

2021 MAY 25 P 2: 10
Abraham A.

PR-IN-2021-0382

25 de mayo de 2021

Doctor
Nelson de Jesús Arroyo Perdomo
Presidente
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)
Ciudad.

Asunto: Observaciones de PRO-COMPETENCIA al Documento de Consulta Pública – Actualización y Modernización de la Ley General De Telecomunicaciones – Evolución a una Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)

Estimado señor Arroyo:

La Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, fue aprobada con el objeto de promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional.

Para la consecución del objeto antes citado, fue creada la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA)**, como organismo descentralizado del Estado, con el objetivo de promover y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados de productos y servicios, mediante la ejecución y aplicación de las políticas y legislación de competencia y el ejercicio de sus facultades investigativas, de informe, reglamentarias, resolutivas y sancionadoras.

Dichas facultades legales se concretizan en la realización de dos tareas principales:

- a) La protección de la libre y leal competencia, mediante la prevención, control y sanción de prácticas concertadas, abusos de posición dominante y actos de competencia desleal; y
- b) La promoción de una cultura de competencia, tanto a nivel privado como público.

En particular, la función de promoción y abogacía de la competencia, contenida en los artículos 13 y siguientes de la Ley núm. 42-08, le permite a **PRO-COMPETENCIA**, entre otras actividades, evaluar *"las leyes, reglamentos, ordenanzas, normas, resoluciones y demás actos jurídicos"*

emanados de los poderes públicos”¹, así como promover la simplificación de trámites, para garantizar que, en el cumplimiento de las funciones propias de la Administración Pública “no se establezcan trabas o interferencias indebidas a los particulares, que puedan obstaculizar su derecho a la libre empresa y competencia”².

Como consecuencia de lo anterior **PRO-COMPETENCIA**, por órgano de su Consejo Directivo, emite el presente informe no vinculante sobre el Documento de Consulta Pública – Actualización y Modernización de la Ley General De Telecomunicaciones – Evolución a una Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

En ese orden de ideas, en lo adelante del presente informe abordaremos los siguientes aspectos: **A)** Objeto del presente informe, **B)** Generalidades del Documento de Consulta Pública y **C)** Sobre las Consultas Puntuales.

A. OBJETO

PRO-COMPETENCIA consultó la información pública disponible en el portal web del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), donde encontró el Documento – Actualización y Modernización de la Ley General De Telecomunicaciones – Evolución a una Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), el cual se encuentra en consulta pública.

De este modo, luego de revisar con detenimiento el referido instrumento, se determinó la necesidad de apoyar al INDOTEL en la elaboración de un Proyecto de Ley conforme a los nuevos tiempos y a las disposiciones de la Ley núm. 42-08. Por tal motivo, este Consejo Directivo emite este informe en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 14 de la Ley 42-08, utilizando como referencias principales lo dispuesto en la Constitución dominicana, la Ley núm. 42-08 y otras normas de derecho administrativo.

B. GENERALIDADES DEL DOCUMENTO DE CONSULTA PÚBLICA

El Documento de Consulta Pública – Actualización y Modernización de la Ley General De Telecomunicaciones – Evolución a una Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se llevó a cabo dentro del Programa de Estructuración Financiera y Homogeneización Regulatoria para la Reducción de la Brecha Digital en Centroamérica, del BID. Dentro del mismo se contemplan los lineamientos y objetivos perseguidos por la República Dominicana, a través del INDOTEL, con el propósito de disminuir la brecha digital en el país. El documento puesto en consulta pública establece lo siguiente:

¹ Artículo 14, Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08.

² Artículo 13, ibidem.

El anteproyecto buscaría fortalecer el rol del INDOTEL como organismo regulador de las telecomunicaciones y las TIC, mediante la revisión de sus competencias y funciones orientada a la profesionalización y eficiencia, la determinación de perfiles técnicos y requisitos de experiencia específica para miembros del Consejo Directivo y para Director Ejecutivo, y la incorporación de la regla de alternancia en los periodos de inicio y finalización de la gestión de los miembros del Consejo Directivo. A su vez, serían revisadas las potestades y competencias del órgano regulador para que éstas asimilen las realidades digitales del sector y las potestades del INDOTEL en materia de transformación digital de la economía.

De igual manera, el proyecto propondría la identificación del Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo (MEPD) como el Ministerio de adscripción del INDOTEL, en ejecución del mandato consignado por los artículos 141 de la Constitución y 4.3 de la Ley núm. 41-08 de Función Pública, con potestad para dictar políticas públicas en materia TIC, como eje transversal para el desarrollo económico y social.

Adicionalmente, el proyecto de Ley TIC, en consideración de los altos niveles de especialización técnica deseables para los recursos humanos del órgano regulador y del interés de mantener sus remuneraciones en niveles similares a los de los sectores regulados, propondría establecer formalmente que las relaciones de trabajo entre el INDOTEL y su personal se rigen por el Código de Trabajo.

En general, el proyecto de Ley TIC se enmarcaría en la visión de que las estrategias de transformación digital deben ser coordinadas al más alto nivel posible en la pirámide administrativa y de manera transversal entre los entes y órganos del Estado, asignando las correspondientes responsabilidades y funciones para lograr los objetivos y metas de agenda digital que permitan al país alcanzar los ODS 2030³.

Para que el anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones (en lo adelante "LGT") sea exitoso, el BID propone tres enfoques que deben estar presentes en su elaboración. En primer lugar, se requiere *"actualizar y modernizar el contenido y el alcance de sus disposiciones, considerando la evolución tecnológica y de mercado que caracteriza la instalación y operación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones"*⁴. De segundo orden, se requiere de la incorporación de elementos propios de las TIC para que la LGT evolucione hacia una Ley TIC, que englobe en un mismo marco legal todas las medidas necesarias y alineadas a

³ BID. Documento de Consulta Pública – Actualización y Modernización de la Ley General De Telecomunicaciones – Evolución a una Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). Pág. 14.

⁴ BID. Op. Cit. Pág. 2.

los objetivos establecidos. Finalmente, se necesita un fortalecimiento de *"los instrumentos asociados a la definición de políticas públicas, la regulación y la inspección, control y vigilancia sectorial"*⁵.

En este orden, en el documento *"se formulan inquietudes específicas respecto de las cuales al INDOTEL le interesa recibir opiniones, comentarios y recomendaciones debidamente sustentadas desde el punto de vista jurídico, técnico y/o económico según sea el caso, y que puedan fortalecer las propuestas y modificaciones a ser incluidas en el anteproyecto de Ley TIC y en su reglamentación accesoria"*⁶.

En virtud de esto, a continuación, se exponen las observaciones de **PRO-COMPETENCIA** con relación a los aspectos del citado documento que atañen a la competencia; todo a la luz de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 (en lo adelante "Ley núm. 42-08").

C. CONSULTAS PUNTUALES

1. Aspectos Comunes Telecomunicaciones y TIC

i. Definiciones

5.2.1. ¿Cuáles definiciones específicas de conceptos relevantes para la interpretación y aplicación de la ley deben ser revisadas, eliminadas, actualizadas, modernizadas y/o incluidas en la propuesta de Ley TIC?

El artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98 (en lo adelante "Ley núm. 153-98") establece definiciones sobre: competencia efectiva, competencia leal, competencia sostenible, posición dominante, prácticas desleales y Prácticas restrictivas a la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

La Ley núm. 153-98 fue promulgada en un momento en el cual no existía una ley competencia, ni una institución encargada de velar por el funcionamiento de una competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios en la República Dominicana. De ahí que la ley de telecomunicaciones fuese redactada de una manera que brindara la seguridad a los agentes económicos de este mercado, de que esas prácticas concertadas y de abuso de posición dominante no serían toleradas por la autoridad de telecomunicaciones.

Sin embargo, en el año 2008 fue promulgada la Ley núm. 42-08, la cual, además de tipificar las prácticas anticompetitivas que pueden afectar los mercados en nuestro país, también crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (**PRO-COMPETENCIA**) y establece el procedimiento administrativo sancionador que se lleva a cabo en caso de infracciones a dicha ley.

⁵ BID. Op. Cit. Pág. 3.

⁶ Ídem.

Igualmente, existe el Reglamento de Aplicación a la Ley núm. 42-08, emitido mediante el Decreto núm. 252-20.

En este sentido, sugerimos: *i)* suprimir los conceptos de competencia leal, competencia sostenible y prácticas restrictivas de la competencia, y *ii)* que en la propuesta de Ley TIC se haga referencia a la Ley General de Defensa de la Competencia o, en su defecto, se coloque la misma definición establecida en dicha ley para los demás términos mencionados. En tal sentido, las modificaciones serían las siguientes:

a) Competencia efectiva

Redacción actual

“Competencia efectiva: *Es aquella que tiene lugar entre dos o más personas, físicas o jurídicas, a fin de servir una porción determinada del mercado mediante el mejoramiento de la oferta en calidad y precio, en beneficio del cliente o usuario.”*

Redacción propuesta

Sugerimos utilizar la definición que se encuentra en el artículo 4, literal “c” de la ley núm. 42-08:

“Competencia Efectiva: *Es 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.”*

b) Posición Dominante

Redacción actual

“Posición dominante: *Es aquella condición en la que se encuentra una prestadora de servicios de telecomunicaciones que posee facilidades únicas o cuya duplicación sea antieconómica; o la condición en que se encuentran aquellas prestadoras de servicios que tengan una situación monopólica en el mercado de un determinado servicio o producto de telecomunicaciones, suficientemente importante como para permitirles imponer su voluntad por falta de alternativa dentro del mercado de dicho producto o servicio, o cuando, sin ser la única prestadora de dicho producto o servicio, los mismos no son susceptibles de prestarse en un ambiente de competencia efectiva.”*

Redacción propuesta

Sugerimos utilizar la definición que se encuentra en el artículo 4, literal “g” de la ley núm. 42-08:

“Posición Dominante: *El control del mercado relevante que disfruta un agente económico, por sí o conjuntamente con otros, y que le brinda el poder de obstaculizar*

el mantenimiento de una competencia efectiva o le permita actuar en dicho mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores.”

c) Prácticas Desleales

Redacción actual

“Prácticas desleales: *Es toda acción deliberada tendiente a perjudicar o eliminar a los competidores y/o confundir al usuario y/o a procurarse una ventaja ilícita, tales como:*

- a) Publicidad engañosa o falsa destinada a impedir o limitar la libre competencia;*
- b) Promoción de productos y servicios en base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de otros productos o servicios de los competidores; y*
- c) El soborno industrial, la violación de secretos industriales, la obtención de información sensible por medios no legítimos y la simulación de productos.”*

Redacción propuesta

Sugerimos utilizar la definición que se encuentra en el artículo 10 de la ley núm. 42-08:

“[f]odo acto o comportamiento realizado en el ámbito comercial o empresarial que resulte contrario a la buena fe y ética comercial que tengan por objeto un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores.”

ii. Institucionalidad

5.3.1. ¿Cuáles oportunidades de mejora institucional recomienda incluir en la propuesta de Ley TIC, encaminadas a la eficiencia y eficacia del órgano regulador?

Para preservar y reforzar la independencia en la toma de decisiones, se recomienda el establecimiento de un nuevo sistema de designación de los miembros del Consejo Directivo, en el que no tengan injerencia los intereses de los agentes económicos regulados, pero manteniendo los requisitos de perfil y experiencia actualmente contemplados en la normativa vigente.

2. Componente telecomunicaciones (incluido radio y televisión)

i. Promoción de la competencia (regulación ex ante)

6.5.1. ¿Cuáles recomendaciones de normas, principios y/o medidas deben incorporarse en el proyecto de Ley TIC para incentivar el mejoramiento continuo de los niveles de calidad de los servicios y la competencia efectiva, leal y sostenible en los mercados?

Para responder en detalle esta pregunta del BID, nos enfocaremos, en primer lugar, en lo relativo a la calidad del servicio y en las implicaciones de competencia efectiva. En este orden, para ilustrar y brindar un contexto más claro del alcance de ambos conceptos en esta materia, nos referiremos al caso de México, por ser la experiencia regional más reciente con relación a transformación regulatoria en el sector de telecomunicaciones.

En segundo lugar, abordaremos las recomendaciones de atribuciones puntuales que entendemos deben ser reforzadas a favor del INDOTEL, para el correcto ejercicio de sus roles de regulador y de autoridad de defensa de la competencia en materia de telecomunicaciones, respectivamente. En tercer lugar, veremos algunas cuestiones que recomendamos corregir en el marco normativo vigente. Finalmente, indicaremos medidas y acciones que pueden facilitar la entrada al mercado de nuevos competidores y mejorar el entorno económico para un mejor desempeño de los agentes económicos.

a) Calidad del servicio y competencia efectiva

El término de calidad en el servicio, se define como el efecto general del desempeño de un servicio que determina el grado de satisfacción percibido por los usuarios y como los niveles de calidad en el funcionamiento de una red⁷.

En el año 2012, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) realizó un Estudio sobre Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en México, en el cual se hicieron una serie de recomendaciones para dicho sector, y cinco años después, en el 2017, se repitió el estudio para medir los avances obtenidos y establecer nuevos lineamientos futuros. Uno de los temas abordados fue la calidad en el servicio.

Para medir la calidad en el servicio en el sector que nos ocupa en este análisis, se toman en cuenta tres grandes renglones: telefonía⁸, sistema de mensajería⁹ e internet¹⁰. En ese sentido, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) de México se encarga de realizar tal medición, a partir de los umbrales establecidos para cada variable.

Las telefónicas se comprometen con el cumplimiento de estos indicadores de calidad y son supervisadas por el IFT. Este último realiza mediciones periódicas sin previo aviso, de modo que,

⁷ OCDE. (2017). Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017. Paris: OCDE. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264280656-es>

⁸ Intentos de llamada fallidos, llamadas interrumpidas, tiempo transcurrido para el establecimiento de una llamada y calidad de audio

⁹ Intentos fallidos de envío de mensajes SMS, tiempo de entrega de mensajes e integridad del mensaje.

¹⁰ Sesiones de Protocolo de Transferencia de Archivos (File Transfer Protocol, FTP) interrumpidos, sesiones de FTP fallidas, tiempo transcurrido para el establecimiento del servicio IP para FTP y el promedio de velocidad de descarga de datos FTP.

si los resultados de los indicadores no cumplen con lo establecido, el IFT tiene la facultad de sancionar a la parte infractora. De esta manera, se asegura que los niveles de calidad estipulados en la Ley General de Telecomunicaciones y Radiodifusión sean cumplidos en favor del consumidor. Para realizar su labor, el IFT se apoya de la Procuraduría General del Consumidor (PROFECO), la cual recibe denuncias de consumidores relacionadas con las deficiencias del servicio¹¹, y así, desde su ámbito de ejecución, cada institución trabaja en favor de la calidad del servicio de las telecomunicaciones en México.

Dicho lo anterior, se puede ver con claridad cómo algunas medidas ayudan a mejorar la calidad en el servicio, y dada la experiencia de México, se pudieran resumir en las siguientes:

- El ente regulador y empresas del sector establecen umbrales de la calidad del servicio para las variables seleccionadas.
- El ente regulador realiza mediciones de campo sin previo aviso para validar si las empresas están cumpliendo con lo previamente establecido.
- El ente regulador tiene la facultad sancionadora¹² sobre las empresas prestadoras del servicio que no cumplan con los umbrales.
- Colaboración entre instituciones del Estado para el recibimiento de las denuncias del servicio de telecomunicaciones y aumentar la vigilancia y el seguimiento de la calidad del servicio. En el caso local, el propio INDOTEL cuenta con un Departamento de Asistencia al Usuario, por lo que a lo interno del regulador se pueden obtener los datos que en México suministra la autoridad de protección al consumidor.

En República Dominicana, la implementación de medidas similares pudiera conducir a la mejora significativa del servicio ofrecido por las telefónicas en beneficio de los consumidores y de la propia competencia, dado que, ninguna empresa tendrá incentivos para no invertir en mejoras tecnológicas, primero, para no perder participación de mercado, y segundo, para evitar sanciones por la falta de cumplimiento a los niveles de calidad.

Por su parte, la competencia efectiva, hace referencia a un entorno competitivo a las empresas y también numerosas ventajas a los consumidores (precios reducidos, mejor calidad, mayor elección, etc.)¹³.

¹¹ OCDE. (2017). Op. Cit.

¹² En México, el regulador está facultado para sancionar a quienes no cumplan, con montos de 1% y 3% de los ingresos de la empresa infractora.

¹³[https://eurlex.europa.eu/summary/glossary/competition.html?locale=es#:~:text=Es%20decir%2C%20es%20un%20mercado,%2C%20mayor%20elecci%C3%B3n%2C%20etc\).](https://eurlex.europa.eu/summary/glossary/competition.html?locale=es#:~:text=Es%20decir%2C%20es%20un%20mercado,%2C%20mayor%20elecci%C3%B3n%2C%20etc).)

Los países miembros de la OCDE respaldan la regulación en el sector de las telecomunicaciones como un mínimo necesario¹⁴. En este sentido, el estudio técnico llevado a cabo en 2012 para México, realizó una serie de sugerencias relacionadas en beneficio de la competencia efectiva. Tales sugerencias se resumen en tres grandes grupos:

- Reducción de barreras de entrada.
- Regulaciones y procesos transparentes.
- Reducción de las regulaciones no necesarias.

Adicionalmente, la cooperación interinstitucional fue otro de los objetivos logrados por México tras el precitado estudio de la OCDE. Por ejemplo, el IFT y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) mantienen una estrecha relación institucional. La COFECE ayuda al IFT a entender las implicaciones competitivas de las regulaciones, mientras que las facultades reguladoras le pertenecen al IFT.

Si se extrapola el caso México al ámbito local, se fortalecerían los lazos de colaboración entre el INDOTEL y **PRO-COMPETENCIA**, amparados por el artículo 20 de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08. De este modo, el primero continuaría con sus funciones de regulador de las telecomunicaciones, mientras recibe el apoyo consultor del segundo en aquellos aspectos de libre y leal competencia.

b) Atribuciones que deben ser encomendadas al INDOTEL en su rol de regulador y de autoridad de defensa de la competencia en materia de telecomunicaciones

En cuanto al rol de regulador, somos de la opinión de que el proyecto de Ley TIC debe incluir las atribuciones detalladas en los párrafos siguientes.

Primero, sugerimos que se incluya la facultad de definir y analizar con carácter periódico (cada 3 o 5 años) los mercados relevantes de los servicios de telecomunicaciones (mayoristas y minoristas, incluyendo el ámbito geográfico), para determinar si dichos mercados se desarrollan en condiciones de competencia efectiva y designar, en su caso, el operador u operadores que tengan posición dominante en los mismos, condición que podría ameritar la imposición de obligaciones específicas o asimétricas a los operadores con posición dominante.

El enfoque de regulación adoptado con la Ley núm. 153-98, le impide al INDOTEL enfrentarse a uno de los desafíos más complejos de la regulación para la competencia en las telecomunicaciones, derivado de la dificultad de establecer reglas de convivencia y competencia

¹⁴ OCDE. (2012). Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México. Paris: OCDE Publishing. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264166790-es>

entre redes de diferentes tamaños. En tal virtud, aun cuando la normativa actual introdujo mecanismos de acceso e interconexión que aseguran la entrada y el desarrollo de nuevos competidores y redes; nunca previó el establecimiento de reglas distintas para el operador incumbente o dominante en aquellos aspectos en los que se encuentra en condiciones distintas del resto de operadores.

En efecto, contrario a lo acontecido generalmente en mercados abiertos a la competencia, donde la regulación sectorial se ha caracterizado siempre por la regulación *ex ante* y, por tanto, por la fijación de normas generales de obligado cumplimiento por parte de los operadores, así como de aplicación de regulación asimétrica a aquellos operadores que detenten poder de mercado; en la República Dominicana, la regulación ha sido de marcada tendencia *ex post*, la cual limita el ámbito de actuación del órgano regulador. Ante esta limitación, el ente regulador difícilmente puede actuar de manera preventiva, mediante la realización de análisis económicos y de mercado que le permitan identificar los distintos mercados relevantes, analizar las condiciones de competencia imperantes en cada uno de ellos e identificar tanto los mercados con problemas de competencia, susceptibles de regulación *ex ante*, como los operadores con posición dominante, así como aplicar medidas regulatorias pro competitivas en los mismos.

En virtud de ello, tomando en consideración el artículo 100 de la Ley núm. 153-98 y el artículo 5 literales "d-g" del Reglamento de libre y leal competencia, el órgano regulador se ve obligado a intervenir únicamente ante la presencia de una controversia, o de un acto o conducta que suponga el falseamiento de las condiciones de competencia efectiva en el mercado, y su consecuente afectación del interés general. Es decir, el regulador debe disponer de un comportamiento ya realizado que debe ser analizado, y en caso de encontrarlo contrario a la normativa vigente, entonces procede sancionarlo, con lo cual actúa solo en casos concretos y en momentos determinados.

En consecuencia, esta situación obliga a que se replantee la estrategia de regulación y se aboque a analizar la posibilidad de establecer regulación *asimétrica*, la cual impone obligaciones específicas a los prestadores con posición dominante. Esto se acentúa ante el escenario actual que tenemos en República Dominicana, pues este mercado tiende a una estructura de duopolio, donde los distintos mercados de telecomunicaciones (telefonía fija, telefonía móvil, datos y televisión por suscripción), son controlados de manera predominante por dos empresas.

La determinación de los mercados relevantes y la existencia de operadores con posición dominante, persigue promover la entrada y establecimiento de nuevos entrantes y pequeños operadores, y evitar los abusos de posición dominante contra los usuarios o agentes económicos competidores.

Segundo, para el cumplimiento de la atribución anteriormente señalada, es preciso que el proyecto de Ley TIC establezca claramente los criterios o metodología a seguir para la definición periódica de los mercados relevantes. En ese sentido, puede servir de parámetro u orientación los siguientes documentos:



- Ley General de Defensa de la Competencia 42-08, artículos 8 y 9.
- Recomendación de la Comisión Europea, del 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante.
- Directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03).
- Documento denominado "Herramientas para la evaluación de la competencia" de la OCDE

Tercero, se recomienda la inclusión del deber de colaboración e información¹⁵ de los agentes económicos que participan en los distintos mercados relevantes, en la entrega de toda clase de información y documentación de la que dispongan, que sea necesaria para llevar a cabo las distintas actuaciones y análisis puestos a cargo del INDOTEL. Dicho deber de colaboración ya ha sido contemplado en el artículo 5, numeral 5, de la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento y en el artículo 40 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08.

Por su parte, en cuanto a las funciones de autoridad de defensa de la competencia que tiene el INDOTEL para el sector de las telecomunicaciones, **PRO-COMPETENCIA** recomienda dirigir acciones de promoción de una cultura de competencia y cumplimiento regulatorio, mediante la emisión de recomendaciones y guías de orientación sobre las características y condiciones exigidas para la prestación de servicios y protección de los derechos de los usuarios (derechos de acceso e interconexión, uso eficaz y eficiente del espectro, portabilidad numérica, compartición de facilidades, etc.).

c) Correcciones necesarias al marco regulatorio vigente

Se recomienda una revisión integral de las disposiciones contenidas en la Ley núm. 153-98 y el Reglamento de libre y leal competencia a los fines de que el Proyecto de Ley contemple una tipificación precisa y correcta de las prácticas que son consideradas como restrictivas de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

¹⁵ En el caso español la Ley General de Telecomunicaciones establece una "Obligación de Suministro de Información" sobre las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, así como a aquellos otros agentes que intervengan en este mercado, siempre que las mismas sean necesarias para cumplir con las finalidades y atribuciones de carácter estadístico, de monitoreo de cumplimiento de condiciones establecidas para la prestación del servicio, de fiscalización del uso efectivo y eficiente de frecuencias y números y el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de análisis que permitan la definición de los mercados relevantes, entre otras. *Cfr Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 10.*

El marco normativo actual no define ni desarrolla correctamente los tipos infractores en materia de competencia. Ejemplo de ello son las definiciones actuales de competencia leal y posición dominante contenidas en la Ley núm. 153-98, como mencionamos al inicio de este informe.

Por otro lado, a pesar de que la definición de prácticas restrictivas a la competencia contenida en la ley, distingue, de manera general, los acuerdos anticompetitivos de las prácticas de abuso de posición dominante; el artículo 8, que tipifica dichas prácticas restrictivas solo contempla prácticas que usualmente son realizadas por agentes con posición dominante, y no toma en cuenta aquellas que pueden desarrollarse entre agentes económicos que actúan de forma concertada para la fijación de precios y otras condiciones de venta, segmentación de mercados, etc. (cárteles).

Por su parte, el Reglamento de libre y leal competencia trae una descripción de acuerdos anticompetitivos distinta a la establecida en la Ley, y tipifica algunas prácticas concertadas y acuerdos considerados restrictivos de la competencia. Esta situación genera un problema legal, pues el derecho sancionador exige una predeterminación del tipo infractor mediante ley y certeza en la descripción de las conductas punibles, lo cual no se alcanza a partir de las diferencias conceptuales existentes entre las disposiciones de la Ley vigente y el reglamento, respecto de la tipificación de los acuerdos anticompetitivos. Reparar esto en el proyecto de Ley TIC, constituiría una garantía del principio de legalidad establecido en la Constitución dominicana en el artículo 69 numeral 7, el cual es la base del derecho administrativo¹⁶.

d) Medidas y acciones para facilitar la entrada al mercado de nuevos competidores y mejorar el entorno económico para un mejor desempeño de los agentes económicos

Sugerimos incluir en el proyecto de Ley TIC la simplificación de trámites administrativos para el despliegue de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones. Esto implicaría la actualización del régimen de concesiones.

Asimismo, la inclusión de medidas tendentes a definir con claridad las reglas aplicables, los tipos de usos específicos y variaciones de las licencias y autorizaciones relacionados con el uso y administración del espectro radioeléctrico.

ii. Tarifas finales a usuarios

6.6.1. ¿Cuáles recomendaciones de normas, principios y/o medidas específicas deben incorporarse en la propuesta de Ley TIC para regir la libertad de fijación de

¹⁶ Rojas León, Ricardo. Las garantías del principio de legalidad. <https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO/principio+de+legalidad/WW/vid/360765590>.



tarifas a los usuarios, con reglas de posible intervención tarifaria por parte de INDOTEL?

Al incluir la libertad de empresa como una libertad fundamental en el artículo 50 de la Constitución dominicana, el legislador constituyente estableció como regla general el derecho de las personas a ejercer una actividad económica libre. Esto implica una obligación del Estado de garantizar que las actividades liberalizadas se presten en libre competencia, en contraposición a la intervención directa del Estado en la economía¹⁷.

No obstante, el Estado tiene la capacidad de intervenir como regulador, especialmente en el caso de los mercados que satisfacen servicios públicos. Pues, el objetivo de la liberalización de los mercados no es que los agentes económicos abusen de esta libertad en detrimento de los consumidores y usuarios. La regulación *"sirve para corregir determinadas fallas de mercado [y debe realizarse] en una etapa de actuación de los agentes ex ante, sin perjuicio de la actuación del Estado ex post cuando determine que una cierta conducta es anticompetitiva"*¹⁸.

La defensa de la competencia y la regulación son, entonces, formas de intervención de los poderes públicos en los mercados. Las dos trabajan a favor del interés general; pero, tienen contornos distintos y específicos. Por un lado, la competencia existe con el objetivo de crear las condiciones para gozar de mercados competitivos y para controlar las conductas de los agentes económicos; y por otro, la regulación económica, en principio, es un mecanismo ex ante, de intervención en un mercado particular, para establecer las reglas que deberán atender los operadores o prestadores de los servicios de dicho mercado.

Por otro lado, la Constitución dominicana establece en el artículo 147 que los servicios públicos *"serán declarados por ley"*, y la Ley núm.153-98 clasifica los servicios de telecomunicaciones como un servicio público en nuestro país. Sobre esta base, el INDOTEL, en su Resolución núm. 062-17 que aprueba el Reglamento sobre los Derechos y Obligaciones de los Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, estableció que *"[l]os servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y **equidad tarifaria**"*¹⁹.

Dicho todo esto, es necesario resaltar, que el artículo 50 de la Constitución debe ser interpretado como una libertad fundamental que no es absoluta. Es decir, al igual que el resto de los derechos y libertades fundamentales, la libertad de empresa puede ser limitada por la misma Carta Magna

¹⁷ Cfr. Tassano Velaochaga, H. (2016). Competencia y regulación. *Derecho PUCP*, (76), 105-121. Pág. 107. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.004>

¹⁸ Idem.

¹⁹ Resaltado nuestro.



y/o por ley –que, conforme el artículo 112 debe ser ley orgánica. De esto, es razonable inferir que, para garantizar que la libertad de empresa no se convierta en abusiva, especialmente cuando se trata de la provisión de un servicio público como el del presente análisis, es necesario que haya equidad tarifaria. Esto implica el establecimiento de estándares mínimos que servirán como guía a los prestadores del servicio público en cuestión, para colocar las tarifas; sin que esto provoque una alteración en el mercado tal, que se desvanezca la libertad de empresa.

De este modo, en los artículos 39 y 40 de la vigente Ley núm. 153-98 se establece que:

Artículo 39.- Libertad tarifaria

Los precios al público o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones serán fijados libremente por las empresas prestadoras, a menos que el órgano regulador, mediante resolución motivada, determine que, en un caso concreto, no existen en el mercado de servicios las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva y sostenible por existir prácticas restrictivas a la competencia. Sólo en esas circunstancias el órgano regulador procederá a fijarlos.

Artículo 40.- Mecanismo de fijación tarifaria

40.1. En los casos en que el órgano regulador deba intervenir en la fijación de tarifas por las causas previstas en el artículo anterior, dichas tarifas se fijarán tomando como parámetro los costos, incluyendo una remuneración razonable de la inversión, calculados de acuerdo a lo que establezca el "Reglamento de tarifas y costos de servicios".

40.2. A los efectos de garantizar la existencia de una competencia efectiva y sostenible, no se podrá cobrar al público por un servicio menos que el costo que el mismo tenga para la prestadora. Reglamentariamente se establecerán los procedimientos especiales para la fijación de las tarifas del servicio financiado por el "Fondo de desarrollo de las telecomunicaciones y del servicio universal", así como las tarifas en proceso de rebalanceo.

De la redacción de ambos artículos, y de la interpretación del artículo 92.1 de la Ley 153-98 que establece que al "dictar regulaciones relacionadas con el funcionamiento y desarrollo de los mercados de telecomunicaciones, el órgano regulador deberá ajustarse a la regla de la mínima regulación y del máximo funcionamiento del mercado²⁰, y deberá actuar de modo tal que los efectos de sus decisiones equiparen los de una competencia leal, efectiva y sostenible, en los casos en que ella no exista", se puede interpretar que la intervención del Estado en el establecimiento de tarifas de los servicios telecomunicaciones, es eminentemente excepcional. Es decir, la regla

²⁰ El subrayado es nuestro.



general es que las prestadoras de servicios determinen libremente el precio que quieren colocarle al servicio que ofrecen y, el regulador determina la necesidad de fijar un precio, solamente en los casos en los cuales *“no existen en el mercado de servicios las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva y sostenible por existir prácticas restrictivas a la competencia”*.

Por tal motivo, recomendamos que en la propuesta de Ley TIC, se limite el rol del INDOTEL a establecer los parámetros para la determinación de precios por parte de las prestadoras, así como, en consonancia con la recomendación de tipificación de prácticas anticompetitivas, prohíba explícitamente los acuerdos entre competidores para que las tarifas no sean producto de la colusión de las mismas.

iii. Protección de la competencia (regulación ex post)

6.8.1. ¿Cuáles recomendaciones de normas, principios y/o medidas concretas deben incorporarse en la propuesta de Ley TIC para asegurar una adecuada regulación ex post a los fines de garantizar la existencia de competencia efectiva, leal y sostenible en los mercados de redes y servicios de telecomunicaciones?

De acuerdo con la CNMC, *“la evaluación ex post es un ejercicio sistemático y objetivo de estimación de los resultados generales de un programa bien mientras se produce su ejecución o bien a su finalización. Este tipo de evaluación presenta un enfoque integral que supone la realización de diferentes tareas en función del grado de profundidad que presente el análisis que implica monitoreo, evaluación operativa y evaluación de impacto”²¹*.

Como se expuso anteriormente, el marco normativo actual tiene una evidente tendencia *ex post*, basado en normas de libre competencia y mínima regulación *ex ante*. Por ello, **PRO-COMPETENCIA** recomienda la identificación de mercados relevantes que, por su importancia para el desarrollo de las redes y servicios de telecomunicaciones, son susceptibles de regulación *ex ante* a fin de garantizar una competencia efectiva.

No obstante, la regulación *ex ante* debe complementarse con una evaluación *ex post* basada en el análisis y monitoreo de las condiciones de competencia de los distintos mercados relevantes, y el desempeño de los distintos agentes que participan en los mismos (tengan o no posición dominante), con el objetivo de identificar el cumplimiento de los principios y reglas de competencia o la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas –especialmente de abusos de posición dominante y cárteles– que motiven el inicio de los correspondientes procedimientos de investigación.

²¹ CNMC. (2016). Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas. CNMC 2016, pág. 25.



Estas atribuciones de análisis y monitoreo se encuentran contempladas en la legislación actual; sin embargo, es posible que sea necesario realizar la distinción de las unidades operativas que se dedican a los temas de regulación de los mercados (*ex ante*) de las que se encargarán del monitoreo y evaluación de las condiciones de competencia (*ex post*). De esta manera, se evitará que haya confusión entre las funciones de dichas unidades y las responsabilidades en este sentido estarán distribuidas de manera expresa en la ley.

Adicionalmente, la unidad encargada del monitoreo y evaluación de las condiciones de competencia (*ex post*) podría también encargarse de vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en materia de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones económicas. Con esto se lograría verificar el cumplimiento de las obligaciones y/o compromisos que el INDOTEL imponga con el interés de restaurar o mantener las condiciones de competencia efectiva. Dicha labor es esencial para garantizar la eficacia de las decisiones y para reforzar, a su vez, el efecto disuasorio que se persigue con las mismas.

En virtud de todo lo anteriormente establecido, tenemos a bien recomendar que se tomen en cuenta las observaciones arriba expuestas en el presente informe público no vinculante para decisión sobre la elaboración del proyecto de ley que modificaría la Ley General de Telecomunicaciones núm. 153-98.

Atentamente,


Yolanda Martínez Z.
Presidenta Consejo Directivo

