social en el sentido económico. De este modo, busca lograr la libre competencia, permitiendo en teoría, “el equilibrio del mercado, o lo que conocemos como un mercado perfectamente competitivo”.⁹

Dicha legislación, según su considerando cuarto, surge como consecuencia de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Centroamérica (DR-CAFTA). Los tratados internacionales, tanto en la Constitución de aquél entonces, como en la actual, resultan vinculantes para el Estado Dominicano, en tanto se haya agotado el procedimiento diplomático y legislativo de lugar.

De este modo, a raíz de la entrada en vigencia de dicho tratado en la República Dominicana el 01 de marzo de 2007, la República Dominicana asume el compromiso de adoptar las medidas previstas por dicho tratado, dentro de las que se encuentra la promoción de condiciones de competencia leal, como uno de sus objetivos primarios. De este modo, la redacción y posterior promulgación de nuestra ley de competencia surge como consecuencia de ello. En efecto, conforme al considerando cuarto precitado:

Dado el proceso de apertura comercial y globalización de las economías que tiene lugar actualmente y ante la entrada en vigencia del [...] DR-CAFTA, el Estado dominicano debe contar con un instrumento jurídico moderno, acorde con esta realidad económica, 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**. [Resaltado nuestro]

Esto así, dado que es de interés del Estado, según el considerando séptimo: “[que la] entrada en vigencia del DR-CAFTA promueva la reducción de precios, el uso eficiente de los recursos productivos y, en consecuencia, mejores condiciones de vida de los dominicanos”.

Es a raíz de la reforma constitucional del año 2010, que el constituyente dominicano añade al catálogo de derechos fundamentales el derecho a la libre competencia. En

⁹ María Guillem, “El Derecho de la Competencia” en *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, Tomo 2, 169, Disponible en: http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2010/10/167a206_el_derecho.pdf

efecto, al hablar sobre la libertad de empresa, en su artículo 50 literal a) el mismo establece que: “El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para **evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante**” [Resaltado nuestro]. De este modo, dicha rama del derecho expande su garantía de protección al grado constitucional, con sus condignas consecuencias.

1.2. Importancia del Derecho de la Competencia

Es de suma importancia que los Estados cuenten con una política de competencia efectiva. De hecho, la Comisión de Modernización del *Antitrust* estadounidense, al hablar sobre el particular, ha dicho que: “la competencia en los mercados libres –esto es, mercados que operan sin barreras anticompetitivas, sean privadas o gubernamentales– compele a las firmas (empresas) a reducir los precios, mejorar la calidad e innovar”.¹⁰ Esto permite, en síntesis, que las empresas desarrollen y vendan el tipo y calidad de los bienes y servicios que los consumidores desean, de la manera más eficiente posible, y bajo precios competitivos; lo que coincide con el espíritu de nuestra ley.

El derecho de la competencia, como mecanismo para hacer efectiva dicha política, es “una rama del derecho económico que se encarga de promover la libre y leal competencia entre los agentes económicos en el mercado, prohibiendo **conductas restrictivas, el abuso de la posición de dominio y la competencia desleal**”.¹¹ Se resume, según Germán Coloma, como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el

¹⁰ En: American Bar Association, *Antitrust Laws and You! – Understanding Antitrust Laws, Competition, the Economy, and their Impact in Our Everyday Lives*, Citando al Antitrust Modernization Commission: “Competition in free markets—that is, markets that operate without either private or governmental anticompetitive restraints—forces firms to lower prices, improve quality, and innovate. Businesses in competitive markets develop and sell the kinds and quality of goods and services that consumers desire, and firms seek to do so as efficiently as possible so they can offer those goods and services at competitive prices”, 8, Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/public_education/lesson_plans/High%20School/AntitrustLaw_booklet_STUDENT.pdf [Traducción nuestra]

¹¹ María Guillem, “El Derecho de la Competencia” en *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, 168-169, Disponible en: http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2010/10/167a206_el_derecho.pdf [Resaltado nuestro]

ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí.¹²

El objetivo principal del Estado al promulgar nuestra Ley de Competencia 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** [...] en el territorio nacional” [Resaltado nuestro]. Así lo establece claramente el legislador en su artículo primero.

En este sentido, se vela por la protección del régimen económico de la República Dominicana, cuyo fundamento, según el artículo 217 de la Constitución Dominicana, versa entre otras cosas, en torno al “[...] crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y sostenibilidad ambiental en un marco de **libre competencia**” [Resaltado nuestro]. Dicho objetivo es logrado en la medida en que el mercado no lo pueda realizar por sí mismo. En este supuesto, se debe contar con “normas que la garanticen y regulen [...], sin necesidad de aplicar un intervencionismo que pueda perjudicar el bienestar social”.¹³

En efecto, el Estado “tiene el deber jurídico de actuar a efectos de evitar que [los riesgos] derivados de actividades complejas y cuyo control pertenece a particulares deriven en daños a terceros” mediante la creación de normas cuyo incumplimiento conlleve una sanción.¹⁴

El objeto de protección de nuestra norma de competencia versa en un doble sentido:

¹² Germán Coloma, *Defensa de la Competencia*, Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003, ISBN: 978-978507246-6. El autor de esta definición se refiere a la regulación indirecta como “un intervención excepcional que sólo se desencadena cuando se producen ciertos hechos específicamente establecidos por las propias normas y en las cuales la intervención del Estado es esporádica y se limita a tratar el hecho que la generó”.

¹³ María Guillem, “El Derecho de la Competencia” en *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, 169, Disponible en: http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2010/10/167a206_el_derecho.pdf

¹⁴ Cristian Román, “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 92, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>

- El incremento de la eficiencia económica;
- Garantizar el bienestar de los consumidores.

El incremento de la eficiencia económica como objeto de protección de nuestra Ley de Competencia es un concepto que parte de la Economía. En efecto, según Gregory Mankiw, es eficiente la asignación de recursos que maximiza tanto los excedentes del consumidor como los excedentes del productor¹⁵. Por tanto, en cierto modo, el primer objeto de protección (incremento de la eficiencia económica) abarca el segundo (bienestar de los consumidores).

No obstante, esta aseveración resulta ser poco complaciente. Así, hipotéticamente, un mercado podría ser eficiente aun cuando literalmente no exista excedente para los consumidores, acaparando el productor para sí mismo la totalidad del mismo (con exclusión de las pérdidas irre recuperables de eficiencia). Sin embargo, en términos relativos, sería una posición menos eficiente que la que proporcionarían otros supuestos, como el de competencia perfecta¹⁶.

Refiere Mankiw al hablar sobre este punto, que “el equilibrio entre oferta y demanda maximiza la suma de los excedentes del productor y del consumidor”¹⁷, o dicho de otro modo, el punto donde la eficiencia total se maximiza es aquella donde el precio es fijado libremente por la ley de la oferta y la demanda; lo que es atacado de manera frontal en los supuestos de acuerdos colusorios, prácticas concertadas y competencias desleales.

Es por ello que entendemos que, aunque esta doble vertiente resulta redundante (ya que un concepto abarca el siguiente), el sentido que el legislador quiere atribuirle es que

¹⁵ Gregory Mankiw, *Principios de economía. 6ta. Edición* (México: Cengage Learning, 2012), 151, ISBN: 978-607-481-829-1.

¹⁶ Claro está, un supuesto de competencia perfecta es prácticamente imposible y utópico, pero resulta en términos relativos más posibles y alcanzables que los supuestos monopólicos donde se pueda lograr una eficiencia similar o asemejable al de competencia perfecta, ya que requiere de una discriminación perfecta de precios, y no existe por tanto pérdida irre recuperable de eficiencia. Para más información ver: Gregory Mankiw, *Principios de economía. 6ta. Edición*.

¹⁷ Gregory Mankiw, *Principios de economía. 6ta. Edición* (México: Cengage Learning, 2012), 151, ISBN: 978-607-481-829-1.

dicha eficiencia económica debe asegurarse procurando que ambos lados de la eficiencia (excedente del productor y consumidor) sean tomados en cuenta, con una atención especial al segundo, es decir, el excedente o bienestar del consumidor.

1.3. El Derecho Administrativo-sancionador y el Derecho de la Competencia

Existen dos modos de llevar a cabo la defensa de la competencia, que se conocen bajo los nombres de “política de comportamiento” y “política estructural”:¹⁸

- **La política de comportamiento**, que consiste en una serie de procedimientos de naturaleza jurisdiccional mediante la cual se sancionan acciones llevadas a cabo por los agentes económicos.
- **La política estructural**, que consiste esencialmente en el uso de medidas que influyen sobre el número y el tipo de empresas, y la forma en la cual operan en los mercados.

En cuanto al primer particular, es decir, la política de comportamiento, la Ley 42-08 establece una serie de conductas prohibidas, tales como: Las prácticas concertadas y los acuerdos anticompetitivos (artículo 5), El abuso de posición dominante (artículo 6), y la competencia desleal (artículo 10).

En lo que respecta a la política estructural, nuestra ley dedica un capítulo a la promoción de la cultura de la competencia (Título I, Capítulo IV) donde se indican como facultades la simplificación de trámites, la revisión de los actos jurídicos estatales y la supervisión de las ayudas estatales; además de las atribuciones de abogacía de la competencia delegadas al Consejo Directivo.

Avocándonos a la política de comportamiento, la ley de marras prohíbe aquellas conductas que impiden la competencia libre y leal entre los agentes económicos, de modo tal que exista entre estos un clima que permita la obtención de dividendos razonables sin

¹⁸ Germán Coloma, *Defensa de la Competencia* (Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003), 18, ISBN: 978-978507246-6.

desmedro de sus demás competidores ni de los consumidores o usuarios de dicho mercado. Estas prácticas se encuentran, por tanto, seguidas de una sanción. Y es que, tal y como establece correctamente Horacio Andaluz, “para que una norma sea parte del derecho positivo, deberá no sólo haber sido creada conforme a una norma superior, sino también **ser continente de una medida coercitiva**”.¹⁹

En sentido general, las normas prohibitivas, incluyendo las relativas a la competencia, pueden optar ya sea por fórmulas penales (en forma de delitos), o fórmulas administrativo-sancionadoras (en forma de infracciones). Ambas opciones constituyen una manifestación genérica del *ius puniendi* del Estado que dependen, pues, de sus políticas criminales, expresadas a través de las normas que producen sus respectivos Poderes Legislativos.²⁰

De este modo, algunas legislaciones, tales como la estadounidense, la canadiense, la inglesa, etc. han optado por normas de carácter penal; mientras que otras, como la comunitaria²¹, alemana, española, entre otras, han preferido la fórmula administrativa. El legislador dominicano ha preferido establecer la prohibición de las conductas anticompetitivas desde el ámbito administrativo, siendo así que las infracciones serán conocidas y falladas por un órgano de la administración pública. Por tanto, las infracciones detalladas por la Ley 42-08 serán conocidas y decididas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.²²

En este sentido, la ley le atribuye en el artículo 41.k) la facultad de “**Imponer sanciones por la comisión de faltas administrativas** [...] y decretar la suspensión de los actos infractores; así como, ordenar las medidas e imponer obligaciones contra el agente

¹⁹ Horacio Andaluz, *Positivismo normativo y derecho internacional* (La Paz: Plural Ed., 2005), 117, Disponible en: <https://books.google.com.do/books?id=fXZ4BO9tP2IC> [Resaltado nuestro]

²⁰ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015, 128), ISBN: 978-84-309-5476-6.

²¹ Aquí hablamos de las normas y directrices de la Unión Europea.

²² Ver artículos 35 y 61 de la Ley núm. 42-08.

económico o persona sancionada, a los fines de corregir la distorsión en el mercado y restaurar la competencia” [Resaltado nuestro].

Así queda manifestada la potestad sancionadora de la Comisión, la que según Ronald Cuadra es:

La facultad de la Administración Pública de **imponer sanciones** a las personas físicas o jurídicas una vez analizado el grado de **culpabilidad**, derivada de **la Ley que previamente ha descrito los hechos y las sanciones** que son necesarias y proporcionadas al fin que se tuvo en cuenta al instaurar la potestad.²³

Los límites de esta potestad son, en síntesis, que sus sanciones no podrán constituir un desmedro a la libertad. Así lo consagra el artículo 40.17 de la Constitución que establece que: “En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública **no podrá imponer sanciones que** de forma directa o subsidiaria **impliquen privación de libertad**” [Resaltado nuestro].

Y es que, una de las diferencias más notables entre ambos ordenamientos, más allá de la reconocida autonomía del derecho administrativo sancionador, lo representa la graduación de los principios existentes en materia penal –e incluso procesal penal- hacia el ámbito administrativo.

De este modo, son aplicables los principios generales que inspiran al derecho penal en el ámbito administrativo sancionador, aunque con ciertos matices.²⁴ Dicho criterio es sostenido de manera recurrente por el Tribunal Constitucional español, añadiendo que “un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales”.²⁵ Esto se debe, según Cristián Román, a que:

[En] primer lugar, que entre la sanción administrativa y la pena existe una identidad ontológica, existiendo entre ellas tan sólo **diferencias de grado o intensidad**, y, en segundo lugar, [a] que tanto el Derecho Penal como el “Penal Administrativo” –como ellos llaman al

²³ Ronald Cuadra-Malespín, *La sanción administrativa* (San José: ISOLMA, 2010), ISBN: 978-996-8591-11-9 [Resaltado nuestro]

²⁴ Encarna Cordero Lobato, *Tipificación y Competencia en el Derecho Sancionador de Consumo – Un estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa* (Universidad Castilla-La Mancha, 2008), 11.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 18/1987.

Derecho Administrativo Sancionador- son **manifestación de un mismo y único ius puniendi del Estado.**²⁶

Dicha potestad supone una intromisión dentro de la vida de los ciudadanos que contiene exigencias de menor magnitud que si fuesen de naturaleza penal. Así, son de similar naturaleza pero retienen un menor grado de rigidez para su configuración. Por tanto, tal y como señala Lorenzo Martín-Retortillo: “el estudio de las sanciones administrativas ha de hacerse siempre buscando el **contraste con la legislación penal**”. Continúa, diciendo que “cualquier intento de solución y, por supuesto, su ponderación y estudio, no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta las fórmulas penales”.²⁷

El fundamento de análisis para el derecho administrativo sancionador lo constituye la **falta o infracción administrativa**. Estas conductas presentan rasgos similares a aquellas pertenecientes al derecho penal²⁸, en tanto delitos e infracciones administrativas pueden analizarse conforme a las categorías de la teoría del delito (por cuanto son típicas, antijurídicas, culpables y punibles).

En efecto, la falta o infracción puede definirse como: “[...] **Acción u omisión antijurídica, típica y culpable** para la que la **Ley** prevé la imposición de una **sanción** por alguna **autoridad administrativa**”.²⁹ O en otras palabras, “[A]quella conducta

²⁶ Cristian Román. “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 93, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf> [Resaltado nuestro]

²⁷ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas” en *Revista de Administración Pública*, 134, Septiembre-diciembre 1991, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17103.pdf> [Resaltado nuestro]

²⁸ Eduardo Cordero, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal” en *Revista de Derecho*, 25 (2), 2012, Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>

²⁹ Eduardo Cordero, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal” en *Revista de Derecho*, 25 (2), 2012, Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf> [Resaltado nuestro]

contraria a dicho ordenamiento (conducta antijurídica) que, además, está tipificada en una Ley como tal infracción y a la que la misma Ley atribuye una sanción administrativa”.³⁰

Conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional Español de manera constante y uniforme, en el sentido de extender la regla *nullum crimen nulla poena sine lege* al ordenamiento administrativo sancionador, queda en evidencia una doble garantía:

- La primera, de orden material, referente a la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de libertad individual. Así, se requiere de una **predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes**, mediante conceptos jurídicos que permitan deducir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables.
- La segunda, de carácter formal, que hace referencia al **rango de las normas tipificadoras** de las infracciones y reguladoras de las sanciones, que necesariamente deberán quedar establecidas por **ley**.³¹

De esto se deduce que para la consumación de una infracción administrativa, es necesario que se manifieste una conducta que debe ser a su vez típica, antijurídica, culpable, y punible.

- **Típica**, en el sentido de que la misma “[...] ha de coincidir con una de las descripciones de delitos (o en este caso de infracciones administrativas) de las que están reunidas en la Parte Especial”.³² De este modo, se erige como “una reserva en favor de las normas con rango de Ley para que sean las únicas que puedan calificar las conductas como sancionables administrativamente”.³³ Así, esta categoría es una consecuencia inmediata

³⁰ Manuel Rebollo, Manuel Carrasco, Lucía Alarcón, et al, “Panorama del derecho administrativo sancionador en España” en *Estudios Socio-Jurídicos*. 7(1): 23-24. Enero-Junio 2015.

³¹ Isabel Perello, “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional” en *Jueces para la Democracia*, 22, 1994, 76, ISSN 1133-0627, Disponible en: <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2552535.pdf> [Resaltado nuestro]

³² Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito* (Madrid: Civitas, 1997), ISBN 84-470-0960-2.

³³ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

del principio *nullum poena sine lege*, bajo la particularidad del sistema administrativo-sancionador.

En el ámbito administrativo, el principio de legalidad en sentido formal, entendido como “el rango de las normas tipificadoras de las infracciones”³⁴, sufre una atenuación. La potestad sancionadora administrativa permite la remisión “en blanco” a normas de grado inferior a una Ley (*stricto sensu*), como es el caso de los reglamentos y las resoluciones.³⁵

Esta técnica, definida como la posibilidad de colaboración reglamentaria, consiste en que las “disposiciones de desarrollo (reglamentos) pueden especificar o graduar previsiones legales previas con el fin de mejor identificar las conductas constitutivas del ilícito, **pero sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente**”.³⁶

En efecto, la Ley núm. 107-13 establece de manera concreta dicha atenuación, al establecer, en su artículo 36 pár. I que: “Los reglamentos sólo **podrán especificar o graduar las infracciones o sanciones** legalmente establecidas con la finalidad de una más correcta y adecuada identificación de las conductas objeto de las infracciones o de una más precisa determinación de las sanciones [...]” [Resaltado nuestro].

Así pues, “la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable”. Esto tiene como objetivo final la reducción de la vaguedad (e imprecisión) del enunciado sancionable, logrando así que “tanto el

³⁴ Isabel Perello, “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional” en *Jueces para la Democracia*, 22, 1994, 76. ISSN 1133-0627, Disponible en: <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2552535.pdf>

³⁵ José de la Mata, José Sánchez, Rafael Alcácer, et al, *Teoría del Delito* (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007), 47, ISBN: 978-9945-425-17-8.

³⁶ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37. [Resaltado nuestro]

administrado como la administración prevean con suficiente grado de certeza (*lex certa*) lo que constituye el ilícito sancionable”.³⁷

- **Antijurídica**, ya que contraviene el ordenamiento jurídico. Sobre el particular refiere Eduardo Cordero que:

[L]a violación de las infracciones administrativas conlleva una **anti-administratividad**, que se traduce en no alcanzar un objeto o meta impuesto por la administración, como es el bienestar público. En este sentido, la *anti-administratividad* es la peculiar omisión del apoyo a la administración del Estado dirigida a la promoción del bien público.³⁸

La conducta ya es antijurídica “con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida”.³⁹ Por tanto, con la antijuricidad se trata de determinar la inexistencia de “causas de justificación” que hacen que dicha conducta sea conforme al derecho, y por tanto harían desaparecer el desvalor de conducta o de resultado. Se tratan, sobre todo, de “situaciones atípicas en las cuales se admite que un sujeto transgreda una norma jurídica, sin que ello dé origen a la aplicación de la sanción prevista por la misma norma”.⁴⁰

En el marco del derecho de la competencia, el análisis de los efectos netos sobre la economía de una conducta anticompetitiva podría enmarcarse en este particular, como veremos más adelante.

³⁷ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

³⁸ Eduardo Cordero, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal” en *Revista de Derecho*, 25 (2), 2012, Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf> [Resaltado nuestro]

³⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito* (Madrid: Civitas, 1997), 195, ISBN 84-470-0960-2.

⁴⁰ Alexander Espinoza, *Las causas de justificación como eximentes de responsabilidad administrativa y disciplinaria*, 1, Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.com/NUEVOS/ENSAYOS/justificacion.pdf>

- **Culpable**, es decir, que sea posible “imputar o reprochar personalmente el hecho antijurídico a un sujeto responsable”.⁴¹ Dicho de otro modo, se trata de condiciones que determinan que el autor de una conducta antijurídica pueda ser sancionado por resultar el responsable, o sea, por podersele reprochar.

El juicio de culpabilidad busca establecer si el sujeto conocía o tenía la posibilidad de conocer de la ilicitud o antijuricidad de la conducta realizada, o si tenía la falsa convicción de que se encontraba ajustado al ordenamiento jurídico. Así, tal y como lo ha reconocido el Tribunal Supremo español en sentencia del 27 de mayo de 1999, para el caso específico de los ilícitos administrativos “[...] no basta con que la infracción esté tipificada y sancionada [...] sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento o categoría denominado culpabilidad”.⁴²

Sin embargo, conforme cita Tomás Cobo, la excepción a este principio puede encontrarse a la hora de imputar a personas jurídicas, sin que esto implique que desaparezca dicha categoría, sino que su aplicación es distinta al de las personas físicas.⁴³

- **Punible**, o sea que se encuentre seguida de una sanción. En otras palabras, que quede establecida en una “norma con rango de ley, el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos”.⁴⁴

⁴¹ Tomás Cano, “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico” en *Revista de Documentación Administrativa*, 284-285, mayo-diciembre 2009, 86, Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=9653&path%5B%5D=9705>

⁴² Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 47, ISBN: 978-84-16018-46-8.

⁴³ Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 50, ISBN: 978-84-16018-46-8.

⁴⁴ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

La categoría de la punibilidad, como último escalafón de la imputación de un ilícito administrativo, implica un ejercicio de ponderación por parte del ente administrativo, en particular porque implica una aplicación del principio de proporcionalidad.

Sobre este particular cabe destacar que, tal y como sucede en la categoría de la tipicidad, es posible colaborar reglamentariamente las penas en función del marco establecido en la Ley 107-13. En consecuencia, tiene la potestad de definir -o aclarar- respecto de la tipicidad, los elementos objetivos del tipo; y respecto de la punibilidad, la graduación de las sanciones que se han de establecer.

La facultad de colaboración reglamentaria constituye un punto de partida importante para el derecho de la competencia. La especialidad y tecnicismo de la materia, especialmente sus relaciones con la Economía, hacen de la fórmula administrativa la fórmula ideal para tratarla. El dinamismo del mercado hace necesario que la Defensa de la Competencia sea un instrumento que **pueda evolucionar sin la necesidad de que el legislador se mantenga continuamente reformando la normativa de marras.**

Así, pues, el artículo 68 de la Ley 42-08 estableció la necesidad de crear un Reglamento de Aplicación, el cual deberá contener las disposiciones complementarias que permitirán aplicar la técnica de colaboración reglamentaria respecto a las infracciones y las sanciones establecidas en dicha Ley.

De este modo, bajo la función de control y sanción, consistente en establecer reglas básicas cuya infracción trae consigo una sanción, el derecho de la competencia busca controlar el mercado a través de la prevención y sanción de conductas que pudieran tener por efecto restringir o limitar la competencia que se espera que exista en un mercado específico.⁴⁵

Por consiguiente, las violaciones a estas pautas de conducta deberían conllevar necesariamente la aplicación de sanciones tendentes a regularizar el accionar de los entes

⁴⁵ Pía Maturana, *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2003, 28, Disponible en: http://www.academia.edu/4102422/apuntes_derecho_competencia_memoria_pa_maturana

vigilados y normalizar su funcionamiento y el del mercado. Esto, sin desmedro de que “El carácter punitivo que acompaña a la realización de la conducta demanda también, como es obvio en un estado (sic) de derecho, **la mayor de las precisiones en la interpretación de su contenido y alcance**”. Así, se evita que las personas que pudieren realizar dicha conducta puedan quedar en un estado de indefensión al no conocer previamente del carácter prohibido de la misma.⁴⁶

De este modo, **una mala redacción legislativa o una incorrecta técnica de colaboración reglamentaria** podrían dar como resultado **la inaplicabilidad de la norma protectora de la política de competencia**, por violación al principio de legalidad. Esto traería consigo la desaparición del carácter coercitivo, coactivo, disuasorio y restaurativo de la sanción administrativa, en tanto los agentes económicos no se verían amenazados por la eventual imposición de una sanción ante su infracción.

Corresponderá entonces al órgano acusador de la conducta anticompetitiva, además de demostrar los hechos que le sirven de fundamento para sustentar su acusación, realizar una correcta subsunción de la conducta ilícita dentro de las categorías de la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

1.4. Las infracciones anticompetitivas en las legislaciones extranjeras

Las conductas anticompetitivas suelen caracterizarse en las leyes de defensa de la competencia de los distintos países de un modo más o menos general, y después se las tipifica o se las ejemplifica (según los casos y la naturaleza jurídica de la Ley en cuestión) a través de caracterizaciones más concretas.⁴⁷

El derecho de la competencia tiene ventaja frente a otras ramas del derecho, ya que encuentra en el ámbito internacional grandes similitudes (o pocas diferencias) en cuanto a

⁴⁶ Juan Rojas, “El Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado en la Legislación Nacional” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 84, Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20101207_03.pdf [Resaltado nuestro]

⁴⁷ Germán Coloma, *Defensa de la Competencia* (Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003), 19, ISBN: 978-978507246-6.

la naturaleza de las infracciones previstas por el mismo. Esta similitud se extiende incluso a diferentes familias de derecho, como lo son la romano-germánica y las del *common law*, por lo que su distinción se circunscribe a la descripción de las conductas mediante fórmulas más o menos genéricas o la incorporación de una mayor o menor cantidad de conductas, así como también de su tratamiento, que puede ser por la vía penal o administrativa.

De este modo, para dar un vistazo a la legislación extranjera, estaremos observando someramente las conductas previstas en legislaciones tanto del continente americano como europeo. Para América del Norte, Estados Unidos de América, como madre de la legislación sobre defensa de la competencia; en Europa: España y el Reino Unido; y en América del Sur: Venezuela, Chile, Argentina y Perú.

En el caso de los **Estados Unidos de América**, cuentan desde 1890 con una legislación de defensa de competencia, la Sherman Act⁴⁸, la cual trata los siguientes aspectos: (i) Acuerdos colusorios⁴⁹ (Sección 1), y (ii) Monopolización⁵⁰ (Sección 2). Posteriormente, la Clayton Act de 1914 trata lo relativo al control de fusiones y concentraciones. La República Dominicana carece de legislación sobre este último aspecto, en lo que concierne al ámbito de la Ley 42-08.

En Europa la legislación de defensa de la competencia apareció más tarde que en Estados Unidos de América. Así, Alemania dictó en 1923 una ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico que, frente al principio de la prohibición norteamericano, instauró el principio del abuso europeo, según el cual no se prohíbe la posición de dominio, sino sólo el abuso que se haga de la misma. Este enfoque es el que luego se incorporará al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), actual

⁴⁸ Congreso de los Estados Unidos. *Sherman Antitrust Act (1890)*.

⁴⁹ Así, establece como ilegal “cualesquiera contratos, acuerdos... o conspiraciones que restrinjan el comercio entre los Estados o con otras naciones” (“[e]very contract, combination, ...or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations”) [Traducción nuestra]

⁵⁰ En los términos de cualquier acto que involucre la “monopolización o el intento de monopolizar, la concurrencia o conspiración con otras personas para monopolizar [el comercio]” (“acts by a person involving monopolization, attempted monopolization, or a combination or conspiracy to monopolize”) [Traducción nuestra]

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), del cual pasará a la Ley de Defensa de la Competencia española así como a las correspondientes legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea y muchas de América Latina.⁵¹

Por su parte, en **España**, la Ley 15/2007 reglamenta todo lo concerniente al derecho de la competencia, dejando de lado las directivas y reglamentos de la Unión Europea. Dentro de la misma se prevén, entre otras conductas:

- a) Las conductas colusorias (art. 1);
- b) El abuso de posición dominante (art. 2);
- c) Los actos de competencia desleal que falseen la libre competencia (art. 3), y;
- d) El control de concentraciones (art. 7 y sgtes.).

De igual modo, dicha norma prevé la aplicación de la regla *de minimis*, donde se excluyen de prohibición “aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”, en base a criterios dentro de los que se resalta la cuota de mercado.⁵²

En el caso del **Reino Unido**, cuentan con la *Competition Act* de 1998, la cual establece, entre otros aspectos: (i) acuerdos colusorios y prácticas concertadas (art. 2), y (ii) abuso de posición dominante (art. 18). En el caso del control de fusiones y concentraciones, se aplican supletoriamente las disposiciones de la Comunidad, por lo que ante la salida de la Unión Europea (como causa del *Brexit*), quedaría sin regulación al respecto.

⁵¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio), 7, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>

⁵² Cabe destacar, según lo citado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Ed. 8 (Módulo 1), que “La doctrina *de minimis* es de considerable importancia desde los puntos de vista de la seguridad jurídica y de economía de medios de las agencias de competencia (dado que éstas cuentan con recursos limitados, es preferible que centren su atención en los acuerdos verdaderamente dañinos para el bienestar)”.

En el caso de **Venezuela**, cuentan con un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio de fecha 26 de noviembre de 2014. El mismo tiene por objeto:

Promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa, con el fin de garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social, que fortalezca la soberanía nacional y propicie el desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales y a la construcción de una sociedad justa, libre, solidaria y corresponsable.

Este objetivo se logrará, conforme el mismo texto, “mediante la prohibición y sanción de conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandas concertadas, concentraciones económicas y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta”. En consecuencia, contiene las siguientes medidas:

- a) Prohibición general de la anticompetitividad (art. 4);
- b) Acuerdos colusorios o prácticas concertadas (arts. 4, 5, 6, 7, 11);
- c) Concentración económica (art. 10);
- d) Abuso de posición de dominio (art. 12), y;
- e) Competencia desleal (arts. 16 y 17).

De este modo, la legislación venezolana prevé de manera homóloga la prohibición de las conductas anticompetitivas que restrinjan la competencia en los términos de acuerdos colusorios, abusos de posición dominante y competencia desleal. Se diferencia de la legislación dominicana porque prevé la prohibición de las concentraciones económicas que tengan por efecto reforzar o producir una posición de dominio en el mercado, o generar efectos anticompetitivos, sin haber agotado con el procedimiento de control correspondiente.

En **Chile**, por su parte, el Decreto Ley N° 211 de 1973, modificado en diversas ocasiones, tiene por objeto “promover y defender la libre competencia en los mercados”. Entre las conductas prohibidas por dicha norma se encuentra una prohibición general de los actos que impiden o entorpecen la libre competencia (art. 3), colocando de manera enunciativa en sus respectivos literales las conductas siguientes:

- a) Acuerdos o prácticas concertadas;
- b) Abuso de posición dominante;
- c) Prácticas predatorias o de competencia desleal;
- d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de dirección, en empresas competidoras entre sí.

Asimismo, se prevé como infracción la irregularidad en la ejecución de las operaciones de concentración (notificación, incumplimiento, desacato o falsedad), en los términos del artículo 3 (bis). Resulta evidente que la diferencia con nuestra legislación resulta del literal d, que se refiere en síntesis a la prohibición de conflictos de interés ante la existencia de una o varias personas con cargos directivos en empresas competidoras entre sí.

En **Argentina**, la Ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia, del 16 de septiembre de 1999, establece de manera conjunta en sus artículos 1 y 2 la prohibición de las conductas de abuso de posición de dominio, prácticas concertadas o acuerdos colusorios y la competencia desleal resultante del incumplimiento o violación de normas o dictámenes administrativos o judiciales. Hasta este punto, dicha legislación proscribía las mismas conductas que en la legislación dominicana.

Sin embargo, a diferencia de nuestro caso, dicha ley contiene dentro de sus previsiones el control de concentraciones y fusiones entre los agentes económicos. Así, se encuentran sometidos al control previo por parte del ente regulador, cuando el volumen de negocios exceda de una suma determinada. Será sancionada, igualmente, la falta de notificación o de agotamiento de los trámites necesarios para perfeccionar dicha operación comercial.

Perú, por su parte, contiene dentro de las previsiones de su Decreto Legislativo N° 1034, realizado en aplicación de su Ley N° 29157, que permite al Poder Legislativo legislar sobre materias relacionadas al acuerdo comercial entre Perú – EE.UU., las siguientes medidas:

1. La prohibición del abuso de posición de dominio (artículo 10);
2. Prohibición de las prácticas colusorias, tanto horizontales (artículo 11) como verticales (artículo 12).

De este modo, en Perú, a diferencia de lo sucedido en República Dominicana, se tiene prevista la prohibición de las prácticas colusorias en ramos distintos de la línea de producción, o dicho de otro modo, la cartelización vertical de agentes económicos. Sin embargo, no prevé la competencia desleal, que se encuentra prescrita en el Decreto Legislativo N° 1044 del mismo país.

Así, como podemos ver, la legislación de competencia para los países colocados de ejemplo muestran tanto coincidencias como diferencias entre sí, que detallamos en la siguiente tabla:

Tabla 1: Comparación de las previsiones de las legislaciones de defensa de la competencia					
País	Legislación	Conductas previstas en la legislación de competencia			
		Acuerdos concertados	Abuso de posición de dominio	Competencia desleal ⁵³	Concentraciones y fusiones
República Dominicana	Ley 42-08 sobre Defensa de la Competencia	✓	✓	✓	
Estados Unidos de América	Sherman Act (1890) y Clayton Act (1914)	✓	✓		✓
España	Ley 15/2007	✓	✓	✓	✓
Reino Unido	<i>Competition Act</i> (1998)	✓	✓		✗ ⁵⁴
Venezuela	Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio (2004)	✓	✓	✓	✓

⁵³ Se marcará este punto cuando su legislación de competencia prevea dicha conducta, siendo así que si otra disposición legislativa la contiene de manera especial, o es prevista por el derecho del consumo, no se marcará este punto.

⁵⁴ Tal y como hicimos referencia para el caso del Reino Unido, el control de concentraciones y fusiones se desprendía de la aplicación de las disposiciones de la Unión Europea respecto a la materia, por lo que ante la salida del mismo de la Unión Europea, quedaría sin regulación al respecto.

Tabla 1: Comparación de las previsiones de las legislaciones de defensa de la competencia					
Chile	Decreto Ley N° 211 (1973) ⁵⁵	✓	✓	✓	✓
Argentina	Ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia	✓	✓	✓	✓
Perú	Decreto Legislativo N° 1034	✓ ⁵⁶	✓		

Tabla 1 – Comparación de las previsiones de las legislaciones de defensa de la competencia. Fuente: Elaboración propia.

⁵⁵ Además, esta legislación prevé la prohibición de la existencia de directivos comunes entre empresas competidoras entre sí, lo que versa tanto como una forma de evitar la concertación entre empresas, como de evitar la fusión o concentración de las mismas.

⁵⁶ En Perú, se prevé la concertación tanto horizontal como vertical, diferente a muchos de los países de la región.

Capítulo 2: Infracciones contenidas en la Ley 42-08

Es un requisito indispensable la utilización de los principios generales establecidos por el derecho administrativo sancionador para el detalle de los elementos típicos de las conductas establecidas en la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia, incluyendo dentro de dichos elementos aquellos que puedan integrarse a raíz de la posibilidad o no de colaboración reglamentaria.

De este modo, en este capítulo nos estaremos avocando al análisis de dichas infracciones, por lo que precisaremos la utilización tanto de la Ley núm. 42-08 como de su Proyecto de reglamento de aplicación, pendiente de aprobación por parte del Poder Ejecutivo en atención a las previsiones del artículo 68 de dicha ley; además de las demás reglamentaciones complementarias que haya emitido el órgano regulador.

2.1. Descripción típica de las conductas

En el capítulo precedente vimos que las infracciones del derecho de la competencia “son acciones u omisiones **típicas, antijurídicas y culpables** para las que el ordenamiento impone -mediante una norma de rango legal- **una sanción** que será impuesta por un órgano administrativo”.⁵⁷ Igualmente quedó establecido que la imposición de una sanción administrativa requiere del cumplimiento de una serie de principios extraídos en gran medida del derecho penal, aunque con matices. De ello se deriva que el incumplimiento de uno de estos principios podrá acarrear la no imposición de una sanción⁵⁸ y la desaparición de su efecto disuasorio.

De este modo, la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia dedica esencialmente tres artículos para definir las conductas prohibidas: (i) las prácticas

⁵⁷ José Baño, “El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 12, Disponible en: <http://jmbleon.com/wp-content/uploads/2016/07/Confianza-leg%C3%ADtima-an%C3%A1lisis-de-la-sentencia-de-la-Audiencia-Nacional.pdf> [Resaltado nuestro]

⁵⁸ José Baño, “El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 13, Disponible en: <http://jmbleon.com/wp-content/uploads/2016/07/Confianza-leg%C3%ADtima-an%C3%A1lisis-de-la-sentencia-de-la-Audiencia-Nacional.pdf>

concertadas y los acuerdos anticompetitivos (artículo 5), (ii) el abuso de posición dominante (artículo 6), y (iii) la competencia desleal (artículo 10).

2.1.1. Prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos

En el caso de las **prácticas concertadas y los acuerdos anticompetitivos**, el artículo 5 las define como: “las prácticas, los actos, convenios y acuerdos entre agentes económicos competidores, sean estos 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”.

Estas conductas, también denominadas cárteles, pueden ser definidas como “todo acuerdo [...] entre empresas que participan en un mismo mercado cuyo objeto, con carácter general, es fijar políticas conjuntas para la maximización de beneficios mediante la reducción o eliminación de la competencia”.⁵⁹

El motivo de su prohibición se debe, en síntesis, a que dicha concertación, cuando trae consigo la limitación de la competencia, atenta contra la misma, puesto que con ella “las empresas sustituyen la actuación autónoma en el mercado y la incertidumbre sobre la actuación de sus competidores”. Así, buscan obtener el éxito y la eficiencia mediante la mejora de sus prestaciones a través de una actuación coordinada, en perjuicio de estos y de la eficiencia del mercado en sentido general.⁶⁰

La parte principal de dicho artículo hace referencia al acuerdo de voluntades entre agentes económicos competidores, sin distinción de la modalidad en la cual sean realizados. Cabe destacar que al hacer referencia a agentes económicos competidores, quiere decir que se traten de agentes económicos competidores **entre sí**, no así de aquellos que pertenecen a ramos distintos del mercado.

⁵⁹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 1: Conductas restrictivas de la competencia: acuerdos prohibidos por la legislación de defensa de la competencia)*, 29, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod1.pdf>

⁶⁰ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 1: Conductas restrictivas de la competencia: acuerdos prohibidos por la legislación de defensa de la competencia)*, 5, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod1.pdf>

Asimismo, al establecer como requisito que “tengan por objeto o que produzcan o puedan producir el efecto”, se incluye una modalidad de infracción que podríamos comparar analógicamente a los delitos de peligro concreto, donde la conducta realizada coloca en una posición de peligro real a un bien jurídico determinado. Este mismo artículo señala, de manera enunciativa (no limitativa), las siguientes modalidades:

- a) Acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto;
- b) Concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas;
- c) Repartir, distribuir o asignar segmentos o partes de un mercado de bienes y servicios señalando tiempo o espacio determinado, proveedores y clientela;
- d) Limitar la producción, distribución o comercialización de bienes; o prestación y/o frecuencia de servicios, sin importar la naturaleza de los mismos; y,
- e) Eliminar a competidores del mercado o limitar su acceso al mismo, desde su posición de compradores o vendedores de productos determinados.

El concepto de acuerdo de voluntades es bastante abarcador. Esto se debe a que “los acuerdos restrictivos de la competencia pueden presentarse de muy diversas formas, y ser todas dañinas del bienestar. [Pueden] coordinar sus comportamientos por medio de acuerdos escritos, o verbales, o simples entendimientos de conductas, o pactos entre caballeros”. En síntesis, todas estas formas debilitan la rivalidad entre las empresas, impactando el bienestar económico, por lo que están sujetas a la normativa de competencia.⁶¹

Al hablar sobre las prácticas concertadas, el Proyecto de Reglamento de la Ley establece como indicios para el establecimiento de una práctica concertada o acuerdo colusorio:

- a) Precios iguales por períodos de tiempo prolongados;

⁶¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Ed. 8 (Módulo 1: Conductas restrictivas de la competencia: acuerdos prohibidos por la legislación de defensa de la competencia), 13, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod1.pdf>

- b) Actuación claramente negligente en la presentación de ofertas en licitaciones, ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico, o que de las circunstancias del caso se deduzca la existencia de un patrón atípico de precios;
- c) La presencia de un solo agente económico en una zona geográfica determinada, sin una justificación razonable;
- d) Existencia de instrucciones o recomendaciones anticompetitivas emitidas por cámaras o asociaciones a sus asociados;
- e) Que los presuntos infractores hayan sostenido reuniones u otras formas de comunicación;
- f) Que el mercado se comporte de tal manera que no pueda ser explicado razonablemente sobre bases técnicas económicas y jurídicas distintas a la existencia de una de las prácticas mencionadas en el Art. 5 de la ley.

Estos parámetros sirven para dotar a los agentes económicos de un cierto grado de previsibilidad en las actuaciones de la administración, dotándoles de criterios que de manera no limitativa podrán servirles tanto para formular su teoría del caso ante la existencia de una acusación por violación a las pautas de conducta fijadas por dicha Ley, como para simplemente regular su comportamiento y así evitar la existencia de la sospecha de una práctica anticompetitiva.

2.1.2. Abuso de posición dominante

En cuanto al **abuso de posición dominante**, el artículo 6 de la Ley 42-08 lo define de la manera siguiente: “Quedan prohibidas las conductas que constituyan abusos de la posición dominante de agentes económicos en un mercado relevante susceptibles de crear barreras injustificadas a terceros”. De este modo, al igual que en el artículo 2 de la Ley 15/2007 Española y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), lo prohibido es la explotación de manera abusiva de una posición de dominio o, en otras palabras, el abuso desde una posición de dominio en un mercado relevante, pero no la posición de dominio en sí.⁶²

⁶² Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio), 6, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>

La Ley núm. 42-08 establece tanto en la parte *in fine* del referido artículo 4.g) como el artículo 7.2 pár. IV que “La posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, **por sí solo, no constituye una violación a la presente ley**” [Resaltado nuestro]. De ahí que resulta importante establecer que lo prohibido no es la posición de dominio, **sino el abuso de dicha posición**, por lo que resulta ser un requisito previo que el sujeto investigado ocupe dicha posición dentro del mercado. De este modo:

El análisis de un posible abuso de posición de dominio, requiere, en primer lugar, determinar la existencia de posición de dominio, para lo que previamente hay que definir el mercado relevante en el que la empresa en cuestión goza de esa posición de dominio, y, posteriormente, determinar si se ha cometido o no el abuso.⁶³

En términos llanos, para establecer la posición de dominio es preciso determinar, en primer lugar, el mercado relevante de la actividad a la que se dedica el agente económico, posteriormente evaluar su posición en dicho mercado (dominante o no) y por último subsumir la conducta dentro de las manifestaciones de abuso descritas por la fórmula general del artículo 6 o alguna de las descripciones típicas enunciadas por sus literales.

La definición del mercado relevante constituye el **punto de partida** de cualquier investigación que busque evaluar las condiciones de competencia en un mercado.⁶⁴ En efecto, la posición de dominio es indivisible a la de mercado relevante, en tanto se es titular de la misma en un segmento determinado de la economía. Por tanto, distinto a lo sucedido en el caso de los acuerdos colusorios, para el abuso de posición de dominio **siempre** ha de definirse cuál es el mercado de producto y geográfico relevante.⁶⁵

⁶³ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio), 8, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>

⁶⁴ Gonzalo Ruiz. “Definición de mercado relevante y políticas de competencia” en *Themis* 41, 298, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11673/12220> [Resaltado nuestro]

⁶⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia*, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio), 9, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf> [Resaltado nuestro]

2.1.2.1. El mercado relevante

La evaluación del mercado relevante, es definido en el artículo 4.f de nuestra ley de competencia como: “El ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los bienes o servicios sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si una restricción o abuso diera lugar a un aumento significativo de los precios”. Dicho concepto, que podemos resumir como “el conjunto de productos y áreas geográficas en el cual se desarrolla la actividad comercial del agente económico”, es un presupuesto para la determinación de la posición de dominio.

Según el considerando cuarto de la resolución sobre criterios generales, técnicos y económicos para la evaluación de las condiciones de competencia, tiene por objeto “conocer la estructura del mercado objeto de análisis o en el que efectivamente actúa el o los agentes económicos investigados por una eventual conducta anticompetitiva específica”.

Esto permite, en síntesis, establecer la existencia del poder del mercado y los efectos de las eventuales prácticas anticompetitivas, así como también el grado de concentración del mercado.⁶⁶ Su importancia recae en que “la delimitación correcta y precisa de cuál sea el mercado relevante se revela como una obligación insoslayable a efectos de que sea posible la declaración de que una determinada conducta reviste naturaleza abusiva”.⁶⁷

Este análisis, según nuestra ley local, se realiza de la manera siguiente (artículo 8):

- a) La **identificación del producto o servicio** cuyo mercado relevante se va a determinar;
- b) La **identificación del área geográfica** correspondiente, o sea, la determinación del mercado geográfico.

⁶⁶ Resolución No. 01-2017 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, del 16 de enero del 2017.

⁶⁷ Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. 3ra. Edición* (Navarra: Civitas, 2012), ISBN: 978-84-470-3831-2.

Es definida, según cita Alfonso Gutiérrez en base a la Comunicación de la Comisión Europea de 2009 sobre acuerdos exclusionarios, como “la zona en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas”.⁶⁸

En base a esta, se busca, esencialmente, averiguar si los clientes de la empresa investigada adquirirían productos procedentes de otras zonas geográficas en caso de incremento de los precios por parte de dicha empresa.⁶⁹

- c) El **cálculo de 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 tiempo y costo, por considerarlos con el suficiente grado de intercambiabilidad;
- d) El **cálculo del 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;

Los criterios c y d, referentes a **la sustituibilidad de la oferta**, tienen por objeto la identificación de los proveedores que, en caso de que la empresa en causa incrementase

⁶⁸ Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. 3ra. Edición* (Navarra: Civitas, 2012), ISBN: 978-84-470-3831-2.

⁶⁹ Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. 3ra. Edición* (Navarra: Civitas, 2012), ISBN: 978-84-470-3831-2.

el precio de sus productos, podrían comenzar a corto plazo a comercializar productos directamente competidores sin incurrir en costes o riesgos significativos.⁷⁰

- e) **El cálculo de la sustituibilidad de la demanda**, en particular, el costo y la probabilidad de que suplidores de otros productos o servicios que no son sustituibles, en principio, desde el punto de vista de la demanda, pues no son similares a la oferta del bien a sustituir, puedan fácilmente pasar a producir y ofrecer productos o servicios que por igual satisfagan la demanda de los consumidores; es decir, que los consumidores puedan acudir a otros mercados alternos de productos y servicios, que produzcan resultados suficientes para satisfacer su demanda de bien o servicio.

Con este criterio se determina, desde la perspectiva del comprador, consumidor o usuario, las alternativas de suministro razonablemente sustitutivas existentes en las ventas de la empresa en causa, es decir, qué productos y qué proveedores compiten efectivamente con ésta.⁷¹

Para su análisis, se verifica la reacción que se produciría en la demanda en caso de que los precios de los productos ofertados por la empresa encausada se incrementasen ligera pero significativamente.⁷²

- f) **La ponderación de 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. Este criterio aplica tanto para la evaluación de la sustituibilidad de la oferta como la sustituibilidad de la demanda, evaluados en los criterios c, d y e.

⁷⁰ Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3ra. Edición (Navarra: Civitas, 2012), ISBN: 978-84-470-3831-2.

⁷¹ Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3ra. Edición (Navarra: Civitas, 2012), ISBN: 978-84-470-3831-2.

⁷² Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3ra. Edición (Navarra: Civitas, 2012), ISBN: 978-84-470-3831-2.

Para la determinación del mercado relevante, la precitada resolución 01-2017 sobre criterios técnicos y económicos ha determinado lineamientos generales para la determinación de este indicador, a saber:

- **El test del monopolista hipotético**, o Test SSNIP (*Small but Significant Non-Transitory Increases in Prices*), consistente en la evaluación de la redirección de la demanda en caso de que un monopolista hipotético, aplicase un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios;⁷³
- **El test de elasticidad precio de la demanda**, consistente en la determinación de los cambios en la cantidad demandada frente a los cambios en su precio;⁷⁴
- **El test de elasticidad cruzada de la demanda**, el cual determina los cambios de la cantidad demandada de un producto frente a los cambios tanto de su precio como el de los productos sustitutos del mismo;⁷⁵
- **El análisis de correlación de precios**, que permite determinar si los precios de dos productos o servicios tienden o no a variar en la misma forma durante el

⁷³ Así, según la citada Resolución, “si la sustitución es tal que torna no rentable el aumento de precios, el producto sustituto al cual se redireccionaron las ventas debe incluirse en el mercado relevante y puede considerarse un sustituto cercano”. Por el contrario, “si la sustitución es baja, el aumento de precios será rentable y entonces el producto no debe incluirse en el mercado relevante, ya que no es un sustituto suficientemente cercano”. Concluye señalado que, “se suele considerar en las autoridades un aumento pequeño pero significativo y no transitorio de precios a aumentos de entre 5% y el 10 %, por un lapso de al menos un año”.

⁷⁴ Se determina matemáticamente con la función $\epsilon = \frac{\Delta\%Q}{\Delta\%P}$, donde $\Delta\%Q$ representa las variaciones porcentuales en la cantidad demandada y $\Delta\%P$ las variaciones porcentuales en el precio.

⁷⁵ Se determina matemáticamente con la función $\epsilon_{xy} = \frac{\Delta\%Q_y}{\Delta\%P_x}$, donde $\Delta\%Q_y$ representa las variaciones porcentuales en la cantidad demandada y $\Delta\%P_x$ las variaciones porcentuales tanto de su precio como el de los productos sustitutos del mismo.

tiempo. En caso de que sí lo hagan, tienen un fuerte grado de correlación y se puede inferir que forman parte del mismo mercado relevante, o viceversa.⁷⁶

Sin embargo, tal y como reconoce la referida resolución en su sexto considerando:

[A] pesar de la importancia que este análisis tendrá en la generalidad de los casos, debe advertirse que: (i) Para tomar decisiones en los casos analizados no sólo se tomará en cuenta la definición del mercado relevante, sino que se analizará también otras circunstancias del mercado mediante otros parámetros de medición; (ii) Aun cuando el análisis del mercado relevante de que se trate sea necesario, no siempre será el primer paso de la investigación, lo que deberá determinarse por criterios de eficiencia procesal; y (iii) Por otra parte, en la medida en que la delimitación del mercado relevante depende de factores económicos, tecnológicos y culturales que cambian a lo largo del tiempo, las conclusiones de una investigación en un momento no necesariamente se mantendrán permanentes en el mediano y largo plazo.⁷⁷

Por tanto, la función de dicha resolución se resume en crear certidumbre entre los agentes económicos al transparentar las herramientas de evaluación económica que serán utilizadas por PRO-COMPETENCIA, contribuyendo así a los principios de seguridad jurídica, previsibilidad, certeza normativa y confianza legítima.⁷⁸

2.1.2.2. La posición de dominio

En cuanto a la **posición de dominio**, una definición socorrida de dicho concepto es:

[Aquella] situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la **posibilidad de comportamientos**, en medida apreciable, **independientes** respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores.⁷⁹

A raíz de dicha definición es posible desprender dos requisitos:

- La capacidad de obstaculizar la competencia efectiva;

⁷⁶ Se determina matemáticamente con la función $r = \frac{\sum_i^N (x_i - \bar{x})(y_i - \bar{y})}{\sigma_x \sigma_y}$, donde los resultados cercanos a 1 indican un mayor grado de correlación, y los cercanos a -1 indican un menor o inexistente grado de correlación.

⁷⁷ Resolución No. 01-2017 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, del 16 de enero del 2017.

⁷⁸ Considerando noveno de la Resolución No. 01-2017.

⁷⁹ Sentencia de 14 de febrero de 1978 (United Brands) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [Resultado nuestro]

- Una capacidad de comportamiento independiente respecto de sus competidores, clientes y consumidores.

Dicha independencia de comportamiento de la empresa en el mercado resulta ser un componente esencial de la posición de dominio, de forma tal que si resulta razonablemente apreciable dicha circunstancia, nos encontraremos casi siempre frente a una posición de dominio.

La **posición de dominio** se encuentra definida en el artículo 4.g de nuestra legislación de competencia 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.

De esta manera, se resaltan como elementos para la configuración de una posición de dominio de un determinado agente económico:

- a) El Poder económico e **independencia de comportamiento** suficiente [...];
- b) La **capacidad de modificar el precio** y otras condiciones comerciales [...];
- c) El incentivo para hacerlo que se extrae del inciso “en su provecho”, lo que implica que las condiciones del mercado y la posición relativa del operador económico dominante en ellas han de ser tales que **aseguren, en el largo plazo, la consecución de rentas monopolistas.**⁸⁰

Para evaluar la existencia o no de dicha posición será necesario tomar en cuenta, conforme el artículo 9 de nuestra ley, los siguientes elementos:

- a) La **existencia de barreras a la entrada** al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras

⁸⁰ Michel Bustos, “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español” en *Revista CES Derecho*, 6, 1, Enero-Junio 2015, 113, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5152454.pdf> [Resaltado nuestro]

De este modo, las barreras de entrada constituyen un modo para la medición de la contestabilidad o expugnabilidad del mercado⁸¹, siendo un criterio para el análisis de la dominancia, aplicado en la mayoría de los casos del Tribunal de Defensa de la Competencia español.

- b) 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

Este segundo criterio es fundamental para la determinación del poder de mercado, entendido como la posibilidad de lucrarse no obstante mantener los precios por encima de los niveles competitivos o reducir el volumen de producción o la calidad.⁸²

El poder del mercado, entre otras cosas, tiene la habilidad e incentivo de perjudicar la competencia de otras maneras, debilitando la competencia existente, aumentando las barreras de entrada o frenando la innovación.⁸³

Así, la jurisprudencia norteamericana ha definido el poder del mercado, verbigracia: en *United States v. E.I. du Pont Nemours & Co.*, 351 US 377, 391-92 (1956), como “el poder de controlar los precios o excluir la competencia” (“*the power to control prices or exclude competition*”); mientras que en *Eastman Kodak Co. V. Image Technical Servs., Inc.*, 504 US 451, 464 (1992), como “la habilidad de un vendedor aumentar los precios y

⁸¹ La contestabilidad o expugnabilidad del mercado, extraído del término anglosajón *contestable markets*, busca comprobar si las barreras de acceso al mercado podrían ser franqueadas por competidores potenciales, desde el punto de vista de la teoría económica. Desde la óptica de la economía, la amenaza de entrada de otros competidores en el mercado surte un efecto suficientemente disuasorio o disciplinante sobre las empresas establecidas que compensan su poder de mercado.

⁸² Office of Fair Trading, “Assessment of market power: Understanding competition law” en *Competition Law 2004*, 2, Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf

⁸³ Office of Fair Trading, “Assessment of market power: Understanding competition law” en *Competition Law 2004*, 2, Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf

reducir el volumen de producción” (“*the ability of a single seller to raise price and restrict output*”).⁸⁴

- c) **Participación de mercado en términos porcentuales** (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado

El análisis de la cuota del mercado es un factor importante más no concluyente. En efecto, tal y como lo mencionan el Tribunal de Defensa de Competencia Español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, “la existencia de una elevada cuota de mercado no constituye, por sí misma, elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en un determinado mercado”⁸⁵, y “la cuota de mercado por sí sola, sin embargo, es poco representativa, debiendo tenerse en cuenta otros elementos como el número de competidores y sus cuotas, el comportamiento de la cuota en el tiempo o los recursos tecnológicos y financieros de las empresas”⁸⁶.

- d) **Las posibilidades de acceso de los demás participantes** del mercado a fuentes de insumos

La posibilidad de acceso de los demás participantes del mercado, entendida como la combinación de las barreras de entradas, altos costos de presentación y transporte, grado de integración vertical de la empresa dominante y sus proveedores, entre otros; determinan la posibilidad de concurrencia de competidores reales o potenciales en dicho mercado.

- e) **La relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes**

⁸⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio)*, 13, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>

⁸⁵ Resolución del TDC (Tribunal de Defensa de la Competencia) del 1 de abril del 2002, caso *Iberia*, Exp. 514/01, FDº 3.

⁸⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio)*, 16, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>

Resulta ser un indicador de la posición de dominio, la presencia de la empresa (o de empresas pertenecientes a su grupo económico) “en mercados ascendentes, descendentes, o vecinos respecto del mercado relevante”.⁸⁷

Al igual que para la determinación del mercado relevante, la resolución 01-2017 sobre criterios técnicos y económicos ha determinado lineamientos generales para la determinación de la posición de dominio, a saber:

- **Concentración del mercado**
 - **El Índice Herfindahl-Hirshman (IHH)**, el cual da una medición del grado de concentración de un mercado determinado.⁸⁸
 - **Los principales dado k empresas (Ck) o dado las 4 principales empresas (C4)**, el cual mide la cuota de participación de k empresas (o las 4 principales empresas) en proporción al total de ventas del mercado.⁸⁹
 - **El Coeficiente de Gini –G–**, utilizado para medir el nivel de desigualdad en la repartición de las cuotas del mercado entre los agentes del mismo.⁹⁰

⁸⁷ Alfonso Gutiérrez, José Massaguer, José Manuel Sala, Jaime Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. 3ra. Edición*, Navarra: Civitas, 2012, ISBN: 978-84-470-3831-2.

⁸⁸ Se determina matemáticamente con la función $IHH = (\sum_j q_i^2)$. Del resultado de esta función, PRO-COMPETENCIA asume como mercados no concentrados los valores inferiores a 1500, entre 1500 y 2500 como moderadamente concentrados y superior a 2500 como altamente concentrados.

⁸⁹ Se determina matemáticamente con la función $Ck = (\sum_i^n \frac{q_i}{Q_t})$, donde n se reemplaza por la cantidad de empresas evaluadas, q_i representa la participación de las empresas evaluadas, y Q_t el total de ventas en el mercado. El resultado indicará el grado de concentración del mercado, siendo un valor menor a 33% un mercado poco concentrado, entre 33% y 67% un mercado moderadamente concentrado, y mayor a 67% un mercado altamente concentrado. Bajo este mismo parámetro se evalúa el grado de concentración del mercado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Más del 60-65%) (Fuente: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

⁹⁰ Se determina matemáticamente con la función $G = |1 - \sum_{k=1}^{n-1} (X_{k+1} - X_k)(Y_{k+1} + Y_k)|$, donde X representa las empresas del mercado y Y representa las cuotas en el mismo. El resultado indicará el grado de desigualdad del mercado, siendo un valor menor a 0.33 un mercado con baja desigualdad, entre 0.33 y 0.67 un mercado con desigualdad moderada, y mayor a 0.67 un mercado con alta desigualdad.

- **El Índice de Poder de Mercado en Activos Fijos**, utilizado para determinar la concentración de activos fijos por parte de las cuatro (4) empresas más grandes, en proporción al resto del mercado.⁹¹
- **Indicadores de asimetría**
 - **El Índice de KWOKA**, que mide la simetría del tamaño dentro de las empresas de un mercado.⁹²
- **Indicadores de rivalidad o intensidad:**
 - **El Índice de rivalidad o intensidad**, que mide la diferencia de las participaciones de las empresas de un mercado de un período a otro.⁹³
- **Barreras de entrada:**
 - **La Tasa Churn**, que permite evaluar las barreras de entrada y salida de un mercado, a partir del ratio (razón) de empresas entrantes y salientes de un mercado.⁹⁴

⁹¹ Se determina matemáticamente con la función $IPMAF = \left(\frac{\sum_1^4 a}{A}\right)$, donde a representa los activos fijos de las empresas más grandes y A los activos fijos del resto de las empresas del mercado. El resultado indicará el grado de concentración en activos fijos del mercado, siendo un valor menor a 0.5 un mercado con baja concentración, entre 0.5 y 1 un mercado con moderada concentración, y mayor a 1 un mercado con alta concentración.

⁹² Se determina matemáticamente con la función $KWOKA = \sum_1^{n-1} (S_i - S_{i+2})^2$, donde S_i representa las participaciones de mercado de las empresas, ordenadas de mayor a menor. El resultado indicará el nivel de asimetría o diferencia de tamaño de las empresas de un mercado, donde un índice tendente a 0 indica similitud de tamaño, y un índice tendente a 1 indica una gran diferencia en los tamaños de las empresas. Un valor muy cercano o igual a 1 corresponde a una estructura de monopolio.

⁹³ Se determina matemáticamente con la función $Gr = \sum_i^j \frac{1}{2} |S_i - S_{i-1}|$, donde S_i representa las participaciones de mercado de las empresas. El resultado indicará la variación en la participación del mercado en un intervalo de cero (0) a uno (1), por lo que un resultado igual a cero (0) indica que no ha habido cambios en la participación del mercado de las empresas, y viceversa.

⁹⁴ Se determina matemáticamente con la función $Churn = \frac{[N^o \text{ de empresas entrantes} + N^o \text{ empresas salientes}]}{N^o \text{ de empresas implantadas}}$. El resultado es un indicio de la existencia de barreras de entrada o salida al mercado, por lo que mientras más bajo es el resultado, más probable resulta dicha existencia.

2.1.2.3. El abuso

Por último, el **abuso**, que en los términos de Peter Ulmer se concreta en aquella conducta que:

i) [T]iene como efecto reducir aún más la escasa competencia existente en el mercado que domina, o ii) impide que se genere una competencia efectiva (conductas obstaculizadoras o excluyentes de la competencia), o iii) perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependan de la dominante (conductas explotadoras de la posición de dominio) y en todo caso iv) tal conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia.⁹⁵

Del mismo modo que con las prácticas concertadas, el legislador estableció varias conductas “tipo” de manera enunciativa, entre estas:

- a) **Subordinar la decisión de venta** a que el comprador **se abstenga** de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras;
- b) **La imposición** por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, **sin que exista razón comercial** que lo justifique;
- c) **La venta u otra transacción condicionada** a adquirir o proporcionar otro bien o servicio adicional, distinto o distinguible del principal;
- d) **La venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar** servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero;
- e) **La negativa a vender o proporcionar**, a determinado agente económico, **bienes y servicios que de manera usual y normal se encuentren disponibles** o estén ofrecidos a terceros; y cuando no existan, en el mercado relevante, proveedores alternativos disponibles y que deseen vender en condiciones normales. Se exceptúan aquellas acciones de negativa a negociar, por parte del agente económico, cuando exista incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del cliente o potencial cliente, o que el historial comercial del cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas, o falta de pago, o cualquier otra razón comercial similar;
- f) **La aplicación**, en las relaciones comerciales o de servicios, **de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes**, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros sin que exista alguna razón comercial que lo justifique.

⁹⁵ Michel Bustos, “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español” en *Revista CES Derecho*, 6, 1, Enero-Junio 2015, 112, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5152454.pdf>

Para la adecuada imputación de una conducta anticompetitiva en los términos de abuso de posición dominante, deberá tomarse en cuenta, asimismo, lo establecido por el artículo 7.2 de la Ley núm. 42-08, que 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 pro-competitivos, o de incremento de la eficiencia económica o viceversa.

De este modo, deberá realizarse un análisis del efecto neto de la conducta anticompetitiva, utilizando como referencia los criterios económicos de perjuicio y mejora de la eficiencia económica del mercado por parte de la actividad. Este análisis resulta asemejable a una causa de justificación o de exclusión de la antijuricidad de la conducta, puesto que impide la imposición de la sanción ante su concurrencia.

El proyecto de reglamento, al hablar sobre el particular, ha establecido como condiciones para considerar como mejoras de eficiencia económica las siguientes:

1. Que sean el resultado directo de la conducta investigada;
2. Que sea imprescindible para obtener las eficiencias alegadas, no habiendo alternativas de conductas menos lesivas a la competencia y capaces de producir las mismas eficiencias;
3. Que superen cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores en los mercados afectados, y;
4. Que no elimine la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes.

Para estos fines, entre los efectos considerados como pro-competitivos, el mismo proyecto enuncia los siguientes:

- a) La introducción de bienes o servicios nuevos;
- b) El aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos;
- c) Las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción;
- d) La introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados;

- e) La combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes o servicios;
- f) Las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución.

Por tanto, el reglamento se avoca a complementar el criterio de valoración de la antijuricidad consistente en la aplicación de la regla de la razón para la conducta de abuso de posición dominante, en los términos del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, limitando así el accionar puramente discrecional de la administración para la evaluación de estos casos.

2.1.3. Competencia desleal

La Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 10 establece que:

Se considera desleal, ilícito y prohibido, todo acto o comportamiento realizado en el ámbito comercial o empresarial que resulte contrario a la buena fe y ética comercial que tengan por objeto un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores.

El mismo artículo señala, de manera enunciativa, las siguientes conductas: a) actos de engaño; b) actos de confusión; c) actos de comparación indebida; d) actos de imitación. e) actos violatorios del secreto empresarial; f) incumplimiento a normas; g) actos de denigración; y, h) inducción a la infracción contractual.

No nos avocaremos muy a profundidad sobre este particular, ya que el mismo es suficientemente abarcado por el derecho del consumidor.

2.2. Clasificación de las conductas anticompetitivas

Las anteriores conductas pueden ser clasificadas en distintas categorías que definen tanto los sujetos, el efecto, la estructura y a lo que llamaremos sus criterios de valoración. Para

estos fines, el autor Germán Coloma clasifica las prácticas anticompetitivas en tres grandes grupos:⁹⁶

- **En cuanto al (a los) sujeto(s).** Prácticas unilaterales y prácticas concertadas:
 - Las prácticas unilaterales son aquellas en las cuales lo anticompetitivo de la conducta puede ser llevado a cabo por personas o empresas individuales, sin requerir la colaboración de otros agentes económicos.
 - Las prácticas concertadas, en cambio, precisan de la colaboración de varias personas o empresas para configurarse.

- **En cuanto a los efectos.** Prácticas explotativas y exclusorias:
 - Las prácticas explotativas son aquellas producidas a través de una conducta que implica perjudicar a los proveedores o clientes de la o de las empresas que la ejecutan, sin existir exclusión de competidores.
 - Las exclusorias, en cambio, implican una actitud anticompetitiva cuyo objeto o efecto es la exclusión de competidores reales o potenciales en determinado mercado.

- **En cuanto a la estructura.** Prácticas horizontales y verticales:
 - Las horizontales son aquellas cuya instrumentación se lleva a cabo en una única etapa de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio.
 - Las verticales son aquellas que tienen necesariamente efectos sobre varios eslabones de la cadena de producción o distribución (por ejemplo, productores, proveedores, distribuidores, etc.).

⁹⁶ Germán Coloma, *Defensa de la Competencia* (Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003), 19-22, ISBN: 978-978507246-6.

Asimismo, existe la distinción entre conductas consideradas como prácticas anticompetitivas absolutas (*per se*), y prácticas anticompetitivas relativas, que se sancionan utilizando la denominada “regla de la razón” (*rule of reason*):

- Serán consideradas como **prácticas anticompetitivas absolutas (*per se*)**, “aquellas conductas consideraras ilegales por sí mismas, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables”.⁹⁷
- En contraste, son consideraras **prácticas anticompetitivas relativas (*rule of reason*)**, “aquellas que no se realiza de manera automática, sino que se analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas”.⁹⁸

A manera de resumen, las conductas descritas en la Ley de Defensa de la Competencia son de las siguientes características:

⁹⁷ Ivo Gagliuffi Piercechi, “La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 12, 139-162, Disponible en: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/87/84>

⁹⁸ Ivo Gagliuffi Piercechi, “La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 12, 139-162, Disponible en: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/87/84>

Tabla 2 – Resumen de las conductas anticompetitivas de la Ley 42-08

Conducta	Sujeto(s)		Efecto(s)		Estructura		Absoluta (<i>Per se</i>)	Relativa (<i>Razón</i>)
	Unilateral	Concertada	Explotativa	Exclusoria	Horizontal	Vertical		
Prácticas concertadas (artículo 5)		X		X	X		X ⁹⁹	
<p>Así, los acuerdos colusorios son concertados, puesto que requieren la concurrencia de dos (2) o más agentes económicos. Son exclusorias, ya que pretenden la exclusión (valga la redundancia) de sus competidores dentro del mercado. Por otro lado, son de estructura horizontal, puesto que la concurrencia anticompetitiva debe realizarse entre competidores entre sí. Y por último, son generalmente conductas anticompetitivas <i>per se</i>, salvo las excepciones que plantea la misma norma y que constan en la nota al pie 99.</p>								
Abuso de posición de dominio (artículo 6)	X		X	X	N/A	N/A		X
<p>Los abusos de posición de dominio, por su parte, son de naturaleza unilateral (aunque en cierto modo se perfeccionan mediante su accionar frente a otros agentes económicos). Dependiendo de la conducta específica, pueden ser explotativas o exclusorias, pudiendo afectar tanto a los consumidores como a los competidores. Por último, son prácticas anticompetitivas relativas, ya que se evalúa su antijuricidad en base a sus efectos netos sobre el bienestar económico.</p>								

Tabla 2 – Resumen de las conductas anticompetitivas de la Ley 42-08. Fuente: Elaboración propia

⁹⁹ Salvo que cumplan con lo establecido por el artículo 7.1 de la Ley, que establece que “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 que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación o la inversión productiva”.

2.3. Esquema de imputación de las conductas anticompetitivas

Vista ya de manera general las infracciones previstas por la Ley de Defensa de la Competencia, es importante precisar las características que deberán concurrir para poder establecer la existencia de una conducta anticompetitiva.

Tal y como habíamos señalado en el apartado capital, “para la consumación de una infracción administrativa, es necesario que se manifieste una **conducta** que debe ser a su vez **típica, antijurídica, culpable, y punible**”, con la debida advertencia de que dichas categorías podrán ser colaboradas mediante el Reglamento que será eventualmente aprobado de manera definitiva.

Dicho esto, es preciso indicar las condiciones para la configuración de las dos principales conductas típicas enunciadas en la Ley núm. 42-08, no sin antes expresar que, de manera general, constituye un elemento del tipo para dichas infracciones el ser una “persona física o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, nacional o extranjera, que realice actividades económicas en el territorio nacional”. Esto por aplicación del artículo 3 de la Ley 42-08 que establece el ámbito de aplicación de la misma.

Así, la imputación de las conductas descritas por dicha ley debería realizarse bajo el esquema siguiente:

2.3.1. Artículo 5: Prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos

A continuación estaremos presentando el esquema de imputación para las conductas consistentes en prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos, establecidos en el artículo 5 de nuestra Ley de Competencia. Está organizado en un orden lógico, donde, ante la no concurrencia de alguno de los requisitos establecidos por la doctrina, debe descartarse de responsabilidad al inculpado:

Tabla 3		Prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos (artículo 5)
Tipicidad	Tipo Objetivo	<ul style="list-style-type: none"> • Realizar una práctica, acto, convenio o acuerdo¹⁰⁰ entre agentes económicos competidores (entre sí). • Que dicho acuerdo sea expreso o tácito, escrito o verbal. • Que dicho acuerdo tenga por objeto o que produzcan o puedan producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado. Esta fórmula general puede ser suplida por cualquiera de las conductas enumeradas en el artículo 5 o las que se establezcan de manera reglamentaria, en preciso: <ul style="list-style-type: none"> ○ Que se hayan acordado precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información; ○ Que se haya concertado o coordinado ofertas o abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas; ○ Que se haya repartido, distribuido o asignado segmentos o partes de un mercado de bienes y servicios señalando tiempo o espacio determinado, proveedores y clientela;

¹⁰⁰ Aquí hacemos acopio de lo establecido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en “Módulo 1- Conductas restrictivas de la competencia: Acuerdos prohibidos por la legislación de defensa de la competencia”, donde establece que: «Los términos “acuerdos” y “prácticas concertadas” responden a la voluntad del legislador de cubrir todas las posibles formas de cooperación y coordinación de las acciones coordinadas de las empresas. Un acuerdo es un consenso de voluntades entre varios agentes, explícitas o tácitas. Una práctica concertada es “una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a la categoría de acuerdo propiamente dicho, sustituye de manera consciente los riesgos de la competencia por la cooperación entre ellas”».

	<ul style="list-style-type: none"> ○ Que se haya acordado la limitación de la producción, distribución o comercialización de bienes; y en el caso de los servicios, la prestación o frecuencia; ○ Cualquier otra acción que elimine a competidores del mercado o limiten su acceso al mismo, desde su posición de compradores o vendedores de productos determinados.
Tipo Subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> ● A raíz de la descripción típica de la conducta, se permite la realización de dicha conducta al grado de imprudencia consciente. La persecución de las prácticas conscientemente paralelas¹⁰¹ es una construcción jurisprudencial que se erige en un terreno incierto en la República Dominicana.
Antijuricidad	<ul style="list-style-type: none"> ● Que no concurren las causales previstas por el artículo 7 de la Ley, es decir, “que 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”.
Culpabilidad	<ul style="list-style-type: none"> ● Que no concurren causas de exclusión de la culpabilidad, tales como el error de prohibición¹⁰², o una infracción al principio de confianza legítima¹⁰³.

¹⁰¹ Según María del Carmen Navarro, “Las conductas conscientemente paralelas: Revalorización del concepto” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 232, 49-63, constituyen prácticas conscientemente paralelas “[...] aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia”.

¹⁰² El error de prohibición esencialmente versa sobre la falsa creencia de que la conducta realizada se encuentra en el marco de la legalidad.

¹⁰³ Recordamos pues que el principio de confianza legítima opera con el mismo sentido que la protección del error de prohibición: una falsa creencia de legalidad. La diferencia se encuentra en que el principio de confianza legítima reposa “en la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente” por aplicación del principio de seguridad jurídica. De este modo, se afirma que sería necesarios los siguientes requisitos: “a) Un acto de la Administración que genera en el afectado la confianza de que la Administración actúa correctamente, que el comportamiento del ciudadano es asimismo correcto y que sus expectativas son asimismo razonables; b) Que la Administración genere signos externos que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta (STS 26 de septiembre de 2000); c) Que exista un acto de la Administración que reconoce una situación jurídica individualizada en cuya persistencia podía confiar el interesado; d) Existencia de una causa idónea para provocar la confianza legítima del afectado la cual no podrá generarse por mera negligencia, ignorancia o tolerancia de la Administración; e) Que el interesado haya cumplido los derechos y obligaciones que le incumben; f) Que el incumplimiento de la confianza así generada origine en el afectado unos perjuicios que no deba soportar” (Extraído de la Guía Jurídica de Wolters Kluwer, concepto “confianza legítima”).

Punibilidad	<ul style="list-style-type: none">• La existencia de una sanción prevista por la normativa legal vigente que se encuentre debidamente individualizada, delimitada y adscrita a dicha conducta. Sobre este particular se hablará en el próximo apartado.
--------------------	---

Tabla 3 – Esquema de imputación de las prácticas concertadas. Fuente: Elaboración propia

2.3.2. Artículo 6: Abuso de posición de dominio

La próxima tabla presenta de manera detallada el esquema requerido para la imputación de las conductas consistentes en abuso de posición de dominio, establecidas en el artículo 6 de nuestra Ley de Competencia. Está organizada en un orden lógico, donde, ante la no concurrencia de alguno de los requisitos establecidos por la norma, se debería descartar de toda responsabilidad al inculpado en cuanto a dicha conducta:

Tabla 4		Abuso de posición de dominio (artículo 6)
Tipicidad	Tipo Objetivo	<ul style="list-style-type: none"> • Que dicho agente económico tenga una posición de dominio.¹⁰⁴ Para esto deberá determinarse previamente el mercado relevante.¹⁰⁵ • Que la(s) conducta(s) realizada(s) es o sean susceptible(s) de crear barreras injustificadas a terceros. Esta fórmula general puede ser suplida por cualquiera de las conductas enumeradas en el artículo 6 o las que se establezcan de manera reglamentaria, en preciso: <ul style="list-style-type: none"> ○ La subordinación a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras. ○ La imposición de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique. ○ La venta u otra transacción condicionada a adquirir o proporcionar otro bien o servicio adicional, distinto o distinguible del principal. ○ La venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero. ○ La negativa a vender o proporcionar, a determinado agente económico, bienes y servicios sin justificación comercial razonable. ○ La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros sin que exista alguna razón comercial que lo justifique.

¹⁰⁴ Sobre este particular, favor referirse al punto “2.1.2.2. La posición de dominio”.

¹⁰⁵ Sobre este particular, favor referirse al punto “2.1.2.1. El mercado relevante”.

Tipo Subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> Al igual que en los acuerdos colusorios, la descripción típica de la conducta admite la realización de dicha conducta en el grado de imprudencia consciente. Sin embargo, una parte importante de la doctrina jurídica considera que el abuso de posición de dominio es un concepto objetivo¹⁰⁶.
Antijuricidad	<ul style="list-style-type: none"> Que los efectos anti-competitivos superen los efectos pro-competitivos de la conducta, es decir, exista un <u>balance neto de eficiencia económica negativo</u>. Asimismo, cabría evaluar la no existencia de causas de justificación como sería el caso de un estado de necesidad justificante¹⁰⁷, o incluso del ejercicio de un derecho¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio)*, 25, Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>. Esto implica, según el documento de referencia, que “[...] es totalmente irrelevante, al menos a la hora de tipificar la práctica como abusiva, la intencionalidad o falta de la misma a la hora de llevar a cabo la práctica. Esto es, una empresa en posición de dominio puede con un determinado comportamiento no haber perseguido abusar de su posición. El hecho de que no exista intención de abusar no es óbice para que se pueda imputar la infracción de abuso de posición de dominio, dado que lo relevante, con independencia de la intencionalidad, es que como consecuencia de ese comportamiento la competencia se haya podido ver debilitada”.

¹⁰⁷ Para este caso nos resulta interesante lo expuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el sentido de que: “A pesar de la especial responsabilidad a la que se obliga a las empresas dominantes en su actuación, ésta puede ser el **resultado de su reacción a la conducta de sus competidores**, y siempre que dicho comportamiento sea razonable y no refuerce su posición de dominio podrá considerarse lícita (justificación objetiva). En general, se consideran los siguientes tipos de justificaciones objetivas: (1) aquella en la que el incumbente pueda demostrar que, en otras circunstancias, la conducta abusiva es necesaria sobre la base de factores objetivos externos a las partes implicadas (necesidad objetiva). (2) cuando la empresa dominante demuestre que su conducta tiene como objetivo minimizar pérdidas como reacción a la competencia de sus rivales (“*meeting competition defence*”) (3) cuando la empresa dominante demuestre que su conducta genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores (por ejemplo, mejoras de la calidad o reducción coste producción o distribución) **siempre que no existan alternativas menos lesivas**. Se debe tener en cuenta si la empresa actuó de la misma manera que como lo habría hecho en una situación de competencia normal o si, por el contrario, utilizó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado” [Resaltado nuestro].

¹⁰⁸ Para abundar sobre el particular, establece Miguel Aguilar en su ponencia sobre las causas de justificación, citando a Gustavo Malo Camacho en su libro Derecho Penal Mexicano, que “el ejercicio de un derecho, como contenido de una regla permisiva, parte de la preexistencia de una norma jurídica que prohíbe u ordena cierta conducta”. En síntesis, se trata de aquellos supuestos en que una norma jurídica permite la realización de una determinada conducta (norma permisiva), que se encuentra prohibida o resulta necesaria para la realización de una determinada conducta que se encuentra prohibida por la misma u otra norma (norma prohibitiva). Se podría presentar v.g.: cuando el Estado Dominicano por aplicación del artículo 50.1 realiza excepciones al principio de libre competencia, por razones de seguridad nacional.

Culpabilidad	<ul style="list-style-type: none">• Que no concurren causas de exclusión de la culpabilidad, tales como el error de prohibición, o una infracción al principio de confianza legítima, tal y como en los acuerdos colusorios previstos por el artículo 5.¹⁰⁹
Punibilidad	<ul style="list-style-type: none">• La existencia de una sanción prevista por la normativa legal vigente que se encuentre debidamente individualizada, delimitada y adscrita a dicha conducta. Sobre este particular se hablará en el próximo apartado.

Tabla 4 – Esquema de imputación del abuso de posición de dominio. Fuente: Elaboración propia

¹⁰⁹ Ver nota al pie número 103.

2.4. Déficit de las descripciones típicas

Bajo el entendido de que dichas faltas o infracciones administrativas se encuentran tipificadas en una norma de carácter prohibitivo, es necesario evaluarlas desde el principio de legalidad y cada uno de sus subprincipios, especialmente en lo que se refiere al subprincipio de *lex certa* (subprincipio del principio de legalidad), también llamado de certeza normativa, en el ámbito administrativo.

Este principio, como derivación del principio constitucional de reserva de ley, hace necesario un ejercicio moderado de la facultad de colaboración reglamentaria por parte del órgano administrativo, que presupone otorgar a los entes administrados un conocimiento certero de las conductas que se encuentran prohibidas, como modo de dirigir su comportamiento a evitar la comisión de las mismas. Por tanto, ante la inexistencia de dicha certeza, podríamos hablar de la existencia de un déficit en cuanto a la descripción típica.

2.4.1. Posibilidad de colaboración reglamentaria

En principio, podría argüirse que las fórmulas generales de los artículos 5 y 6 de la normativa de competencia resultarían insuficientes para poder sostener razonablemente una acusación por comportamientos anticompetitivos que se encuentren fuera de las descripciones típicas enunciativas citadas en sus respectivos literales. Así, estaríamos hablando de una imperfección de la remisión o tipificación reglamentaria.¹¹⁰

Estas fórmulas generales, denominadas también “cláusulas de efecto equivalente”, son sencillamente “aquellas disposiciones legales que dejan abierta la posibilidad de sancionar, como una conducta anticompetitiva, a situaciones que no han sido expresamente detalladas como tales en la normativa pertinente”. Esto así, ya que “producen el mismo resultado que las expresamente tipificadas, esto es, distorsionan el

¹¹⁰ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 268-269, ISBN: 978-84-309-5476-6.

mercado y afectan negativamente al bien jurídico tutelado por (la) normativa *antitrust*”.¹¹¹

Admitir su imposibilidad de persecución implicaría avocarse única y exclusivamente a aquellos casos expresados de manera enunciativa por la normativa de competencia vigente, tanto para los casos de prácticas colusorias como los de abuso de posición dominante.

- Por tanto, para el caso de prácticas colusorias, serían únicamente perseguibles:
 - Fijación de precios (lit. a);
 - concertación en licitaciones (lit. b);
 - repartición de mercados (lit. c);
 - limitación de producción (lit. d); y,
 - eliminación o limitación de competidores (lit. e).

- Y, en los casos de abuso de posición dominante:
 - Ventas atadas (lit. a);
 - ventas condicionadas (lit. b y d);
 - empaquetamiento de servicios (lit. c);
 - negativa injustificada de vender (lit. e); y,
 - ventas injustificadamente desiguales (lit. f).

Bajo dicha premisa, se impediría incluso la posibilidad de la persecución de los abusos de posición de dominio, en tanto los parámetros para su determinación son, en cierto

¹¹¹ Daniel Gonzáles La Rosa, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia” en *Circulo de Derecho Administrativo*. 369, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14007/14629>

modo, imprecisos y dejan lugar a cierto margen de interpretación.¹¹² Así, la configuración de la posición de dominio dentro de un determinado mercado relevante, llevaría consigo una actividad administrativa en cierto modo imprevisible por parte de la ciudadanía en sentido general, violentando así el principio de certeza normativa y de previsibilidad.¹¹³

Estas voces no se limitan al ámbito internacional y doctrinal. En efecto, según un artículo publicado en el sitio web de PROCompetencia:

[S]e han presentado comentarios de que los ilícitos concurrenciales establecidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 42-08 son de estricta interpretación, y que en este sentido no puede pretenderse modificar o reducir las tutelas constitucionales previamente descritas por vía reglamentaria.¹¹⁴

Esto implicaría la imposibilidad de complementar reglamentariamente dichas disposiciones y dificultaría por tanto la labor administrativa, dado el dinamismo de la actividad económica y en especial lo concerniente al ámbito que nos compete. Sin embargo, dadas las características del bien jurídico denominado “libre competencia” y del “proceso competitivo” de los mercados económicos, intentar que una Ley determine expresamente y con toda precisión todas aquellas conductas, que podrían resultar anticompetitivas e ilegales, sería, por decir lo menos, un sin sentido jurídico y económico.¹¹⁵

Ciertamente, estas cláusulas abiertas o de efecto equivalente, tienen como propósito que la “agencia de competencia (pueda) sancionar conductas que no estén expresamente

¹¹² Juan Rojas, “El Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado en la Legislación Nacional” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 95, Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20101207_03.pdf

¹¹³ Así, nuestra Ley núm. 107-13 establece en su artículo 3.8 como uno de los principios que rige la actuación administrativa, el principio de seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa, mediante la cual la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos.

¹¹⁴ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. *Colaboración de la Potestad Reglamentaria en la Tipificación de las Conductas establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 42-08*. 25 de junio de 2014, Disponible en: <http://procompetencia.gov.do/colaboracion-de-la-potestad-reglamentaria-en-la-tipificacion-de-las-conductas-establecidas-en-los-articulos-5-y-6-de-la-ley-no-42-08/>

¹¹⁵ Daniel Gonzáles La Rosa, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia” en *Circulo de Derecho Administrativo*. 369-370, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14007/14629>

previstas en la legislación como infracciones pero que puedan tener un efecto negativo injustificado en perjuicio del mercado y la libre competencia que debe imperar en el mismo”.¹¹⁶ Por ello, citando a Alejandro Nieto:

[L]a suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en **la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta**. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una infracción y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que tal infracción depara el ordenamiento. O dicho (sic) con otras palabras: la tipificación es suficiente cuando consta en la norma la predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre la una y la otra.¹¹⁷

Sigue así diciendo que: **“La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible.** [...] Las exigencias maximalistas sólo conducen [...] a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras”.¹¹⁸ En consecuencia, admitir dicha postura no solamente sería peligroso para la materia de competencia, sino para las otras ramas del derecho administrativo que han optado por la fórmula sancionadora.

Esto implicaría desconocer la ya reconocida facultad de colaboración reglamentaria, cuya función esencial es “robustecer por vía reglamentaria el grado de certeza que rige la materia”¹¹⁹, como en efecto se ha intentado realizar a través de la implementación de un Reglamento de aplicación (en Proyecto) y de la referida Resolución 01-2017 que aprueba los criterios generales, técnicos y económicos para la evaluación de las condiciones de competencia de los mercados a ser utilizados por PRO-COMPETENCIA.

¹¹⁶ Daniel Gonzáles La Rosa, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia” en *Circulo de Derecho Administrativo*. 369, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14007/14629>

¹¹⁷ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta. Edición (Madrid: Tecnos, 2015), ISBN: 978-84-309-5476-6.

¹¹⁸ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta. Edición (Madrid: Tecnos, 2015), ISBN: 978-84-309-5476-6. [Resaltado nuestro]

¹¹⁹ En: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Colaboración de la Potestad Reglamentaria en la Tipificación de las Conductas establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 42-08*, 25 de junio de 2014. **Citando a:** Pablo García Manzano, *Comentario a sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común*, Madrid, Carperi, 1993, 371.

A modo de ejemplo, para el caso de las **prácticas concertadas y acuerdos colusorios**, el Proyecto de Reglamento de aplicación ha integrado una lista de indicios para la verificación de la existencia de dichas conductas.¹²⁰ Es preciso indicar que dicha lista se circunscribe al ámbito probatorio, no al ejercicio de una potestad colaborativa respecto de los enunciados tipo contenidos en el artículo 5, por lo que no corresponde su análisis desde el punto de vista de la configuración del tipo.

En cuanto al **abuso de posición de dominio**, se establece en su artículo 4 que “podrán considerarse como prácticas de abuso de posición dominante, las realizadas por agentes económicos con posición dominante en un mercado relevante que presenten indicios de que la conducta denunciada tiene efectos exclusorios”. Esta es una fórmula genérica que en nada añade contenido a la descripción típica de la legislación sobre la materia, ya que:

- En primer lugar, **no difiere ni complementa la redacción legislativa**. De hecho, dicha norma reglamentaria trata de ampliar el espectro del abuso de posición dominante a aquellas conductas que tengan “indicios” de poseer el susodicho efecto exclusorio, sin proveer supuesto de hecho alguno. De este modo, violaría el principio de *lex certa* al no proveer uno o varios supuestos que permitan “predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja (sic) responsabilidad y a la eventual sanción”.¹²¹
- En segundo lugar, ya que **ni el artículo ni el reglamento define el concepto de “efectos exclusorios”**. Como señalamos anteriormente, la definición de efectos exclusorios hace referencia a aquella cuyo “objeto o efecto es la exclusión de competidores reales o potenciales en determinado mercado”. Por tanto, el artículo obra en el mismo sentido que la legislación matriz, cuando señala que dicha conducta tenga la posibilidad “de crear

¹²⁰ Artículo 3 Proyecto de Reglamento de Aplicación Ley núm. 42-08.

¹²¹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 267, ISBN: 978-84-309-5476-6.

barreras injustificadas a terceros”. Así, se añade un concepto jurídico indeterminado que redundante en el mismo sentido que la norma colaborada.¹²²

Sin embargo, es preciso reconocer que la actividad administrativa es reformable, por lo que permite su actualización continua conforme a la experiencia adquirida en el ejercicio de sus funciones en el territorio dominicano.

Por último, para la **evaluación de las condiciones de competencia de los mercados**, se progresa la seguridad jurídica y la certidumbre de los entes administrados a través de la provisión de las fórmulas matemáticas utilizadas para la medición y evaluación de la existencia del mercado relevante y de la posición de dominio en la configuración de las conductas anticompetitivas de la Ley de Competencia, realizada por la Resolución 01-2017 previamente citada.

¹²² Esto no implica que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados se encuentre prohibida. En efecto, tal y como cita Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 273 la STC 69/1989: “[...] no vulnera la exigencia de *lex certa* [...] la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”. Con mucha razón establece que “[...] los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una precisión y claridad absolutas”.

Capítulo 3: Sanciones establecidas por la Ley 42-08

Los principios del derecho administrativo sancionador son aplicables del mismo modo al aspecto sancionatorio, cuyo análisis corresponde a la categoría de la punibilidad. Por tanto, es necesario realizar un detalle de las sanciones adscritas a cada una de las conductas anticompetitivas de la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia, habida cuenta de que cualquier análisis sobre la posibilidad de sanción respecto de una conducta requiere, evidentemente, que dicha sanción se encuentre prevista.

Al igual que para la descripción típica de las conductas, es preciso analizar la posibilidad o no de colaboración reglamentaria para el elemento o categoría de la punibilidad, que trata especialmente el régimen de las sanciones. Para este capítulo, precisaremos de igual modo hacer uso tanto de la Ley núm. 42-08 como del Proyecto de reglamento de aplicación de dicha ley, además de otras reglamentaciones accesorias.

3.1. Aspectos generales

Sanción es la “consecuencia jurídica desfavorable que el incumplimiento de un deber produce respecto del obligado”, o bien, la “pena que la Ley establece para el que la infringe”. En otras palabras, la garantía de cumplimiento de una norma jurídica.¹²³

Resultan **garantías de cumplimiento de una norma jurídica** en la medida que, como establecíamos previamente, las “violaciones a estas pautas de conducta deberían conllevar necesariamente la aplicación de sanciones tendentes a regularizar el accionar de los entes vigilados y normalizar su funcionamiento y el del mercado”. Así, tal y como establece Sánchez Morón:

[P]uesto que la Administración puede imponer límites vinculantes a la actividad de los particulares e impartirles órdenes para la tutela de la legalidad y del interés general, se le atribuye también la facultad derivada de sancionar el incumplimiento de los reglamentos y

¹²³ Cristian Román. “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 98, Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>

órdenes de policía, como medio de reforzar la eficacia de su actuación y, en definitiva, su propia autoridad.¹²⁴

La sanción administrativa, según ha referido nuestra Suprema Corte de Justicia en su sentencia del 03 de febrero de 2016 (Tercera Sala), es “[...] Una expresión del *ius puniendi* del Estado, que es una consecuencia lógica del ordenamiento jurídico, pues la norma sin sanción carecería de imperio, y [cuyo] objetivo es corregir una conducta, [...] un medio para educar al infractor”.¹²⁵

La potestad sancionadora de la administración implica: “[...] **imponer sanciones** [...] una vez analizado el grado de culpabilidad, derivada de **la Ley que previamente ha descrito** los hechos y **las sanciones** que son necesarias y proporcionadas al fin que se tuvo en cuenta al instaurar la potestad”.¹²⁶

De este modo, tal y como expresamos en el apartado relativo a la descripción típica de las conductas, para poder configurar el requisito de punibilidad respecto de las infracciones contenidas en dicha norma, es necesaria “La existencia de una sanción prevista por la normativa legal vigente que se encuentre debidamente individualizada, delimitada y adscrita a dicha conducta”.¹²⁷

Refiere así Juan Carlos Morón al hablar sobre el principio de legalidad que “[...] queda reservada sólo a normas con rango de Ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos”.¹²⁸ Esta postura, por demás indiscutible, es expresada por Alejandro Nieto de la manera siguiente:

El mandato de tipificación tiene dos vertientes: dado que no sólo la infracción sino también la sanción debe estar debidamente prevista en la norma que, mediando reserva legal, ha de tener

¹²⁴ Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo - Parte General* (Madrid: Tecnos, 2006).

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, No. 50, 03 de febrero de 2016, 15.

¹²⁶ Ronald Cuadra-Malespín, *La sanción administrativa* (San José: ISOLMA, 2010), ISBN: 978-996-8591-11-9 [Resaltado nuestro]

¹²⁷ Ver página 14.

¹²⁸ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

rango de Ley [...]. Con remisión o sin ella, una vez realizada la tipificación de las infracciones, las normas han de atribuirles (sic) unas sanciones determinadas, estableciendo la correlación entre unas y otras.¹²⁹

En consecuencia, sólo una norma con rango de Ley puede habilitar a la Administración a aplicar una o más medidas restrictivas de derechos a título de sanción de carácter personal o pecuniario. Estas podrían consistir en multas, decomisos, cancelación de derechos, inhabilitaciones, etc.; todas medidas que persiguen un efecto puramente reaccional y aflictivo en los derechos subjetivos de los administrados.¹³⁰

La facultad de colaboración reglamentaria no únicamente se circunscribe a la descripción de la conducta típica, sino además, a las posibles sanciones a imponer. De este modo, el artículo 36 de la Ley núm. 107-13 establece que “Los reglamentos sólo podrán especificar o graduar las [...] sanciones legalmente establecidas con la finalidad [...] de **una más precisa determinación de las sanciones** a que haya lugar” [Resaltado nuestro].

En el ámbito administrativo, la limitación a la facultad punitiva es la prohibición absoluta de que las sanciones consistan en privación de libertad. Así, la Constitución Dominicana y la Ley núm. 107-13 concuerdan en el hecho de que bajo ninguna circunstancia podrán consistir en aquella.

El análisis de las sanciones corresponde a la categoría de la **punibilidad**. Esta categoría, desde un punto de vista axiológico o del deber ser, comprende no únicamente la selección discrecional y arbitraria del rango o abanico de infracciones imponibles por parte de la autoridad juzgadora, sino que es necesario un ejercicio **ponderado** por parte del ente sancionador.

Este análisis ponderado es reconocido por nuestro Tribunal Supremo, cuando establece que “[...] el legislador al diseñar el régimen sancionador de la Administración

¹²⁹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 511, ISBN: 978-84-309-5476-6.

¹³⁰ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

Pública lo hace tomando en consideración los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad a que están sujetas las actuaciones de la Administración”.¹³¹

En efecto, el principio de razonabilidad trasciende al ámbito administrativo, lo que comprende el ejercicio de la actividad sancionadora. De este modo, establece Prats:

La razonabilidad que exige el artículo 40.15 de la Constitución a la potestad sancionadora de la Administración, que conlleva el reconocimiento y respeto de los principios constitucionales que rigen la actividad punitiva del Estado como condición irrenunciable para admitir la constitucionalidad de esta potestad, implica que los principios que articulan el Derecho Penal y, en particular, el debido proceso penal se proyectan a la esfera sancionadora administrativa.¹³²

Ciertamente, la Ley núm. 107-13 establece en dentro de su catálogo de principios (artículo 3), de proporcionalidad (numeral 9), al establecer que: “Las decisiones de la Administración, cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas, habrán de observar el principio de proporcionalidad”. Por tanto, los subprincipios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, deberán tomarse en cuenta para la imposición de la sanción:¹³³

- **El subprincipio de idoneidad**, que impone la necesidad de que la medida sea apta, coherente y útil para lograr los fines u objetivos previstos por el legislador.

En este sentido, el artículo 37 de la Ley 107-13 establece la compatibilidad de la responsabilidad administrativa con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada a su estado originario, así como con la indemnización de daños o perjuicios causados por la infracción.

Asimismo, la Ley 42-08 prescribe, entre otras cosas:

¹³¹ Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, No. 50, 03 de febrero de 2016, 15.

¹³² Eduardo Jorge Prats, Omar Victoria Contreras, *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera. Segunda Edición* (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), ISBN 978-9945-8648-6-1

¹³³ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

- En su artículo 61 párrafo III, que “el pago de la sanción no implica la convalidación de la situación irregular, debiendo el infractor cesar de inmediato los actos que dieron lugar a la sanción”.
- Asimismo, en su párrafo V, que “los acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas sancionadas por esta Ley no producirán efectos jurídicos y las obligaciones que emanen de los mismos serán nulas de pleno derecho”.
- En el artículo 63, la posibilidad de los demás agentes económicos afectados por una conducta anticompetitiva, de acudir ante las vías judiciales para obtener las indemnizaciones correspondientes.
- **El subprincipio de necesidad**, que amerita que la medida sancionadora impuesta sea la indispensable y estrictamente necesaria para lograr su finalidad, de la manera menos gravosa posible.

En este sentido, la Ley 107-13 en su artículo 38 párrafo III establece que “en los casos que sea posible elegir entre varias sanciones, se elegirá la menos gravosa para el presunto infractor”. De igual modo, la Ley 42-08 establece la posibilidad de aumentar el monto de las sanciones establecidas en razón de un 3% mensual a partir del momento que se haga exigible (art. 61 pár. IV).

- **El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**, que implica generar mayores beneficios al interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos, que perjuicios sobre el derecho o libertad afectados por la medida restrictiva.

Para estos fines, la Ley 107-13 establece, entre otras cosas, que las sanciones pecuniarias tipificadas no podrán ser más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (art. 38 pár. I). Esta es una aplicación del

principio de “no beneficio”¹³⁴, ya que sería un contrasentido “calificar o sancionar una conducta que genera alta rentabilidad de manera leve”¹³⁵, así como también lo sería aplicar una sanción excesiva a una conducta que genera poca rentabilidad y perjuicios a la sociedad.

Igualmente, en el párrafo II del mismo artículo, se establece que “en la imposición de sanciones a que haya lugar se deberá guardar la debida adecuación entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción efectivamente aplicada”. De este modo, según lo establecido por la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica

[L]a sanción que se imponga debe estar ajustada al acto ilegítimo que se realizó, de forma tal que a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la pena, lo que implica una ‘proporcionalidad’ de causa a efecto, resultando ilegítima aquella sanción que no guarde esa proporción.¹³⁶

Dicho artículo establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, tales como: (i) la intencionalidad o reiteración, (ii) la naturaleza de los perjuicios causados, y (iii) la reincidencia.

Por otro lado, la Ley 42-08 deja en evidencia amplios márgenes para la imposición de sanciones, que van desde 50 a 3,000 salarios mínimos.¹³⁷ En lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, se tiene prevista la posibilidad de aplicar el duplo del máximo de las sanciones previstas para la infracción, para los casos de reincidencia (art. 61 pár II).

Por último, la Ley dispone en su artículo 62 criterios de la imposición de la sanción, que deberán ser evaluados para determinar la cuantía a imponer:

- a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia;

¹³⁴ Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 61, ISBN: 978-84-16018-46-8.

¹³⁵ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

¹³⁶ Sentencia núm. 1699-94 de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia costarricense.

¹³⁷ Ver artículo 61 de la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia.

- b) La dimensión del mercado afectado;
- c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
- d) La premeditación e intencionalidad;
- e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados;
- f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida; y,
- g) Reincidencia y antecedentes del infractor.

De esta manera, “La punibilidad [...] tiene su razón de existir porque el injusto y la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifican por sí solos la pena”, sino que “debe asegurarse además la necesidad práctica de hacer uso de la misma para la protección del orden social”.¹³⁸ Es preciso siempre recordar que tanto la pena como la sanción son manifestaciones del *ius puniendi* estatal, y que los principios rectores del derecho administrativo sancionador son analógicos a los del derecho penal.

En este sentido, la necesidad práctica a la que hace referencia el Dr. Muñoz para la protección del orden social, la entendemos necesaria para la descomposición de la *anti-administratividad* de la conducta realizada. Continúa expresando el mismo autor que:

Esta circunstancia hace suponer que, más allá de la culpabilidad, es posible situar aún una serie de elementos cuya función es, precisamente, dar contenido a un juicio sobre la necesidad del castigo. Esta nueva categoría cuya función es agrupar todos aquellos elementos que no dependen del injusto culpable, encontraría su asiento sistemático entre el juicio de culpabilidad y los presupuestos procesales por medio de los cuales se valora la perseguibilidad del hecho.¹³⁹

Por tanto, en la punibilidad se analizan dos aspectos:

- La existencia de condiciones objetivas de punibilidad, o “hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la

¹³⁸ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal - Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000).

¹³⁹ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal - Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000).

pena”¹⁴⁰. Este particular no encuentra cabida en el derecho administrativo sancionador.

- Las circunstancias modificativas de responsabilidad (circunstancias atenuantes o agravantes), las cuales existirán para una u otras infracciones, o de manera general.

Por estos motivos, para la consecución de la responsabilidad administrativa, se requiere completar el esquema de imputación para cada una de las infracciones previstas en la Ley 42-08, es decir: Los acuerdos colusorios y prácticas anticompetitivas (artículo 5) y el abuso de posición de dominio (artículo 6).

3.2. Punibilidad de las infracciones

El esquema de imputación para las infracciones administrativas requiere, además de la verificación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo y la inexistencia de causas de justificación o de exculpación, la concurrencia del elemento punitivo.

Es decir, que ante la no concurrencia de alguno o ninguno de los elementos previamente mencionados, podemos hablar ya sea de una atipicidad, de una conducta justificada, de una conducta irreprochable o de una conducta no punible. En todo caso, en el ámbito procesal, se descargaría de responsabilidad administrativa al sujeto investigado.

Vimos en el apartado sobre Descripción típica de las conductas las categorías que requieren ser analizadas para las infracciones administrativas contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia, con excepción de la punibilidad, que nos avocaremos a analizar ahora.

El artículo 61 de la Ley núm. 42-08 sobre Defensa de la Competencia establece el catálogo de sanciones que serán imponibles por la comisión de las conductas típicas descritas en dicha Ley.

¹⁴⁰ Luis Miguel Bramont, *Lecciones de la parte general y el Código Penal* (Lima: Ed. San Marcos, 1997), 68-69.

- Para el caso de las infracciones contenidas en el artículo 5 de la normativa de competencia, relativas a las **prácticas concertadas y los acuerdos colusorios**, nos encontramos con lo siguiente:
 - El literal a) del artículo 61 se refiere a las fórmulas típicas enunciadas en los incisos **a), c), d) y e) del artículo 5**, referentes a las siguientes manifestaciones típicas:
 - a) Fijación de precios;
 - c) Repartición de mercados;
 - d) Limitación de producción;
 - e) Eliminación o limitación de competidores.

Dichas conductas típicas serán sancionadas, con un rango de multas que va desde 30 hasta 3,000 veces el salario mínimo.

- El literal b) del artículo 61 se refiere a la conducta típica expresada en el inciso b) del artículo 5, que se refiere a la concertación en subastas y licitaciones. Esta conducta será sancionada con un rango de multas de 200 a 3,000 veces el salario mínimo.
- Para el caso de las infracciones contenidas en el artículo 6, sobre los **abusos de posición de dominio**, se ha establecido en su literal c) una sanción pecuniaria equivalente de 30 a 3,000 veces el salario mínimo.

Estas sanciones, como se explicó previamente, son susceptibles de duplicarse en los casos de reincidencia¹⁴¹, así como también aumentar mensualmente por su incumplimiento en el tiempo previsto¹⁴².

¹⁴¹ Ver párrafo II artículo 61 Ley 42-08.

¹⁴² Ver párrafo IV artículo 61 Ley 42-08.

El cálculo del salario mínimo se realizará en base al salario mínimo oficial aplicable al sector de actividad a que corresponda la empresa o persona sujeta a la violación de que se trate:

- Cuando se trate de una **empresa privada**, sería calculada en base a la última resolución dictada por el Comité Nacional de Salarios que disponga la tarifa de salarios mínimos correspondiente a dicha actividad económica.¹⁴³
- En caso de ser una **empresa pública**, se tomarán en cuenta las previsiones dispuestas por la Ley núm. 105-13 sobre Regulación Salarial del Estado dominicano, tomando en cuenta el último reglamento o resolución dictada por la autoridad u organismo competente.¹⁴⁴

3.3. Déficit en la categoría de la punibilidad

Como pudo evidenciarse de la lectura del artículo 61 de la normativa de competencia, las sanciones dispuestas por dicha normativa se enmarcan, a modo general, dentro de los principios generales establecidos por la Ley núm. 107-13 y la doctrina sobre la materia.

En efecto, según se desprende conjunto de la lectura, el órgano administrativo cuenta con facultad legal para imponer sanciones. Este es un aspecto primordial que debe configurarse a la hora establecer la capacidad de punición de una conducta, más aún en el ámbito administrativo. Efectivamente, una conducta anti-administrativa que carezca de órgano sancionador competente, aún se erija como típica, antijurídica y culpable, no podría ser punible.

¹⁴³ Por aplicación del artículo 455 de la Ley núm. 16-92 o Código de Trabajo de la República Dominicana, que textualmente establece que: “El Comité estará encargado de fijar tarifas de salarios mínimos para los trabajadores de todas las actividades económicas”.

¹⁴⁴ En este sentido, la Ley núm. 105-13 refiere en su artículo 14 que “La regulación salarial para los directivos, administradores, funcionarios o empleados de las empresas cuyo capital social pertenezca al menos en un setenta y cinco (75%) por ciento al Estado o a los organismos autónomos y descentralizados del Estado instituidos por leyes, será dispuesto por resolución del consejo directivo o autoridad competente de que se trate, en coordinación con el ministro de su dependencia o adscripción y el Ministerio de la Administración Pública, y su entrada en vigencia estará sujeta a la previa aprobación del Presidente de la República”.

También, como pudimos ver, el artículo 61 dedica su redacción a la atribución de sanciones a las diferentes infracciones previstas en nuestra ley. Esto resulta de vital importancia. Ciertamente, según establece Nieto: “La correspondencia, legalmente establecida, entre infracciones y sanciones es imprescindible, de modo tal que si se ha tipificado correctamente la infracción pero no se le ha atribuido la correspondiente sanción, no puede imponerse una sanción concreta”.¹⁴⁵

Sobre este particular, vimos que el artículo 61 se dedica en su literal a) a las prácticas concertadas (artículo 5), y en su literal b) al abuso de posición de dominio (artículo 6).

3.3.1. Falta de adscripción infracción-sanción

Según pudimos analizar en el punto 2.4, sobre el déficit de las descripciones típicas, las conductas anticompetitivas descritas en los artículos 5 y 6 son “cláusulas de efecto equivalente”, es decir, “disposiciones legales que dejan abierta la posibilidad de sancionar situaciones que no han sido expresamente detalladas como tales en la normativa pertinente”.¹⁴⁶

Esto quiere decir, que la atribución de las sanciones debería abarcar no únicamente las conductas enunciativas de dichos textos legales (literales de los artículos 5 y 6), sino también su parte capital. Esto permitiría la sanción de aquellas conductas que de manera complementaria sean establecidas por reglamento y que no contengan algún déficit en la técnica de colaboración, tales como exceso o imperfección (imprecisión) de la complementación típica.

Sin embargo, según se desprende de la redacción de los literales del artículo 61, no sería posible la punición de conductas ajenas a las taxativamente descritas en sus literales. Veamos:

¹⁴⁵ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 512, ISBN: 978-84-309-5476-6.

¹⁴⁶ Ver nota al pie núm. 111.

- Según el literal a) y b) del artículo 61, referente a las **prácticas concertadas y los acuerdos colusorios**, serán sancionadas, respectivamente: “Por haber incurrido en las prácticas contempladas en el Artículo 5, Incisos a), c), d) y e)” y “Por haber incurrido en las prácticas establecidas en el Artículo 5, Inciso b)”. Como puede evidenciarse, no existe disposición alguna que se refiera a la fórmula general o cláusula de efecto equivalente del artículo 5, por lo que existe un déficit en la categoría de la punibilidad sobre este respecto.
- Del mismo modo, pero con relación al **abuso de posición de dominio**, el literal c) del artículo 61 establece: “Por haber incurrido en las prácticas enumeradas en el Artículo 6”. No está de más decir que, por el hecho de establecer “las prácticas **enumeradas**”, el legislador deja fuera y de plano cualquier conducta que no se enmarque dentro de dichas descripciones típicas.

De esta manera, si bien es cierto que en cuanto a la tipicidad, la descripción de las conductas anti-administrativas de la ley de competencia permite cierto grado de colaboración reglamentaria; la manera en la cual se dispuso la redacción legislativa de las sanciones correspondientes haría que dicha técnica resulte inútil. Dicho de otro modo, sería intrascendente la configuración reglamentaria de conductas que no se enmarquen dentro de la descripción típica de alguno de los enunciados de los artículos 5 y 6, por existir un déficit en la categoría de la punibilidad respecto de dicha cláusula general.

Los efectos de esta omisión legislativa podrían compararse a los de una falta de tipicidad. De hecho, tiene como nefasto desenlace la exclusión de algunas conductas anticompetitivas “[...] pese a ser nocivas para la libre competencia y la sociedad en su conjunto”.¹⁴⁷ Ciertamente nos encontramos ante una situación similar a la sucedida en Perú, donde inicialmente su Decreto Legislativo N° 701 no incluía una cláusula de efecto equivalente, por lo que posteriormente tuvo que ser reformada mediante Decreto Legislativo N° 807 por los motivos siguientes:

¹⁴⁷ Daniel Gonzáles La Rosa, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia” en *Circulo de Derecho Administrativo*, 370, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14007/14629>

Esperar la dación de nuevas normas para combatir tales prácticas puede conducir a la **ineficiencia total de la legislación de libre competencia** para conseguir un funcionamiento más eficiente del mercado. Si bien la norma vigente prevé tipificar nuevas prácticas por Decreto Supremo, ello se muestra como una **limitación a la capacidad de respuesta rápida y eficaz del Estado al uso de prácticas equivalentes** que dañan la competencia y por ende al consumidor.¹⁴⁸

Por tanto, únicamente serán punibles las conductas descritas en los enunciados típicos de los artículos 5 y 6 de la normativa legal sobre la competencia, impidiendo la persecución de otras manifestaciones o conductas anticompetitivas hasta tanto se agote nuevamente el procedimiento legislativo de lugar.

3.3.2. Discrecionalidad del órgano administrador

En lo que respecta al principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones previstas en la norma, observamos que el operador administrativo posee un amplio margen de selección en cuanto a la cuantía de las sanciones pecuniarias a imponer. En efecto, contiene disposiciones que permiten la aplicación de 30 o 200 salarios mínimos como margen inferior, hasta un margen superior de 3,000 salarios mínimos.

El legislador se limita pues a establecer criterios para la imposición de la pena, dentro de los que destacamos la gravedad de la conducta realizada (literales a, b, c, e y g) y la actitud o reticencia del infractor (literales d y f). Esto podría entenderse, de algún modo, como un cierto grado de discrecionalidad por parte del órgano de administración.

La facultad de colaboración reglamentaria se extiende a todos los ámbitos de la conducta típica, incluyendo la punibilidad. Esto quiere decir que el órgano administrativo legalmente habilitado tiene la facultad de colaborar reglamentariamente respecto de las sanciones, con el objeto de una más precisa determinación de las sanciones a que haya lugar.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Daniel Gonzáles La Rosa, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia” en *Circulo de Derecho Administrativo*, 369, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14007/14629> [Resaltado nuestro]

¹⁴⁹ Así lo refiere el Párrafo I del artículo 36 de la Ley núm. 107-13.

Sin embargo, en lo que respecta al proyecto de reglamento de aplicación, no existen disposiciones tendentes ni a la graduación de las sanciones establecidas por el artículo 61 ni a la complementación de los criterios de imposición de la sanción establecidos en el artículo 62, prescindiendo del uso de dicha técnica legislativa-administrativa, lo que serviría de utilidad como corolario de la previsibilidad de los entes administrados.

No obstante, el hecho de que el órgano administrativo cuente con un amplio margen de decisión en cuanto a la cuantía de la multa imponible no implica que su actuación sea arbitraria, imprudente e irrazonable. En efecto, según Sentencia del Tribunal Supremo Español, en el caso especial de la competencia:

Resulta **inevitable** otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto **margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de dosimetría sancionadora rigurosamente exigibles** (pues) la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la importancia de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria.¹⁵⁰

Así, dicho Tribunal reconoce que la previsibilidad de los entes administrados (en el caso específico de la competencia, agentes económicos) sobre las actuaciones de la administración, en lo que refiere a la imposición de las sanciones, se cumple en la medida en que dichos entes sean conscientes de que serán proporcionadas al nivel de restricción de la competencia que su conducta haya ocasionado.

De igual modo entendemos procedente la postura del mismo Tribunal en otra de sus decisiones, donde expresa que “resulta un error jurídico entender que el margen de apreciación [...] pued(a) calificarse propiamente de discrecionalidad, en su sentido estricto de admitir una libertad más o menos amplia para decidir una sanción u otra”. Esto únicamente admite que **la Administración es “quien está en la mejor posición de**

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 6 de marzo de 2003 (3ª, 3ª, Ar. 3201) citada por Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 520, ISBN: 978-84-309-5476-6. [Resaltado nuestro]

otorgarle valor a las diferentes circunstancias concurrentes en un determinado supuesto de hecho, para determinar el riesgo creado o perjuicio causado al bien jurídico protegido, lo que deberá *constar necesariamente en la resolución sancionadora*.¹⁵¹

Por tanto, tal y como lo reconoce dicha decisión, aun tratándose la elección de la sanción de una actividad discrecional, debe cumplirse con un **deber de motivación**. Así, como refiere Tomás Cobo, “la administración debe motivar las razones que conducen a la concreta fijación de la sanción”¹⁵², añadiendo como sustento la Sentencia del Tribunal Supremo del 07 de marzo de 1996 que dice textualmente:

La discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones, dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.¹⁵³

Y es que, al tratarse la decisión sancionadora de un acto administrativo, la misma debe cumplir con un mandato de motivación establecido por el artículo 9 de nuestra Ley núm. 107-13, que textualmente reza: “La motivación se considerará un **requisito de validez** de todos aquellos actos administrativos que se pronuncien sobre derechos, **tengan un contenido discrecional** o generen gasto público” [Resaltado nuestro]; requisito que puede dar lugar a la invalidez y consecuente nulidad del acto sancionatorio cuando se carezca del mismo.¹⁵⁴

Por consiguiente, dicha motivación deberá ser suficiente para sustentar la proporcionalidad de la sanción impuesta, entendida por Zornoza como “un límite de la actividad administrativa de determinación de las sanciones, de modo tal que no exista

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 29 de junio de 2010 (3^a, 3^a) citada por Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 521, ISBN: 978-84-309-5476-6. [Resaltado nuestro]

¹⁵² Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 63, ISBN: 978-84-16018-46-8.

¹⁵³ Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 63, ISBN: 978-84-16018-46-8.

¹⁵⁴ Por aplicación del artículo 14 de la Ley núm. 107-13 que establece: “Son **nulos** de pleno derecho los actos administrativos [...] **carentes de motivación, cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales**”.

posibilidad alguna de opción libre, sino una **actividad vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción**”.¹⁵⁵

3.3.3. Proporcionalidad de la sanción

Un último aspecto a dilucidar lo es la suficiencia de la cuantía de las sanciones a imponer. El principio de proporcionalidad hace referencia no únicamente a la prevención del exceso, sino también del déficit de la sanción impuesta frente al daño ocasionado. Dicho déficit quedaría evidenciado con la comparación del daño ocasionado en relación con la cuantía del máximo de la suma imponible, actualmente 3,000 salarios mínimos del sector (6,000 en caso de reincidencia).

Como establecimos previamente, sería un contrasentido “calificar o sancionar una conducta que genera alta rentabilidad de manera leve”¹⁵⁶, por lo que la manera más concreta de realizar este análisis sería a través de un caso concreto: Cervecería Nacional Dominicana y AmBev.

En el caso de Cervecería Nacional Dominicana y AmBev, según el estudio de competencia en el mercado de cervezas de la República Dominicana¹⁵⁷, el bienestar del consumidor se vio afectado, aproximadamente, en 7,016 millones de pesos anuales, de marzo 2012 a septiembre 2015.

Esto quiere decir que para cumplir con el principio de proporcionalidad, tomando en cuenta como salario mínimo el establecido para el sector privado no sectorizado y multiplicándolo por la cantidad máxima de multa imponible por abuso de posición de dominio, la cantidad de multa imponible debería ser razonablemente igual o cercana al perjuicio causado:

¹⁵⁵ Citado por Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador. 5ta. Edición* (Madrid: Tecnos, 2015), 514, ISBN: 978-84-309-5476-6. [Resaltado nuestro]

¹⁵⁶ Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13), 37.

¹⁵⁷ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Estudio de competencia en el mercado de cervezas de la República Dominicana post fusión: Cervecería Nacional Dominicana y AmBev.

Figura 1: Fórmula para el cálculo de la proporcionalidad (AmBev/CND)

$$\text{Salario mínimo}_{(\text{privado})} * \text{Multa imponible}_{(\text{abuso posición dominio})} \cong \text{Perjuicio}$$

Interpretación: para que dicha conducta cumpla con el principio de proporcionalidad, el producto de la multiplicación del salario mínimo del sector privado por la cantidad de veces imponibles de multa por el abuso de posición de dominio, debería ser igual o cercano al perjuicio causado al bienestar económico.

Fuente: Elaboración propia.

Según la Resolución 1/2015 del Comité Nacional de Salarios, el salario mínimo del sector privado no sectorizado asciende a la suma de RD\$ 12,873.00 (más alto del sector). Por su parte, la cantidad máxima de multa imponible por abuso de posición de dominio es de 3,000 veces dicho salario. Por último, el perjuicio causado **al bienestar del consumidor** (exclusivamente, sin tomar en cuenta los demás productores), asciende a la suma de RD\$ 7,016.00 millones de pesos anuales. Para estos fines, estaremos únicamente realizando la comparación respecto de un (1) año calendario:

Figura 2: Fórmula despejada para el cálculo de la proporcionalidad (AmBev/CND)

$$\text{Salario mínimo}_{(\text{privado})} * \text{Multa imponible}_{(\text{abuso posición dominio})} \cong \text{Perjuicio}$$

$$RD\$ 12,873.00 * 3,000 \cong RD\$ 7,016,000,000.00$$

$$RD\$ 38,619,000.00 \ll RD\$ 7,016,000,000.00$$

Interpretación: partiendo de la fórmula establecida en la Figura 1, reemplazamos el valor del salario mínimo privado por RD\$ 12,873.00; el valor de multa imponible por abuso de posición de dominio por 3,000; y el perjuicio por RD\$ 7,016,000,000.00. El producto de la multiplicación entre RD\$ 12,873.00 y 3,000 es RD\$ 38,619,000.00, un valor muy inferior al perjuicio, equivalente a RD\$ 7,016,000,000.00.

Fuente: Elaboración propia.

Como resulta evidente, aún sancionando la conducta con el máximo de pena imponible, ascendente a la suma de RD\$ 38,619,000.00, comparándolo con el perjuicio al bienestar del consumidor **para un año calendario**, la cantidad imponible de sanción resulta **ínfimamente** menor que el daño ocasionado al consumidor, incluso en el hipotético caso que se tratara de una reincidencia y aplicando el duplo.

Por tanto, aun siendo cierto que la Ley núm. 107-13 establece en su artículo 38 pár. I que: “las sanciones pecuniarias tipificadas no podrán ser más beneficiosas para el

infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”, este mandato, tal y como lo establece Tomás Cobo, citando a Parada Vásquez, “se aplica *lege ferenda*”¹⁵⁸, por lo que, citando a García Gómez de Mercado “se trata de un mero propósito del legislador que puede no ser seguido por otras normas legales sancionadoras, de igual rango y posterior entrada en vigor”¹⁵⁹

De este modo, se trata de un principio que no resulta vinculante a un caso específico, sino que simplemente constituye la voluntad del legislador esgrimida “para futuras leyes” (traducción literal del término *de lege ferenda*), que aparentemente, no fue tomada en cuenta para establecer la relación de sanciones imponibles en materia de competencia.

3.4. Las sanciones en materia de competencia de las legislaciones extranjeras

En otros países, la disposición de las sanciones varía de diferentes formas. Para citar ejemplos de las cuantías y modos de cálculo de las sanciones en otros países, estaremos utilizando como fuentes las mismas legislaciones analizadas en el apartado 1.4:

En **España**, según el artículo 63 de su legislación de competencia, la escala de sanciones se fija en atención a la categoría de infracciones que detalla la normativa (leves, graves y muy graves), bajo el criterio del volumen de negocios de la empresa infractora (en lo adelante referiremos como VDN) o de los miembros de una asociación empresarial, cuando se trate de tal. De este modo:

- Para las infracciones leves, multa de hasta 1% del VDN;
- Para las infracciones graves, multa de hasta 5% del VDN;
- Para las infracciones muy graves, multa de hasta 10% del VDN.

¹⁵⁸ Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 61, ISBN: 978-84-16018-46-8.

¹⁵⁹ Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, 4ta. Edición (Barcelona: Wolters Kluwer, 2014), 61, ISBN: 978-84-16018-46-8.

Asimismo, dicha legislación prevé la imposición de sanciones a los integrantes de los órganos directivos, en multas cuantificadas en hasta 60,000 euros. Cuando sea imposible determinar la cuantía del VDN, las sanciones serán impuestas en escalas fijas, a saber: para las leves, de 100,000 a 500,000 euros; graves, de 500,001 a 10 millones de euros; y muy graves, más de 10 millones de euros.

El **Reino Unido**, por su lado, prevé la posibilidad de imponer sanciones administrativas para la violación de sus preceptos procompetitivos. La legislación impone que las multas a ser impuestas no excedan del 10% del volumen de negocios dentro del país, además de la misma proporción (10%) del volumen de negocios correspondiente a sus exportaciones fuera del país, durante el año anterior a la resolución sancionatoria.

Para **Venezuela**, la infracción del Decreto antimonopolio se fija en proporción a los ingresos brutos anuales del agente económico infractor correspondientes al ejercicio económico anterior a la resolución sancionatoria, como parámetros máximos. Así, el valor de las sanciones imponibles se fijará de la manera siguiente:

- Cuando concurren circunstancias atenuantes, la multa máxima imponible será de hasta un 10% del valor del ingreso bruto anual;
- Cuando concurren circunstancias agravantes, la multa máxima imponible será de hasta un 20% del valor del ingreso bruto anual.
- En los casos de reincidencia, estos márgenes aumentarán al 40% del valor del ingreso bruto anual, como valores máximos.

De igual modo, la legislación venezolana prevé multas coercitivas por el incumplimiento de la resolución sancionatoria, adicionales a las multas originales, que oscilan entre el 1% y el 20% del patrimonio del infractor. Esta suma podrá incluso aumentarse sucesivamente hasta un 50% del monto original, si en el lapso previsto no hubiere sido cumplida dicha disposición.

En el caso de **Chile**, su legislación es bastante abarcadora, pudiendo incluso modificar o disolver las personas jurídicas de derecho privado que hayan intervenido en la

operación anticompetitiva. En lo que refiere a las multas, la ley permite la aplicación de las sanciones, pudiendo utilizar como escala tanto el volumen de ventas del bien o servicio asociado a la infracción, como el beneficio económico del agente como consecuencia de su infracción.

Así, la legislación chilena prevé en su artículo 26 la aplicación de multas que tienen como límite superior una de las siguientes opciones: (1) El 30% de las ventas del infractor del bien o servicio asociado al infractor durante el periodo en el que se haya extendido; o (2) el doble del beneficio económico reportado por la infracción.

Estas sanciones podrán ser aplicadas a las personas físicas que hayan intervenido o participado en la operación anticompetitiva, principalmente de sus órganos de dirección, de manera solidaria. En caso de que sea imposible determinar el volumen de ventas o el beneficio económico, dicha sanción será impuesta en base a unidades tributarias anuales, con un máximo de 60,000 de estas unidades.

Sobre **Argentina**, la Ley 25.156 prevé como sanciones para las infracciones previstas en su ley, multas que van desde \$10,000 hasta \$150,000,000 pesos argentinos¹⁶⁰. Dichas multas serán impuestas a criterios similares a los previstos en la legislación dominicana, a saber: (i) la cuantía del perjuicio a todas las personas afectadas; (ii) los beneficios obtenidos por el agente económico infractor, y; (iii) el valor de los activos de los agentes económicos al momento de cometer la infracción. De igual modo, la ley prevé la ampliación de los límites de la multa al doble para los casos de reincidencia.

En lo que concierne a **Perú**, para la aplicación de las sanciones por las conductas anticompetitivas se toma como referencia como márgenes máximos la combinación de las “Unidades Impositivas Tributarias” (en lo adelante UIT) vigentes al momento del pago, con el volumen de ventas del infractor correspondientes al ejercicio fiscal anterior al de la resolución sancionatoria. Esto se realiza en base a una escala tripartita de infracciones leves, graves y muy graves:

¹⁶⁰ Un (1) peso argentino, a la fecha (marzo de 2017), tiene un valor aproximado de tres (3) pesos dominicanos.

- En el caso de las infracciones leves, el máximo de multa será de hasta 500 UIT, sin que pueda exceder del 8% del volumen de ventas del ejercicio fiscal anterior a la resolución;
- En el caso de las infracciones graves, el máximo de multa será de hasta 1,000 UIT, sin que pueda exceder del 10% del volumen de ventas del ejercicio fiscal anterior a la resolución, y;
- En el caso de las infracciones graves, el máximo de multa será de hasta 1,000 UIT, sin que pueda exceder del 12% del volumen de ventas del ejercicio fiscal anterior a la resolución.

Del mismo modo, las sanciones a las personas físicas que forman parte de sus órganos directivos, podrán ascender a 100 UIT, según su nivel de participación o responsabilidad en dicha actividad. Para los casos de reincidencia, se impone que la cuantía de las multas para la nueva resolución sancionatoria no pueda ser menor que la anterior.

Como resulta evidente, muchos de los países que hemos utilizado de ejemplo utilizan unidades de medidas complementarias o alternativas para el cálculo de las sanciones, que pueden consistir, además de valores fijos (como las unidades impositivas o salarios mínimos, en nuestro caso), en valores flexibles, que toman en consideración, ya sea de manera directa o indirecta, el perjuicio económico causado por la actividad, citando como ejemplos:

1. Una proporción determinada (en porcentaje) de los volúmenes de ventas del agente económico infractor correspondiente a un período señalado, ya sea de un año de ejercicio fiscal o durante el lapso de tiempo en el que se extendió la infracción anticompetitiva;
2. Un factor o múltiplo determinado del beneficio económico resultante de la operación anticompetitiva, que puede ser equivalente (factor 1) o superior (1.5 veces, 2 veces, etc.) al monto de dicho beneficio;

3. Lo anterior, pero a la inversa, esto es, un factor o múltiplo calculado en base al perjuicio económico causado por la conducta anticompetitiva, a los demás operadores del mercado;
4. Una proporción determinada (en porcentaje) del patrimonio del o de los agentes económicos infractores.

Todas estas son fórmulas que permiten un acercamiento al principio de proporcionalidad en el ámbito sancionatorio o categoría de la punibilidad, impidiendo así supuestos como el que proporcionamos de ejemplo, donde la infracción de la conducta resulta más rentable aún frente a la imposición de sanciones, limitando así el carácter disuasivo y reeducador de la sanción.

Conclusión

Como resulta evidente, la implementación de una adecuada y efectiva política de competencia repercute en todos los ciudadanos de un Estado, independientemente de si concurren o no en un determinado mercado. La efectividad y adecuación de dicha política de competencia no es posible de analizar si no se contrasta con los principios y garantías establecidos por la norma suprema y la interpretación que les han otorgado los doctrinarios sobre la materia.

Resultaría insostenible, tal y como lo dice Lorenzo Martín Retortillo, el análisis de las fórmulas administrativas sin tomar en cuenta sus figuras homólogas en materia penal, con el peligro subyacente de hacer un análisis incompleto o delimitado. Es por ello que las conductas anticompetitivas fueron analizadas siempre tratando de no omitir ninguna figura o institución jurídica que perteneciese a los ramos del derecho penal o administrativo, en su vertiente sancionadora. En el marco de nuestra investigación pudimos tratar los siguientes aspectos, como parte de los objetivos propuestos para esta investigación:

- **La delimitación de las infracciones previstas tanto el Derecho de la Competencia en sentido general como para el caso específico de la República Dominicana**

En el caso específico del derecho de la competencia, la constituyen sus tres (3) infracciones matrices: los acuerdos concertados y prácticas colusorias (artículo 5), el abuso de posición de dominio (artículo 6) y la competencia desleal (artículo 10). A esto se añadiría el control de fusiones y concentraciones, que no se encuentra previsto en la legislación dominicana.

- **La enunciación de los elementos constitutivos y las sanciones previstas para cada una de ellas**

Estas infracciones administrativas están sujetas a sanción y, por tanto, son una manifestación del *ius puniendi* estatal, pues contienen como elementos o categorías la

tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, tal y como de manera análoga lo tratan los delitos penales.

De este modo, constituirán conductas anticompetitivas aquellas en las que concurren los elementos de la infracción que fueron previstos en los esquemas de imputación planteados en el punto 2.3: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; además de la categoría de la punibilidad, debidamente analizada en el capítulo 3.

- **La evaluación la posibilidad de colaboración reglamentaria tanto para la descripción de las conductas como para sus respectivas sanciones**

Para la aplicación del principio de legalidad y sus relaciones con el ilícito anticompetitivo, pudimos evidenciar que el tratamiento de las categorías o elementos del tipo sobre dichas conductas, abarca también la actividad reglamentaria por parte del órgano administrativo, lo que se incorpora como un elemento suplementario a cada una de dichas categorías, según lo pretendido por el ente de la administración. De esta manera, la facultad de colaboración reglamentaria posibilita al órgano administrante a suplementar la actividad legislativa, como en efecto es permitido sobre las descripciones típicas de las conductas anticompetitivas detalladas en nuestra Ley de Defensa de la Competencia.

En vista de ello, por el momento, el órgano administrante se ha avocado a detallar los elementos, indicios o factores a tomar en cuenta para la aplicación del criterio de valoración de la anticompetitividad denominado “regla de la razón”. De igual modo, dicho órgano podría eventualmente complementar las descripciones típicas de los literales de los artículos 5 y 6 de la Ley de Competencia; así como también establecer criterios matemáticos, científicos o técnicos para la determinación de la sanción, incidiendo a final de cuentas tanto en la categoría de la tipicidad como de la antijuricidad y la punibilidad.

Sin embargo, su incidencia en la configuración de conductas típicas que se ajusten a los parámetros de las llamadas “cláusulas de efecto equivalente” o fórmulas generales

establecidas para las conductas anticompetitivas, aún sin haber violentado los requisitos para la colaboración reglamentaria, sólo podrá ser mínima.

- **La enunciación de las falencias o deficiencias que pudimos detectar durante el análisis de dicha legislación, en contraste con la doctrina vigente sobre la materia**

Observamos que el principio de legalidad (en sentido estricto) al alcanzar la esfera del ilícito anticompetitivo como conducta anti-administrativa, coloca de relieve notables deficiencias, que, aunque no conllevan la inaplicabilidad de la norma, constituyen un óbice para su correcto funcionamiento y desarrollo.

En efecto, si bien es cierto que la redacción de las conductas permite un cierto grado de colaboración reglamentaria, debido a la falta de predisposición normativa respecto de las sanciones que corresponderían a dichas fórmulas generales o su exclusión literal; la misma (colaboración) carecería de resultado debido a la existencia un déficit en la categoría de la punibilidad, consistente en la falta de atribución de la sanción.

No obstante, hay que reconocer que la actividad administrativa de colaboración se ha circunscrito a la facultad programática que el legislador ha atribuido al órgano administrativo de mayor jerarquía en materia de competencia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Dicho órgano no se ha escapado del ámbito que le permite la normativa legal en lo que se refiere a sus facultades de desarrollo y complementación reglamentaria, sino que ha tratado de hacer lo posible con las herramientas a su disposición.

Así, por ejemplo, se colocó en vista pública el proyecto de reglamento de aplicación, para presentar observaciones y propuestas de modificación. En este documento, aunque en ocasiones la técnica reglamentaria utilizada para ciertos artículos no añade contenido a la redacción legislativa, es preciso reconocer que aún se encuentra en fase de borrador y por tanto entendemos que será debidamente subsanado y enmendado.

Siguiendo con los ejemplos, también se aprobó la Resolución 01-2017 sobre criterios generales, técnicos y económicos para la evaluación de las condiciones de competencia. Una herramienta que puede ser utilizada, en lo que respecta al ámbito sancionador, para el establecimiento del mercado relevante y la posición de dominio, mediante criterios técnicos que permiten al administrado saber a qué mecanismos acudir para poder evaluar la ilicitud de su conducta y actuar en concordancia.

En otro aspecto, como quedó en evidencia en la última parte de nuestra tesis, en lo que respecta a la proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, entendemos que la ley núm. 42-08 amerita de una revisión por parte del legislador en lo concerniente al límite máximo o modo de cuantificar las sanciones imponibles a los agentes económicos que pudiesen infringir dicha ley, bajo cualquiera de los esquemas que se han utilizado en otros países de la región y del mundo.

Por tanto, analizados estos aspectos esenciales, que formaban parte de nuestros objetivos de investigación, es preciso culminar estableciendo que, si bien es cierto que nuestra legislación de competencia y su aplicación se encuentran en un período *neonato*, la misma no es estéril, sino que por el contrario posee mecanismos suficientes para poder llevar a cabo una limitada, pero eficaz, política de comportamiento en materia de competencia.

Bibliografía

American Bar Association. *Antitrust Laws and You! – Understanding Antitrust Laws, Competition, the Economy, and their Impact in Our Everyday Lives*. Disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/public_education/lesson_plans/High%20School/AntitrustLaw_booklet_STUDENT.pdf

Andaluz, Horacio. *Positivismo normativo y derecho internacional*. La Paz: Plural Ed., 2005. Disponible en: <https://books.google.com.do/books?id=fXZ4BO9tP2IC>

Baño, José. “El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Disponible en: <http://jmbleon.com/wp-content/uploads/2016/07/Confianza-leg%3%ADtima-an%3%A1lisis-de-la-sentencia-de-la-Audiencia-Nacional.pdf>

Baquer, Lorenzo Martín-Retortillo. “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas” en *Revista de Administración Pública*, Septiembre-diciembre 1991. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17103.pdf>

Bramont, Luis Miguel. *Lecciones de la parte general y el Código Penal*. Lima: Ed. San Marcos, 1997.

Bustos, Michel. “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español” en *Revista CES Derecho*. 6, 1, Enero-Junio 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5152454.pdf>

Cano, Tomás. “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico” en *Revista de Documentación Administrativa*. 284-285, mayo-diciembre 2009. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=9653&path%5B%5D=9705>

Cobo Olvera, Tomás. *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. 4ta. Edición. Barcelona: Wolters Kluwer, 2014. ISBN: 978-84-16018-46-8.

Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003. ISBN: 978-978507246-6.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. *Colaboración de la Potestad Reglamentaria en la Tipificación de las Conductas establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley núm. 42-08*. 25 de junio de 2014. Disponible en: <http://procompetencia.gov.do/colaboracion-de-la-potestad-reglamentaria-en-la-tipificacion-de-las-conductas-establecidas-en-los-articulos-5-y-6-de-la-ley-no-42-08/>

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Estudio de competencia en el mercado de cervezas de la República Dominicana post fusión: Cervecería Nacional Dominicana y AmBev.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 1: Conductas restrictivas de la competencia: acuerdos prohibidos por la legislación de defensa de la competencia)*. Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod1.pdf>

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Introducción a la Defensa de la Competencia, Ed. 8 (Módulo 2: Conductas restrictivas de la competencia: el abuso de posición de dominio)*. Disponible en: <http://sc.gob.sv/uploads/mod2.pdf>

Congreso de los Estados Unidos. *Sherman Antitrust Act (1890)*.

Constitución Política de la República Dominicana. G.O. núm. 10805. 13 de junio de 2015.

Cordero Lobato, Encarna. *Tipificación y Competencia en el Derecho Sancionador de Consumo – Un estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa*. Universidad Castilla-La Mancha, 2008.

Cordero, Eduardo. “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal” en *Revista de Derecho*, 25 (2), 2012. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>

Cuadra-Malespín, Ronald. *La sanción administrativa*. San José: ISOLMA, 2010. ISBN: 978-996-8591-11-9.

De la Mata, José, Sánchez, José, Alcácer, Rafael, et al. *Teoría del Delito*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007. ISBN: 978-9945-425-17-8.

El Caribe. “*Cita rol de agencias de competencia*”. 02 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.elcaribe.com.do/2016/02/17/cita-rol-agencias-competencia>

Espinoza, Alexander. *Las causas de justificación como eximentes de responsabilidad administrativa y disciplinaria*. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.com/NUEVOS/ENSAYOS/justificacion.pdf>

González La Rosa, Daniel. “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia” en *Circulo de Derecho Administrativo*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14007/14629>

Guillem, María. “El Derecho de la Competencia” en *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*. Tomo 2. Disponible en: http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2010/10/167a206_el_derecho.pdf

Gutiérrez, Alfonso. Massaguer, José, Sala, José Manuel, Folguera, Jaime. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3ra. Edición. Navarra: Civitas, 2012. ISBN: 978-84-470-3831-2.

Ley núm. 16-92 o Código de Trabajo de la República Dominicana. G.O. núm. 9836. 29 de mayo de 1992.

Ley núm. 153-98 o Ley General de Telecomunicaciones. G.O. núm. 9983. 19 de marzo de 1998.

Ley núm. 20-00 sobre Propiedad Industrial. G.O. núm. 10044. 08 de mayo de 2000.

Ley núm. 125-01 sobre Electricidad. G.O. núm. 10095. 26 de julio de 2001.

Ley núm. 146-02 sobre Seguros y Fianzas de la República Dominicana. G.O. núm. 10169. 09 de septiembre de 2002.

Ley núm. 183-02 o Ley Monetaria y Financiera. G.O. núm. 10187. 21 de noviembre de 2002.

Ley núm. 358-05 sobre Protección de los Derechos del Consumidor y Usuario. G.O. núm. 10337. 09 de septiembre de 2005.

Ley núm. 42-08 o Ley de Defensa de la Competencia. G.O. núm. 10458. 16 de enero de 2008.

Ley núm. 105-13 o Ley sobre Regulación Salarial del Estado Dominicano. G.O. núm. 10722. 06 de agosto de 2013.

Ley núm. 107-13 o Ley sobre Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública. G.O. núm. 10722. 06 de agosto de 2013.

Mankiw, Gregory. *Principios de economía*. 6ta. Edición. México: Cengage Learning, 2012. ISBN: 978-607-481-829-1.

Maturana, Pía. *Apuntes de Derecho de la Competencia*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2003, 28. Disponible en: http://www.academia.edu/4102422/apuntes_derecho_competencia_memoria_pa_maturana

Morón, Juan Carlos. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana” en *Advocatus Nueva Época*, 2005 (13).

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal - Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Navarro, María del Carmen. “Las conductas conscientemente paralelas: Revalorización del concepto” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*. 232, 49-63.

Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta. Edición. Madrid: Tecnos, 2015. ISBN: 978-84-309-5476-6.

Office of Fair Trading. “Assessment of market power: Understanding competition law” en *Competition Law 2004*. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft_415.pdf

Perello, Isabel. “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional” en *Jueces para la Democracia*, 22, 1994. ISSN 1133-0627. Disponible en: <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2552535.pdf>

Piercechi, Ivo Gagliuffi. “La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. 12, 139-162. Disponible en: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/87/84>

Prado, Santiago. *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*. Santiago: Imprenta Nacional, 1985.

Prats, Eduardo Jorge, Victoria Contreras, Omar. *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera*. Segunda Edición. Santo Domingo: Ius Novum, 2012. ISBN 978-9945-8648-6-1.

Rebollo, Manuel, Carrasco, Manuel, Alarcón, Lucía, et al. “Panorama del derecho administrativo sancionador en España” en *Estudios Socio-Jurídicos*. 7(1). Enero-Junio 2015.

Resolución No. 01-2017 del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, del 16 de enero del 2017.

Rojas, Juan. “El Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado en la Legislación Nacional” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20101207_03.pdf

Román, Cristian. “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997. ISBN 84-470-0960-2.

Ruiz, Gonzalo. “Definición de mercado relevante y políticas de competencia” en *Themis* 41. Disponible en:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11673/12220>

Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo - Parte General*. Madrid: Tecnos, 2006.