

Nota de la Editora. Nuestra propuesta de Anteproyecto de Ley de Defensa de Competencia y su Anteproyecto de Exposición de Motivos. (A. Noboa Pagán).

Con gran placer entregamos en el presente volumen, un "regalo atrasado" de nuestra edición aniversario. Se trata de nuestra propuesta de *Ley de Defensa de la Competencia* acompañada de una exhaustiva *Exposición de Motivos*, remitidos en anexo a esta edición y publicados en nuestro sitio en la red www.noboapagan.com.

Nuestra **Propuesta de Ley de Defensa la Competencia**, toma como fuente principal el modélico y eficaz sistema de defensa la competencia de España. También incorpora ideas sugeridas por el consultor venezolano Ignacio DE LEON, Ph. D., algunas soluciones previstas en el Anteproyecto de Código de Ordenamiento de Mercado, basadas en las legislaciones de Francia y Perú, así como otros aportes recientes sugeridos por los licenciados Marcos PEÑA y Nicole CEDEÑO, localmente.

Para *promover la competencia*, han sido debidamente tipificadas y sancionadas en la propuesta, las prácticas restrictivas a la competencia tales como la *colusión*, los *precios predatorios* y otros acuerdos prohibidos, junto a las modalidades de *abuso de posición dominante*. Como en muchos sistemas, se escoge un *régimen administrativo sancionador* propio de *organismos autárquicos especializados*, sin sacrificar el derecho a la *tutela judicial efectiva*. Por consiguiente, las decisiones de la comisión creada son apelables ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Igualmente nuestra propuesta ha considerado al derecho de los tratados de la

Organización Mundial de Comercio, relativos a la libre circulación de bienes y servicios, esta última en sus distintas modalidades de prestación referente a prácticas comerciales restrictivas y empresas en posición de dominio o monopolísticas y los protocolos especiales que organizan dicha regla para algunos sectores especiales, entre los que conviene destacar el de telecomunicaciones. También, la propuesta es coherente con la regla general de *anulación y menoscabo* previsto en el DR-CAFTA, como en GATT/94, para sancionar normas y reglamentos o iniciativas de estas contrarias a libre comercio y competencia.

Elegimos la legislación española como modelo principal para la adaptación y formulación de la ley, por varias razones prácticas:

1. Cuando España introduce su régimen de competencia, lo hace a partir de una realidad definida por conductas y estructuras de mercado ajenas a un escrutinio estatal basado en las teorías del *antitrust*. En consecuencia, el quehacer legislativo, administrativo y judicial de dicho país en los últimos 25 años, resulta altamente enriquecedor para el estudio, aplicación e interpretación de la materia en un país como el nuestro, con similares desafíos por delante. La evolución del régimen español compite dignamente con los aportes franceses en esta materia. Sus sistemas no son mutuamente excluyentes, pues ambos regímenes parten del troncal de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, que establece los principios rectores europeos sobre política y regulación de competencia. Así por ejemplo, las decisiones francesas en materia de competencia desleal o sobre límites a la libertad empresa y contratación, son gran valor en el estudio hermenéutico del

1ro. de octubre de 2005 • Sto. Dgo., R. D. • Año II, Volumen XV

Derecho de la Competencia; mientras por otro lado, los precedentes ingleses, en temas de servicios públicos, también adscritos al Tratado de Roma, innovan en la comprensión de materia, siendo Inglaterra el país pionero en el cambio de paradigma de la noción de *servicios públicos* a la nueva concepción de *servicios privados de interés público*. No menos importantes son los aportes de la Escuela de Friburgo en Alemania en materia de competencia o las decisiones de origen italiano, belga, escandinavo y portugués publicadas por la Dirección General ("DG IV") de la Unión Europea.

2. Otra buena razón para escoger ese modelo reside en la utilidad de adaptar un régimen de origen estadounidense desde el sistema de otro país también perteneciente a la familia jurídica romano germánica, como el nuestro, sobre todo considerando los grandes aportes doctrinales salidos de las universidades de Barcelona, Sevilla, Girona, Complutense de Madrid, Valladolid y Carlos III en esta materia, que ayudan a labor de adecuación del análisis *antitrust* a nuestro estilo de ordenamiento jurídico. A diferencia de Estados Unidos, de donde es oriunda la Ley *Sherman* o Ley Antimonopolios y su prolija y célebre jurisprudencia de más de 100 años, no contamos en el sistema latino con la agilidad del sistema de precedentes del *common law* y por tanto, la norma sobre promoción de la competencia, debe ser extremadamente cautelosa en la determinación de reglas de debido proceso, en el manejo de evidencias, determinación de faltas, adopción de medidas cautelares y ejercicio de potestades fiscalizadoras, reglamentarias y sancionadoras de la Administración. La gran ventaja de partir del modelo de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia de España, sus

modificaciones y reglamentaciones, es que la intelectualidad española se encuentra bien avanzada en una labor de doctrinal y jurisprudencial de interpretación de las mejores prácticas de adaptación de los precedentes norteamericanos de *antitrust* al sistema latino de defensa a la competencia.

3. Es preciso confesarnos grandes admiradores de la avanzada evolución del Estado Social de Derecho español a partir de la reforma constitucional del 1978, que entre otros aspectos eleva la competencia al bloque constitucional. No sería la República Dominicana el primer país de la región que intentaría acercarse a ese modelo en temas de mercado. De hecho, no sería esta la única legislación de mercado en nuestro país que se inspira en un modelo español. Ya antes las de telecomunicaciones, servicios financieros y mercado de valores, siguen en alguna medida el patrón ibérico. Pasos más firmes en esa dirección han dado Brasil, Colombia y Venezuela, que ya incorporan el Derecho de la Competencia de manera expresa al listado de derechos fundamentales como declara la constitución española (y la portuguesa).

Todo lo anterior no implica un olvido de las profundas diferencias entre la realidad económica de ese país europeo, con la de un país en vías de desarrollo como el nuestro. En varios aspectos de la propuesta, fue necesario advertir las distancias que separan la realidad económica y política dominicana de la española:

1. La primera respecto del régimen de fusiones y concentraciones, no incorporado en la propuesta, en el entendido de que en esta primera etapa legislativa es preferible mantener un estilo de regulación netamente *ex-post*. En

1ro. de octubre de 2005 • Sto. Dgo., R. D. • Año II, Volumen XV

adición por razones similares, excluimos el procedimiento de terminación convencional promovida por la Administración del sistema español para solucionar conflictos, así como las exenciones por bloque.

2. La segunda, en relación a la autonomía funcional y patrimonial de la autoridad administrativa encargada de dirigir los procesos administrativos y promover la competencia. Sin las garantías presupuestarias que ofrece el estado español para la política de competencia y ante las posibles deficiencias de transparencia y neutralidad en la función administrativa, nos pareció la mejor solución posible, “judicializar” el régimen de competencia desleal; y, en lo que respecta a la promoción de la competencia, someter más específico rigor su proceso administrativo, hasta que hagamos ley, el magnífico *Anteproyecto de Ley Reguladora de la Administración Pública y su control por los Tribunales*, recientemente puesta a circular por el Comisionado de Modernización y Reforma de la Justicia.

3. Por último fue necesario tomar en consideración el gran respaldo que recibe el tema de política de competencia de las autoridades comunitarias europeas y como las decisiones regionales se imponen sobre las decisiones políticas locales de los países miembros de la unión. Esto no ocurre ni ocurrirá con la misma efectividad en RD con la firma del DR-CAFTA, donde lamentablemente quedó excluido el capítulo de competencia que tradicionalmente acompaña los acuerdos bilaterales de comercio suscritos por Estados Unidos con otros países (casos Singapur y Chile).

Ante esa realidad, solo nos queda proponer en la misma letra de la normativa propuesta de manera expresa, algunas

reglamentaciones mínimas que deben ser aprobadas como directrices para los sectores financiero, transporte marítimo, aéreo y terrestre, energía, salud pública, educación, propiedad intelectual y servicios profesionales, dada su importancia transversal en la economía, para así completar el marco institucional de la competencia y dejar facultades regladas que eviten el uso de las perniciosas potestades discrecionales en asuntos de orden técnico-económico.

Sobre el particular y en aplicación del principio de descentralización de todo poder, sin sacrificar la unidad de ordenamiento, se propone que los organismos sectoriales cuyos regímenes jurídicos tutelan la competencia, como es el caso de la energía, telecomunicaciones, servicios financieros o la propiedad industrial, mantengan tales competencias en sede administrativa, siempre siguiendo el modelo social de mercado de interpretación de los objetivos de ley, definido en el cuerpo sustantivo de la propuesta. Es decir, cuando la ley especial sea silente, imprecisa u oscura, los hechos deberán ser interpretados a partir de la norma general de competencia, la Constitución y los tratados, en el orden jerárquico reconocido a cada cual.

Nuestra **Propuesta de Exposición de Motivos**, persigue suministrar a las autoridades congresuales y al Presidente de la República, de un instrumento útil para comprender y apoyar su decisión de votar una ley de competencia, en reconocimiento de la evolución histórica y jurídica del derecho a la libre empresa, comercio e industria de nuestra Constitución. Es oportuno dar a entender que sus atribuciones son suficientes para aprobar la misma, sin que esto comporte un

1ro. de octubre de 2005 • Sto. Dgo., R. D. • Año II, Volumen XV

contrasentido con la incomprensible disposición de prohibición de monopolios del literal 12, del artículo 8 de la Constitución. Su aplicación ha de quedar interpretada a partir de la *teoría económica de precios monopolísticos* o *teoría de monopolios*, tal como lo ha hecho la jurisprudencia internacional, o sea, a partir de la regla de lo razonable o la razón en inglés *rule of reason*, que no es otra cosa que un empleo concreto del *principio de razonabilidad* constitucional.

Similarmente ofrecemos a los legisladores y al primer mandatario una propuesta de exposición que se detiene a justificar aspectos claves de la propuesta con el apoyo de criterios avanzados por los más importantes autores nacionales y extranjeros que han estudiado los temas de Derecho Público Económico contemplados en la propuesta y así como en los grandes fallos del *antitrust* de Europa y Estados Unidos. Entre los autores, nos interesa destacar al notable magistrado estadounidense Richard A. POSNER en materia de promoción de la competencia (Capítulo I) así como a las dos famosas mutuales británicas, BELLAMY & CHILD y WHISH & SUFRIN. Estos 5 autores anglosajones son ampliamente conocidos por sus aportes en la comprensión del análisis *antitrust* y por sus estudios sobre la rica doctrina y jurisprudencia norteamericana y europea sobre la determinación de las nociones poder de mercado, mercado relevante, efecto apreciable, monopolización e intento de monopolización, presunción de ineficiencia sobre precios monopolísticos, beneficios ocasionales de los monopolios, regla de la razón, regla *per se*, entre otros aspectos.

También, para fundamentar la propuesta contenida en ese capítulo,

reflejamos las ideas de los profesores universitarios y autores españoles Luís ORTIZ BLANCO, (Complutense de Madrid) y Juan Ignacio FONT GALAN (Sevilla) sobre Derecho de la Competencia y Constitución económica; Carmen HERRERO SUAREZ, (Valladolid) y Raúl BERCOVITZ ALVAREZ (Complutense de Madrid) ambos sobre organización sistemática del Derecho de la Competencia y los Derechos de Propiedad Intelectual; la estupenda tesis doctoral de Elena BOET SERRA, (Girona) sobre Derecho de la Competencia en el transporte marítimo de línea regular; el recién publicado trabajo de CHILLON MEDINA, donde organiza el derecho de la competencia de nuestra ley telecomunicaciones No. 153-98; y también las soluciones provistas por Pilar MAESTRE CASAS, Fernando ZUNZUNEGUI PASTOR (España) e Ignacio LOYOLA (pasado gobernador del Banco Central de Brasil), sobre la concurrencia en los altamente reglados servicios financieros.

Para motivar la *socialización de objetivos y judicialización del proceso de represión a la competencia desleal* (Capítulo IV) estudiamos los trabajos de Silvia BARONA VILAR, (Universidad de Valencia) Antonio ROBLES MARTIN LABORDA (Universidad Carlos III de Madrid), Juan Ignacio FONT GALAN, así como el autor brasileño Gilberto DE ABREU SODRE CARVALHO y su interesante perspectiva sobre la *responsabilidad civil concurrencial*.

Mientras que para los temas institucionales (Capítulos II) nos respaldamos en las sabias apreciaciones de Miguel S. MARIENHOFF (Argentina), Eduardo GARCIA DE ENTERRIA (España) y Alexander SANTOS ARAGAO (Brasil), sobre el régimen de organismos autárquicos, que justifican su *personería jurídica*,



1ro. de octubre de 2005 • Sto. Dgo., R. D. • Año II, Volumen XV

independencia funcional y “*huida de la Administración convencional*” sin que lo anterior impida que al menos, la Comisión quede adscrita (aunque no dependiente) a un ministerio, que en el caso español, es el Ministerio de Hacienda y en el caso dominicano podría ser la Secretaría de Estado de Industria y Comercio.

El camino más seguro para proponer un *régimen administrativo sancionador de la competencia*, (Capítulo III) para las conductas sancionadas en el Capítulo 1, así como para otorgar determinadas facultades fiscalizadoras, reglamentarias y dirimientes, fue seguir la pauta del Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Administrativo e incorporar las soluciones de debido proceso de la ley española sobre competencia previstas para la sede administrativa.

Finalmente, al definir los claves Principios Rectores de la propuesta de ley, que permitan aproximar el régimen concurrencial al régimen constitucional y así asegurar el goce de sus garantías, nada mejor que acogerse al articulado pensamiento de José Joaquín GOMES CANOTIHLO (Portugal), sobre derechos fundamentales y otros temas constitucionales y en especial, las correspondencias básicas del derecho a la libre empresa y competencia.

La preparación y puesta en circulación de esta tarea, dirigida y coordinada por quien suscribe, ha sido posible gracias a la entusiasta colaboración de 4 jóvenes altamente comprometidos en el estudio del Derecho de la Competencia, con quienes he tenido el placer de trabajar en la firma: la Dra. Arlene CRUZ CARRASCO y los estudiantes Luís Armando VERAS SEPULVEDA, Jesenia VELÁZQUEZ MORALES y Binell ROA MATEO.

Redacción: Angélica Noboa Pagán

Edición: Angélica Noboa Pagán.

NOBOA PAGÁN – Abogados

Av. Los Próceres, Plaza Diamond, Arroyo Hondo

Teléfono (809) 334.5717 • Fax (809) 334.5716

Los boletines anteriores de AR se encuentran publicados en español e inglés en nuestro sitio en la red www.noboapagan.com

Si desea recibir regularmente AR, escribanos a anoboa@noboapagan.com y será integrado a su lista de distribución.

Actualidad Regulatoria un servicio gratuito en línea de la firma NPA dirigido a los sectores empresarial, público, profesional y académico.