



DERECHO DE LA COMPETENCIA:

EJE TRANSVERSAL



ANUARIO DE
LIBRE COMPETENCIA
2024

ANUARIO DE LIBRE COMPETENCIA 2024

Autores

María Elena Vásquez Taveras
Andrea Marván Saltiel
Gerardo Daniel Henríquez Angulo
María Luisa Tierno Centella
Francisco Juan Ripoll Vázquez
Isabel Álvarez Fernández Del Vallado
Gianna Liz Franjul Rivera
Anderson B. Vargas Franco
Juan Pablo Herrera Saavedra
Hugo R. Gómez Apac
Ana Julia Parente
María Elisa Holguín López
José R. Flaquer
Vanessa Facuse Andreucci
Matías Ponce Márquez
Roberto Medina Reyes
Paulo Burnier da Silveira
Gabriela Berbert-Born
José Alfredo Rizek V.
María Fernanda Ortega Medrano
Marisol Vicens Bello
Yamir Encarnación
Entrevista a William E. Kovacic

Consejo Directivo de Pro-Competencia

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

Dirección Ejecutiva

Fior D'Aliza Alduey Mercedes

Concejo Científico asesor

José Carlos Laguna de Paz

Universidad de Valladolid

Eva María Domínguez Pérez

Universidad de Salamanca

Zulima Sánchez Sánchez

Universidad de Salamanca

María del Pilar Zuleta Gómez

Universidad Externado de Colombia y Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD)

Jimena Conde Jiminian

Pontificia Universidad Católica

Madre y Maestra (PUCMM)

y Universidad Externado de Colombia

Equipo coordinador del Anuario de Libre Competencia 2024

María Elena Vásquez Taveras
Fior D'Aliza Alduey Mercedes
José Beltre Cuevas
Pedro José Ortega
César Ariel Gómez
Liverca Gómez
Marisel Polanco
Ana Rossina Troncoso
Ana María Rosario
Elika Espinal Sánchez

Corrección de estilo y cuidado de la edición:

Sarat A. Arias Mármol

Impreso en Santo Domingo, República Dominicana, 2024

FR Multiservicios S.R.L.

Diagramación:

Abraham Gutiérrez

Diseñadores de la portada:

Joseph García

Wesley Rosario

Fotografía de la portada:

Joseph García

ISSN-2960-7744

©COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(Pro-Competencia)

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

Código postal 10205

Telf. 809-338-4005

www.procompetencia.gob.do

El Anuario de Libre Competencia 2024 se reserva todos los derechos de programación, impresión o reproducción (*copyright*) total o parcial del material que reciba. No se responsabiliza por el contenido y afirmaciones de los trabajos publicados. Tampoco es responsable por la pérdida del material enviado. Los trabajos deben ser enviados a la dirección electrónica: comisionanuario@procompetencia.gob.do

**COMPARACIÓN DE LAS LEYES DE DEFENSA DE
LA LIBRE COMPETENCIA DE ECUADOR, PERÚ Y
REPÚBLICA DOMINICANA: CONTROL DE FUSIONES,
OBJETIVO DE LA LEY, PRÁCTICAS COLUSORIAS,
POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA Y ABUSO
EXPLOTATIVO**

Hugo R. Gómez Apac

ÍNDICE

I. Introducción.	289
II. Los componentes de la defensa de la libre competencia.	291
III. La finalidad de la ley de defensa de la libre competencia.....	295
IV. Las prácticas colusorias horizontales y verticales.....	301
V. El abuso de posición de dominio colectiva.	308
VI. El abuso explotativo.	313
VII. Conclusiones.	316
VIII. Bibliografía	320

Resumen. El presente artículo compara las leyes de defensa de la competencia de Perú, Ecuador y República Dominicana en lo concerniente a cinco temas: el control de fusiones, el objetivo de la ley de defensa de la libre competencia, las modalidades de prácticas colusorias, la posición de dominio colectiva y el abuso de posición de dominio explotativo. Se apreciarán las coincidencias y diferencias correspondientes, así como un breve análisis crítico de las posiciones adoptadas por las respectivas leyes en función de lo que el autor considera, a título personal, como el derecho de la competencia moderno.

Palabras clave: control de fusiones, acuerdos horizontales, acuerdos verticales, posición de dominio colectiva, abuso exclusorio, abuso explotativo, precios abusivos.

**COMPARISON OF THE ANTITRUST LAWS OF
ECUADOR, PERU AND THE DOMINICAN REPUBLIC:
MERGER CONTROL, OBJECTIVE OF THE LAW,
COLLUSIVE PRACTICES, COLLECTIVE DOMINANCE
POSITION, AND EXPLOITATIVE ABUSE**

Abstract. This paper compares the antitrust laws of Peru, Ecuador, and the Dominican Republic regarding five topics: merger control, the objective of the antitrust law, the modalities of collusive practices, the collective dominant position, and the abuse of exploitative dominance position. The corresponding coincidences and differences will be appreciated, as well as a brief critical analysis of the positions adopted by the respective laws based on what the author considers, in his opinion, as modern competition law.

Keywords: mergers control, horizontal agreements, vertical agreements, collective dominance position, exclusionary abuse, exploitative abuse, excessive prices.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, me gustaría agradecer la gentil invitación del Comité Editorial del «Anuario sobre Libre y Leal Competencia» de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, Pro-Competencia) de la República Dominicana para colaborar con un artículo académico en su edición 2024.

El presente artículo compara las leyes de defensa de la libre competencia de Ecuador, Perú y la República Dominicana en lo concerniente a cinco materias puntuales: el control de fusiones, el objetivo de la ley de defensa de la libre competencia, las modalidades de prácticas colusorias, la posición de dominio colectiva y el abuso de posición de dominio explotativo. No se analizan las disposiciones sobre represión de la competencia desleal.

La normativa de defensa de la libre competencia del Ecuador que será objeto de comparación es:

- a) La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial el 13 de octubre de 2011, y sus modificatorias. En lo sucesivo bajo el nombre de «LORCPM» o «ley ecuatoriana».
- b) El Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, aprobado por Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el Registro Oficial el 7 de mayo de 2012, y sus modificatorias. En

adelante bajo la denominación de «reglamento de la LORCPM» o «reglamento de la ley ecuatoriana».

La normativa de defensa de la libre competencia del Perú que será materia de comparación es:

- a) El Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008, y sus modificatorias. En lo sucesivo bajo el nombre de «LRCA» o «ley peruana».
- b) La Ley 31112 – Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero de 2021. En adelante bajo la denominación de «ley 31112» o «ley de control de fusiones peruana».

La normativa de defensa de la libre competencia de la República Dominicana que será objeto de comparación es:

- a) La Ley 42-08, que aprueba la Ley General de Defensa de la Competencia, publicada en la Gaceta Oficial el 25 de enero de 2008. En lo sucesivo bajo el nombre de «ley 42-08» o «ley dominicana».
- b) El Reglamento de aplicación de la Ley 42-08, General de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto 252-20 del presidente de la República del 15 de julio de 2020. En adelante bajo la denominación de «reglamento de la ley 42» o «reglamento de la ley dominicana».

Un sesgo cognitivo muy común es comparar las cosas con aquello con lo que estamos familiarizados, con aquello que forma parte de nuestra experiencia personal, con aquello que consideramos correcto. Hace 16 años participé en la elaboración del anteproyecto que dio lugar a la ley peruana. Cada vez que observo la ley de

defensa de competencia de otro país, es inevitable que lo haga comparándola con el texto de la LRCA, pues el contenido de esta refleja, en un porcentaje significativo, lo que suelo defender en la cátedra universitaria como el entendimiento «correcto» —por tanto, una posición subjetiva y personal— del derecho de la competencia moderno.

La comparación, en consecuencia, no está exenta de aplauso o condena en función de si la disposición legal objeto de análisis coincide o se aparta de aquello que defendemos como el derecho de la competencia moderno.

II. LOS COMPONENTES DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La política de competencia de un país está integrada por las normas que tutelan la *libre competencia* y las que reprimen la *competencia desleal*.¹ En el Perú, hay que sumar uno más, que es el *régimen de eliminación de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad* —a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)—. Este último tiene como objetivo, eliminar las barreras burocráticas (v.g., cobros, exigencias, prohibiciones, limitaciones) que impiden u obstaculizan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, para de esta forma garantizar que haya

1 Si bien en el presente trabajo no se analizan las disposiciones que reprimen la competencia desleal, resulta pertinente indicar que esta temática se encuentra incluida en la ley 042-08 (República Dominicana) y en la LORCPM (Ecuador). Dicha materia se encuentra regulada en el Perú en el Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, de junio de 2008.

más empresas en el mercado, lo que a su vez incentiva una mayor competencia.

La defensa de la libre competencia suele tener tres componentes:

- a) El *control de conductas*: que es la prohibición y sanción del abuso de posición de dominio y de las prácticas colusorias horizontales y verticales.
- b) El *control de estructuras*: que se traduce en el establecimiento de un procedimiento de autorización previa de las operaciones de concentración empresarial (v.g., fusiones) a partir de un umbral determinado.
- c) La *abogacía de la competencia*: que son las recomendaciones de la autoridad de competencia para que otras autoridades (políticas, legislativas o administrativas) preserven la competencia en los mercados.

En Latinoamérica, el control de las conductas anticompetitivas se canaliza preponderantemente a través de procedimientos administrativos sancionadores, que tienen la particularidad de acoger dentro del procedimiento, como parte procesal, al denunciante, especialmente en los casos de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias verticales. Para los casos más graves, suele intervenir el sistema penal. Así, algunas legislaciones castigan con cárcel los acuerdos de precios. El control previo de las operaciones de concentración empresarial se conduce a través de procedimientos administrativos de habilitación — la autorización para concentrarse—, pero acompañados de sanciones y procedimientos sancionadores para los casos de inobservancia de la ley.

Ecuador y Perú tienen los tres componentes: control de conductas, control de estructuras y abogacía de la competencia. En Ecuador, los tres componentes están inmersos en la LORCPM. En Perú, la LRCA contiene el control de conductas y la abogacía de la competencia; y, la ley 31112, el control de estructuras.

En la República Dominicana, la ley 42-08 contiene el control de conductas y la abogacía de la competencia. Este país no tiene control de estructuras. No hay una ley que haya establecido el procedimiento administrativo de autorización previa de los actos de concentración (o integración) empresarial a partir de un umbral determinado. No me extraña. Posiblemente, en el país caribeño existe la oposición que por décadas hubo en el Perú.

En mi país, —el Perú— el derecho de la competencia moderno apareció con el Decreto Legislativo 701 de noviembre de 1991, pero esta norma con rango de ley solo previó el control de conductas. En la década de los noventa del siglo pasado hubo una fuerte oposición al control de fusiones, estando entre los opositores altos funcionarios del Indecopi. En dicha década se fragmentó (desintegración vertical) y se privatizó (en un gran porcentaje) el sector eléctrico, pero a mediados de la década las fusiones acaecidas empezaron a revertir dicha desintegración.

Así, para mantener la competencia efectiva en el sector eléctrico, en noviembre de 1997, se aprobó la Ley 26876 - Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que contenía un control de fusiones únicamente para los mercados de generación, transmisión y distribución de electricidad. A partir del año 2004, el Indecopi

se unió² al sector académico que apoyaba la dación de un régimen general de control de fusiones, pero la oposición continuaba, especialmente por parte de funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, oposición que se mantuvo por años.

Perú firmó un Acuerdo de Libre Comercio con la Unión Europea el 26 de junio de 2012 —que entró en vigencia el 1 de marzo de 2013—, el cual establece como incompatible a dicho acuerdo las concentraciones de empresas que obstaculicen significativamente la competencia efectiva³. En el 2015, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recomendó al Perú tener un procedimiento de notificación previa (obligatoria) de las operaciones de concentración empresarial.⁴ El 2018, la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a través de un «Examen Inter-Pares», recomendaron al Perú tener un régimen general de control de concentraciones empresariales.⁵ Estos antecedentes dieron fruto. En enero del 2021, el Congreso de la República, por

2 Indecopi, Legislación y política de competencia en el Perú. *A peer review*. Elaborado para la Segunda Reunión del Foro Latinoamericano de Competencia (Washington, DC: 14-15 de junio de 2004), por Terry Winslow (consultor del Departamento de Competencia de la Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD), con el auspicio de la OECD y el Inter-American Development Bank (IDB), Indecopi, Lima, 2004.

3 Art. 259 (título VIII, Competencia) del Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea.

4 OECD (2015), *Multi-dimensional Review of Peru: Volume I. Initial Assessment*, OECD Development Pathways, OECD Publishing, París, p. 128.

5 OCDE (2018), *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*, pp.135-140.

insistencia,⁶ aprobó y publicó la ley de control de fusiones peruana. La ley 31112 entró en vigencia el 14 de junio de 2021.

Lo mismo puede ocurrir en la República Dominicana. Este año –2024–, la OCDE y el BID, a través de otro «Examen Inter-Pares», han recomendado a este país adoptar un régimen general de control previo de las concentraciones empresariales.⁷ Este informe (en adelante, denominado «*peer review* de la política de competencia dominicana») puede ser un insumo importante para que el Congreso Nacional apruebe la ley de control de fusiones que complete la política de competencia dominicana.

III. LA FINALIDAD DE LA LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La rivalidad de las empresas en el mercado por obtener las preferencias de los consumidores las incentiva a ofertar bienes o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y/o más accesibles. Para conseguir estos resultados, las empresas deben introducir eficiencias productivas (v.g., reducción de costos) o innovativas (v.g., investigación y desarrollo) con el objeto de posicionarse como más competitivas en el mercado y más atractivas para los consumidores.

Una ley moderna de defensa de la libre competencia busca asegurar el proceso competitivo en los mercados, y que dicho proceso genere eficiencias económicas (productiva, innovativa y asignativa) que mejoren el bienestar de los consumidores. En tal sentido, la

6 La ley 31112 no fue promulgada por el Poder Ejecutivo.

7 OECD/IDB (2024), *Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia: República Dominicana*, OECD Publishing, París, p. 90.

prohibición y sanción de las conductas anticompetitivas no tiene por objeto mejorar de manera directa el bienestar de los consumidores, sino de modo indirecto. La lógica es la siguiente: se protege el proceso competitivo para que este genere eficiencias económicas en el mercado, y serán estas eficiencias las que mejoren el bienestar de los consumidores.

En consecuencia, el bien jurídico protegido de manera inmediata es el proceso competitivo; de manera mediata (o indirecta) se protege el bienestar de los consumidores. Tal es el propósito de la ley peruana, cuyo art. 1 establece que ella prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

La ley dominicana comparte el mismo propósito, pero lo explica con más detalle y claridad. Para empezar, define la «competencia efectiva» como la participación competitiva entre agentes económicos en un mercado —a fin de servir una porción determinada del mismo— mediante el mejoramiento de la oferta en calidad y precio en beneficio del consumidor.⁸ Teniendo en cuenta esta definición, el objeto de la ley 42-08 es promover y defender la competencia efectiva, para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, con la finalidad de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional.⁹ Si hubiese tenido conocimiento de esta ley en el verano (limeño) del 2008, habría propuesto que la ley peruana señalara lo mismo que la dominicana.

8 Literal c) del art. 4 de la Ley 42-08.

9 Art. núm. 1 Ley 42-08.

El reglamento de ley 42-08 define a la eficiencia económica como la eficiencia asignativa, productiva y dinámica de los mercados.¹⁰ La primera, es aquella que se alcanza cuando el inventario de productos ha sido asignado a través, del sistema de precios a los compradores que más lo valoran en términos de disponibilidad para pagar o disponibilidad de sacrificar otras posibilidades de consumo.¹¹ La segunda, es la que se logra cuando el nivel de producción de bienes y servicios se alcanza con el menor costo posible.¹² Y la tercera, se refiere a la existencia de incentivos y habilidades apropiadas para aumentar la productividad y llevar adelante innovaciones que puedan resultar en productos mejores y más baratos o nuevos productos, que permitan a los consumidores, alcanzar niveles de satisfacción mayores que las opciones de consumo previas.¹³ En definitiva, un profesor de microeconomía u organización industrial estaría más que satisfecho con las definiciones antes mencionadas. Si bien el art. 1 de la ley RCA no se refiere a la competencia efectiva, sino simplemente a la competencia, la ley 31112 sí alude a la competencia efectiva.¹⁴

La ley ecuatoriana persigue la eficiencia en los mercados, por lo que en este extremo coincide con las leyes peruana y dominicana, pero además busca el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema

10 Núm. 7 del art. 2 del reglamento de la ley 42-08.

11 *Ibid.*, núm. 8 del art. 2

12 *Ibid.*, núm. 9 del art. 2

13 *Ibid.*, núm. 10 del art. 2

14 El art. 1 de la ley 31112 establece que su finalidad es promover la «competencia efectiva» y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

económico social, solidario y sostenible.¹⁵ Adicionalmente, contempla como lineamientos de aplicación de la política de competencia ecuatoriana, entre otros, el impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación, así como el desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua.¹⁶

Demasiados objetivos pueden complicar la aplicación de la ley de defensa de la competencia ecuatoriana, especialmente si algunos objetivos son contradictorios con otros. La LORCPM busca garantizar el bienestar general y el de los consumidores. El bienestar general suele asociarse a la suma del excedente del consumidor y el excedente del productor, mientras que el bienestar de los consumidores es solo el excedente del consumidor. Tiene que elegirse, o se protege el bienestar general, o se tutela el bienestar de los consumidores, pero no se pueden defender ambos al mismo tiempo. ¿Qué significa comercio justo? ¿Precios justos? ¿Ganancias justas? Al parecer, la ley ecuatoriana no quiere que los intermediarios ganen mucho dinero. ¿Este es un objetivo de una política de competencia? Creería que no. La redistribución de los recursos tampoco debería formar parte de los objetivos de una política de competencia.

Si comparamos la política de competencia con un campeonato de fútbol, la autoridad de competencia es el árbitro y las empresas son los jugadores. En el fútbol, el árbitro debe garantizar que los equipos jueguen respetando las reglas. Gana el equipo que mete más

15 Art. 1 de la LORCPM.

16 Núm. 7 y 8 del art. 4 de la LORCPM.

goles y ello depende de la habilidad de los jugadores. En el mercado pasa lo mismo, la autoridad de competencia debe garantizar que las empresas compitan, nada más. Gana (clientes) la empresa que mete más goles (eficiencias económicas). La propia habilidad de cada empresa determina si tiene o no más clientes, más ventas, más ganancias.

Lo que no puede hacer el árbitro es considerar que un equipo es muy superior a otro, de modo que al inferior le asigna goles (redistribuye) que no ha metido para lograr un resultado más «justo». De la misma forma, la autoridad de competencia no puede elegir a la empresa que debería ganar la competencia, o imponerle una modalidad de negocio que considera más justo para la supervivencia de sus competidores. Si las empresas grandes gozan de importantes economías de escala que les permiten ofrecer productos a menores precios, las empresas pequeñas que no disfrutan de tales economías saldrán del mercado al no poder igualar o mejorar dichos precios. En este caso, la autoridad de competencia no debería sancionar a las primeras simplemente para salvar a las segundas.

Si las empresas grandes compiten intensamente integrándose verticalmente con agentes económicos ubicados en otros eslabones de la cadena de producción, distribución y/o comercialización, y resulta que las empresas pequeñas no son capaces de llevar a cabo tales integraciones (por los motivos que fuere), incapacidad que las lleva a salir del mercado, estaría mal que la autoridad de competencia castigue a las grandes por su capacidad de hacer aquello que no pueden las pequeñas, por ejemplo, imputándoles una práctica conscientemente paralela o el abuso de posición de dominio conjunta. Para el derecho de la competencia, lo relevante es que las

empresas grandes y sus correspondientes integraciones verticales compitan en el mercado.

Si se coluden, si realmente se ponen de acuerdo (o realizan una práctica concertada), ya es otro cantar y en este caso sí deben ser sancionadas. Lo que es contraproducente, es sancionar a las empresas grandes por el solo hecho de que estas logran integraciones verticales que le son esquivas a las pequeñas. Cuando se sanciona a las empresas por una práctica conscientemente paralela o por un abuso de posición de dominio conjunta, en el fondo se está sancionando a un oligopolio por ser oligopolio.

La pretendida búsqueda de redistribución tampoco debe plantearse en la relación entre las empresas y los consumidores. La autoridad de competencia debe garantizar que las empresas están realmente compitiendo entre sí (competencia efectiva), y no si sus ganancias o precios son abusivos o no. Esta es la razón por la cual las leyes peruana y dominicana —acertadamente— no sancionan el abuso explotativo, lo que se explica en detalle más adelante.

El reglamento de la LORCPM ha tratado de mitigar en parte las contradicciones de esta ley. El art. 4 del reglamento de la ley ecuatoriana establece que la autoridad de competencia (la Superintendencia de Competencia Económica), para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones tienen por objeto o efecto, actual o potencial, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores.

Pues bien, conforme a una modificación efectuada en octubre de 2022,¹⁷ la afectación referida en el mencionado art. 4 se considerará preferiblemente respecto del estándar del bienestar general de los consumidores como parámetro de eficiencia, sin perjuicio de la afectación a derechos o intereses individuales, conforme a lo previsto en su art. 7 (sobre el poder de mercado).

IV. LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES Y VERTICALES

En términos generales, las leyes de defensa de la competencia prohíben y sancionan las prácticas colusorias *horizontales* (entre competidores) y *verticales* (entre agentes económicos ubicados en distintos niveles de la cadena de valor: aprovisionamiento de insumos – fabricación – distribución – comercialización).

Las prácticas colusorias horizontales más nocivas—los denominados *hard-core cartels*— son los acuerdos de precios (de compra, de venta o de otras condiciones de comercialización), de limitación o control de la producción (o de la distribución, comercialización o prestación), de reparto de mercados (o de clientes, zonas geográficas o fuentes de abastecimiento), y de reparto de licitaciones (o concursos o subastas) públicas. Las leyes ecuatoriana, peruana y dominicana las prohíben de manera expresa. Es un asunto secundario, donde puede haber diferencias o matices, si los acuerdos están prohibidos de manera absoluta (analizados bajo la regla *per se*) o relativa (analizados bajo la regla de la razón).

17 Modificación efectuada por el Decreto Ejecutivo 570, publicado en el Registro Oficial el 18 de octubre de 2022.

La ley peruana diferencia claramente qué clase de acuerdos constituyen prohibiciones absolutas y cuáles prohibiciones relativas.¹⁸ La ley ecuatoriana los diferencia en función de si son acuerdos «por objeto», los cuales son inherentemente anticompetitivos y, por tanto, no es necesario demostrar sus efectos en el mercado; o si son acuerdos «por efecto», respecto de los cuales es necesario demostrar los efectos negativos (restrictivos de la competencia), actuales o potenciales, en el mercado.¹⁹ El reglamento de la ley ecuatoriana precisa que los *hard-core cartels* son acuerdos y prácticas restrictivas por objeto,²⁰ lo que significa que por su naturaleza son inherentemente restrictivas de la competencia.

La ley dominicana, que incluye acertadamente dentro de los *hard-core cartels* a los acuerdos de *boycott* (acuerdos que buscan eliminar a competidores o impedir su ingreso al mercado), también los considera intrínsecamente anticompetitivos (ilegales *per se*) si es que estamos hablando de acuerdos desnudos (*naked cartels*).²¹

Sobre la base de la *ancillary restraints doctrine*, las leyes peruana y dominicana sancionan como ilegales *per se* (o prohibiciones absolutas) los acuerdos inter-marca (entre competidores) que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos; es decir, los acuerdos desnudos. Si los acuerdos son accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida, habrá que analizar, sobre la base de la regla de la razón, si dicha integración

18 Núm. 11.2 y 11.3 del art. 11 de la LRCA.

19 Art. 11 de la LORCPM, conforme a la modificación efectuada en mayo de 2023.

20 Art. 8 del reglamento de la LORCPM, conforme a las modificaciones realizadas en diciembre de 2020 y octubre de 2022.

21 Num.1 del art. 7 de la ley 42-08.

o asociación permite obtener una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la inversión o la inversión productiva.²²

Las leyes, sus reglamentos o la jurisprudencia que interpreta dichas leyes y reglamentos suele diferenciar las prácticas colusorias horizontales en *acuerdos*, *prácticas concertadas*, *decisiones* y *recomendaciones*. Los acuerdos se acreditan con pruebas directas, las prácticas concertadas (que en el fondo son también acuerdos) se acreditan con pruebas indirectas (indicios y presunciones), y las decisiones y las recomendaciones provienen de asociaciones o gremios de empresas. El núm. 11.1 del art. 11 de la ley peruana contiene estas cuatro modalidades y la jurisprudencia del Indecopi se ha encargado de diferenciarlas.

El art. 11 de la ley ecuatoriana trata de acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones; mientras que el art. 8 de su reglamento identifica a las decisiones y recomendaciones colectivas, y precisa que la práctica concertada también puede ser entendida como una *práctica conscientemente paralela*. El art. 4 de la ley dominicana diferencia a los acuerdos (contratos o convenios) de las prácticas concertadas, y el núm. 7 del art. 3 de su reglamento individualiza a las instrucciones (decisiones) y recomendaciones de las asociaciones empresariales.

Si se complica la diferencia entre *acuerdos* y *prácticas concertadas*, resulta pertinente traer a colación la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), de fecha 4 de junio de 2009, recaída

22 *Ibidem.*

en el asunto C-8/08,²³ en el que indicó (reiterando una jurisprudencia anterior) que los conceptos de acuerdo, decisión de asociaciones de empresas y práctica concertada, desde un punto de vista subjetivo, recogen formas de colusión (acuerdo) que comparten la misma naturaleza y que solo se distinguen por su intensidad y por las formas en que se manifiestan (apartado 23).

Considero más clara la definición de práctica concertada establecida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi en su Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI (colusión en el mercado del servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante²⁴), de fecha 30 de diciembre de 2020, en la cual señaló lo siguiente:

... aunque las prácticas concertadas son conductas coordinadas que tienen el objetivo de restringir o limitar la competencia, estas no pueden corroborarse mediante un acuerdo expreso o formal entre los competidores, sino que serán demostradas mediante una prueba indirecta. En estos casos, a partir de su actuación en el mercado y el uso de evidencia circunstancial (indicios y presunciones) se

23 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

24 El Indecopi halló responsables a Compañía Marítima Chilena S.A., Eukor Car Carrier Inc. y a Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. por incurrir en prácticas colusorias horizontales con el objeto de repartirse cuentas de manera coordinada en el servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante, por lo menos, entre los años 2001 y 2012, con efectos en puertos peruanos hasta el 2015.

puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada.²⁵

La ley peruana tipifica de manera expresa las prácticas colusorias verticales, las que son tratadas como prohibiciones relativas, remitiendo los tipos infractores a las mismas modalidades de las prácticas colusorias horizontales y del abuso de posición de dominio.²⁶ Los acuerdos verticales, en efecto, pueden referirse a precios (v.g., precios de reventa), distribución exclusiva, venta exclusiva, prácticas discriminatorias, etc. La ley ecuatoriana se refiere a acuerdos y prácticas restrictivas en sentido amplio, por lo que comprende tanto las horizontales como las verticales.²⁷

El art. 5 de la ley dominicana, en cambio, trata únicamente de los acuerdos entre agentes económicos competidores (prácticas colusorias horizontales). La OCDE y el BID, en el *peer review* de la política de competencia dominicana, recomiendan supervisar los acuerdos verticales anticompetitivos y garantizar que estén cubiertos por la ley dominicana.²⁸

En tanto la ley dominicana no tipifique de modo expreso la prohibición de los acuerdos verticales, estos pueden ser corregidos a través de la figura, sí contemplada, del abuso de posición de dominio. Si una empresa no tiene posición de dominio y celebra un

25 Indecopi, Sala Especializada en Defensa de la Competencia, Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI (expedientes acumulados 002-2017/CLC y 003-2017/CLC), de fecha 30 de diciembre de 2020, fundamento 477, p. 155.

26 Art. 12 de la LRCA.

27 Art. 11 de la LORCPM.

28 OECD/IDB (2024), *Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia: República Dominicana*, OECD Publishing, París, p. 91.

acuerdo vertical (por ejemplo, con un distribuidor), ¿por qué debería preocuparle al derecho de la competencia dicho acuerdo? Si no tiene posición de dominio se entiende que hay competencia efectiva, que hay otros competidores, por lo que si uno de ellos, o todos ellos, celebran acuerdos verticales con distribuidores, pero sigue habiendo competencia inter-marca, no hay mucho de qué preocuparse.

Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que en el mercado hay cuatro empresas competidoras: «A», «B», «C» y «D». «A», con 30 % de participación de mercado, en lugar de distribuir por sí misma los productos que fabrica, lo hace a través de tres distribuidores: «a1», «a2» y «a3». «B», con 30 % de cuota de mercado, lo hace a través de dos distribuidores: «b1» y «b2». «C», que tiene 20 % de cuota de mercado, no utiliza distribuidores. Y «D», con el 20 % de participación restante, celebra un contrato de distribución exclusiva con «d1».

En este escenario, ¿tiene sentido denunciar a «D» por haber celebrado un acuerdo (vertical) de distribución exclusiva con «d1»? La verdad, que no. Hay suficiente competencia inter-marca (las marcas de «A», «B», «C» y «D»). Si antes del contrato, «D» distribuía sus productos a través de las empresas «X», «Y» y «Z», y luego rescinde el contrato con estas para únicamente integrarse contractualmente con «d1», esta situación no restringe la competencia. Es irrelevante si el contrato entre «D» y «d1» apareja o no eficiencias económicas. Así sea un mal contrato, no es algo que deba preocuparle al derecho de la competencia.

Ahora cambiemos las cuotas de mercado. «A», «B» y «C» suman el 10 % de participación del mercado. El 90 % restante le corresponde a «D», que tiene posición de dominio a nivel nacional y en ciertas

regiones opera como monopolio. En este caso, si «D» distribuía sus productos con tres, cinco o más empresas, pero luego decide celebrar un contrato de distribución exclusiva con «d1», este contrato, además de eventualmente contener eficiencias económicas, también podría restringir la competencia intra-marca (de la marca de «D»). Si cuando había tres, cinco o más distribuidores, estos competían en precio, dicha competencia (intra-marca) se perderá con la distribución exclusiva.

La preocupación para el derecho de la competencia en el caso de los acuerdos verticales es si una de las empresas involucradas en la transacción tiene posición de dominio. Esta es la razón por la cual la ley peruana, señala que la configuración de un acuerdo vertical requiere que al menos una de las partes involucrada tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.²⁹

Para el derecho de la competencia, los acuerdos entre competidores (horizontales) son más preocupantes que los verticales. Estos últimos suelen tener más efectos positivos que negativos. Solo preocupan si hay posición de dominio, caso en el cual la inquietud se decanta en la posibilidad de que haya una restricción a la competencia intra-marca.

Como están las cosas, Pro-Competencia podría corregir los acuerdos verticales solo si un agente económico involucrado tiene posición de dominio, caso en el cual solo sancionaría a quien ostenta dicha posición, como si se tratara de una conducta unilateral, en la medida que la empresa dominante sea la responsable (v.g., la instigadora)

29 Núm. 12.3 del art. 12 de la LRCA.

de la suscripción del acuerdo vertical, que es lo que suele pasar en general. Es el poder de mercado lo que permite «imponer» o «persuadir» la suscripción de los acuerdos verticales. Nada impide que solo se sancione a la empresa dominante en aquellos casos en los que la otra empresa —que es parte del acuerdo vertical (v.g., distribuidora, comercializadora)— también obtiene beneficios de la restricción a la competencia.

V. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA

La ley peruana afirma que un agente económico tiene posición de dominio (en el mercado relevante) si tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda sin que sus proveedores, competidores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.³⁰ La ley ecuatoriana señala que el poder de mercado (que es lo mismo que la posición de dominio) es la capacidad del operador económico de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.³¹ La ley dominicana, por su parte, define la posición dominante como el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva o de actuar en el mercado relevante con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores.³²

El poder de mercado (o la posición de dominio) es la capacidad de una empresa para, de manera rentable, subir el precio de su producto

30 Núm. 7.1 del art. 7 de la LRCA.

31 Art. 7 de la LORCPM.

32 Literal g) del art. 4 de la ley 42-08.

por encima de los niveles competitivos sin que le preocupe lo que puedan hacer al respecto sus competidores, clientes o consumidores; es decir, es capaz de actuar de manera independiente en el mercado; es capaz de afectar las condiciones de la oferta o la demanda y nada pueden hacer al respecto los otros agentes del mercado.

¿Es posible que dos o más empresas tengan poder de mercado, en el mismo mercado relevante? La verdad es que no. Solo una empresa puede actuar de manera independiente en el mercado. No lo pueden hacer dos al mismo tiempo, y menos tres o más.

Imagínese lector que, en un determinado mercado relevante, la empresa «A» sostiene que puede incrementar significativamente el precio del producto y nada pueden hacer sobre el particular sus competidores; y la empresa «B», que es competidora de la anterior, sostiene lo mismo; y la empresa «C», que compite con las dos anteriores, afirma también exactamente lo mismo. Si lo que sostuviera «A» fuera cierto, «B» y «C» no podrían hacer nada ante el incremento de precios de «A», lo que no tiene sentido, pues es evidente que «B» y «C» (que, para alegar tener poder de mercado, es verosímil asumir que no son empresas pequeñas) se beneficiarían del incremento de precios de «A», en el sentido de que aprovecharían la subida de precios de este para quitarle clientes.

Es imposible que «A», «B» y «C» puedan actuar de manera independiente unas de otras. Si lo que dice «A» fuera cierto, «B» y «C» carecerían de posición de dominio. Si algo de poder tuvieran, es obvio que no permitirían el actuar independiente de «A». Si este incrementara significativamente el precio de sus productos, ello podría permitir a «B» y «C» tener más ventas, pues los clientes de «A» insatisfechos con el incremento migrarían su preferencia

hacia «B» o «C». Si en realidad estos no pudieran aprovechar el incremento de precio de «A», ello sería evidencia de que no tienen poder de mercado.

El auténtico poder de mercado, ser un «fijador» de precios y no un «tomador» de precios, se expresa en la actuación independiente del mercado, y solo una empresa puede actuar de esa forma. Solo una empresa puede tener poder de mercado o posición de dominio en el mercado relevante. Este es el parecer de la ley peruana.³³ Se equivocan las leyes ecuatoriana³⁴ y dominicana³⁵ al aceptar la posibilidad de que haya el abuso de posición dominante colectivo.

Bajo el modelo de oligopolio de *Cournot*, las empresas tienen en cuenta las conductas de las demás cuando toman decisiones de producción, que es lo que se conoce como «interdependencia». Así, la variable estratégica sobre la cual las empresas toman sus decisiones (unilaterales) es la cantidad a producir. Un equilibrio *Cournot-Nash* es uno en el que cada empresa adopta la mejor decisión de producción dada la decisión adoptada por sus competidores. La competencia es débil en este mercado. Si bien las empresas no se han puesto de acuerdo (no hay colusión) en fijar cantidades de producción, la interdependencia aparenta una coordinación tácita.

En esta clase de oligopolio, los precios son mayores a los que existirían si hubiese competencia efectiva; sin embargo, a medida que el número de empresas se incrementa, los precios convergerían hacia los costos marginales de producción (como si fuese una

33 Núm. 7.1 del art. 7 de la LRCA.

34 Art. 7 de la LORCPM.

35 Literal g) del art. 4 de la ley 42-08.

situación de competencia perfecta). Los oligopolistas no hacen grandes esfuerzos por quitarse clientes. Las barreras a la entrada, generadas mayormente por restricciones de capacidad en la producción, dificultan la entrada de nuevos competidores. Cuando estos entran, los consumidores se benefician con menores precios.³⁶

Si en el mercado hay un oligopolio bajo el modelo *Cournot*, lo que corresponde es eliminar las barreras legales (normativas y burocráticas) que impiden o retrasan la entrada de competidores al mercado, así como corregir las asimetrías informativas. El control previo de las operaciones de concentración empresarial es una herramienta útil para impedir la concentración del mercado (v.g., un duopolio, un oligopolio) a niveles que puedan afectar el bienestar de los consumidores.³⁷

La posición de dominio conjunta refleja en realidad un oligopolio. Un oligopolio en el que hay interdependencia, pero no colusión. Es una estructura de mercado en el que hay poca competencia. Las empresas no se han puesto de acuerdo, no han cometido una práctica colusoria. Cada una actúa de manera unilateral, pero sus decisiones toman en cuenta el comportamiento de las otras empresas oligopólicas. Así funciona esta estructura de mercado. Si las empresas que conforman el oligopolio no se han puesto de acuerdo, ¿por qué es reprochable la estructura oligopólica en sí misma?

36 GÓMEZ APAC (Hugo R.), *¿Se deben prohibir «todos» los monopolios y oligopolios?*, en *Jirón Independencia*, columna de opinión, Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 20 de abril de 2022.

Disponible en: [https://asociaciontida.com/columnas/jiron-independencia/articulos/se-deben-prohibir-todos-los-monopolios-y-oligopolios_\[consulta 24 junio 2024\]\)](https://asociaciontida.com/columnas/jiron-independencia/articulos/se-deben-prohibir-todos-los-monopolios-y-oligopolios_[consulta 24 junio 2024])).

37 *Ibidem*.

Cuando la autoridad de competencia sanciona a un oligopolio por abuso de posición de dominio conjunta —o por *práctica conscientemente paralela*, que en términos concretos viene a ser lo mismo—, está sancionando una estructura de mercado, no la conducta (comportamiento) de las empresas. Está reprochando la existencia misma del oligopolio.

La posición de dominio conjunta, para quienes creen en esta figura, consiste en considerar que las empresas en conjunto (el oligopolio) tienen posición de dominio, y no que lo tiene cada una de ellas individualmente. Es un recurso fácil. Si sumo las cuotas de mercado de todas las empresas que integran el oligopolio, es bastante probable que la suma llegue a 100 %, o al menos más de 90 %. Es fácil asumir que todas las empresas del mercado oligopólico, vistas como un todo, pueden en conjunto restringir la competencia o afectar la competencia efectiva. Pero el actuar conjunto requiere ponerse de acuerdo, exige un nivel mínimo de coordinación. Por tanto, si la autoridad de competencia observa un comportamiento común (paralelismo) de las empresas oligopólicas, la pregunta que debe hacerse es si dicho comportamiento proviene o no de un acuerdo o de una práctica concertada. Si no lo es, entonces el comportamiento es simplemente reflejo de la interdependencia propia de la estructura oligopólica del mercado.

La autoridad de competencia no debe perder de vista que es posible probar la colusión a través de indicios y presunciones. Así es como se prueban las prácticas concertadas. Si luego de verificar que el mercado objeto de análisis es uno en el que es posible que haya una colusión, apreciar los *plus factors* (los indicios) y efectuar el análisis contrafáctico, se llega a la conclusión de que no hay otra explicación razonable que aquella que apunta a que hubo colusión,

pues la autoridad puede pronunciarse en esta dirección, aunque no haya encontrado un documento o testimonio que acredite de manera directa la existencia del acuerdo entre las empresas.

En consecuencia, mi recomendación es que, si la autoridad de competencia observa que las empresas que integran un oligopolio realizan una conducta —todas ellas o la mayoría— con efectos anticompetitivos, en lugar de imputar el abuso de posición de dominio colectiva, debería investigar una práctica concertada, la cual puede ser probada con indicios y presunciones.

VI. EL ABUSO EXPLOTATIVO

Existen dos modalidades de abuso de posición de dominio: el exclusorio y el explotativo. El exclusorio es el que restringe la competencia, es el que afecta a los competidores reales o potenciales. El explotativo es el ejercicio directo del poder de mercado, es la apropiación del excedente del consumidor (v.g., precios abusivos) sin que haya restricción a la competencia. La empresa que tiene poder de mercado va a ejercer su poder de mercado, y la forma más evidente de ejercer dicho poder es elevando el precio del producto o servicio que oferta en el mercado. Sancionar dicho precio por ser «abusivo» es sancionar la posición de dominio en sí misma.

La ley peruana señala que la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita;³⁸ y en concordancia con ello únicamente sanciona el abuso exclusorio.³⁹ Según esta ley, se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición

38 Núm. 7.2 del art. 7 de la LRCA.

39 Núm. 10.1 del art. 10 de la LRCA.

para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. La ley peruana no prohíbe el abuso explotativo.

La ley dominicana va en el mismo sentido. Ella explica que la posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí solo, no constituye abuso.⁴⁰ En consecuencia, solo prohíbe el abuso de la posición dominante susceptible de crear barreras injustificadas a terceros.⁴¹ «Crear barreras» es una forma de decir «imponer sobrecostos» a las empresas rivales, sea que estas estén en el mercado o pretendan ingresar a él (rivales potenciales). Si analizamos con cuidado todas las modalidades de abuso exclusorio, advertiremos que lo que hace la empresa dominante es imponer barreras de entrada (estratégicas) a los competidores reales o potenciales. Dichas barreras pueden consistir en precios predatorios, una práctica discriminatoria, ventas atadas, la litigación predatoria, etc.

La ley ecuatoriana sí prohíbe el abuso explotativo. Su art. 9 prohíbe, entre otros:

- a) La conducta del operador económico con poder de mercado que le permita aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.
- b) La fijación de precios explotativos.
- c) La implementación de prácticas explotativas.

40 Literal g) del art. 4 de la ley 42-08

41 Art. 6 de la ley 42-08.

El incremento de precios, por cierto, incentiva la entrada de competidores y la competencia. Si el precio de un producto o servicio se eleva considerablemente, eso es un mensaje para potenciales competidores en el mercado de que se trate, para quienes un precio elevado es una señal sobre la oportunidad de invertir en dicho mercado. Es rentable subir precios si hay barreras a la entrada, pues habría obstáculos para la entrada de competidores potenciales que deseen invertir en el mercado ante la oportunidad generada por la subida de precios del operador con posición dominante.

Si no hay barreras o estas son insignificantes, si estamos frente a un *mercado contestable* (o *desafiante*), los precios elevados son un imán para la entrada de nuevos competidores. En un mercado de ese tipo, los precios de la empresa incumbente están disciplinados por la sola amenaza de la entrada de nuevos competidores. La clave, en consecuencia, es eliminar tales barreras, de modo que cualquier aumento de precios sea un imán que atraiga más competencia. Las barreras legales deben ser eliminadas. Las barreras estratégicas se suelen corregir con el control de conductas. Las barreras económicas (economías de escala y altos costos hundidos) pueden producir monopolios naturales, lo que requiere la intervención regulatoria del Estado.

El que no se prohíba y sancione el abuso explotativo no significa que el Estado se quede de brazos cruzados. La mejor forma de combatir los precios «abusivos» es fomentando mayor competencia, y esto se logra: (i) eliminando las barreras legales que dificultan el acceso al mercado; y, (ii) con un buen sistema de control previo de las concentraciones empresariales, que es justo lo que la República Dominicana necesita. Y como medida de *ultima ratio* está el

incremento de la oferta, lo que el Estado siempre puede promover a través de su rol subsidiario.

En efecto, si la escasez de un producto de primera necesidad origina un incremento de precios, la forma de corregir esto es incrementando la oferta de dicho producto, lo cual se consigue no solo eliminando las barreras legales de entrada al mercado, sino también reduciendo aranceles e impuestos. Si estos mecanismos no funcionan, sobre la base del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial pública, se justifica que el propio Estado compre, importe o produzca dicho producto y lo suministre a la población, especialmente la de menores recursos.

Es importante diferenciar la política de competencia de las políticas conducentes a mejorar de manera directa el bienestar de los ciudadanos, que son las políticas que se fundamentan en los principios de subsidiariedad, solidaridad y justicia social. El Estado cuenta con muchas herramientas (distintas al derecho de la competencia) para lograr un mejor nivel de vida de la población, como la provisión de servicios públicos, la actividad de fomento, los servicios asistenciales, el otorgamiento de subsidios, etc.

VII. CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos comparado las leyes de defensa de la competencia de Ecuador, Perú y la República Dominicana en lo referido al: control de fusiones, la finalidad de la defensa de la libre competencia, las modalidades de prácticas colusorias prohibidas, la posición de dominio colectiva (o conjunta) y el abuso explotativo. Se ha dejado fuera las disposiciones sobre represión de la competencia desleal.

Las leyes de los tres países contienen el control de las conductas anticompetitivas y la abogacía de la competencia. En la República Dominicana no existe el procedimiento de autorización previa de las operaciones de concentración empresarial a partir de un umbral determinado. Posiblemente en este país exista la oposición al control de fusiones que hubo en el Perú durante décadas, pues recién hace tres años entró en vigencia la ley de control de fusiones peruana.

Las leyes de defensa de la competencia peruana y dominicana tienen una finalidad adecuada, que consiste en proteger el proceso competitivo (la competencia efectiva) para incrementar la eficiencia económica en los mercados y así favorecer el bienestar de los consumidores. La ley ecuatoriana tiene diversos objetivos que pueden desorientar la aplicación de una adecuada política de competencia, lo que ha sido mitigado en parte por su reglamento conforme a una modificación efectuada en octubre de 2022.

En lo referido a las prácticas colusorias, las leyes de los tres países prohíben las prácticas colusorias horizontales más dañinas para los consumidores, que son los denominados *hard-core cartels*: acuerdos de precios, de control de la producción, de reparto de mercado y de reparto de licitaciones, subastas o concursos públicos. La ley dominicana no tipifica de manera expresa como conducta prohibida a las prácticas colusorias verticales; sin embargo, puede utilizar la prohibición del abuso de posición de dominio para corregir los acuerdos verticales anticompetitivos en el que una de las partes de la relación contractual tiene posición dominante. En este caso, sancionará a la empresa dominante que impuso, instigó o persuadió la suscripción del acuerdo vertical anticompetitivo, incluso si la otra parte (el agente económico ubicado en otro eslabón de la cadena de valor) también se benefició del acuerdo vertical.

Para la ley peruana la posición de dominio solo puede ser ejercida por una sola empresa en el mercado relevante. Las leyes ecuatoriana y dominicana, en cambio, aceptan la posición de dominio conjunta o colectiva. Para quienes creen en esta controversial figura del derecho de la competencia, no es que cada empresa tiene posición de dominio, lo que en términos económicos es imposible, sino que todas las empresas oligopólicas, vistas como un todo, tienen posición de dominio; es decir, se imputa la posición de dominio al conjunto de empresas oligopólicas del mercado relevante. Sancionar el abuso de posición de dominio colectivo es sancionar a un oligopolio por ser oligopolio. La recomendación es, si las empresas oligopólicas tienen un comportamiento anticompetitivo, investigar la existencia de una práctica concertada, la cual se puede acreditar con pruebas indirectas (indicios y presunciones).

Ninguna ley sanciona la posición de dominio en sí misma. Bajo esta premisa, el mero ejercicio de la posición de dominio tampoco debería sancionarse. Es el caso de las leyes peruana y dominicana, que solo prohíben el abuso exclusorio, que es el que restringe la competencia, mas no el abuso explotativo, que es el ejercicio mismo de la posición de dominio. Las tres leyes sancionan el abuso exclusorio, que consiste en impedir u obstaculizar el acceso o permanencia de competidores reales o potenciales por razones diferentes a la eficiencia económica. Solo la ley ecuatoriana sanciona el abuso explotativo. Los llamados precios «abusivos» son la expresión por excelencia del abuso explotativo.

Así como un tigre se va a comportar como un tigre, la empresa con poder de mercado va a ejercer su poder de mercado, y la forma más evidente de hacerlo es elevando el precio de su producto o servicio por encima de niveles competitivos. Sancionar a la empresa

dominante por el precio que oferta en el mercado es sancionar la posición de dominio en sí misma. Es un contrasentido sancionar el alza de precios, que por lo general es una señal para que más competidores entren al mercado.

Es rentable subir precios si hay barreras a la entrada. De ahí que lo aconsejable es eliminar las barreras legales que impiden o retrasan la entrada de competidores al mercado. Las barreras estratégicas se suelen corregir a través del control de las conductas anticompetitivas. Las barreras económicas, que usualmente son economías de escala y altos costos hundidos, dan lugar a monopolios naturales, los que deben ser controlados mediante la regulación económica.

Si a un gobierno le preocupa el incremento de precios, lo que puede hacer, en lugar de sancionar precios «abusivos», es promover más competencia y el incremento de la oferta. Para tal efecto, además de eliminar las barreras normativas y burocráticas, puede bajar impuestos y reducir aranceles. Y si estas medidas no son efectivas, tratándose de bienes de primera necesidad (v.g., medicamentos), como *ultima ratio*, la oferta puede ser incrementada por el propio Estado, lo que significa que la autoridad administrativa puede comprar, importar o producir tales productos y entregárselos a la población que por sus propios medios no puede acceder a ellos.

Debe diferenciarse la política de competencia, que busca la eficiencia económica en los mercados (que gane el mejor), de las otras políticas públicas que, sobre la base de los principios de subsidiariedad, solidaridad y justicia social, buscan mejorar de manera directa el bienestar de los ciudadanos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ APAC (Hugo R.), *¿Se deben prohibir «todos» los monopolios y oligopolios?* En: *Jirón Independencia*, columna de opinión, Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 20 de abril de 2022. Disponible en: <https://asociaciontida.com/columnas/jiron-independencia/articulos/se-deben-prohibir-todos-los-monopolios-y-oligopolios> [consulta 24 junio 2024].

Indecopi, *Legislación y política de competencia en el Perú. A peer review. Elaborado para la Segunda Reunión del Foro Latinoamericano de Competencia (Washington, DC: 14-15 de junio de 2004), por Terry Winslow (consultor del Departamento de Competencia de la Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD), con el auspicio de la OECD y el Inter-American Development Bank (IDB). Lima: Indecopi.*

OECD, *Multi-dimensional Review of Peru: Volume I. Initial Assessment*, OECD Development Pathways. París: OECD Publishing, 2015,

OCDE, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*. París: OECD Publishing, 2018,

OECD/IDB, *Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia: República Dominicana*. París: OECD Publishing, 2024.

El Anuario de Libre Competencia 2024, con el tema «Derecho de la competencia: eje transversal» es una referencia indispensable para abogados, economistas, académicos, autoridades públicas, estudiantes y profesionales interesados en profundizar en los temas más relevantes y actuales del derecho de la competencia. 22 distinguidos autores, de distintas nacionalidades elaboraron los 15 artículos incluidos en esta segunda edición. Cada uno contiene un resumen en el idioma inglés.

Estos escritos abarcan un amplio espectro de temas, tales como: el impacto de la inteligencia artificial en la competencia; la interacción entre la regulación de mercados digitales y la libre competencia; el papel de las políticas de competencia en la buena gobernanza y el desarrollo económico; la relación entre competencia y perspectiva de género; el análisis de cláusulas de no competencia en sectores como el de telecomunicaciones; y cómo las políticas de competencia contribuyen al diseño de políticas públicas efectivas.

Además, incluye un análisis comparado de las leyes de competencia de países como Perú, Ecuador y la República Dominicana, brindando una visión holística de cómo el derecho de la competencia se convierte en un eje transversal que influye en la formulación de políticas públicas y promueve la equidad y la transparencia en los mercados. La portada refleja el papel fundamental del derecho de la competencia como eje transversal de nuestra economía. Esperamos, esta edición sea una guía y un referente, que inspire a entender y participar activamente en la evolución del derecho de la competencia.

DESCARGA
FORMATO DIGITAL

