



## UN MOMENTO HISTÓRICO PARA LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y PARA LA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Se analizan los distintos proyectos de ley sobre el derecho de la competencia pendientes de discusión en el Congreso de los Estados Unidos y se describe la situación actual de concentración monopólica en la República Dominicana.

**E**l derecho de competencia es de una naturaleza intrínsecamente híbrida. Tiene dos propósitos muy distintos, pero ambos importantes. Por una parte, persigue el orden en la economía. Una sociedad de libre mercado sin una buena legislación de competencia y una agenda firme de implementación nunca podrá tener orden económico, más bien tendrá canibalismo económico. Pero el derecho de la competencia, además de ordenar los mercados, es ante todo un instrumento valioso de justicia correctiva y distributiva. Las normas de competencia sirven, primero, para ejercer un control ex ante de las fusiones, las adquisiciones y las ayudas públicas<sup>1</sup> y, segundo, para sancionar a aquellos a quienes se les demuestra, mediante el debido proceso, que han incurrido en conductas prohibidas por la ley porque causan daños al proceso competitivo y a los consumidores. Es precisamente el bienestar de los consumidores la meta última de una buena política de competencia.

A juzgar por los hechos, los actuales líderes políticos de los Estados Unidos (EE. UU.), en especial el presidente de la nación, Joe Biden, tienen claros estos objetivos y parecen

estar comprometidos con ellos. Basta examinar la agenda de cambios legales y administrativos que desde ya han iniciado tanto la administración Biden como el Congreso estadounidense. Antes de revisar estos cambios actualmente en proceso, es oportuno analizar la situación económica imperante en los mercados estadounidenses durante las últimas décadas.

### DATOS ECONÓMICOS

Estados Unidos es reconocido como la principal economía de libre mercado y el primer país en promulgar una legislación de competencia en el mundo. Sin embargo, en años recientes, muchos estudios han reportado la existencia de un problema importante de concentración de mercados. Thomas Philippon, en su libro *The Great Reversal*, publicado en 2019, expresa que durante las últimas décadas el índice de concentración económica y las tasas de utilidades del sector privado estadounidense se han incrementado. Al mismo tiempo, la competencia se ha reducido de manera continua, y los precios en relación a los salarios han aumentado 8 % más en los EE. UU. que

<sup>1</sup> En los EE. UU. este control no se aplica a las ayudas públicas, y en la República Dominicana no se aplica a las fusiones ni a las adquisiciones, salvo algunas excepciones establecidas en leyes sectoriales.



en Europa, a pesar de que son mercados con un crecimiento de productividad similar<sup>2</sup>.

Otros estudios han indicado que los niveles de concentración en diferentes industrias estadounidenses son altos y además crecientes. Solo por mencionar algunas investigaciones, Gustavo Grullon, Yelena Larkin y Roni Michaely encontraron que la concentración económica aumentó en más del 75 % de las industrias estadounidenses en las dos últimas décadas, y que la tasa agregada de concentración era casi de 70 % a través de las distintas industrias<sup>3</sup>. En 2017, David Dorn, Lawrence F. Katz, Christina Patterson y John Van Reenen detectaron una “tendencia notoriamente consistente hacia el alza en la concentración promedio de los sectores de cuatro dígitos incluyendo manufactura, finanzas, servicios públicos, servicios, comercio al detalle y comercio al por mayor”<sup>4</sup>. Adil Abdela y Marchall Steinbaum también encontraron que la concentración de mercados en la economía de los EE. UU. era alta, de acuerdo con los umbrales adoptados en las Guías de Fusiones Horizontales.

Este estudio fue aún más lejos y concluyó que el poder de mercado había estado subiendo desde los años setenta<sup>5</sup>.

Además, algunas instituciones han reportado un aumento en los niveles de concentración. El Consejo de Asesores Económicos al servicio del presidente en el 2016 emitió el Informe sobre los Beneficios de la Competencia y los Indicadores de Poder de Mercado, el cual dice que de 1997 a 2012 hubo factores que indicaban que la concentración estaba creciendo entre las cincuenta empresas principales de algunos sectores económicos, incluyendo transporte y almacenamiento, comercio al detalle, finanzas y seguros, comercio al por mayor, renta y *leasing* de bienes raíces, servicios públicos, servicios de educación, servicios profesionales científicos y técnicos, administración y apoyo, así como alojamientos y alimentos<sup>6</sup>. En el año 2018, en la Sesión sobre Concentración de Mercado celebrada en la OCDE, se reconoció que la concentración sectorial estaba aumentando en la mayoría de las trece clasificaciones de industrias de los EE. UU.<sup>7</sup> Por otra parte, como ha sido reportado

2 PHILIPPON, T. *The great reversal: how America gave up on free markets*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 124..

3 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2612047](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612047).

4 <https://equitablegrowth.org/market-power-in-the-u-s-economy-today/>, note 29.

5 [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_comments/2018/09/ftc-2018-0074-d-0042-155544.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/09/ftc-2018-0074-d-0042-155544.pdf).

6 [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20160414\\_cea\\_competition\\_issue\\_brief.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20160414_cea_competition_issue_brief.pdf).

7 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)46/en/pdf).

por la IMAA (siglas en inglés del Institute for Mergers, Acquisitions and Alliances), el número de fusiones completadas anualmente llegó a elevarse de 2308 a 18 385 entre 1985 y 2019<sup>8</sup>. A lo que es oportuno agregar, como lo indica la Federal Trade Commission (FTC) que “a la vasta mayoría de los acuerdos [de fusiones] revisados por la FTC y el Departamento de Justicia se les permite proceder después de la primera revisión preliminar”<sup>9</sup>.

En años recientes, el crecimiento de concentración económica más flagrante ha sido el de la industria tecnológica. La llegada de la pandemia ha empeorado aún más esa situación. En efecto, la necesidad creada por la pandemia de despersonalizar las relaciones humanas diarias parece haber incrementado el uso y el poder de las grandes tecnológicas. En 2020 Peter Eavis y Steve Lohr reportaron en el *New York Times* que las acciones de las cinco compañías públicas más grandes de los EE. UU. (Alphabet —matriz de Google—, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft, conocidas como las GAFAM— aumentaron 37 % en el primer semestre del año mientras las acciones del resto de las quinientas compañías S&P cayeron en un 6 % combinado. De manera que las GAFAM ahora representan cerca del 20 % del valor total del mercado de acciones. Tal nivel de concentración ha permitido a estas compañías dominar los negocios en los EE. UU. de una manera nunca vista después de la época de la industria ferroviaria de fines del siglo XIX; incluso algunos especialistas de derecho de antimonopolio consideran que la concentración actual de las GAFAM es más grande aún que en esos tiempos<sup>10</sup>.

Esta situación genera grandes desafíos al gobierno de los EE. UU. y, de hecho, a la mayoría de los gobiernos del mundo, sobre todo por sus serias implicaciones y complicaciones de naturaleza tributaria, de cabildeo, de protección a la privacidad y de política de competencia. Con respecto a la política de competencia, tanto la nueva administración como el Congreso de los EE. UU. han reaccionado de una manera que ciertamente nos recuerda el ambiente imperante a finales de los 1800.

### POSTURA Y MEDIDAS DE LA ADMINISTRACIÓN BIDEN

Por una parte, la administración Biden ha demostrado estar lista para enfrentar los abusos de poder de mercado y aplicar las normas jurídicas de competencia a los monopolios y oligopolios. A estos fines, la actual administración ha elegido a Tim Wu como parte del Consejo Económico Nacional en calidad de asistente especial en política de tecnología y competencia. Tim Wu es un abogado experto en antimonopolio, profesor de Columbia University, muy conocido por su defensa a favor de una política de aplicación fuerte de la ley contra los *tech giants* (gigantes tecnológicos) y, en general, contra las empresas que

abusan del poder que genera una concentración económica. En su libro *The curse of bigness* publicado en el 2018, Tim Wu expresa que la centralización de poder privado permite a los grandes monopolios y oligopolios causar daño impunemente a los competidores y consumidores, lo cual aumenta la desigualdad entre ricos y pobres, y genera un descontento social que lleva a regímenes de gobierno que atentan contra la democracia<sup>11</sup>.

Más aún, la administración Biden designó a Lina Khan comisionada y presidenta de la FTC, una abogada especializada en antimonopolio de 32 años, también profesora de Columbia University, muy respetada por sus investigaciones y fuertes críticas a los gigantes tecnológicos. Su designación ha sido muy bien recibida por organizaciones progresistas, así como por otras conservadoras. La Internet Accountability Project (IAP), por ejemplo, en una declaración pública manifestaron que ellos esperaban que “... la nominación de Khan en la FTC sea señal de una intención firme de la Administración Biden-Harris de que van a ser duros con los monopolios de las Grandes Tecnológicas... haciendo cumplir nuestras leyes centenarias de antimonopolio y trabajando con el Congreso de manera bipartidista para fortalecer estas leyes”<sup>12</sup>.

En cuanto al Departamento de Justicia (DOJ), la administración designó como asistente del procurador general a cargo de la División de Antitrust a Robert Powers, un abogado con experiencia en materia de cumplimiento de las leyes de crimen y de antimonopolio. Robert Powers tiene además conocimientos profundos de los sectores de finanzas, aerolíneas y salud. Sobre los mercados digitales, se ha expresado públicamente sobre el problema de las grandes bases de datos y la cartelización, especialmente en relación a las colusiones algorítmicas<sup>13</sup>. De manera que la administración estadounidense parece estar bien preparada para defender con valentía la competencia en sus mercados.

Más aún, la administración Biden emitió, el 9 de Julio de 2021, la Orden Ejecutiva sobre Promoción de la Competencia en la Economía Americana. En ella se reconoce que durante las últimas décadas la competencia se ha debilitado a medida que los sectores y los mercados de la economía se han ido concentrando. De manera que esta orden ejecutiva responde a dos propósitos: (i) ordenar 72 medidas que buscan mejorar la competencia para beneficiar así a los consumidores, trabajadores, emprendedores y pequeños negocios, y (ii) exhortar a las agencias del gobierno federal, catorce en particular incluyendo la FTC, para que hagan cumplir con firmeza la legislación antimonopolio y examinen cuidadosamente las fusiones que les sean presentadas. En la ceremonia celebrada para la firma

8 <https://imaa-institute.org/m-and-a-us-united-states/>,

9 <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review>.

10 <https://www.nytimes.com/2020/08/19/technology/big-tech-business-domination.html>.

11 Wu, T. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded*. New York, Columbia Global Reports, 2018, p. 15.

12 <https://theiap.org/media/press/iap-statement-on-lina-khans-nomination-for-ftc-commissioner/>.

13 <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-richard-powers-delivers-remarks-cartel-working-group>.



de esta orden ejecutiva el presidente Biden manifestó que en su administración no habrá tolerancia alguna para las conductas abusivas por parte de los monopolios o las fusiones que incrementen los precios o reduzcan las opciones de los trabajadores o de los consumidores. Asimismo, el presidente estadounidense explicó que “el corazón del capitalismo americano es una idea simple: competencia abierta y justa”<sup>14</sup>. La FTC y el DOJ, en cumplimiento de la orden ejecutiva, anunciaron que revisarán sus publicaciones conjuntas de la Guía de Fusiones Verticales y de la Guía de Fusiones Horizontales, con el fin de actualizarlas para que reflejen un enfoque de análisis riguroso y ayuden a aplicar la ley en los procesos de revisión de fusiones no con permisividad, sino con escepticismo<sup>15</sup>.

#### AGENDA LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LOS EE. UU.

Por otra parte, el Congreso de los EE. UU. también ha estado muy activo en la búsqueda de solución a los problemas de competencia. En el año 2020 finalizó una investigación de dieciséis meses sobre competencia en los mercados. Esta investigación, liderada por los demócratas, concluyó con el llamado

Informe de Antimonopolio sobre las Grandes Tecnológicas de la Cámara de Representantes de los EE. UU. Este reporte se refiere a que los gigantes tecnológicos, que habiendo comenzado como empresas emergentes (*start-ups*) desafían el *statu quo*, habían llegado ya a convertirse en los monopolios gigantescos que solo se habían visto en la era de los magnates del petróleo y los titanes de los ferrocarriles. El reporte contiene además una serie de recomendaciones que pudiesen llevar hasta la aplicación de medidas de separación estructural de los gigantes tecnológicos en aras de mejorar las condiciones de competencia en el mercado<sup>16</sup>.

La reacción de los republicanos al reporte no se hizo esperar. Jim Jordan, el principal dirigente republicano en el Comité Judicial de la Cámara de Representantes, reconoció la existencia de un problema de abuso por parte de los gigantes tecnológicos, pero al mismo tiempo ha aconsejado a los miembros de su partido no votar por lo que él denomina “el reporte del equipo de los demócratas”. Defiende también la idea de que las reformas legales deberían enfocarse solamente en el mercado digital, no en la legislación general antimonopolio apli-

14 <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/07/09/remarks-by-president-biden-at-signing-of-an-executive-order-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

15 <https://www.paulweiss.com/practices/litigation/antitrust/publications/doj-and-ftc-will-review-and-may-update-merger-guidelines?id=40525>.

16 <https://www.nytimes.com/interactive/2020/10/06/technology/house-antitrust-report-big-tech.html>.

cable a todos los sectores económicos<sup>17</sup>. Otro grupo de congresistas republicanos apoya muchas conclusiones del reporte de antimonopolio de la Cámara de Representantes, pero considera que las recomendaciones propuestas en el reporte por los demócratas son excesivas. Ken Buck, el miembro de mayor rango del Subcomité de Derecho de Antimonopolio, Comercial y Administrativo dentro del Comité Judicial de la Cámara de Representantes de los EE. UU., ha reconocido por su parte que las conductas anticompetitivas de los gigantes tecnológicos no es una cuestión partidaria, pero ya se ha expresado a favor de una solución centrada en la aplicación de la ley. En efecto, con el apoyo de otros republicanos, presentó el documento “La tercera vía: Aplicación del antimonopolio a las grandes tecnológicas”<sup>18</sup>, en el cual se aboga por medidas que mejoren la aplicación de la ley, particularmente instando al Congreso a asegurarse de que las instituciones administrativas antimonopolio (i) no se vean imposibilitadas de ejercer su función “por las interpretaciones judiciales y un entramado cada vez más restrictivo de medidas regulatorias”; (ii) puedan libremente someter casos a la justicia basados en “calidad, producción, selección del consumidor e innovación potencial y no solamente en la doctrina de cambios en precio”; y (iii) dispongan de los recursos necesarios para poder supervisar la competencia en los mercados. Este documento, además, propone que el Congreso revise las normas de la carga de la prueba para asegurarse de que los reguladores de competencia puedan demandar exitosamente en los tribunales en caso de fusiones y adquisiciones anticompetitivas<sup>19</sup>. Unos meses después de la publicación de este documento, en el curso del año 2021, varios proyectos de ley fueron presentados en el Senado y en la Cámara de Representantes.

### **Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act (S. 225)**

#### **(Ley de Reforma de la Aplicación del Derecho de Antimonopolio y Competencia)**

En febrero de 2021, la senadora Amy Klobuchar, presidenta del Subcomité Antimonopolio del Senado, con apoyo de otros senadores presentó un importante proyecto de ley para modificar la legislación de competencia, el Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021 (S. 225)<sup>20</sup>. Esta propuesta de ley persigue fundamentalmente “... modificar la Ley Clayton para cambiar la norma aplicable a las adquisiciones ilegales, impedir las conductas anticompetitivas de exclusión que causan daño a la competencia y a los consumidores, aumentar la capacidad del DoJ y la FTC para aplicar la legislación antimonopolio...”, así como mejorar el control de fusiones.

El proyecto de ley reconoce que el poder de mercado, así como la concentración indebida de mercado, existen y

están incrementándose en numerosos sectores de la economía; más aún, ello impide la entrada de nuevos negocios y el desarrollo de los negocios existentes, crea una tendencia a adquirir tanto las empresas nuevas como las empresas que compiten vigorosamente y con imaginación —usualmente llamadas *maverick firms*—, facilita la consolidación del poder político y además puede tener efectos como los de aumentar los precios, disminuir la calidad, la innovación y las opciones disponibles al consumidor. Para enfrentar estos problemas, el proyecto de ley Klobuchar propone los siguientes cambios:

- (i) aumentar los requisitos aplicables a las fusiones y adquisiciones para ser reputadas legales, incorporando la exclusión de competidores, el aumento de las barreras de entrada o la reducción de calidad, de opciones de productos, de servicios o de innovación, como parte de los efectos actuales o potenciales que pueden justificar el bloqueo, o la adopción de medidas por parte de las autoridades de competencia en ocasión de una fusión o adquisición;
- (ii) ampliar la definición de poder monopólico aplicable a las fusiones, adquisiciones y conductas de exclusión, bajando del porcentaje requerido para que una posición del mercado sea considerada dominante a la vez que se aumentan los posibles efectos a considerar más allá de un incremento de precio;
- (iii) prohibir e impedir las conductas de exclusión por parte de agentes económicos con posición dominante que causan daño a la competencia y los consumidores;
- (iv) ampliar la presunción de ilegalidad aplicable a algunas conductas de exclusión;
- (v) cambiar la carga de la prueba para algunas conductas de exclusión, fusiones y adquisiciones, que presentan muchos riesgos de dañar la competencia, ya sea porque aumentan apreciablemente los niveles de concentración o porque son significativamente grandes;
- (vi) revertir jurisprudencia existente relativa a algunos tipos de conductas unilaterales;
- (vii) modificar y agregar nuevas penas civiles aplicables a conductas de exclusión;
- (viii) agregar protección para los delatores, incluyendo empleados, contratistas, subcontratistas y agentes, así como incluir incentivos a los delatores para ser aplicados en acciones legales criminales sometidas por el DOJ que resulten en multas sobre el millón de dólares y teniendo en cuenta que el incentivo no exceda del 30 % de la multa aplicada; y

17 <https://www.politico.com/newsletters/morning-tech/2021/04/23/jim-jordan-dissents-from-antitrust-report-794856>.

18 <https://buck.house.gov/media-center/press-releases/rep-buck-pens-antitrust-report-presents-third-way-take-big-tech>.

19 [https://buck.house.gov/sites/buck.house.gov/files/wysiwyg\\_uploaded/Buck%20Report.pdf?utm\\_source=morning\\_brew](https://buck.house.gov/sites/buck.house.gov/files/wysiwyg_uploaded/Buck%20Report.pdf?utm_source=morning_brew).

20 <https://www.congress.gov/bills/117th-congress/senate-bill/225/text>.



- (ix) Crear la Office of the Competition Advocate y aumentar los recursos financieros para apoyar a la FTC y al DOJ en la aplicación de la legislación antimonopolio.

Además de la propuesta de ley Klobuchar, presentada en el Senado, la Cámara de Representantes estadounidense recibió seis proyectos de leyes antimonopolio que buscan contrarrestar el enorme poder de los gigantes tecnológicos y fortalecer las tareas de cumplimiento en esta materia. Estas propuestas que han ido avanzado en la obtención de acuerdos en la Cámara de Representantes son los siguientes:

**The American Choice and Innovation Online Act (H. R. 3816)**  
**(Ley Americana de Opciones e Innovación en Línea)**

Este proyecto de ley busca promover la innovación y el derecho del consumidor a tener opciones de productos y servicios en línea. A estos fines, esta norma prohíbe que los gigantes tecnológicos se involucren en conductas que bloqueen o restrinjan a los competidores que operan en la plataforma que ellos cubren. Además, declara ilegal las conductas de los operadores de plataformas tecnológicas que son discriminatorias y están relacionadas con la operación de dichas plataformas, incluyendo (i) las que otorgan ventajas a los productos, servicios o líneas de negocio del operador de la plataforma, (ii) las que excluyen o desfavorecen a negocios que son usuarios de productos, servicios o líneas de negocio o (iii) las que discriminan entre negocios similares que son usuarios de la plataforma.

También es importante señalar que este proyecto de ley requiere a los operadores ofrecer los mismos términos—incluyendo precio y acceso— cuando se trata de servicios que son iguales. Reconoce también el derecho que tienen las personas que operan una plataforma cubierta para probar de manera acumulativa que su conducta 1.<sup>º</sup> no hará daño al proceso competitivo, 2.<sup>º</sup> persigue un objetivo que no puede obtenerse a través de otra vía menos discriminatoria y 3.<sup>º</sup> es necesaria y no es un pretexto que encubre otras razones<sup>21</sup>.

**Platform Competition and Opportunity Act (H. R. 3826)**  
**(Ley de las Oportunidades y la Competencia de las Plataformas)**

Las disposiciones de este proyecto de ley tienen el propósito de promover la competencia en los mercados digitales, declarando ilegal ciertas adquisiciones hechas por plataformas en línea que tienen posición dominante. Tratando de evitar problemas estructurales en los mercados, este proyecto de ley dificulta a las grandes compañías tecnológicas la adquisición o eliminación de competidores. Específicamente, el proyecto declara ilegal la adquisición, por parte de operadores de plataformas, (i) de todas o parte de las acciones u otro capital social o (ii) todos o parte de los activos propiedad de otra persona que se dedica bien sea al comercio, o bien a otra actividad que afecta el comercio.

Esta propuesta de ley también reconoce el derecho de la persona que adquiere una plataforma cubierta a probar la

21 <https://www.congress.gov/117/bills/hr3816/BILLS-117hr3816ih.pdf>.

legalidad de su adquisición mediante la presentación de evidencias convincentes que demuestren bien sea que la adquisición es una operación que cumple con la Ley Clayton, o bien que los activos adquiridos o el emisor de las acciones adquiridas, (i) no compiten con la plataforma cubierta por la ley o con el operador de la plataforma cubierta en la venta o suministro de ningún producto o servicio; (ii) no constituye un competidor naciente o potencial, (iii) no mejora o aumenta la posición en el mercado de la plataforma cubierta o el operador de la plataforma cubierta; o (iv) mejora o aumenta la plataforma cubierta o el operador de la plataforma está en capacidad de mantener su posición en el mercado con respecto a la venta o suministro de cualquier producto o servicio ofrecido sobre la plataforma cubierta o en relación directa con ella. El proyecto aclara que la competencia —naciente o potencial— por “la venta o provisión de cualquier producto o servicio” incluye lo que se denomina atención al usuario<sup>22</sup>.

### **Ending Platform Monopolies Act (H. R. 3825)** **(Ley del Final de las Plataformas Monopólicas)**

Esta propuesta normativa busca promover la competencia en los mercados digitales mediante la exigencia de la separación estructural entre los mercados de la plataforma dominante y aquellos mercados en los que la plataforma dominante compite con negocios que dependen de sus servicios. De manera que las plataformas dominantes no podrán hacer apalancamiento de su poder monopólico para distorsionar o destruir la competencia en otros mercados conexos que dependen de la plataforma cubierta para operar.

El proyecto declara ilegales aquellos conflictos de intereses en los que el operador de la plataforma cubierta tiene la propiedad, el control u otro interés que le beneficia en una línea de negocios diferente de la plataforma cubierta:

- (1) usa para la venta o suministro de productos o servicios,
- (2) ofrece un producto o servicio que dicha plataforma requiere al negocio cliente comprar o utilizar como una condición para acceder a ella o
- (3) causa un conflicto de intereses debido a:
  - (i) que el operador de la plataforma cubierta tiene la propiedad o el control de una línea de negocios diferente de la cubierta por la plataforma y
  - (ii) que la propiedad o control de esa línea de negocios crea el incentivo y la habilidad para que la plataforma cubierta pueda ya sea impulsar sus propios productos, servicios o líneas de negocios sobre aquellos que pertenecen a un competidor actual o potencial, o ya sea excluir o perju-

dicar los productos, servicios o líneas de negocios de un competidor actual o potencial<sup>23</sup>.

### **Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act or the ACCESS Act (H. R. 3849)** **(Ley de Aumento de la Compatibilidad y Competencia mediante la Habilitación de Interruptores de Servicios)**

Este proyecto de ley procura disminuir las barreras de entrada y promover la competencia en los mercados digitales. Específicamente, esta ley facilitaría (i) la interoperabilidad de los datos para permitir a las plataformas competidoras interconectarse con la plataforma de posición dominante, y (ii) la portabilidad de los datos para permitir a los usuarios y negocios en línea dejar una plataforma e irse con su información a cualquier otra plataforma competidora. Además, esta propuesta prohíbe el incumplimiento a las normas de seguridad de datos, así como las de enriquecimiento ilícito<sup>24</sup>.

Las disposiciones de esta proyecto de ley, al igual que las de los anteriores, establecen penas civiles para ser aplicadas a las plataformas en línea que disfrutaban una posición dominante, una vez se les probara una violación a la ley. También prevén la elaboración de guías y la designación de una plataforma o un comité técnico para asistir a la FTC y al DOJ en sus funciones de aplicar la legislación antimonopolio.

### **Merger Filing Fee Modernization Act (H. R. 3843)** **(Ley de Modernización de las Tasas para Solicitar Autorización de Fusiones)**

Este proyecto de ley intenta promover el cumplimiento de la legislación antimonopolio y proteger la competencia a través de un aumento de los recursos asignados a las agencias encargadas de hacer cumplir estas leyes. A estos fines, esta propuesta incrementa las tasas aplicables a la presentación de las fusiones para fines de aprobación por parte de las autoridades, y además establece un sistema de ajuste anual que incrementará las tasas cada año por un monto igual al índice de precios del consumidor<sup>25</sup>.

### **State Antitrust Enforcement Venue Act (H. R. 3460)** **(Ley de la Jurisdicción de Cumplimiento de la Legislación Antimonopolio de los Estados)**

Esta propuesta de ley, a diferencia de todas las demás presentadas en la Cámara de Representantes, no busca regular los mercados digitales sino mejorar la aplicación de la legislación general antimonopolio. Específicamente trata de impedir los traslados de jurisdicción de las acciones legales antimonopolio que son incoadas por el Estado<sup>26</sup>. Para ello otorga a los procurado-

22 <https://www.congress.gov/117/bills/hr3826/BILLS-117hr3826ih.pdf>.

23 <https://www.congress.gov/117/bills/hr3825/BILLS-117hr3825ih.pdf>.

24 <https://www.congress.gov/117/bills/hr3849/BILLS-117hr3849ih.pdf>.

25 <https://www.congress.gov/117/bills/hr3843/BILLS-117hr3843ih.pdf>.

26 <https://www.congress.gov/117/bills/hr3460/BILLS-117hr3460ih.pdf>.

res fiscales de todos los Estados la misma facultad que tiene el gobierno federal de demandar en una jurisdicción y poder permanecer en ella.

Esta norma nace porque en EE. UU. los diferentes estados del país desempeñan un papel muy importante en el cumplimiento de las normas jurídicas de competencia; la experiencia es que algunas de las grandes empresas, incluyendo las tecnológicas, tratan de trasladar y combinar los casos antimonopolio del Estado con los casos antimonopolio privados. Los motivos para hacerlo son fundamentalmente dos: primero porque los litigios antimonopolio privados tradicionalmente han sido mucho más lentos, debido sobre todo a la cantidad de intereses que convergen en ellos; segundo, porque el cambio de tribunal muchas veces aumenta la probabilidad de que estas empresas sean favorecidas por decisiones de jueces<sup>27</sup> que tienen un enfoque *laissez faire* leal a los postulados de la Escuela de Chicago. Esta propuesta de ley pondría fin a la facultad que tienen los demandados para mover este tipo de casos a las jurisdicciones que ellos prefieran. Los procuradores fiscales de los estados tendrían, pues, al igual que el gobierno federal, un mayor control sobre el lugar en el que sus casos antimonopolio sean ventilados.

En definitiva, esta y todas las propuestas de leyes aquí presentadas, al igual que la previa y larga investigación realizada por el Congreso de los EE. UU., son todas evidencias claras de la seriedad con que los legisladores han asumido el problema de la concentración económica y los abusos de los que detentan poder sustancial en los mercados. Sin duda, el Congreso ha desempeñado una función estelar en la búsqueda actual de soluciones a los problemas de competencia en los EE. UU.

## REFORMAS PERENTORIAS EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Estados Unidos vive un momento de trascendencia histórica en términos de la evolución de su derecho de competencia. En efecto, después de casi cinco décadas, presentan en el Senado y la Cámara de Representantes del Congreso estadounidense siete propuestas de leyes que implican un giro significativo en la legislación antimonopolio de ese país. Las reacciones a estas propuestas por parte de legisladores de ambos partidos, la vehemencia con la que el presidente Biden ha presentado la “Orden Ejecutiva sobre Promoción de la Competencia en la Economía Americana” y ha exhortado a los funcionarios de su administración a ejecutar una agenda de 72 medidas, así como la convicción y firmeza de los especialistas líderes de las instituciones administrativas responsables de implementar la legislación antimonopolio, son todas señales contundentes de que los principales líderes políticos están comprometidos con la revisión inminente del régimen jurídico de monopolización de los

Estados Unidos. Asimismo ha sido importante la actitud receptiva de organizaciones de la sociedad civil y de varios especialistas y medios de comunicación. Todo el devenir de los acontecimientos parece indicar que existe un consenso político suficientemente amplio para reformar el régimen legal de los abusos de poder sustancial de mercado. Es tiempo de reformar la legislación antimonopolio de los Estados Unidos.

El gran desafío ahora es ponerse de acuerdo en el tipo de reforma legal que debe hacerse. Si se analizan las propuestas presentadas, se puede apreciar que ellas plantean tres soluciones distintas. Una solución es la que plantea la propuesta de ley Klobuchar, introducida en el Senado, de modificar la Ley Clayton para hacer una reforma general y sustancial al régimen de monopolio aplicable a todos los sectores económicos; la segunda solución es la planteada por cinco proyectos de leyes de la Cámara de Representantes que buscan crear un régimen jurídico especial que regule las infracciones de monopolización en los mercados digitales, incluyendo aquellos de los gigantes tecnológicos, porque entienden que el problema radica fundamentalmente en esos mercados; y la tercera solución, el documento titulado “La Tercera Vía: Aplicación del Antimonopolio a las Grandes Tecnológicas”, así como el proyecto de ley de la Cámara de Representantes llamada “Ley de la Jurisdicción de Cumplimiento de la Legislación Antimonopolio de los Estados” que recomiendan como solución el mejoramiento de la aplicación de la legislación antimonopolio a cargo de las instituciones administrativas responsables. Como se puede apreciar, estas tres soluciones son diferentes y han sido presentadas como vías o estrategias alternativas. Sin embargo, si se analizan con detenimiento se puede apreciar que sus planteamientos no son excluyentes, sino que, por el contrario, se complementan de manera efectiva.

En primer lugar, una mejor aplicación de la ley es vital. Ningún régimen jurídico puede generar bienestar ciudadano sin una estrategia bien pensada, una agenda precisa y unas instituciones que dispongan de los recursos humanos y materiales adecuados. Sin embargo, la simple mejora en la aplicación del derecho antimonopolio por parte de las autoridades estadounidenses no resolverá el problema actual de concentraciones económicas y abusos de poder de mercado que los diferentes actores sociales reconocen que existe en los EE. UU.

Por muchos años las autoridades estadounidenses han dado muestras de estar comprometidas con la supervisión de los mercados y la aplicación de la ley. Pero los resultados en cuanto a evitar los monopolios han sido sumamente pobres. Esto lo demuestran dos hechos importantes. El primero es que entre 1975 y 2020 más del 93 % de los casos de *antitrust* sometidos a los tribunales de los Estados Unidos han sido acciones privadas, no públicas<sup>28</sup>. Las acciones judiciales que buscan indem-

27 <https://buck.house.gov/media-center/press-releases/rep-buck-applauds-house-judiciary-committee-passage-bills-taking-big>.

28 <https://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf>; ver cuadros C-2 para años posteriores a 2004 en <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/statistical-tables-federal-judiciary>.



## Portada

nizaciones por daños y perjuicios son sin duda la pieza central de la aplicación de las normas de competencia en los Estados Unidos. Esto en realidad no sorprende, considerando que el régimen legal antimonopolio estadounidense sigue un modelo de cumplimiento privado, a diferencia del régimen de derecho de competencia de la Unión Europea, que sigue un modelo de cumplimiento público, el mismo que siguen la gran mayoría de los países con tradición jurídica de derecho civil, como es el caso de la República Dominicana. El segundo hecho importante, que sí pudiese sorprender, es que, a pesar del reciente interés en conductas de monopolización en los EE. UU., un porcentaje muy significativo de las acciones legales antimonopolio presentadas por el Estado al día de hoy siguen siendo acciones fundamentadas en acuerdos horizontales entre competidores<sup>29</sup>. A diferencia de la trayectoria de cumplimiento en materia de carteles, los casos de abuso de poder de monopolios son muy escasos. Incluso el número de acciones incoadas ante los tribunales estadounidenses por el DOJ, en violaciones de monopolización o su intento (sección 2 de Ley Sherman), no solo son escasas, sino que además son cada vez menos. Así se puede apreciar en las estadísticas históricas del DOJ:

Década	Total de casos monopolización	% Casos antimonopolio basados en Sec. 2
1970 - 1979	231	1.25 % *
1980 - 1989	131	1.19 %
1990 - 1999	108	1.59 %
2000 - 2009	34	0.38 %
2010 - 2019	18	0.27 %

\* Estimado considerando promedio de 1975 - 1979<sup>30</sup>

Estos datos ponen de manifiesto que la aplicación de la ley en materia de las infracciones tipificadas en la sección 2 de la Ley Sherman ha sido insuficiente. Sin embargo, también demuestra que las mismas instituciones encargadas de aplicar la sección 2 han hecho una gran labor en la sanción de infracciones de la sección 1 que prohíbe los acuerdos anticompetitivos.

De manera que, para alcanzar los resultados deseados en materia de prevención de monopolios, a las instituciones encargadas de aplicar la ley les podría servir el tener más recursos y apoyo, pero definitivamente eso no resolvería los problemas. Se necesitan normas e instrumentos jurídicos nuevos en

la materia para que las autoridades encargadas de aplicar la ley estén en condiciones de hacer un trabajo eficaz. En este sentido, es muy aconsejable establecer normas especiales de competencia para la industria de la tecnología. Es cierto que las grandes tecnológicas, con excepción de Amazon, no son pilares de la economía porque ni sirven para crear muchos puestos de trabajo ni compran muchos bienes o servicios de otras empresas<sup>31</sup>. Pero, a pesar de que su impacto en la economía es mucho menor de lo que parecería, estas empresas tienen un poder sin precedentes, ya que están constantemente presentes en la vida de los ciudadanos alrededor del mundo, tienen en su poder casi todos los datos de la humanidad y, por demás, han acumulado patrimonios y mecanismos de influencia que les permitirían entrar exitosamente en un sinnúmero de mercados de casi cualquier lugar del mundo. De manera que no existe duda alguna de la apremiante necesidad de regular las particularidades de los mercados digitales. Para hacer esta labor, las seis propuestas de leyes presentadas ante la Cámara de Representantes conjuntamente con el documento “La Tercera Vía: Aplicación del Antimonopolio a las Grandes Tecnológicas” son bases valiosas para discutir, revisar y llegar a un acuerdo sobre el régimen jurídico especial aplicable a los grandes de la tecnología.

Pero la regulación especial en la industria tecnológica tampoco es suficiente para resolver la situación. Los gigantes tecnológicos no son el verdadero problema: apenas son la punta del iceberg. El auténtico problema es mucho más grande aún. Es el régimen legal antimonopolio de los Estados Unidos lo que se ha vuelto obsoleto con el paso de los años. Al día de hoy este régimen es insuficiente para impedir las fusiones anticompetitivas, así como las conductas anticompetitivas de exclusión provenientes de las grandes empresas de muy diferentes sectores económicos. Esta situación ha llegado ya a un punto en que el bienestar de los ciudadanos de los Estados Unidos, y de hecho del resto del mundo, demanda impostergablemente la puesta al día de las normas que regulan a las empresas estadounidenses con poder monopolístico.

La legislación actual ha dejado espacio para que en los EE. UU. la variedad de conductas que pueden ser condenadas por los tribunales se haya reducido sustancialmente desde los años setenta, y al mismo tiempo las evidencias requeridas para poder probar y sancionar los daños causados por las conductas anticompetitivas han sido incrementadas significativamente en materia de monopolización, como confirma una revisión de la literatura académica sobre el poder del mercado y sus efectos realizada en 2019<sup>32</sup>. Estas circunstancias son posiblemente la principal explicación de las bajas estadísticas de acciones lega-

29 T. Mark McLaughlin, Andrew S. Marovitz and Britt M. Miller, Mayer Brown LLP law firm, Getting the Deal Through – Private Antitrust Litigation 2010, p. 146.

30 Ver <https://www.justice.gov/atr/division-operations> (ver cuadros C-2 en <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/statistical-tables-federal-judiciary>); <https://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf>.

31 PHILIPPON, T. *The great reversal: how America gave up on free markets*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 259.

32 <https://equitablegrowth.org/research-paper/modern-u-s-antitrust-theory-and-evidence-amid-rising-concerns-of-market-power-and-its-effects/>.



les presentadas ante los tribunales por violación a la sección 2 de la Ley Sherman en las últimas décadas. Asimismo, ellas permiten entender las pocas sentencias sancionadoras obtenidas por las autoridades en materia de monopolización o su intento. Esta realidad es lo que parece haber llevado a los Estados Unidos al largo estancamiento de casos de abusos de poder de monopolio.

Para superar ese anquilosamiento y alcanzar los resultados esperados, la propuesta de ley Klobuchar es un documento valioso porque se trata de un esfuerzo serio que aborda el problema de fondo de la legislación antimonopolio que afecta hoy a muchos mercados. De ser descartada esta propuesta, que parece ser la posición de muchos republicanos, se desaprovecharía una gran oportunidad, pues el problema del régimen general de monopolización seguiría latente y la reforma impactaría el bienestar de los ciudadanos de una manera muy limitada. Por el contrario, de ser discutida, revisada y aprobada, la propuesta de ley Klobuchar vendría a modernizar el marco legal de la legislación de competencia estadounidense y pondría a las autoridades en condición de poder combatir de manera efectiva las fusiones anticompetitivas y los abusos del poder sustancial de mercado. Ello es debido a que esta propuesta incluye muchas disposiciones necesarias para subsanar las debilidades de que adolece actualmente el régimen general antimonopolio de los Estados Unidos, incluyendo:

- mejorar los criterios para aprobar o condicionar las fusiones y adquisiciones;
- reducir el porcentaje mínimo de cuota de mercado requerido para bloquear las fusiones/adquisiciones, así como para realizar una investigación por abuso de posición dominante, puesto que la cuota actual es muy alta, considerando los estándares internacionales y sobre todo el hecho de que es solo una de muchas circunstancias económicas y legales a evaluar para tipificar la infracción de monopolización;
- actualizar el concepto de poder de monopolio para cubrir cuestiones más allá de aquellas que provocan un aumento de precio, como es el caso de los gigantes tecnológicos;
- ampliar las bases legales para que una empresa, con poder sustancial en el mercado, pueda ser investigada por monopolización o su intento;
- aumentar el apoyo financiero y político a las instituciones estadounidenses encargadas de aplicar la legislación antimonopolio; y
- asumir el bienestar de los ciudadanos como la finalidad de la legislación de competencia, no la eficiencia per se, que es un medio para alcanzar el fin.

Ojalá los ciudadanos de los Estados Unidos puedan entender la trascendencia que reviste la ocasión. Y, sobre todo, ojalá los políticos de ambos partidos sepan ponerse a la altura de la ocasión. Este no es un momento para luchas partida-

## Portada

rias, más bien es propicio para controlar las viejas divisiones partidistas, trabajar juntos y asumir compromisos. Después de todo, la historia juzgará a demócratas y republicanos por la forma en que hayan defendido no sus intereses personales y de partidos, sino los intereses y el bienestar de todo el pueblo estadounidense.

### CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES SOBRE COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Los datos económicos demuestran que en este momento el pueblo estadounidense tiene un problema importante de concentración económica y de competencia de mercados. El presidente Biden y los congresistas así lo han entendido, y con mucho sentido del compromiso y de la coyuntura histórica han tomado acción para resolver esta situación. La administración Biden, por su parte, emitió una orden ejecutiva de competencia con una agenda de 72 medidas a cargo de catorce instituciones administrativas. Los congresistas, por otra parte, presentaron lo siguiente: (i) un informe de propuestas y un proyecto de ley para mejorar la aplicación de la ley antimonopolio, (ii) cinco proyectos de leyes para regular los mercados digitales y (iii) un proyecto de ley para reformar el marco legal general de la monopolización. Tres soluciones distintas que muchos perciben como alternativas, pero que en realidad se complementan, siendo las tres necesarias para establecer un régimen legal de monopolización moderno y eficaz. De manera que tanto la administración Biden como los congresistas han dado muestras de estar dispuestos a crear las condiciones necesarias para la defensa de la competencia en los mercados, lo que es muy estimulante no solo para los estadounidenses, sino también para los pueblos que igual creemos en la democracia y el libre mercado.

En el caso de la República Dominicana, estos acontecimientos mueven a mucha reflexión. Si bien es cierto que se trata de dos economías sumamente distintas, no menos cierto es que los datos de la economía dominicana también ponen de manifiesto un problema de concentración económica y competencia de mercados. En este sentido, es muy ilustrativa una publicación del periódico *Hoy* que a partir del informe “Concentración de Mercado en República Dominicana 2015” de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) señalaba que según los resultados el 35 % de nuestros mercados son altamente concentrados y el 8 % son moderadamente concentrados<sup>33</sup>. Ello significa que un 43 % de nuestros mercados son concentrados. Para citar solo los altamente concentrados, en el estudio Concentración de Mercado en República Dominicana 2019 figuran los siguientes:

- Fabricación de productos de la refinación del petróleo
- Cerveza
- Elaboración de aceites y grasas de origen Vegetal y animal
- Explotación de minas y canteras
- Elaboración de azúcar
- Industrias básicas de hierro y acero
- Ron
- Elaboración de productos lácteos
- Asociaciones de ahorro y préstamos
- Bebidas no alcohólicas
- Fabricación de jabones y detergentes,
- Fabricación de cemento, sal y yeso
- AFP (administradoras de fondo de pensiones)
- Fabricación productos de cerámicas
- ARS (administradoras de riesgos de la salud)
- Conservación, producción y procesamiento de carne
- Bancos múltiples
- Elaboración de cacao, chocolate y confitería
- Comunicaciones y
- Fabricación de productos de vidrio

Más interesante aún, si se revisa la serie de los estudios Concentración de Mercado en República Dominicana publicados por la DGII desde el 2014 hasta el 2019, se observará que los mercados altamente concentrados son los mismos año tras año, con algún que otro movimiento<sup>34</sup>. De manera que se trata de estructuras en las que hay agentes económicos con un poder de mercado que no solo es monopólico o sustancial, sino que además es de larga duración. Esta combinación suele ser muy malsana y sugiere la probabilidad de problemas de competencia, sobre todo en materia de producción, de calidad, de innovación, de opciones disponibles a los ciudadanos y, naturalmente, de precios.

Cónsono con esta problemática, los estudios antes citados han observado a través de los años que “los resultados sugieren la existencia de una correlación positiva entre el IHH y la rentabilidad”. Es decir, a una mayor concentración de mercado ha correspondido una mayor rentabilidad de la actividad económica analizada<sup>35</sup>. Esta correlación no sorprende porque a menudo el aumento de concentración conlleva más poder de mercado, lo que aumenta la capacidad de las empresas dominantes para manipular los parámetros de la competencia, particularmente los precios, y esto a su vez produce muchas veces un aumento en las márgenes de ganancias, que al cierre fiscal podría reflejarse en un crecimiento de las utilidades. Es todo un círculo vicioso que opera normalmente para beneficio de las empresas dominantes y en perjuicio de los consumidores.

33 <https://hoy.com.do/estudio-de-la-dgii-revela-35-de-los-mercados-rd-tiene-alta-concentracion/>.

34 Ver los estudios “Concentración de Mercados en República Dominicana 2019”, “Concentración de Mercados en República Dominicana 2018”, “Concentración de Mercados en República Dominicana 2017” y “Concentración de Mercados en República Dominicana 2016” en la página <https://dgii.gov.do/publicacionesOficiales/estudios/Paginas/default.aspx>, y para años anteriores al 2016, abrir el archivo denominado Histórico de Estudios utilizando este mismo enlace.

35 Ídem.



Otro indicador que es muy oportuno señalar es que, conforme publica el Banco Mundial, la República Dominicana tiene un índice Herfindahl-Hirschman de concentración de mercado (IHH) de 0.32, que como pudiese esperarse es un índice más alto que el de los EE. UU., que es 0.06, pero más importante aún es que el índice nuestro está bastante por encima, y de hecho duplica, los índices de concentración promedio del mundo, promedio de la región y promedio por nivel de ingresos (estimados en 0.11, 0.15 y 0.11, respectivamente)<sup>36</sup>. Estos datos son provocativos y llevan a muchas interrogantes en el ámbito del derecho de la competencia.

Todos estos índices económicos elevados y los maridajes que parecen existir entre ellos podrían ser señales de problemas profundos de competencia. Estos datos económicos incluso sugieren que, a pesar de que la economía dominicana ha estado creciendo de una manera satisfactoria y consistente, los efectos de ese crecimiento en el bienestar de los consumidores no están alineados con los objetivos del derecho de la competencia. De hecho, tampoco el proceso competitivo parece haberse beneficiado del crecimiento. En este sentido, el “2021 Investment Climate Statements: Dominican Republic” del Departamento de Estado de los Estados Unidos hace constar que los inversionistas extranjeros en el país indican como un problema para la inversión en la República Dominicana la “falta de nor-

mas claras y estandarizadas para competir y una falta de aplicación de las normas existentes”.

Como bien lo ha dicho Joseph Stiglitz, Premio Nobel de economía: “El problema, como siempre, es político”<sup>37</sup>. De ahí que es muy lamentable que, a pesar del daño que la falta de rivalidad causa a nuestros mercados y consecuentemente a nuestros ciudadanos, el poder político en la República Dominicana no acaba de apoyar con firmeza la causa de la competencia. Mientras no exista voluntad política genuinamente comprometida con crear las condiciones para la defensa efectiva de la competencia, los mercados del país continuarán a la merced de los agentes económicos más fuertes, que sin presión competitiva deciden libremente las condiciones en las que van a ofertar sus productos y servicios a los consumidores. En las palabras del presidente Biden “el capitalismo sin competencia no es capitalismo, es explotación”. Se reconoce, en efecto, que la concentración de poder de mercado da permiso a las empresas para explotar a sus clientes<sup>38</sup>. Mientras eso continúa, seguimos esperando que los líderes políticos tengan la valentía de crear las condiciones necesarias para impulsar el círculo virtuoso de la competencia, el que lleva a ordenar los mercados, aumentar la eficiencia de la economía y mejorar el bienestar de los ciudadanos. La experiencia hoy en los Estados Unidos nos ayuda a mantener viva esta esperanza.

36 [https://tcdata360.worldbank.org/indicators/hh.mkt?country=DOM&indicator=2370&viz=line\\_chart&years=1988,2015](https://tcdata360.worldbank.org/indicators/hh.mkt?country=DOM&indicator=2370&viz=line_chart&years=1988,2015).

37 <https://acento.com.do/opinion/la-concentracion-mercados-amenaza-la-economia-estadounidense-8660363.html>.

38 <https://acento.com.do/opinion/la-concentracion-mercados-amenaza-la-economia-estadounidense-8660363.html>.